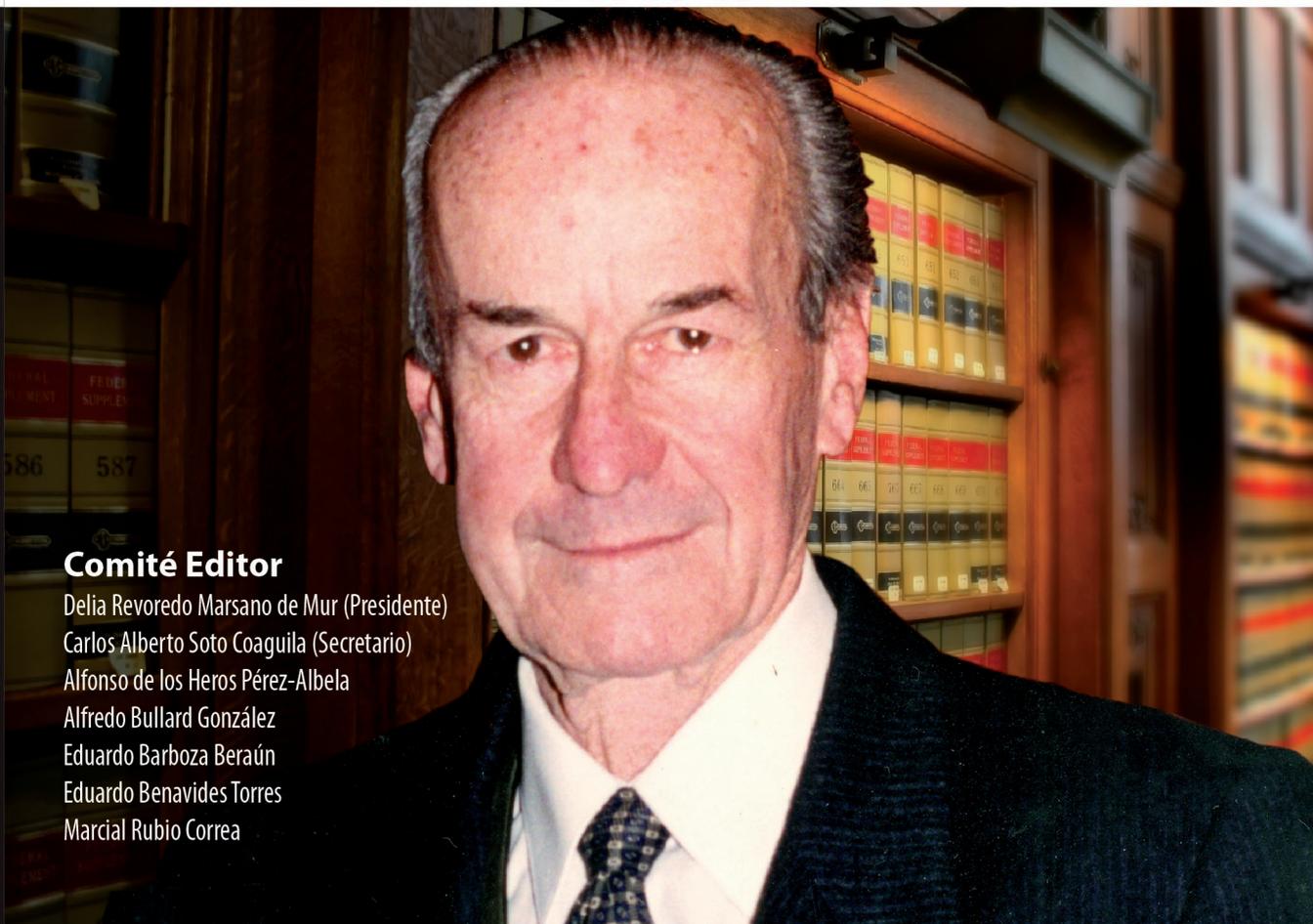


Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle

TOMO II



Comité Editor

Delia Revoredo Marsano de Mur (Presidente)

Carlos Alberto Soto Coaguila (Secretario)

Alfonso de los Heros Pérez-Albela

Alfredo Bullard González

Eduardo Barboza Beraún

Eduardo Benavides Torres

Marcial Rubio Correa

HOMENAJE A MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Comité Editor

Delia Revoredo Marsano de Mur (Presidente)

Carlos Alberto Soto Coaguila (Secretario)

Alfonso de los Heros Pérez-Albela

Alfredo Bullard González

Eduardo Barboza Beraún

Eduardo Benavides Torres

Marcial Rubio Correa

HOMENAJE A MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Tomo II

Asistentes

Viky Lizeth Coba Macedo

Pablo Segundo Esteban Tello

Orializ Carla Espinoza Soto

HOMENAJE A MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Tomo II

Primera edición, octubre de 2013

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA SIN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL COMITÉ EDITOR

© Copyright 2013 : Instituto Peruano de Arbitraje - IPA
Av. San Felipe N° 540, Int. 1503
Jesús María - Lima - Perú
Telf. (511) 461-6533 / 461-6530
informes@peruarbitraje.org
www.peruarbitraje.org

© Copyright 2013 : Estudio Ehecopar
Av. de la Floresta 497, piso 5, San Borja
Telf. (511) 618-8500 / 372-7171
www.ehecopar.com.pe

IMPRESIÓN Y ENCUADERNACIÓN:
Grández Gráficos S.A.C.
Mz. E Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima - Los Olivos
Telf. (511) 531-4658
grandez@grandezgraficos.com
www.grandezgraficos.com

DIAGRAMACIÓN Y PORTADA:
Alan Omar Bejarano Nóblega

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-15140

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú / Printed in Peru

Colaboradores

Argentina

Benjamín Moisés
Claudia R. Brizzio
Edgardo Ignacio Saux
Guillermo J. Borda
Jorge Mosset Iturraspe
Juan José Casiello
Luis Moisset de Espanés
María Belén Japaze
Oscar R. Puccinelli
Ricardo Luis Lorenzetti

Brasil

Adalberto Simão Filho
Gerson Luiz Carlos Branco
Gustavo Tepedino
Luiz Edson Fachin

Chile

Iñigo de la Maza Guzmuri

Colombia

Carlos Ignacio Jaramillo J.
Mariana Bernal Fandiño

Costa Rica

Víctor Pérez Vargas

Ecuador

Boanerges Rodríguez Freire

España

Javier Fernández-Costales Muñiz
Jesús López-Medel
José Ramón de Verda y Beamonte
Luis Díez-Picazo
Manuel López-Medel Bascones
María Marcos González
Montserrat Guzmán Peces
Ramón Durán Rivacoba
Rodrigo Martín Jiménez

México

José de Jesús Naveja Macías

Perú

Alfonso de los Heros Pérez-Albela
Alfredo Bullard González
Alonso Morales Acosta
Ana María Arrarte Arisnabarreta
Anibal Torres Vásquez
Augusto Ferrero Costa
Beatriz Merino Lucero
Carlos Alberto Soto Coaguila
Carlos Cárdenas Quirós
Carlos Fernández Sessarego
Carlos Ramos Núñez
César Delgado Barreto
César Fernández Arce

César Landa Arroyo
Delia Revoredo Marsano de Mur
Eduardo Barboza Beraún
Eduardo Ferrero Costa
Felipe Osterling Parodi
Fernado de Trazegnies Granda
Fernando Vidal Ramírez
Francisco José Eguiguren Praeli
Freddy Escobar Rozas
Javier Ferrero Díaz
Jorge Avendaño Valdez
Juan Espinoza Espinoza
Juan Morales Godo
Luciano Barchi Velaochaga
Marcial Rubio Correa
María del Carmen Tovar Gil

Mario Castillo Freyre
Mario Pasco Cosmópolis
Martín Mejorada Chauca
Nelson Ramírez Jiménez
Oswaldo Hundskopf Exebio
Pedro Morales Corrales
Renato Vázquez Costa
Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Salomón Lerner Febres
Samuel B. Abad Yupanqui
Yuri Vega Mere

Uruguay
Gustavo Ordoqui Castilla
Jorge Rodríguez Russo
Juan E. Blengio

CAPÍTULO V

DERECHO CIVIL

El principio de la buena fe

JUAN ESPINOZA ESPINOZA (*)

*rerum venalium, non quidem pretiosarum, sed tamen quarum
fidem male ambulantes obscuritas temporis facillime tegetet.*

PETRONIO, 12, 1.

SUMARIO: 1. La buena fe subjetiva. 2. La corrección.

Con razón se advierte que “exigencias de comportamiento que era solamente éticas han sido incorporadas al Derecho. Lo que eran deberes éticos, sólo sancionables en el orden moral o en el de las relaciones económicas, se han convertido en obligaciones legales”¹. La buena fe es definida como “una exigencia ético-social que está compuesta por el respeto de la personalidad ajena y por la colaboración con los demás”².

Se sostiene que el primer testimonio técnico que se encuentra de la presencia de la *fides* en las instituciones jurídicas romanas, está contenida en la antiquísima norma “*patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”, que se halla en las Doce Tablas (8,21: *Serv. ad Aen.* 6, 609); pero la tradición recogida por Diógenes de Halicarnaso (2, 10) atribuía esta norma al mismo fundador de la ciudad³, o sea “esta norma es tan antigua como la institución de la clientela y, por consiguiente, más antigua que la misma ciudad, en cuanto ordenamiento unitario y asentado”⁴. Se agrega que “en la norma citada no encontramos la

(*) Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima. Presidente del Tribunal de Controversias del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).

1 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de buena fe en el Derecho Administrativo*, Quinta edición, revisada, actualizada y ampliada, Civitas - Thomson Reuters, Navarra, 2009, 23.

2 BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1953, 67.

3 PAOLO FREZZA, “*Fides Buona*”. En: *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975, 3.

4 FREZZA, Paolo. *Op. Cit.*

palabra *fides*, sino la palabra *fraus*, que expresa el desvalor polarmente opuesto al valor *fides* (cuyo valor, como es evidente, constituye el núcleo normativo de la institución de la clientela)⁵. Por ello, “en esta oposición polar *fides*- (*fraus*) *dolus* la noción de *fides* se manifiesta como la más notable y duradera entre las constantes de su evolución técnico-jurídica”⁶. Este dato histórico no puede ser más vigente, si tenemos en cuenta que el artículo V.5 del Título Preliminar de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, regula que:

“En la actuación en el mercado y en el ámbito de vigencia del presente Código, los consumidores, los proveedores, las asociaciones de consumidores, y sus representantes, deben guiar su conducta acorde con el principio de la buena fe de confianza y lealtad entre las partes. Al evaluar la conducta del consumidor se analizan las circunstancias relevantes del caso, como la información brindada, las características de la contratación y otros elementos sobre el particular”.

Comparto la posición de quien afirma que “está fuera de lugar afrontar el estudio de la *fides bona* sin haber tomado preventivamente conocimiento del problema relativo a la naturaleza de la *fides*”⁷. En la mitad del 800, sobre todo en Alemania, la *fides* ha sido entendida por DANZ, *Der sacrale Schutz in römische Rechtsverker*, Jena, 1857, como una entidad que nace de una promesa jurada, la cual se adquiriría fuerza vinculante y relevancia en la vida social porque era un fruto de la conjunción de componentes tanto sacros como jurídicos. Veinte años después, PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, I, Halle 1873; II, Halle 1878, presentaba a la *fides* como un elemento de la vida *lato sensu* negocial, tomado en consideración por el ordenamiento en el ámbito del derecho sustancial, viniéndose así a alinear la *bona fides* entendida como un aspecto dinámico de la *fides*, relevante en el ámbito procesal. En su poderoso estudio del derecho romano, JHERING, *Geist der römische Rechts*, (3 vol.) Basel 1877-1883, presentaba la *fides* como generada por las antiguas formas solemnes a través de las relaciones que se han ido creando entre palabras y formas, sintetizando el concepto de confianza que el individuo puede aplicar en el cumplimiento de determinadas actividades⁸. En Italia, a finales del 800, BONFANTE, *Essenza della “bona fides” e suo rapporto con la teoretica del errore*, en *BIRD* 6, 1893, 85 ss. (= *Scritti Giuridici*, II, Torino, 1918, 708 ss.), enfatizando aún el aspecto ético de la *fides*, escribía que ésta se presentaba como un concepto general e igual en todas las relaciones que el derecho asume; pero que no alteran en nada la esencia de este componente inmaterial⁹. Como se puede observar, la *fides* es

⁵ FREZZA, Paolo. *Op. Cit.*, pp. 3-4.

⁶ FREZZA, Paolo. *Op. Cit.*, p. 4.

⁷ FASCIONE, Lorenzo. *Cenni bibliografici sulla “bona fides”*, en *Studi sulla buona fede. Cit.*, 51.

⁸ FASCIONE, Lorenzo. *Op. Cit.*, pp. 51-52.

⁹ FASCIONE, Lorenzo. *Op. Cit.*, p. 52.

el antecedente histórico de la *buena fe*, teniendo en común, el correcto actuar de los individuos en sus relaciones jurídicas.

Se afirma que, “en el texto napoleónico, con el lenguaje técnico y riguroso de las leyes modernas, las normas que imponen seguir los negocios en buena fe y encuentran en la equidad una fuente subsidiaria de deberes, son previstas a propósito de los “efectos de las obligaciones” (*effets des obligations*). Son normas carentes de énfasis, expresadas en términos mandatorios”¹⁰. Así, “se trata, de principios que tienden a asumir un carácter general, puesto que, no limitándose a prever los supuestos individuales, comprenden toda la casuística de los acuerdos *inter privatos* y constituyen su irrenunciable presupuesto”¹¹.

Se ha calificado de “vanidad de esfuerzos”¹², a aquellos que están dirigidos a esbozar una definición de la buena fe, advirtiendo que “a menudo, los intentos de definición se resuelven en la indicación de sinónimos o de perífrasis que no describen la noción más de cuanto no haga el puro y simple empleo de la fórmula “buena fe” y que, por consiguiente, no parecen poder agotar la equivalencia verbal (aunque si de algunos de éstos, puede obtenerse [...] algunas indicaciones útiles acerca de los criterios de aplicación de la regla): “corrección y lealtad”, “respeto de la palabra dada”, “protección de la confianza suscitada”, “fidelidad a un acuerdo concluido” y “compromiso al cumplimiento de las expectativas de la contraparte”, “solidaridad”, “honestidad”, “cooperación” y “linealidad de comportamiento”, “respeto de la personalidad y de la dignidad del otro””¹³. No estoy de acuerdo con este juicio crítico: al ser tan poliédrico y sumamente general el principio de buena fe, éste se manifiesta en diversos tipos de comportamiento que, a su vez, generan diversas acepciones. Estas no son meros esfuerzos retóricos, sino variadas maneras de calificar el correcto actuar de los individuos, que se reconducen a una sola acepción. Es más, un sector de la doctrina, en vez de considerar a la buena fe como un principio, lo entiende como una cláusula general¹⁴. En mi opinión, la diferencia entre uno y otra es inexistente: se trata de *standards* con los cuales se evalúa en comportamiento de los sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación.

¹⁰ CORRADINI, Domenico. *Il criterio de la buona fede e la Scienza del Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 26.

¹¹ CORRADINI, Domenico. *Op. Cit.*, pp. 26-27.

¹² D'ANGELO, Andrea. *La buona fede, Il Contratto in generale*, Tomo IV, *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Mario BESSONE, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 3-4.

¹³ D'ANGELO, Andrea. *Op. Cit.*, p. 4.

¹⁴ Como, por ejemplo, ASTONE, Francesco. *Venire contra factum proprium. Divieto di contraddizione e dovere di coerenza nei rapporti tra privati*, Jovene, Napoli, 2006, p. 239.

Frente a ello, se observa que “la cuestión sobre la unicidad conceptual de la buena fe se pone en términos perjudiciales respecto al examen de las hipótesis individuales previstas por específicas normas de ley, ya que en relación a la solución de tal problema se desarrollará de manera diferente el examen de las figuras específicas previstas en la normativa del Código Civil”¹⁵. En este orden de ideas, la buena fe objetiva y subjetiva “no constituyen dos subespecies de una misma categoría jurídica, sino dos distintos conceptos, que tienen un ámbito de aplicación diferente y responden a modelos operativos diversos”¹⁶. El principio de la buena fe subyace en el universo de las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho: basta dar una somera lectura al Código Civil para encontrarlo en el Libro de Acto Jurídico, en Familia, Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos e incluso en el Libro de Registros Públicos. El esfuerzo de clasificación de este principio no debe generar un entendimiento fragmentado del mismo: se trata de un principio único en su esencia y que se materializa o se presenta en diversas manifestaciones, como diverso es el actuar del hombre en el Derecho.

Se sostiene que, “en las cláusulas generales de buena fe, no hay sólo una generalidad en la previsión, sino en la valorización de los hechos. En éstas se encuentra, como característica de generalidad, la afirmación de un deber general de comportamiento”¹⁷. De ello, surgen dos consecuencias:

- a) Estas cláusulas, para estar dirigidas a establecer un deber de comportamiento indicado sólo de manera general, o genérica, mediante el reenvío a la buena fe, reciben las convicciones de honestidad dominantes en un consorcio social y las transforman en derecho positivo. De esta manera, se abre el camino hacia la discrecionalidad del juez (o del árbitro), al cual corresponde la tarea de decir, frente al caso concreto, cómo se habría comportando un hombre que, sobre la base de las convicciones éticas de la sociedad en la cual vive, pueda ser juzgado como honesto¹⁸.
- b) Con la introducción de estas cláusulas generales el ordenamiento ha superado la situación en la cual, el reclamo a la honestidad era necesariamente confiado a la imposición de obligaciones específicas para situaciones concretamente determinadas. En otras palabras “se debe afirmar un primado de las cláusulas generales de buena fe sobre las reglas particulares y específicas que estén dirigidas a tutelar la honestidad y a reprimir la deshonestidad”¹⁹.

¹⁵ UDA, Giovanni Maria. *La buona fede nell'esecuzione del contratto*. Giappichelli, Torino, 2004, 2.

¹⁶ UDA, Giovanni Maria. *Op. Cit.*, p. 3.

¹⁷ PIETROBON, Vittorino. *Il dovere generale di buona fede*. CEDAM, Padova, 1969, p. 41.

¹⁸ PIETROBON, Vittorino. *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁹ PIETROBON, Vittorino. *Op. Cit.*, p. 43.

La buena fe es entendida como una “exigencia de la convivencia y de la solidaridad social”²⁰ que se presenta bajo un doble aspecto: “a) bajo un aspecto puramente negativo: aspecto que está impreso en la máxima romana del “alterum non laedere” (D. 1,1, 10, 1) y que lleva a exigir un comportamiento de respeto, de conservación de la esfera del interés ajeno. B) Bajo un aspecto positivo, que impone no simplemente un comportamiento de respeto sino una comprometida colaboración con otros sujetos, dirigido a promover su interés”²¹. Para la doctrina alemana, la buena fe “es esencialmente un comportamiento de cooperación, dirigido a cumplir de manera positiva las expectativas de la otra parte: comportamiento cuyos aspectos sobresalientes son la confianza, la fidelidad, el compromiso, la capacidad de sacrificio, la disponibilidad para socorrer a la contraparte y, en sede de negociación, de formación del contrato, la lealtad y la veracidad hacia la contraparte”²².

Cuando el Código civil hace referencia al principio de buena fe, se pueden distinguir cuatro acepciones²³:

- a) Como el estado de ignorancia de un interés ajeno tutelado por el derecho, como el caso del artículo 284 c.c. (que se refiere al cónyuge que no sabía que había contraído matrimonio con una persona casada) o el del artículo 906 c.c. (uno cree que posee un bien de manera legítima, cuando en verdad no es así). Sin embargo, se advierte que “hay normas elementales de sociabilidad que imponen tener conocimiento de la situación que nos interesa y que para nosotros no es lícito ignorar: éstas establecen una carga de atención y de diligencia en orden al conocimiento. Si nosotros ignoramos de estar en una situación irregular y a esta ignorancia estamos siendo llevados por nuestra inexcusable inercia, no podemos invocar esta ignorancia, para sostener que estamos en buena fe. La buena fe debe ser ignorancia, pero también legítima ignorancia, de manera tal que, con el uso de la normal diligencia, no habría podido ser superada”²⁴.
- b) Como creencia en la apariencia de una relación o situación que legitima a la contraparte, a disponer de un derecho determinado²⁵, como el supuesto del artículo 1225 c.c. (pago al acreedor aparente), del artículo 665 c.c. (contrato celebrado con el heredero aparente), del artículo 194 c.c. (contrato celebrado en la creencia de la realidad del negocio aparente).

²⁰ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*

²¹ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*

²² HERTMANN, citado por BETTI, Emilio. *Op. Cit.* p. 93.

²³ BETTI, Emilio. *Op. Cit.* p. 69.

²⁴ BETTI, Emilio. *Op. Cit.* p. 72.

²⁵ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*

- c) Como lealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado²⁶, que consiste en un “leal comportamiento caracterizado por un consciente respeto al interés del otro contrayente”²⁷, como es el caso del artículo 1362 c.c. (negociación, celebración y ejecución del contrato). Este tipo de buena fe se traduce en “el comportamiento de activa cooperación en el interés ajeno, en un comportamiento de fidelidad al vínculo, por el cual una parte de la relación obligatoria está disponible para cumplir las expectativas de prestación de la contraparte”²⁸.
- d) Como criterio hermenéutico²⁹, así lo determina el artículo 168 c.c. Es importante tener en cuenta que “la regla de la buena fe en la interpretación quiere ser una medida razonable de lo justo, representando también un límite a la discrecionalidad del intérprete”³⁰.

También se identifican los siguientes modelos de la buena fe³¹:

- a) Buena fe esterilizada, en el cual el tratamiento de las relaciones contractuales está tendencialmente orientado sólo a la integración entre el contenido de la regulación de lo convenido y la disciplina legal. Por ello, “los conflictos de interés, los casos que se manifiestan en el curso de la actuación de la relación que no estén regulados expresamente en el contrato, se resuelven por el juez en virtud de la interpretación de los pactos o, en caso que no se pueda, mediante la calificación del contrato y a las normas dispositivas”³².
- b) Buena fe auxiliar del programa contractual, en este modelo la buena fe, además de las normas dispositivas y antes de los usos y de la equidad, es fuente de integración del reglamento contractual. Así, “ésta opera cuando se trata de resolver un conflicto de intereses que no ha sido regulado en el contrato [...] mediante la construcción de una regla [...] que sea coherente, o al menos compatible, con la “economía del contrato”, con la pactada composición de los intereses antagónicos de las partes”³³.

²⁶ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*, p. 75.

²⁷ BETTI, Emilio. *Op. Cit.* pp. 75-76.

²⁸ BETTI, Emilio. *Op. Cit.* p. 76.

²⁹ BETTI, Emilio. *Op. Cit.* p. 89.

³⁰ CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, reimpresión actualizada, CEDAM, Padova. 1996, p. 339.

³¹ D'ANGELO, Andrea. *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*. En: Andrea D'ANGELO, Pier Giuseppe MONATERI, Alessandro SOMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*. Giappichelli, Torino, 2005, 7.

³² D'ANGELO, Andrea. *Op. Cit.*

³³ D'ANGELO, Andrea. *Op. Cit.*, p. 8.

- c) Buena fe solidaria, el cual “pone de relieve valores metacontractuales, de justicia y de equidad. Se inspira en una visión cooperativa de la relación contractual que tiende a temperar el antagonismo entre los intereses de los contrayentes”³⁴. A propósito de un *obiter dictum* de la sentencia No. 10511, del 24.09.99, de la Corte de Casación italiana (en la cual se reduce el monto de la cláusula penal, por ser excesiva, pese a que no fue solicitado), se sostiene que “la intervención del juez sobre el contrato (es decir, sobre el equilibrio contractual) ahora es permitida en razón de la cláusula general de la buena fe. Y ello es evidente, a fin de que las relaciones contractuales sean justas y equilibradas, en el presupuesto que la autonomía privada sea en natural oposición a la justicia contractual; de aquí la necesidad, a tutela de los valores fundamentales, de introducir, por decir así, correctivos contractuales, que limiten y direccionen, es decir, hagan funcional, la libertad negocial de las partes”³⁵.
- d) Buena fe imperativa, la premisa de este modelo “está constituida por la afirmación de la inderogabilidad del precepto de buena fe en un sentido que no se limita al reconocimiento de la nulidad del pacto de inaplicabilidad a la relación de la cláusula general, sino que importa la pertenencia al orden público de los mismos contenidos atribuibles, en cada caso particular, a la buena fe”³⁶. Dicho en otras palabras: la buena fe –aún en contra de la autonomía privada de las partes- es un principio de plena aplicación, al ser una exigencia para un orden social y jurídico.

Téngase en cuenta que puede tratarse de modelos tanto legislativos, doctrinarios o jurisprudenciales. Así, el Código Civil peruano, cuando adopta la regla de interpretación según el principio de buena fe, asume el modelo esterilizado, mientras que el operador jurídico podría alinearse, sea en una sentencia o en un laudo, a un modelo solidario o auxiliar del programa contractual.

1. LA BUENA FE SUBJETIVA

Acertada y autorizadamente se enseña que “la buena fe, aunque presuponga un error o la ignorancia de la verdad, se resuelve en un estado intelectual de una naturaleza específica, que consiste en la convicción (explícita o implícita) de actuar de conformidad con el derecho. Y es justo a tal particular condición de espíritu del agente que la ley, en ciertos casos, atribuye relevancia como

³⁴ D'ANGELO, Andrea. *Op. Cit.*, p. 9.

³⁵ GRONDONA, Mauro. *Buona fede e solidarietà: giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine de un "obiter dictum" della Corte di Cassazione, Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. N° 9/10, setiembre/octubre, Piccin - Vallardi, 2003, p. 244.

³⁶ D'ANGELO, Andrea. *Op. Cit.*

circunstancia, en sentido lato, discriminante o sanatoria (de la virtual ilicitud o, respectivamente, de la irregularidad) del acto cumplido, tal de excluir o atenuar la responsabilidad consecuente del sujeto con respecto a terceros o asegurarle en todo o en parte (directamente o por equivalente) los efectos esperados³⁷.

La buena fe subjetiva es entendida como “un estado intelectual o, con mayor precisión, “gnoseológico” del sujeto, referente a la esfera de conocimiento del individuo. En otros términos, la expresión “buena fe” expresa un estado intelectual que constituye parte integrante de un supuesto previsto y disciplinado por la ley³⁸.

Sin ánimo de ser exhaustivo, el Código civil peruano regula a la buena fe subjetiva en los artículos 1268 (pago indebido recibido de buena fe), 277.8 (matrimonio de buena fe ante funcionario incompetente), 903 (adquiriente de buena fe de objetos no identificables), 906 (posesión ilegítima de buena fe), entre otros. Téngase que la buena fe del poseedor se presume (artículo 914 c.c.).

2. LA CORRECCIÓN

La corrección o buena fe objetiva, es un criterio elástico de evaluación o una “cláusula general”³⁹, la cual, “constituye un criterio general de determinación de la prestación, en cuanto amplía la esfera de los intereses que el deudor debe perseguir; y además integra la esfera del comportamiento debido sobre el plano de un imperativo atenuado, sin superar los límites de un considerable sacrificio”⁴⁰. El artículo 1175 c.c.ita. establece que “el deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección”. Al respecto, se afirma que, “la disposición parecía estrechamente vinculada al contenido de los principios de la “solidaridad corporativa”, ya invocados en la norma (caída con el fin del régimen fascista) de la segunda parte del mismo artículo⁴¹. Se agrega que, “corrección y buena fe objetiva son conceptos análogos que permiten al intérprete, en todo caso, evaluar el comportamiento de las partes en relación al contenido de la relación y a las circunstancias del hecho: o según los cánones que no están íntegramente predeterminados por la ley;

³⁷ GIANPICCOLO, Giorgio. *La buona fede in senso soggettivo nel Sistema del Diritto Privato*. En: *Studi sulla buona fede*. Cit., p. 93.

³⁸ EDA, Giovanni Maria. *Op. Cit.*, pp. 6-7.

³⁹ BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni, Trattato di Diritto Privato*, a cura de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI, Giuffrè, Milano, 1991, 356, quien incide en el comportamiento del acreedor.

⁴⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 4, L'obbligazione*. Giuffrè, Milano, 1993, p. 88.

⁴¹ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, 231. La modificación se hizo con la Ley N° 287, del 14.09.1944.

pero que se deducen del conjunto de los valores puestos como fundamento del sistema vigente”⁴².

La buena fe objetiva está regulada en el Código Civil peruano en los artículos 1135 (acreedor del bien inmueble de buena fe que ha inscrito su derecho), 1136 (acreedor del bien mueble de buena fe que ha inscrito su derecho), 1670 (buena fe registral), entre otros.

No obstante esta impecable clasificación, me asalta la duda respecto del criterio para determinar la buena fe de los sujetos. En efecto ¿cómo evaluar la “creencia” de una persona respecto de su buena fe? ¿acaso no deberíamos observar su “comportamiento”? Veamos el supuesto del artículo 666 c.c. ¿basta la “creencia” que se está poseyendo de buena fe? ¿no se debe evaluar el “comportamiento” del sujeto para generar la convicción de su creencia?: la “creencia” jurídica no puede -ni debe- ser evaluada con criterios psicológicos, sino con parámetros objetivos. Por ello, si bien (por motivos didácticos) es válido clasificar la buena fe en esta dicotomía subjetiva-objetiva, los criterios para determinarla siempre serán objetivos. Comparto plenamente que “el conocimiento de un determinado hecho, que influye sobre la posición de otros, puede constituir el presupuesto de una aplicación de las reglas de la corrección. Debe traducirse en una norma de buena fe objetiva, tanto en el sentido de dar impulso a una determinada actividad, como en el sentido de permitir una valorización no formal de las posiciones de las partes”⁴³.

Las denominadas obligaciones integradas son aquellas que se derivan de una relación obligatoria que podemos llamar principal. Estas obligaciones accesorias de prestación, “implican el cumplimiento de todos aquellos actos que, aunque no hayan sido explícitamente establecidos *in obligatione*, son indispensables para la actuación de una relación obligatoria, o son medios de *protección* o *seguridad*, que tienen por objeto inmediato la conservación de la persona o de los bienes de la contraparte, o están fundados en una exigencia de información recíproca; más o menos vinculados a la prestación principal y que conciernen a la figura del deudor, los unos; tendientes a enfrentar los peligros derivados del denominado contacto social (traducidos o no en los extremos de una relación), los otros, por ello mismo, están destinados no sólo al deudor, sino también al acreedor”⁴⁴. Un sector de la doctrina se manifiesta particularmente escéptico respecto de las obligaciones de seguridad o de protección, como derivadas de la regla de la corrección, calificándolas de

⁴² BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.* p. 232.

⁴³ BRECCIA, Umberto. *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Giuffrè, Milano, 1968, p. 29.

⁴⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina. voz *Buona fede nel Diritto Civile, Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*. II, UTET, Torino, 1988, p. 170.

una “inútil superfetación”⁴⁵, entendiendo que son “típicas aplicaciones de la prestación principal”⁴⁶.

Se afirma que “a la luz de este criterio directivo por el cual se impone al deudor hacer todo cuanto sea necesario para que la contraparte obtenga el resultado de la prestación, se observa cómo estas obligaciones integradas, que el criterio de la buena fe actúa, puedan distinguirse: a) en obligaciones antecedentes a la conclusión del contrato, b) concomitantes al desarrollo de la relación contractual, c) subsiguientes al cumplimiento de la prestación”⁴⁷. Dentro de las primeras se encuentra la obligación de información en la negociación del contrato; en las segundas la denominada obligación de seguridad en los locales abiertos al público (que, en mi opinión, sólo se concretaría si ya se configura una relación jurídica entre las partes) y en las últimas podemos individualizar la obligación de saneamiento de la cosa vendida o el caso que una institución financiera, no obstante que su cliente ya pagó la totalidad de la deuda, sigue reportándolo como deudor.

Se advierte que, “atribuir al principio de buena fe función *lato sensu* integradora *a priori* equivale a reducir el complejo juego de las relaciones intersubjetivas a una serie estandarizada de comportamiento pre-identificados, en virtud de una suerte de *ars divinandi*, en la cual es muy improbable que el juez sea experto”⁴⁸. Por ello, se sostiene que se debería “poner un límite a todas aquellas “ficciones” que llevarían a dilatar de manera anormal el área de la responsabilidad contractual, hasta cubrir irracionalmente sectores que bien podrían ser tutelados en base a las reglas generales dictadas en materia de responsabilidad civil por acto ilícito”⁴⁹.

La buena fe, “por un lado hace explícito lo que en el compromiso contractual es, a menudo, implícito, puesto que es inmanente al vínculo en cuanto tal, en vez de las obligaciones individualmente consideradas; por otro lado, la buena fe da un concreto relieve a las exigencias no previsibles de relaciones que se desarrollan en un consistente arco de tiempo y que postulan contactos no restringidos a la fase de la ejecución de los singulares “segmentos” de la prestación: o por el hecho que las personas mismas son directamente partícipes del desenvolvimiento de la relación o por el hecho que las posiciones de las

⁴⁵ NATOLI, Ugo. *La regola de la correttezza e l'attuazione del rapporto obligatorio (artículo 1175 c.c. ita.)*. En: *Studi sulla buona fede*, Cit., p. 146.

⁴⁶ NATOLI, Ugo. *Op. Cit.*, p. 147.

⁴⁷ BETTI, Emilio. *Op. Cit.*, p. 95.

⁴⁸ Bigliazzi Geri, Lina. *Op. Cit.*, p. 171.

⁴⁹ BRECCIA, Umberto. *Le obbligazioni*. Cit., p. 360.

partes están caracterizadas por una diversa distribución de las competencias profesionales, o en razón de la naturaleza misma del contrato”⁵⁰.

Paradójicamente, si por un lado se pretende ampliar el espectro de la relación obligatoria, por otro, se llega incluso a afirmar que el incumplimiento dentro de la misma, llegaría a ser (desde el punto de vista económico) eficiente: es la *theory of efficient breach*. Así, “el análisis del sistema positivo concerniente al incumplimiento de las obligaciones demuestra que el deudor no está constreñido al cumplimiento a todo costo, y que el acreedor –consiguientemente– no pueden ostentar una pretensión de naturaleza real frente a la prestación debida, por lo menos, en la normalidad de los casos. La parte obligada, entonces, puede eventualmente sustraerse del cumplimiento, resarcido al daño al acreedor afectado. El acreedor, al cual se le resarce tanto el daño emergente como el lucro cesante, es puesto en la misma situación (patrimonial) en la cual se hubiera encontrado si la obligación hubiera sido cumplida (según los conceptos de los economistas, sobre la misma curva de indiferencia que habría sido obtenida por el acreedor con la puntual ejecución de la promesa). El tipo de tutela (de la sola integridad patrimonial) predispuesta por el legislador parece ejercer presión sobre el deudor para cumplir, pero al mismo tiempo, permite violar las obligaciones, cuando ello se revele oportuno a efectos de una mejor distribución de los recursos. Mediante el incumplimiento, en efecto, el acreedor recibe las utilidades equivalentes a las que habría obtenido con el cumplimiento regular, mientras el deudor, no obstante el pago de los daños, se coloca en una mejor situación de aquella en la cual se hubiera encontrado en el caso en el cual no le hubiera sido posible sustraerse de la obligación del incumplimiento”⁵¹. Se critica esta posición, afirmando que “la utilidad de una ilicitud no es un criterio automático de justificación; puede ser a lo mucho un índice que funda la búsqueda de nuevas bases de la licitud de comportamiento. Hasta que no haya una modificación del sistema, la elección por el incumplimiento no es suficiente para suprimir automáticamente el derecho del otro, ni siquiera si el deudor ofrezca a cambio el resarcimiento. Existen, a lo sumo, situaciones, evaluadas en la línea del derecho en el marco de la corrección además que en base a consideraciones económicas, en las cuales, aún siendo posible el cumplimiento, sería de todo injustificado el rechazo del acreedor de recibir, en lugar del cumplimiento, el equivalente en dinero. Pero, en tal caso, ni siquiera podría hablarse de violación de la obligación, puesto que el deudor habría hecho lo que en las circunstancias debía serle pedido.

⁵⁰ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 372.

⁵¹ COSENTINO, Fabrizio. *Efficienza económica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento del contratto*, *Quadrimestre*. N° 3, Giuffrè, Milano, 1988, 522.

Entonces, es siempre necesaria, al menos en el cuadro de un sistema como el nuestro, una argumentación que no sustituya la evaluación económica a la interpretación en conjunto de las normas específicas y de las cláusulas generales⁵². Estoy plenamente de acuerdo con esta posición. En este mismo sentido, una atenta doctrina nacional sostiene que, si se asimila esta teoría en nuestro sistema, se generaría un “irritante jurídico”⁵³, vale decir, una reacción adversa, “pues existen varias figuras jurídicas ya consolidadas, incluso a nivel doctrinal y/o legal, que se verían afectadas”, proponiendo como alternativa la teoría de “la conclusión contractual eficiente”.

Un sector de la doctrina española entiende (contradictoriamente) que, si bien el fraude a la ley implica no actuar de buena fe, aquel es “un concepto técnico, perfectamente delimitado en la ciencia del Derecho, que no cabe incluir entre los supuestos de infracción del principio general de la buena fe”⁵⁴. En este orden de ideas se sostiene que “se incurre en fraude siempre que se elude la norma realmente aplicable, adoptando la vestidura de una figura jurídica regulada por norma que responde a finalidad distinta, con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan”⁵⁵. Se agrega que “mientras que es la contravención de este comportamiento leal y honesto lo que sanciona el principio de la buena fe, con abstracción de que se haya tratado de amparar en norma distinta. No concurren dos normas jurídicas. Al valorar su aplicación no hay que tener en cuenta dos normas: la de cobertura y la realmente aplicable. Lo que el principio conlleva no es impedir que se legitime una conducta en norma dictada con otra finalidad. Presupone una actuación ajustada a la norma jurídica aplicable y al acto que la legitima; pero no es la que podría esperarse de la relación de reciprocidad”⁵⁶. Veamos un ejemplo: una ruptura injustificada de las tratativas (sobre todo si la contraparte ha comenzado a asumir algunos gastos: piénsese en la construcción de un local y de su equipamiento para abrir una tienda para comercializar productos en exclusiva de una marca determinada) podría ser calificada como una contravención al principio de buena fe: evidentemente no se cumplió con la conducta esperada acorde a un comportamiento leal y si

⁵² BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 367.

⁵³ SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible*. En: *Thémis*, No. 58, Lima, 2010, p. 275.

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. Cit.*, p. 37.

⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. Cit.*, p. 38.

⁵⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. Cit.* El autor agrega que “se atenta contra la buena fe al ejercitar un derecho nacido con arreglo a una norma aplicable; se incurre en fraude a la ley al intentar el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable” (*Cit.*, p. 39)

bien es un acto contrario a la buena fe, no tiene nada que ver con un fraude a la ley. Me permito observar el razonamiento que hace la doctrina que vengo citando, si bien explica las notas características del principio de la buena fe y el de fraude a la ley, así como que pueden haber actos que sean contrarios al primero de los principios (y no al segundo), no llega a explicar por qué un acto con fraude a la ley no es un supuesto de infracción al principio de buena fe. Como lo anotara en otra sede⁵⁷, el fraude a la ley es un principio derivado de la buena fe: quien contraviene el principio de fraude a la ley contraviene el principio de buena fe.

La equidad, es entendida como la justicia aplicada al caso concreto. Piénsese en un proceso indemnizatorio de una viuda y su menor hijo por la pérdida del esposo y padre en un accidente de tránsito y producto de una dramática devaluación de la moneda, el *quantum* indemnizatorio deviene en una miseria: una sentencia equitativa convertirá el mismo a un monto equivalente al valor que tenía al interponerse la demanda. En el caso, que es real, la demanda se interpuso en 1986, pidiendo una indemnización de seis millones de intis. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (aunque en discordia), con resolución del 04.10.91, confirmando la sentencia de primera instancia revocó el monto de la indemnización y fijó la cantidad de siete mil dólares americanos o su equivalente en soles en moneda nacional. El órgano colegiado afirmó que:

“los culpables no pueden ser beneficiados con un pago diminuto de seis millones señalados en la sentencia, que no repara una vida y por el contrario se crea desconfianza en el Poder Judicial; que, es necesario evitar este descrédito, recurriendo a la Constitución que nos prescribe cuando existen vacíos o defectos de la ley deben aplicarse los principios generales del derecho; que el legislador no previó los efectos de la devaluación en el pago de las obligaciones, al efecto es un principio ordenar el pago de una indemnización que repare en algo el daño, incluso los gastos del funeral; así se desprende del artículo mil trescientos treinta y dos del Código civil cuando dice si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez “con valoración equitativa”; esta ley supera y deroga cualquier ley procesal que se oponga o impida hacer justicia”. (el subrayado es mío).

Si bien la equidad y la buena fe “conllevan la necesidad de examinar las circunstancias que concurren en el caso concreto”⁵⁸. Sin embargo, “las diferencias entre una y otra radican, simplemente, en los distintos planos en que operan: la equidad opera en relación a la norma que se aplica y es interpretada; el principio general de buena fe, en relación con los actos jurídicos, con los derechos que se ejercitan y las obligaciones que se cumplen.

⁵⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Segunda Edición, actualizada, aumentada, corregida, Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

⁵⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. Cit.*, p. 49.

La primera atenuará la aplicación de la norma en función de circunstancias fundamentalmente objetivas; el principio general de la buena fe, en función de la conducta del sujeto”⁵⁹.

Es importante distinguir la buena fe de la diligencia: Autorizadamente se enseña que “el uso milenario del término (diligencia) nos denuncia que éste denota, sobretodo, el esfuerzo que el deudor está obligado a cumplir para satisfacer el interés del acreedor”⁶⁰. Se agrega que la diligencia también comprende la pericia, o sea “el uso de las normas técnicas necesarias para aquella determinada prestación, además que al respeto de las prescripciones legislativas, consuetudinarias o reglamentarias”⁶¹. Piénsese en el artículo 2236 c.c.ita., (el cual ha sido asimilado por el artículo 1762 c.c.), cuando recita que “si la prestación de servicios implica la solución 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”. La culpa inexcusable hace referencia a la pericia y no al esfuerzo, por cuanto “sería, en realidad, sumamente extraño que el profesional fuese obligado a un esfuerzo y a una atención menores, justamente cuando debe resolver problemas de especial dificultad”⁶². El *standard* de diligencia es reservado al deudor, según el artículo 1176 c.c.ita., bajo el comportamiento del “buen padre de familia”. Sin embargo, en su segundo párrafo, se precisa que:

“En el cumplimiento de obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse con respecto a la naturaleza de la actividad ejercitada”.

Por ello se sostiene que “en una noción tan amplia, en la cual encuentra expresión una orientación en gran parte ignorada por la tradición que culminó en la codificación napoleónica, se comprende también el concepto de “pericia” que tiene un carácter más extrínseco y objetivo (se presume el conocimiento de reglas que no son patrimonio de todos y cuya trasgresión puede ser independiente del compromiso “voluntarista” del deudor)”⁶³. El canon del buen padre de familia ha sido entendido en el sentido de “más bien mediocre en vez de normal y ponderado y evoca aún comportamientos característicos de una economía pre-industrial”⁶⁴. Recordemos que en el *Common law* el metro

⁵⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Op. Cit*

⁶⁰ GIORGIANNI, Michele. *L'inadempimento. Corso di Diritto Civile*. Tercera edición revisada, Giuffrè. Milano, 1975, p. 271.

⁶¹ GIORGIANNI, Michele. *Op. Cit.*, p. 272.

⁶² GIORGIANNI, Michele. *Op. Cit.*

⁶³ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 234.

⁶⁴ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 240.

es el *standard of care of the reasonable man* y en Alemania, las reglas del “tráfico” jurídico (§276 BGB)⁶⁵.

La diligencia ha sido calificada como “la medida de evaluación del “como” de la actuación de la relación *a parte debitoris*”⁶⁶. Esta “indica en abstracto la medida de atención, del cuidado, en síntesis, del esfuerzo psicológico que el deudor debe emplear para cumplir la prestación en la manera establecida, es decir, exactamente. Esta surge, en concreto, como “una cualidad subjetiva de una actividad” o, en otros términos, como la expresión del *quantum scientiae et voluntatis* (y, por consiguiente también *prudentialiae et peritiae*) que corresponde al deudor en la asunción del comportamiento debido; pero es, al mismo tiempo, el momento que, en la práctica, especifica tal comportamiento en su función más inmediatamente instrumental en vista de la obtención del resultado perseguido, determinándolo en la elección de medios –no específicamente previstos, es decir, *in obligatione*- considerados más idóneos y convenientes para tal fin. Y, en este sentido, ésta surge como el criterio determinante y límite de aquel tanto de discrecionalidad que, [...], es, aunque con diversa intensidad, propia de todas las obligaciones”⁶⁷. Se pone énfasis en el carácter relativo del criterio de diligencia. Así. “es necesaria una evaluación, que en concreto tenga en cuenta del tipo de relación y de la actividad en la cual la prestación se manifiesta y de las circunstancias en la cual ésta es o debe ser realizada, y que no esté, por ello, anclada a una medida abstracta y determinada una vez por todas, aunque sea tendiente a un nivel general de suficiencia, como es aquel, que en cada caso, puede ser revelado por la “común experiencia”. Tal nivel puede calificarse de normal; pero se trata de una normalidad que no es uniformidad, variando ésta con el variar del género y de la especie de cada situación en particular”⁶⁸.

Se sostiene que la diligencia “es un criterio de responsabilidad frente a una prestación *ya* determinada completamente; presupone un contenido integralmente fijado”⁶⁹. Así, “la distinción entre diligencia y corrección no podría ser tan clara: corresponde a la primera sólo la medida de lo esfuerzo del deudor, la conformidad de su comportamiento al que se debe tener, la segunda, en cambio, el mismo hacer del contenido”⁷⁰. En este sentido se advierte que la

⁶⁵ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 241.

⁶⁶ NATOLI, Ugo. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo II, *Il comportamento del debitore*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Vol. XVI, t. 2, dirigido por Antonio CICU y Francesco MESSINEO, continuado por Luigi MENGONI, Giuffrè, Milano, 1984, p. 81.

⁶⁷ NATOLI, Ugo. *Op. Cit.*

⁶⁸ NATOLI, Ugo. *Op. Cit.*, p. 98.

⁶⁹ RODOTA, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Giuffrè, Milano, 1969, p. 160.

⁷⁰ RODOTA, Stefano. *Op. Cit.*

diligencia es “un criterio para medir el comportamiento del deudor, puesto que es una cualidad de su comportamiento”⁷¹. Así, se desprende que⁷²:

- a) La diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano.
- b) Esta calificación opera en el sentido de la conformación del comportamiento a un modelo inspirado en el cuidado, la atención, la cautela, a un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente, en cuanto adecuado a fin que éste debe obtener.

En este esfuerzo de diferenciación, se afirma que, en esencia, la buena fe “puede ser entendida como una cláusula general que, al interior de todo el ordenamiento jurídico, colma sus lagunas, está en la base de la interpretación de toda norma controvertida, determina plenamente el contenido de la prestación [...] y en general, de todo deber jurídico; y se puede decir que, admitida o excluida la configuración de una cláusula general, en manera variada, con limitaciones, acentuaciones o variaciones más o menos marcadas, la doctrina se ha alineado, en amplia parte, a posiciones similares: en el considerar a la buena fe un criterio en base al cual se determinan deberes de comportamiento en el sujeto [...] ; deberes de comportamiento que, independientemente del recurso a la buena fe, no corresponderían al sujeto”⁷³. En cambio, la diligencia “constituye una modalidad de comportamiento a cargo del sujeto, ya determinada; ésta presupone ya establecida la extensión de lo que el deudor está obligado a hacer [...] ; aunque si esta determinación no es fijada con precisión [...], sino de manera elástica, justo por la naturaleza del concepto de diligencia”⁷⁴.

Si queremos complicar las cosas, también se suele clasificar a la diligencia en subjetiva y objetiva⁷⁵. La diligencia subjetiva es la que le correspondería a cada deudor en particular, mientras que la diligencia objetiva cubre a la generalidad de los deudores. Ahora bien, “si se habla de diligencia subjetiva y objetiva, se usan tales expresiones en un significado bien diverso de aquel que sirve para distinguir a la buena fe como estado intelectual del sujeto, de la buena fe como regla (ética) de conducta. La diligencia, de por sí, no parece que pueda referirse a la esfera intelectual, sino a la voluntaria, del compor-

⁷¹ FRANZONI, Massimo. *La correttezza e la buona fede*. En: *Le obbligazioni, I. Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura de Massimo FRANZONI, UTET, Torino, 2004, p. 64.

⁷² RAVAZZONI, Alberto. *Voz Diligenza, Enciclopedia Giuridica*. Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, 1.

⁷³ RAVAZZONI, Alberto. *Op. Cit.*, 2.

⁷⁴ RAVAZZONI, Alberto. *Op. Cit.*

⁷⁵ Como pone en evidencia Umberto BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Cit.*, 8.

tamiento; y ciertamente, las dos nociones de ésta, individualizadas por la doctrina, son especies que se remontan a un *genus* común”⁷⁶. Por ello, “la diligencia es una regla intrínseca a una actividad instrumentalmente coordinada al fin de evitar o de conseguir un determinado resultado; y la buena fe, o es un estado intelectual, o es una regla de conducta intersubjetiva. Esto, si fuera necesario, explica por qué la diligencia, como resulta del ordenamiento, pese exclusivamente sobre el deudor y la buena fe a ambas partes de la relación, así como justifica alguna perplejidad sobre la oportunidad de configurar a la diligencia como un no muy bien preciso esfuerzo subjetivo, en vez de una medida objetiva concretamente idónea, en relación a la naturaleza de la prestación y a las circunstancias en las cuales se desenvuelve, para evitar o conseguir un determinado resultado”⁷⁷. Esta afirmación es impecable en el ordenamiento jurídico italiano, sin embargo, para el Código civil peruano el *standard* de diligencia también le corresponde al deudor. Basta leer el artículo 1327 que a la letra dice:

“El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

Con respecto a la diligencia y a la buena fe subjetiva se afirma que “el estado intelectual del deudor no puede, de por sí, conducir a su liberación o a excluir su responsabilidad; puesto que la necesidad de respetar la regla de la diligencia en el cumplimiento está prevista, en vía general, por el ordenamiento. Tal regla constituye, el insustituible criterio de control de la conformidad del comportamiento en concreto asumido por el sujeto, respecto a aquel abstractamente deducido *in obligatione*”⁷⁸. Tanto la diligencia como la buena fe objetiva son formas de comportamiento⁷⁹. A la buena fe, entendida como “la exigencia de la armonización de los intereses involucrados en el ejercicio del derecho o en la actuación de una obligación”⁸⁰, se le asigna una función que “trasciende el ámbito de la mera positividad de la norma. Esta parece erigirse como principio inspirador de la actividad del legislador, capaz –en su amplia y general relevancia- de justificar la introducción de otros criterios (como el de la diligencia), de precisar las características (referencia al *bonus pater familias*), de influenciar en la interpretación y en el ámbito de aplicación”⁸¹. En cambio, el criterio de la diligencia “no parece que pueda tener esta posibilidad de apli-

⁷⁶ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 11.

⁷⁷ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 14.

⁷⁸ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 30.

⁷⁹ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 41, que se refiere concretamente al comportamiento del deudor.

⁸⁰ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, pp. 46-47.

⁸¹ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 46.

cación global. Sin embargo, es un criterio elástico de evaluación, si se quiere de menor alcance, pero presumiblemente no dependiente de otro⁸². En otras palabras, mientras la buena fe es un principio, la diligencia es un criterio de comportamiento; pero no son dependientes⁸³.

Se advierte que la buena fe y la diligencia son “reglas de conducta que concurren en diversa medida en la definición de la obligación; pero no se identifican, ni se sobreponen en el sentido que la una pueda ponerse como fundamento de la otra, o de la especificación de la otra en un deber particular”⁸⁴. Ambas son criterios homogéneos, “reglas objetivas y elásticas de actuación y de valorización de una conducta, a menudo precisada en sus fines (satisfacción del interés del acreedor); pero imprecisa en sus límites del deber (y, por consiguiente, de licitud)”⁸⁵. Los límites de una relación jurídica obligatoria están determinados por el acuerdo de las partes, o la voluntad unilateral y también “se configuran en abstracto por la ley, en cuanto determina las características del comportamiento debido, define los intereses a satisfacer a través de aquel comportamiento, se vale de los criterios de la diligencia y de la buena fe. Esta definición, ya de por sí compleja, puede sufrir una adaptación frente a la existencia de situaciones nuevas e imprevisibles, que pueden imponer un re-examen de tal genérica prefiguración de la obligación. Y tal re-examen se conduce, justamente, sobre la base de los únicos dos criterios que permitan mantener en términos jurídicos la constatación del deber y aquel -vinculado a éste- de la licitud del comportamiento”⁸⁶.

Tanto la diligencia como la buena fe tienen la “delicada función de individualización concreta de la obligación, a efectos de establecer la violación”⁸⁷, son “criterios con los cuales claramente se colige la satisfacción del crédito”⁸⁸. Ambos conceptos “se vinculan, en tanto aspectos de la actuación de una prestación, en la fase ejecutiva de una relación. En su calidad de instrumentos de evaluación de una actividad debida sirven para integrar o excluir las hipótesis de actuación, o de la imputabilidad de la no actuación, de la obligación”⁸⁹. Particularmente, con respecto a la diligencia, téngase presente el artículo 1314 c.c., que establece lo siguiente:

⁸² BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 48.

⁸³ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 51.

⁸⁴ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 85.

⁸⁵ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 88.

⁸⁶ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 92. zad

⁸⁷ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 101.

⁸⁸ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 105.

⁸⁹ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 113.

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

En cada obligación en particular, primero deberá establecerse el *standard* de diligencia para luego determinar si hay responsabilidad (o no) por la inexecución de la obligación. Salvo previsión legal o negocial, la diligencia será individualizada en la fase ejecutiva de la relación jurídica. Ello, en complemento con el artículo 1362 c.c., ya que los contratos deben ejecutarse según la buena fe.

Se sostiene que la buena fe y la diligencia operan en dos escenarios distintos, dentro de la relación jurídico patrimonial, siendo la primera una “actividad de relación” y la segunda una “actividad de prestación”⁹⁰. Así, “la evaluación conducida a la luz de la diligencia, se vincula de manera inmediata a la prestación, es un modo de ser de la actividad a la cual el deudor está obligado, individualiza los actos a cumplir en cada momento para satisfacer el interés del acreedor”⁹¹. Mientras que, “la valorización conducida sobre la base del principio de la buena fe, en cambio, tiene referencia con la relación que se instaura entre los dos sujetos de la relación, relación que puede hacer necesaria la adopción de comportamientos sólo mediatamente vinculados con la ejecución de la prestación”⁹². Se le reconoce a la buena fe una “función *constructiva*, en el sentido completar la exteriorización al contenido de la obligación”⁹³.

La buena fe “no establece *cómo* se debe ejecutar la prestación, sino *cómo* se debe comportar, en relación a las circunstancias, durante y después de la actuación (o expectativa) de la prestación. La corrección da vida a una actividad que es el *otro* momento lógicamente típico de toda obligación y de todo crédito”⁹⁴. Así, “mientras el criterio de la diligencia hace que lo abstracto se concrete, es decir, fija el *iter* instrumental que mejor permite obtener el resultado pre-establecido y, al mismo tiempo, evita los eventos que impiden o dañan aquel resultado; el criterio de la buena fe dice lo no dicho [...] es decir, colma de contenido aquella actividad de relación, a la cual ciertamente, en principio, todo deudor está obligado en la fase ejecutiva del contrato, con mayor o menor intensidad, según la naturaleza de la relación; pero que, a diferencia del otro aspecto fundamental de la obligación (la actividad de la prestación) es indeterminada”⁹⁵. En otras palabras, “mientras que la actividad de presta-

⁹⁰ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 128.

⁹¹ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 130.

⁹² BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 130-131.

⁹³ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 131.

⁹⁴ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*

⁹⁵ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 132.

ción tiene un esquema al cual remitirse, la actividad de relación, a parte de la genérica correspondencia a la lealtad, puede ser dejada completamente *en blanco* y vivir sólo en concreto en la fase ejecutiva de la relación⁹⁶.

Puede ser cierto “que la valorización *ex fide bona* permita precisar las modalidades concretas de actuación de la prestación debida. En este sentido podría decirse que, no funda ni delimita la intensidad del denominado esfuerzo, sin embargo, integra la regla de la diligencia; pero aquí se hace referencia, no a la buena fe como regla de conducta, sino a la buena fe como criterio interpretativo que puede permitir evaluar globalmente también las características que, en el supuesto, deberá asumir el comportamiento diligente”⁹⁷.

Otro sector de la doctrina, afirma que en las prestaciones de diligencia, la corrección y la buena fe tienen una función secundaria, por cuanto, “si el deudor ha empleado la medida de la diligencia debida y, no obstante, una causa sobreviniente haya impedido el completo desenvolvimiento del programa obligatorio, la cláusula de buena fe podrá activarse, en los límites trazados por la solidaridad contractual, compromisos de diligencia ulteriores, que se integran, con el fin de superar el obstáculo. En este sentido, podría decirse que el principio de corrección no monopoliza en absoluto la definición de la prestación principal de la diligencia – mas bien, le es fundamentalmente extraño-, convirtiéndose en activo sólo en una fase sucesiva y eventual de la relación de débito, dinámicamente entendida”⁹⁸.

Todas estas consideraciones, a propósito de la buena fe y de la diligencia, me permiten llegar a estas conclusiones:

- a) Tanto la buena fe como la diligencia son *standards* de comportamiento. Hago la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe excede el comportamiento de las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a ésta.
- b) Ambos *standards* de comportamiento (se entiende, dentro de un negocio jurídico) son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica (justamente: su actuar correcto, sin afectar a la contraparte), mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación (o prestaciones) ya delimitada(s) por las partes.

⁹⁶ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 133.

⁹⁷ BRECCIA, Umberto. *Op. Cit.*, p. 154.

⁹⁸ CABRONE, Enrico. *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*. Giappichelli, Torino, 2007, pp. 106-107.

- c) Cuando se habla de diligencia como límite de la buena fe, se hace alusión sólo al escenario en el cual la *creencia* de un sujeto puede ser calificada como buena fe subjetiva.
- d) La buena fe, dado su carácter de principio poliédrico (que asume diversas manifestaciones) también (en tanto parámetro de interpretación) puede servir para evaluar un comportamiento diligente.
- e) La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial.

La buena fe como dispositivo de ponderación

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI (*)

*En homenaje al maestro peruano
Don Manuel de la Puente y Lavalle.*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Múltiples intereses.* 3. *Intereses en conflicto.* 3.1. *La lesión enorme.* 3.2. *Las operaciones de crédito de dinero.* 3.3. *El retiro unilateral de las tratativas preliminares.* 3.4. *Deberes precontractuales de información.* 4. *La resolución de los conflictos.* 5. *La buena fe.* 5.1. *La doctrina nacional y los tribunales.* 5.2. *La buena fe como parte del supuesto de hecho de una norma y como principio general del Derecho.* 6. *Ponderación.* 6.1. *La idea de ponderación.* 6.2. *Un ejemplo.* 7. *Riesgos.* 8. *Tipificación.* 8.1. *La tipificación como respuesta.* 8.2. *Algunos ejemplos de tipificación de las exigencias de la buena fe.* 9. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito nacional no parecen existir dudas respecto del hecho que la buena fe constituye un principio general del derecho. Suele, además, señalarse que dicho principio general se plasma de dos formas diversas en el ordenamiento jurídico: objetiva y subjetiva.

Mi ánimo en estas páginas consiste en prestar atención a un aspecto del funcionamiento de este principio general que ha pasado más bien desapercibido para la doctrina nacional. La tesis que me interesa defender es que el principio general de la buena fe, en ocasiones, funciona como un dispositivo de ponderación de los diversos intereses que articula el derecho de contratos.

Con este objetivo, comienzo desarrollando la idea según la cual una observación cuidadosa de las normas de derecho de contratos muestra que su diseño articula diversos intereses. A continuación, mostraré que es posible –y frecuente– que esos intereses entren en conflicto. En tercer lugar, me detendré sobre dos formas diversas en que dichos conflictos son resueltos: a través de

(*) Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Doctor en Derecho Privado.

reglas o a través de cláusulas generales, específicamente, en este caso, la buena fe. En cuarto lugar me ocuparé de prestar atención a las formas en que se manifiesta la buena fe en el Código Civil. Concluyo mostrando en qué sentido puede concebirse a la buena fe como un instrumento de ponderación.

2. MÚLTIPLES INTERESES

La tesis que quiero defender en estas páginas es que si se presta atención a la forma en que es utilizado el principio general de la buena fe por parte de la doctrina y los tribunales resulta posible advertir que, en ocasiones funciona como un dispositivo de ponderación de los diversos intereses que son articulados a través del derecho de los contratos.

Para comenzar a dotar de plausibilidad a esta tesis resulta necesario, en primer lugar, demostrar la asunción sobre la cual reposa. Esto es que el diseño del derecho de contratos articula una serie de intereses diversos.

Con este objetivo parece adecuado comenzar por la expresión “intereses”.

Utilizo dicha expresión en un sentido bastante amplio para designar consideraciones, ya sea de carácter individual –es decir, que atienden predominantemente a la posición de las partes en la relación contractual-, o social –es decir, que, predominantemente, atienden a objetivos sociales del derecho de contratos-, que procuran ser realizadas a través de las normas de derecho de contratos.

Mi sugerencia es que no resulta conveniente pensar el derecho de contratos como si su diseño pudiese ser explicado a través de la realización de un solo interés, sino más bien como la articulación de un conjunto de compromisos con intereses diversos. En este sentido, puede afirmarse, el derecho de contratos es un sirviente de diversos señores.

En otras palabras, mi posición es que no resultada satisfactorio teorizar acerca del derecho de contratos como si éste obedeciera a la realización de un solo interés, por ejemplo, la autonomía privada, la justicia conmutativa o la eficiencia entendida en términos paretianos o de Kaldor-Hicks, creo, en cambio, que una teorización adecuada respecto del derecho de contratos debe comenzar desde la asunción de la existencia de múltiples intereses que son articulados a través de él¹. No parece posible capturar de otra manera la complejidad de la actual fisonomía del derecho de contratos. Como ha sugerido lúcidamente EISENBERG:

¹ Esto, me parece es lo que EISENBERG (“The Theory of Contracts”, en BENSON P (ed.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 240) ha denominado una “teoría multivalórica del derecho de contratos” (*Multivalue Theory of Contracts*).

*In contract law, as in life, all meritorious values must be taken into account, even if those values may some times conflict, and even at the expense of determinacy. Single-value metric theories of the best content of law must inevitably fail precisely because they deny the complexity of law*².

Algunos ejemplos deberían contribuir a explicar esta idea de una multiplicidad de intereses.

El primero de los intereses en juego es la autonomía privada³. El contrato, puede afirmarse, plasma la idea de que el reconocimiento de una cierta dignidad de los seres humanos implica reconocerles la posibilidad de vincularse a través de sus propias decisiones, en términos tales que la voluntad constituye la justificación y medida de las obligaciones contractuales⁴.

Resulta suficientemente claro que no es posible concebir el moderno derecho de contratos al margen de la autonomía privada⁵. Sin embargo, tampoco es posible concebir al derecho de contratos únicamente desde la autonomía privada. Si ese fuera el caso instituciones como la lesión enorme o una buena parte de las normas que disciplinan las relaciones de consumo se tornarían incomprensibles.

Tratándose de la lesión enorme aparece con fuerza un interés diverso a la autonomía privada: la *justicia conmutativa*⁶, lo que se procura es una cierta equivalencia entre aquello que se da y lo que se recibe. En el caso de las reglas que disciplinan las relaciones de consumo, lo que parece haber esta vez

² *Id.*, p. 241.

³ Utilizo la expresión "autonomía privada" en el sentido que le da FLUME (*El negocio jurídico*, [trds. JM GARCÍA MIQUEL y E. GÓMEZ CALLE]. *Fundación Cultural del Notariado*. Madrid, 1998, p. 23), es decir como el "principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad". La formulación contemporánea más prestigiosa de este interés se encuentra en FRIED, CH. *Contract as a Promise*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1981. Breves pero acertados comentarios respecto a la relación entre la autonomía privada en el derecho de contratos y el respeto a la dignidad de las personas en DÍEZ-PICAZO L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, 6ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 142-143.

⁴ Ver SMITH, S., *Contract Theory*. Oxford University Press, 2004, Nueva York, pp. 58-60.

⁵ Sobre la autonomía de la voluntad la Corte Suprema ha dicho:
"[...] la autonomía de la voluntad se funda en los principios propios de la ilustración de la libertad y de la igualdad, que llevados ambos al plano jurídico, se traducen en igualdad y la libertad jurídica de las partes. La libertad jurídica se divide, a su vez, en la libertad para contratar, que es la libertad para celebrar o no el contrato y con quien, y la libertad contractual, que es la libertad para fijar los términos o contenidos del contrato."
Ver Raúl Manuel Valenzuela Ormazábal con Shariss Marion De Georgia Ortega, Corte Suprema, 03/11/2009, rol N° 6114-2008, número identificador LegalPublishing 42860.

⁶ Sobre la idea de justicia conmutativa respecto del derecho de contratos puede consultarse GORDLEY, J (2007) "Contract Law in the Aristotelian Tradition". En: BENSON P (ed.), *The Theory of Contract Law*, Cambridge University Press, 2007, 265-334.

son consideraciones de *justicia distributiva*⁷. La arquitectura de estas normas se asienta sobre una desigualdad estructural en las posiciones de las partes y su objetivo es aligerarla.

Junto a la autonomía privada, la justicia conmutativa y la justicia distributiva, otro interés que promueven las reglas de derecho de contratos es la *seguridad jurídica*⁸. Así se explica, por ejemplo, que la revocación del mandato resulte inoponible frente a terceros de buena fe⁹, o que los efectos de la resolución no alcancen a terceros de buena fe¹⁰ y otras manifestaciones del principio de la protección de la apariencia, recientemente acogido, en forma vigorosa, por la Corte Suprema¹¹.

⁷ Ver, por ejemplo, KENNEDY, D. (1982): “*Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*”. En: *Maryland Law Review*. Vol. 41 N° 4, 1982, pp. 571-572, LUCY W. N. R., “*Contracts as a Mechanism of Distributive Justice*”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 9, N° 1, 1989, p. 132 y RAMSAY, I., “*Consumer Credit Law, Distributive Justice and the Welfare State*”. En: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 15, N° 2. (1995) 177-197.

⁸ Ver GHESTIN, J., *Traité de droit civil. Les obligations. La formation du contrat*, LGDJ, París, 1993, p. 223.

⁹ Ver STITCHKIN BRANOVER, D. *El mandato civil*, 5ª ed. (actualizada por G. Figueroa Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 471.

¹⁰ Ver PEÑAILILLO ARÉVALO, D. *Obligaciones. Teoría General y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 453-473.

¹¹ Ver Paola Marcela Silva Villanueva y otra con Constructora Malpo Ltda., Corte Suprema, 13/08/2009, Rol N° 785-2008, número identificador Legal Publishing 42555. Con comentario de AWAD DEIK, A. En: *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, N° 14, 2010, pp. 169-175. Señala el máximo Tribunal que:

“[...] como ha señalado anteriormente esta Corte, en las manifestaciones de la vida jurídica, al igual que en otros dominios, no siempre la realidad concuerda con las apariencias. Frente a la dualidad de apariencia y realidad surge el deseo de proteger a los terceros. Las apariencias merecen fe, por cuanto resulta difícil precisar si ellas corresponden o no a la realidad. Es así que cuando el interés de los terceros de buena fe lo hace necesario, los jueces no deben considerar totalmente ineficaz un acto ejecutado por quien se ha comportado como titular verdadero del derecho y lo hace oponible al titular real.

En consecuencia, la apariencia de personalidad, de titularidad o de legitimación equivale a la personalidad, titularidad o legitimación mismas. Existen, por consiguiente, situaciones por las cuales quienes han confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada ante una apariencia determinada, y se han comportado de acuerdo con tal manifestación o apariencia, tienen derecho a contar con ellas, aunque no correspondan a la realidad.

Que extrapolando estos principios de la llamada “teoría de la apariencia” a la del consentimiento aparente, se puede decir que siendo la voluntad, por definición, el motor de los actos jurídicos –sin consentimiento no existe contrato, no se generan obligaciones–, aún en los casos en que a una apariencia de voluntad no pueda atribuírsele el rol de generar un contrato, puede tener significación como fuente de responsabilidad.

Por otra parte, y siempre dentro del derecho privado, se encuentran causas de apariencia en aquellas relaciones en que han intervenido sujetos con titularidad, capacidad o cualidades aparentes, que le dan legitimidad a sus actuaciones sustentadas en el hecho propio de quien podía reclamar de ella en situaciones similares.

Como se ha dejado esbozado anteriormente, la apariencia persigue proteger a los terceros, es decir a aquellos que razonablemente han confiado en la apariencia de los hechos.

Además de los intereses ya mencionados, aparece, con bastante frecuencia, otro al que puede denominarse *lealtad contractual*, en virtud del cual se exige a los contratantes, en cierta forma, consideración a los intereses de la otra parte¹².

Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, es todavía posible pensar en otro interés al que podría denominarse “autorresponsabilidad”¹³, en virtud del cual se exige a las partes en un contrato comportarse con diligencia en el cuidado de sus propios intereses. Así, por ejemplo, resulta frecuente considerar que uno de los requisitos del error con trascendencia anulatoria es su inexcusabi-

Además, la realidad busca la protección del interés del titular real. Si se atiende al primer supuesto, se habrá obtenido el reconocimiento del acto aparente; si se atiende al segundo, se privará al tercero del derecho que él había considerado adquirir.

También se ha expresado pretéritamente que al darle valor a la apariencia surge como fundamentación de la misma la responsabilidad objetiva o subjetiva en la relación jurídica. Mirado desde el ángulo objetivo, esto es, aplicando la teoría de los riesgos a la apariencia, es menester expresar que todo aquél que con su actividad voluntaria dé lugar a la génesis de situaciones aparentes, debe soportar las consecuencias de dicha apariencia.

Que, de este modo, expuestos los principios fundamentales de la teoría de la apariencia jurídica, debe dilucidarse si ellos tienen cabida en el caso sub lite. Sobre esto cabe señalar que la recurrente ha sostenido que Rolando Silva Martínez era solamente un vendedor y carecía de facultades para obligar a la demandada por carecer de la calidad de representante de la compañía.

Ahora bien, como se dijo más arriba se probó que esta persona actuó, en los hechos, como apoderado de esta, sociedad demandada, validando con ello una apariencia jurídica que responsabiliza a esta última subjetiva y objetivamente de los efectos de los contratos de promesa de compraventa que sirven de fundamento a la acción de autos.

Que la conclusión anotada se impone también si se considera que el principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituido por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto. Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto. Ésta es empleada como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad, y es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico, orbitando todo el iter contractual, desde los tratos preliminares, la celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, el cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales.

Es así como el artículo 1546 del Código Civil dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y agrega, incluso, que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Por lo que se relata, necesariamente debe afirmarse que el fallo censurado no ha incurrido en yerro de derecho alguno, al concluir la existencia de los contratos de promesa aludidos y que en ellos son parte la demandada y las actoras, como promitentes vendedoras y compradoras, respectivamente.”

¹² Vuelvo sobre la noción de lealtad contractual en el apartado dedicado a la buena fe.

¹³ Sobre este principio ver, por ejemplo, CARIOTA FERRARA, L., *El negocio jurídico*, trad. M. Albaladejo, Aguilar, Madrid, 1959, p. 53. Ver, también, PIETROBON, V. (El error en la doctrina del negocio jurídico, trad. M. Alonso Pérez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-269), relacionando, en sede de error, la autorresponsabilidad con la protección de la confianza de la parte que recibe la declaración.

lidad¹⁴ y que el carácter inexcusable del error queda configurado por la falta de diligencia del *errans*¹⁵.

3. INTERESES EN CONFLICTO

Si se acepta lo que acabo de afirmar –esto es que a la regulación del contrato subyacen una serie de intereses es necesario, a continuación, advertir que dichos intereses eventualmente –y con frecuencia- entran en conflicto.¹⁶ Una vez más los ejemplos serán de alguna utilidad.

3.1. La lesión enorme

Si se presta atención a las normas sobre lesión enorme a propósito de la compraventa de inmuebles se advierte que el contrato puede privarse de efecto no obstante el hecho de que las partes hayan aceptado sus cláusulas (entre ellas el precio) y que el consentimiento carezca de vicios. Como ha sugerido ALESSANDRI RODRÍGUEZ, respecto de la lesión enorme, no se trataría de un vicio del consentimiento –lo que está en juego, ya se ha dicho, no es exactamente la protección de la autonomía privada- y añade:

“Hemos recorrido todos los vicios del consentimiento y en ninguno hemos encontrado el fundamento de la lesión, lo que es muy razonable, porque éste no se encuentra en los principios del derecho sino en los principios de equidad y en las necesidades sociales”¹⁷.

Lo que está en juego, entonces, es la equidad. Al margen de lo que pacten las partes –esto es, al margen de su ejercicio de autonomía privada- un contrato de compraventa de inmuebles puede ser privado de efectos *ex* artículo 1.889 CC en la medida en que el vendedor reciba un precio inferior a la mitad del justo precio o bien que el comprador pague un precio superior al doble del justo precio. En otras palabras, tratándose de la lesión enorme es perfectamente posible que entren en conflicto consideraciones de autonomía privada y consideraciones de justicia conmutativa.

¹⁴ Ver, por ejemplo, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R. *El negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 80 y LEÓN HURTADO, A., *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 3ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 166).

¹⁵ Ver MARTINIĆ GALETOVIĆ, M., y REVECO URZÚA, R. (“Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos”, en AA.VV, *Estudios de derecho privado. Libro homenaje al profesor Gonzalo Figueroa Yáñez*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 139-142.

¹⁶ Como espero mostrar en los ejemplos, existe un conflicto entre intereses cada vez que, en un caso concreto, existen dos o más de ellos que, en principio, justifican dos soluciones incompatibles.

¹⁷ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De la compraventa y de la promesa de venta*, Tomo II, Vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 743.

Una cuestión similar sucede con la disciplina de la cláusula penal enorme, como resulta bien sabido, el artículo 1.544 C.C. establece limitaciones al monto de la cláusula penal en tres supuestos: obligaciones de pagar una cantidad determinada como equivalente a lo que la otra parte debe prestar, siempre que la cláusula penal también se fije en dinero; la obligación del mutuario de restituir y las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado. Lo que resulta relevante no es, por así decirlo, la calidad del acuerdo, sino la equivalencia y ésta es considerada con un métrica externa al acuerdo. En otro lugar me he referido a estos tres supuestos con mayor detalle¹⁸, lo que me interesa aquí es simplemente mostrar que se trata de otro supuesto en el cual la justificación más plausible de la limitación a una cláusula pactada por las partes en ejercicio de su libertad de configuración consiste en consideraciones de justicia correctiva¹⁹.

3.2. Las operaciones de crédito de dinero

Según dispone el artículo 12 de la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, en éstas la gratuidad no se presume, ellas devengan intereses corrientes. Ese es el costo de utilizar el dinero. Las partes, desde luego, pueden introducir cláusulas que eximan al deudor de pagar intereses corrientes o bien fijar un interés diverso del corriente. En este último caso, sin embargo, existe un límite: el máximo convencional (es decir el interés corriente aumentado en un 50%). Si las partes sobrepasan dicho límite en su pacto, éste se tendrá por no escrito. Según el tenor del artículo 8 de la Ley N° 18.010: “Se tendrá por no escrito todo pacto de intereses que exceda el máximo convencional”. El “pacto” representa uno de los intereses en conflicto: la autonomía privada. ¿Cuál es el otro interés que justifica el establecimiento de límites? La respuesta más evidente parece ser, como sucedía con la lesión enorme, consideraciones de justicia conmutativa.

Puede ser, sin embargo, resulta necesario prestar atención al artículo 5 de la Ley N° 18.010:

No existe límite de interés en las siguientes operaciones de crédito de dinero:

¹⁸ VER DE LA MAZA GAZMURI, I. “El secreto está en la técnica: los límites de la cláusula penal”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fernando Fueyo Laneri N° 7, 2006, pp. 9-50.

¹⁹ En un sentido vagamente similar la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo, para justificar la declaración de enormidad de oficio de una cláusula penal por parte de un juez que: “en toda regulación jurídica jurisdiccional subyace el imperativo ético y el lógico, que impiden, el primero, reconocer derecho en lo exproliativo y, el segundo, identificarlo con lo absurdo” (número identificador Lexis Nexis 24985).

- a) Las que se pacten con instituciones o empresas bancarias o financieras, extranjeras o internacionales.
- b) Las que se pacten o expresen en moneda extranjera para operaciones de comercio exterior.
- c) Las operaciones que el Banco Central de Chile efectúe con las instituciones financieras.
- d) Aquellas en que el deudor sea un banco o una sociedad financiera.

Tratándose de la lesión enorme en la compraventa de inmuebles lo *único* determinante es la diferencia entre aquello que se pagó o que se recibió y el justo precio. Por lo mismo, la figura puede justificarse en términos de justicia conmutativa. En cambio, lo que muestra el artículo 5 es que existe una característica de la operación que torna irrelevante el monto de los intereses: *quiénes* participan en ellas. Lo que hace el artículo 5, en general, es prestar atención al nivel de sofisticación económica que, presumiblemente, tienen quienes celebran la operación de crédito obligándose a pagar por el dinero que se recibe o se recibirá. La aparente racionalidad del precepto parece ser que en ciertas operaciones de crédito de dinero las partes, por su condición, son capaces de cuidarse a si mismas, por esta razón no resulta necesario protegerlas. En cambio, en el resto de los casos, una de las partes es típicamente más poderosa que la otra. Si mi análisis es correcto, la justificación del interés máximo convencional como límite al pacto de las partes operaría en clave de justicia distributiva. El conflicto se presentaría entonces entre la autonomía privada y consideraciones de justicia distributiva.

3.3. El retiro unilateral de las tratativas preliminares

La libertad negativa -una de las formas en que se plasma la autonomía privada de manera más conspicua- demanda que el vínculo contractual únicamente surja desde el momento en que ha existido una voluntad de obligarse. A partir de esta idea, se ha sostenido que, en general, las partes son libres de retirarse de la negociación de un contrato sin que dicho retiro origine una obligación de indemnizar los daños y perjuicios que la otra parte pueda haber experimentado a resultas del retiro. Sin embargo, la libertad de contratar en el sentido en que la he formulado no es irrestricta. En ciertas ocasiones entra en conflicto con un cierto deber de comportamiento leal y correcto que se exige a las partes mientras negocian un contrato²⁰.

²⁰ La bibliografía, incluso a nivel nacional respecto de responsabilidad por retiro unilateral es abundante. Entre otros puede consultarse ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 37-38; ROSENDE ÁLVAREZ, H. *Responsabilidad precontractual*. Ediciones Universitarias de Valparaíso,

Los hechos de un caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción y comentado por DOMÍNGUEZ BENAVENTE et al²¹ contribuirá a mostrar el conflicto. Dos grupos de empresas negociaron durante más de un año la compraventa de un conjunto de más de 20 predios en la VII Región cuyo valor ascendía a varias decenas de millones de dólares. Durante las negociaciones mantuvieron prolongadas y frecuentes conversaciones con el objeto de determinar la fisonomía del contrato de compraventa, intercambiaron títulos de propiedad, estudios de los mismos, borradores de contratos de promesa y de mandato, llegando incluso a fijar una fecha exacta para la celebración del contrato de promesa de compraventa. Llegado el día de la celebración, el grupo propietario de los predios comunicó al grupo comprador que se retiraba de las negociaciones porque acababa de vender dichos terrenos a un tercero quien le había pagado una suma superior al que se convendría en la promesa.

Enfrentado a un caso como el expuesto la tarea del juez consiste en determinar, para ese caso concreto, qué interés debe prevalecer: la libertad contractual entendida en un sentido negativo o bien la exigencia de un cierto comportamiento leal y honesto durante la negociación del contrato. En relación a este comportamiento leal y honesto, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que:

"[...] en la fase de las tratativas preliminares el criterio mayoritario establece que se genera responsabilidad cuando se causa daño a la persona o bienes de otro, responsabilidad que nace de la equidad comercial que obliga a indemnizar los perjuicios producidos con motivo del quiebre de la confianza que había suscitado la actitud de las partes en la celebración de un negocio jurídico. En opinión de Saavedra Galleguillos la responsabilidad se sustenta en la buena fe que obliga a ambos interesados durante todo el iter negocial. Es indudable que por el solo hecho que las personas se pongan en relación con el fin de negociar la conclusión de un contrato se establece entre ellas una conexión que crea un estado de confianza recíproca que no debe ser defraudado. Se trata, por tanto, de una responsabilidad que emana de un deber incumplido, cuya medida estará determinada

Valparaíso, 1979; MEZA BARROS, R., *Responsabilidad civil*, Edeval, Valparaíso, 1980, p. 66; ZULOAGA RÍOS, M., *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2006, pp. 124 y ss.; BARROS BOURIE, E., *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 1004; DE LA MAZA GAZMURI, I., "El retiro unilateral como un caso de responsabilidad precontractual, en *Id.*, *Temas de contratos*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, U. Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 131-158; BARRIENTOS ZAMORANO, M., *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, LegalPublishing, Santiago, 2008, pp. 117-121; y CELEDÓN FÖRSTER, R., y SILBERMAN VEZSPREMI, P., *Responsabilidad precontractual por ruptura de negociaciones contractuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

²¹ El caso es comentado por los profesores Ramón DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO. En: *Revista de la Universidad de Concepción*, N° 199, año LXIV, pp. 179-183. La relación de los hechos que hago aquí es, salvo ligeros detalles, la misma efectuada por los autores del citado comentario.

por los daños que se hubieren ocasionado a la parte contraria, como justa compensación al perjuicio resultante del fracaso arbitrario de la negociación [...]”.

Como puede advertirse de las palabras de la Corte de Apelaciones de Concepción, existe un interés diverso de la autonomía privada entendida en términos de libertad negativa: una confianza recíproca de las partes en que cada una de ellas se comportará leal y honestamente durante la negociación del contrato.

3.4. Deberes precontractuales de información

En su versión más sintética, la cuestión que subyace a los deberes precontractuales de información es bajo qué condiciones una parte debe suministrar información (que conoce o debería conocer) a la otra que la ignora y para quien resulta relevante al momento de decidir si contratar y en qué condiciones hacerlo²².

La pregunta resulta especialmente inquietante en aquellos casos en los cuales no existe una respuesta preconfigurada en el ordenamiento jurídico, es decir, en aquellos supuestos en los cuales no existe un deber precontractual de informar “tipificado” por el legislador²³. Así, por ejemplo, en un caso resuelto por la Corte Suprema con fecha 19 de mayo de 2008²⁴ una empresa arrienda un predio para instalar un campo de minigolf, con posterioridad a la celebración del contrato la arrendadora se entera de que no es posible asignar dicho uso al predio por razones legales. En la parte del debate que interesa aquí, la arrendataria alega que durante la negociación del contrato la arrendadora debió haberle informado acerca de dicha imposibilidad, la arrendadora responde que la arrendataria debió haberse informado de dicha imposibilidad. La arrendataria entonces considera que el comportamiento leal y honesto que se exige a las partes durante la negociación del contrato exigía a la arrendadora suministrar dicha información. Por su parte, la arrendadora estima que la arrendataria fue negligente, toda vez que no verificó el estado jurídico del bien arrendado con anterioridad a la suscripción del contrato ni

²² Me he detenido morosamente en el tema de los deberes precontractuales de información, ver DE LA MAZA GAZMURI, I. *Los límites del deber precontractual de información*. Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

²³ Uno de los ejemplos más elocuentes de deberes precontractuales de información típicos son aquellos que consagra la ley N° 19.496 sobre protección de los consumidores. Sobre el particular ver DE LA MAZA GAZMURI, I. “*El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información*”. En: prensa con la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Norte.

²⁴ Rol N° 1287-2008, N° Legal Publishing 39372. Comenté esa sentencia en la *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N° 13, pp. 249-256.

tampoco diligenció antes de empezar las obras los permisos requeridos. Por su parte, la Corte de Apelaciones consideró que:

“La expectativa es que en esta etapa [la precontractual], los contratantes se den toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad”²⁵.

En otras palabras, la Corte de Apelaciones consideró que entrando en conflicto lo que podría denominarse el “principio de autorresponsabilidad” en virtud del cual se exige a cada una de las partes comportarse cuidadosamente durante la negociación del contrato y la exigencia de un comportamiento leal y honesto, este último debía prevalecer.

4. LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

El apartado anterior debería haber servido para ilustra cómo los diversos intereses que son articulados a través del derecho de contratos pueden entrar en conflicto. El objeto de este apartado es mostrar cómo se resuelven esos conflictos.

Si se presta suficiente atención a los cuatro ejemplos mencionados se advertirá que la manera de resolver los conflictos entre intereses en pugna puede asumir dos formas diversas. Tratándose de los primeros dos ejemplos –lesión enorme: conflicto entre la autonomía privada y la justicia conmutativa e intereses en operaciones de crédito de dinero: conflicto entre la autonomía privada y consideraciones de justicia redistributiva- se advierte que la colisión entre los diversos intereses es resuelta a través de reglas por el legislador. Es una norma jurídica la que establece la primacía de las consideraciones de justicia conmutativa o distributiva. El legislador ha preconfigurado una solución.

En lo que se refiere al tercer y cuarto ejemplo –retiro unilateral de las tratativas preliminares: conflicto entre lealtad y autorresponsabilidad y de-

²⁵ En *Iribarra Varela, María Leontina c/ Rector de Inacap* (recurso de protección confirmado por la Corte Suprema, 4 de abril de 2006, RDJ17692, MJJ17692) la Corte de Apelaciones de Santiago se manifiesta en forma más contundente señalando que:

[...] la buena fe es un principio general del derecho, que encuentra plena manifestación en el ámbito de las relaciones contractuales. En efecto, la exigencia de la buena fe en la ejecución de los contratos (consagrada en el artículo 1546 del Código Civil) impone a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, desde el inicio, en las tratativas preliminares, hasta los momentos posteriores, incluso a la terminación del contrato. En la fase precontractual, la buena fe está representada por el deber de informar que tienen ambos contratantes acerca de todas las condiciones que rodean el contrato que se pretende celebrar y exige que cada uno de ellos presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro (como dice López Santa María, año 1986, pág. 295), lo que implica no sólo abstenerse de afirmaciones equívocas o inexactas, sino también de silencios o reticencias que pueden conducir a una equivocada representación de los elementos del contrato.

beres precontractuales de información: conflicto entre autorresponsabilidad y lealtad- las cosas son distintas. No existen, en ninguno de los dos casos, soluciones plasmadas directamente en normas jurídicas a las que echar mano. Sin embargo, si se consideran las sentencias citadas en cada caso, se advierte que la solución del conflicto entre intereses es resuelta acudiendo a un principio general del derecho: la buena fe. Es este principio general el que determina que bajo ciertas condiciones la parte que se retira de la negociación deba indemnizar o bien que se considere ilícito no haber suministrado determinada información.

Para continuar avanzando sobre esta exposición resulta, entonces, necesario detenerse sobre el principio general de la buena fe.

5. LA BUENA FE

5.1. La doctrina nacional y los tribunales

Una mirada a la doctrina nacional y a las decisiones de los tribunales superiores muestra dos cosas que parece necesario enfatizar. La primera es que la buena fe constituye un principio general del derecho civil. La segunda es que sus manifestaciones en el Código Civil pueden agruparse en supuestos de buena fe subjetiva y supuestos de buena fe objetiva.

En el derecho de contratos, que es la porción del ordenamiento jurídico que interesa aquí, no parece existir demasiada duda ni entre los autores ni las sentencias de los tribunales respecto a que la buena fe es un principio general del derecho. Así, en la que probablemente sea la mejor exposición del tema en el derecho chileno, LÓPEZ SANTA MARÍA señala que no obstante la formulación del artículo 1.546 que restringe su ámbito de aplicación a la ejecución de los contratos (“Los contratos deben ejecutarse de buena fe [...]”), la doctrina es unánime en considerar que las exigencias de la buena fe se extienden a todo el *iter* contractual²⁶. Así, el autor reconoce manifestaciones del principio general de buena fe en los tratos preliminares (deber de información, deber de confidencialidad, retiro unilateral), en la ejecución del contrato (carácter esencial del incumplimiento para efectos resolutorios, aceptación de la excesiva onerosidad sobrevenida, consagración de la doctrina de los propios actos²⁷) y en relaciones postcontractuales (deber de secreto o reserva).

²⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, J., *Contratos, Parte General*, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 399.

²⁷ Se podría agregar la carga de minimizar el daño, ver DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Notas sobre el deber de minimizar el daño”. En: *Revista Chilena de Derecho Privado* Fernando Fueyo Laneri, N° 5, 2005, pp. 73-98.

Tratándose de los tribunales superiores, la Corte Suprema se ha pronunciado, en términos extremadamente explícitos sobre la vigencia del principio general de la buena fe durante todo el *íter* contractual en los siguientes términos:

*"[...] el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato. En efecto, como lo ha comprendido la doctrina y la jurisprudencia en nuestro medio jurídico, la buena fe contractual que exige el artículo 1546 del Código Civil, ha de estar presente en todas las etapas de desenvolvimiento del contrato, esto es, desde las negociaciones preliminares, pasando por la celebración y ejecución del mismo, hasta las relaciones posteriores al término del contrato inclusive"*²⁸.

Con respecto a las manifestaciones del principio general de la buena fe, en doctrina, suele distinguirse entre buena fe subjetiva y objetiva²⁹. La primera quedaría configurada como una "consciencia" o "estado de consciencia", la segunda, como "un paradigma con el cual se contrasta la conducta de un agente negocial"³⁰. Algo similar sucede con las decisiones de los tribunales.³¹

5.2. La buena fe como parte del supuesto de hecho de una norma y como principio general del derecho

No obstante esta diferencia, se ha señalado que existiría unidad en el concepto de buena fe, la buena fe objetiva únicamente constituiría un método para determinar la convicción del agente de estar actuando conforme a derecho³².

Existen buenas razones para considerar la buena fe como un concepto unitario, en definitiva lo que se persigue siempre es un comportamiento ape-

²⁸ Ver *Glide Diversiones Limitada con Compañía de Inversiones y Desarrollo Sur S.A.*, 19/05/2008, N° Legal Publishing 39372.

²⁹ Ver, por ejemplo, *LÓPEZ SANTA MARÍA*, N° 26, pp. 392-407 y *GUZMÁN BRITO, A.*, "La buena fe en el Código Civil de Chile". En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 nN 1, pp. 11-23.

³⁰ *Id.*, pp. 21-22.

³¹ Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en una sentencia de 21 de julio de 2008 (*Comercial Transporte e Industrial Marc Ltda. c/ APRO Ltda.*, Rol N° 2594-07, MJJ17894) ha tenido oportunidad de señalar que:

"El principio de la buena fe, en su fase objetiva, está constituido por la conducta que se puede esperar de un hombre correcto. Es un estándar que debe ser apreciado en abstracto, contrariamente a lo que ocurre con la buena fe subjetiva, la cual es ponderada en concreto. Ésta es empleada como sinónimo de probidad, lealtad, confianza, seguridad y honorabilidad, y es por ello que ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico, orbitando todo el iter contractual, desde los tratos preliminares, la celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, el cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales. Es así como el artículo 1546 del Código Civil señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe y agrega, incluso, que, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".

³² En este sentido puede consultarse N° 26, p. 23 y *PEÑAILILLO ARÉVALO, D.* *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 354.

gado a derecho. Quizás la distinción realmente útil se encuentre en la forma en que se manifiesta dicho imperativo en el Código. En este sentido, resultan particularmente útiles las consideraciones que han realizado Díez-PICAZO³³ y MIQUEL GONZÁLEZ³⁴ para el derecho español, pero que resultan perfectamente extrapolables al ámbito nacional.

DÍEZ-PICAZO ha señalado que la expresión “buena fe” puede emplearse para designar dos cosas distintas³⁵. La primera de ellas es como un concepto técnico-jurídico que describe o delimita el supuesto de hecho de una norma (así, utilizando uno de los ejemplos que provee el autor –pero contextualizado en el derecho chileno, el artículo 51 de la Ley de Matrimonio Civil dispone que el matrimonio produce efectos civiles para el cónyuge que lo contrajo de buena fe, aunque haya sido declarado nulo)³⁶. La segunda cosa que se designa con esta expresión es un principio general del derecho, capaz de engendrar normas jurídicas completas, según el cual las personas:

“[...] deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos”³⁷.

MIQUEL GONZÁLEZ, por su parte, ha señalado que la distinción formulada por DÍEZ-PICAZO corresponde a la buena fe objetiva y subjetiva, “pero poniendo el acento en otros factores que atienden al grado y al tipo de concreción”³⁸. Así, tratándose de la buena fe que delimita un supuesto de hecho –la subjetiva-, el legislador la ha descrito y, dicho nivel de concreción permite realizar una operación jurídico-formal de subsunción. No sucede lo mismo cuando se trata de la buena fe objetiva o como principio general del derecho, y la razón es que en estos últimos casos no se encuentran determinados ni los supuestos de hecho normativos, ni las consecuencias jurídicas.

Presentadas las ideas de DÍEZ-PICAZO y MIQUEL GONZÁLEZ es posible volver al apartado anterior en el que se advirtió que la resolución de los conflictos que se suscitan ente los distintos intereses que subyacen al derecho de con-

³³ DÍEZ-PICAZO, L., “Prólogo” a WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*. Trad. J.L. Carro, Editorial Civitas, Madrid, 1977.

³⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M^a. “Observaciones en torno a la buena fe”. En: AA.VV., *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 497-507; y “Comentario artículo 7.1”, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO, M. y ALABART, S. (dir.), Edersa, Madrid, 1993, pp. 117-137.

³⁵ DÍEZ-PICAZO. N^o 33, pp. 11-12.

³⁶ En este ámbito “buena fe” significa que el cónyuge ignora la existencia de causales de nulidad del matrimonio.

³⁷ DÍEZ-PICAZO. N^o 33, p. 12.

³⁸ MIQUEL GONZÁLEZ. N^o 34, p. 40 y pp. 497 a 507.

tratos pueden resolverse de dos maneras diversas: o bien por el legislador a través de una norma jurídica, o bien por el juez, quien se serviría de la buena fe entendida como un principio general del derecho capaz de engendrar normas jurídicas completas. Por ejemplo, una norma -no preconfigurada por el legislador- en virtud de la cual el arrendador debe informar respecto de los defectos jurídicos que aquejan al predio objeto del contrato o una norma según la cual la empresa que se retira después de una larga negociación y después de haber convenido, verbalmente, el contenido del contrato de promesa y fijado la fecha de su celebración, debe indemnizar los perjuicios que su retiro ocasione a la otra parte.

6. PONDERACIÓN

Si lo que he afirmado hasta ahora resulta ser correcto tengo para mí que: (1) el derecho de contratos articula diversos intereses que (2) eventualmente entran en conflicto. (3) Dicho conflicto puede ser resuelto o bien por el legislador preconfigurando reglas en este sentido o por el juez sirviéndose de la buena fe, entendida como principio general del derecho. Me interesa mostrar ahora que, en definitiva, lo que el juez hace sirviéndose de la buena fe, entendida como principio general, consiste en decidir para el caso concreto cuál de los intereses en conflicto debe prevalecer. Para decirlo de otra manera, el juez debe *ponderar* los diversos intereses en juego.

6.1. La idea de ponderación

Como resulta bien sabido, la ponderación es una idea cuya formulación más conocida surge a propósito del debate sobre las diferencias entre reglas y principios, uno de los temas más intensamente discutidos en la teoría del derecho³⁹. En lo que concierne a esta investigación, basta detenerse sobre uno de los criterios de distinción: la forma en que se solucionan los conflictos entre reglas o entre principios.

Desde la mirada de ALEXY, las reglas constituyen “mandatos definitivos”, en términos que si una regla es válida debe hacerse exactamente lo que ella dispone, ni más ni menos⁴⁰. En cambio, los principios son concebidos por el autor como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferente

³⁹ Ver, por ejemplo, ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. “Sobre principios y reglas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 10, 1991, pp. 101-120.

⁴⁰ En el mismo sentido señala DWORKIN, R. (*Los derechos en serio*, trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72 y ss.):

“las normas [‘reglas’, en Alexy] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.

grado⁴¹. Por esta razón es que los conflictos entre principios y entre reglas no se resuelven de la misma manera.

Si dos reglas entran en conflicto, necesariamente, una de ellas desplaza a la otra. A menos que la regla tenga una excepción (en cuyo caso, no hay conflicto), habrá que determinar cuál de las dos normas contradictorias es jurídicamente válida. Esta pregunta se responde, las más de las veces, acudiendo a criterios generales para la resolución de antinomias (*lex superior derogat inferiori, lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generalis*). Cuando el conflicto se produce entre principios jurídicos la forma de resolverlo es diversa. Evidentemente, uno de los principios debe ceder, pero esto no significa que el principio desplazado sea considerado inválido, significa que, en ese caso concreto tiene menos peso que aquel principio que lo desplazó⁴². Tratándose de principios es necesario ponderar cuál prevalece en caso de colisión, es decir, determinar el peso concreto de cada principio según las circunstancias concretas⁴³.

Esta es la idea de ponderación que pretendo rescatar cuando afirmo que el juez debe ponderar los diversos intereses en juego.

6.2. Un ejemplo

La idea de ponderación puede ilustrarse a través del tratamiento que prodigan los Principios Europeos de Derecho de Contratos al dolo. Según dispone su artículo 4:107:

“(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party’s fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed.

(2) A party’s representation or non-disclosure is fraudulent if it was intended to deceive.

⁴¹ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés, C.E.C., Madrid, 1997, pp. 81-98.

⁴² Así, por ejemplo, ALEXY (*Ibid.*, pp. 154-155) muestra el caso Lebach, en el que se discutió si la libertad de expresión protegía a un programa informativo que pretendía transmitir una información ya repetida sobre un crimen grave un breve tiempo antes de la excarcelación del autor. El Tribunal Constitucional alemán consideró que la protección de los derechos de la personalidad del autor del delito prevalecía frente a la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no significa que, la libertad de expresión no tenga validez en estos casos, sino más bien que, atendidas las peculiaridades del caso (la información ya había sido transmitida antes, en poco tiempo más sería excarcelada la persona) convenía asignarle más peso a la protección de la persona.

⁴³ Siguiendo a ALEXY (“Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales” trad. C. Bernal Pulido, en REDC, N° 66, 2002) la relación de precedencia condicionada de los principios en colisión supone prestar atención a tres elementos. En primer lugar, el grado de afectación y la importancia de los principios en juego; en segundo lugar, la forma de relacionar el peso de los principios y la carga argumentativa. En este trabajo, sin embargo, no me detengo sobre el tema.

(3) *In determining whether good faith and fair dealing required that a party disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:*

- (a) *whether the party had special expertise;*
- (b) *the cost to it of acquiring the relevant information;*
- (c) *whether the other party could reasonably acquire the information for itself; and*
- (d) *the apparent importance of the information to the other party”.*

Desde la perspectiva del deber de informar, en esta norma transcrita, debe prestarse atención a su tratamiento del dolo por omisión. En el marco del precepto, esta especie de dolo tiene lugar cuando la reticencia de una de las partes es contraria a la buena fe y las negociaciones leales. Para determinar cuándo sucede esto, la norma dispone que deben considerarse todas las circunstancias, incluyendo en las enunciadas, un argumento típicamente económico: el costo de adquirir la información.

En el modelo del artículo 4:107 PECL, la buena fe permite considerar todos los intereses en juego al momento de decidir si quien mantuvo silencio cometió o no dolo por omisión o, dicho en otras palabras, la buena fe permite ponderar los diversos intereses en juego para determinar si se debe informar aquello que se calla.

7. RIESGOS

Un principio general como la buena fe aporta flexibilidad al ordenamiento jurídico, pero lo hace a un costo importante en términos de seguridad jurídica o lo que IHERING denominó “realizabilidad formal” del derecho.⁴⁴ Eventualmente, un principio general, plasmado en una cláusula general como el artículo 1.546 CC, puede crear un manantial inagotable de controversias y abrir mucho campo a la arbitrariedad judicial.

Estos riesgos no han pasado desapercibidos para la doctrina en el derecho comparado. Tempranamente, en 1933, HEDEMANN advirtió insistentemente que acudir a cláusulas generales permitiendo a los jueces un ejercicio inmoderado

⁴⁴ La expresión “realizabilidad formal” es introducida por von IHERING. En: *El espíritu del derecho romano* El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, t. I, trad. E. Príncipe Satorres, Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 38-46. Allí, el autor alemán señala que la función del derecho es realizarse, y distingue entre realizabilidad material y formal. Por la primera puede entenderse: “la utilidad o la oportunidad de las disposiciones materiales del derecho”; por la segunda: “la facilidad y la seguridad de la aplicación del derecho a las especies concretas” (Ibíd., p. 40).

La realizabilidad formal depende de la forma en que se establece la hipótesis (supuesto de hecho) y la consecuencia de la norma. Como sugiere von IHERING (ibíd., p. 42):

“A medida que las condiciones y las consecuencias de una regla de derecho están determinadas de una manera general é interna, más difícil es reconocerlas de un modo concreto; y cuanto más concretas y exteriores son, tanto más fácil es, por el contrario, el apreciarlas”.

de discrecionalidad destruiría la función vital de las normas legales como limitadoras del ejercicio del poder⁴⁵. Dos décadas después WIEACKER consideró que el riesgo sobre el que había alertado HEDEMANN se había cumplido a causa del totalitarismo en Alemania⁴⁶.

En el derecho español, la opinión de HEDEMANN también ha llamado la atención de la doctrina. Así, por ejemplo, Díez-PICAZO ha señalado respecto de la proliferación de cláusulas generales que:

*"[...] facilita un camino a quienes temen enfrentarse con los duros problemas de las normas legales, porque la cuestión es que en las cláusulas generales es más fácil la sustitución de la hermenéutica legal por un conjunto de valoraciones subjetivas tendentes a crear un clima que favorezca puras intenciones de justicia entendidas al modo que quiera entenderlo quien quiera recurrir a tales valoraciones. Se trata de un problema repetido ad nauseam y todos aquellos que han estudiado con detenimiento estas materias, han encontrado siempre la necesidad de poner un límite o un dique al arbitrio judicial, pues lo que no es en ningún caso la regla que ordena cumplir las exigencias de la buena fe o comportarse de acuerdo con ella es una puerta abierta al más absoluto arbitrio judicial"*⁴⁷.

Y, específicamente, respecto de las reformas al Título Preliminar del Código civil que introdujo el artículo 7.1⁴⁸, Díez-PICAZO y GULLÓN alertan sobre el riesgo de "apertura hacia un sistema de mayor arbitrio judicial en la decisión de los litigios, con la mengua de seguridad jurídica que siempre empaña el principio de legalidad en estos casos"⁴⁹.

8. TIPIFICACIÓN

8.1. La tipificación como respuesta

La arbitrariedad es uno de los riesgos que se suele aparejar al uso de la ponderación⁵⁰. Esto es especialmente evidente en el precepto utilizado para

⁴⁵ Una exposición de esta idea en DAWSON, J., *The Oracles of the Law*, Greenwood Press, Connecticut, 1968, p. 476 y AUER, M., "The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments", SSRN, 2006, p. 30 (disponible en: <http://ssrn.com/abstract=945594>). Visitado el 11/10/2007).

⁴⁶ WIEACKER, N° 33, p. 31. Ver también DAWSON, N° 45, p. 477.

⁴⁷ Díez-PICAZO, N° 3, p. 65.

⁴⁸ Cuyo texto es el siguiente: "Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

⁴⁹ Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, v. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, p. 65.

⁵⁰ Ver ALEXY, N° 43, p. 157. En el mismo sentido, como ha sugerido BERNAL PULIDO ("Estructura y límites de la ponderación". En: *DOXA*, N° 26, 2003, p. 238:

"[...] la ponderación no es un procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice una respuesta correcta en todos los casos. Por el contrario, tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones".

ilustrar cómo se puede recurrir la buena fe para incluir los diversos intereses protegidos: el 4:107 PECL. Se trata de una norma radicalmente flexible por dos razones. La primera –y más evidente– es que ordena considerar *todas las circunstancias*, y, a continuación, elabora una lista de circunstancias que no es *numerus clausus*, sino meramente enunciativa. La segunda, y no menos determinante, es que no indica el peso específico que tiene cada una de las circunstancias que identifica⁵¹. La pregunta, como ha quedado planteada, es cómo compatibilizar la flexibilidad que se procura a través de las cláusulas generales como la buena fe con un grado aceptable de seguridad jurídica.

En el derecho español esta cuestión se ha formulado a propósito de la reforma de 1973-1974 al Título Preliminar del Código Civil y el optimismo que suscitó la incorporación de cláusulas generales como una forma de superar la crisis del legalismo. Otros autores prefirieron la cautela, advirtiendo sobre los riesgos de la dinamización de las cláusulas generales, y señalaron que:

“la única forma de aplicación del artículo 7 y de sus correlativos [es] la vía de la formación de tipos o, si se quiere calificarlo de otra manera, de llevar a cabo concreciones o concretizaciones”⁵².

Hasta el momento he utilizado normalmente la expresión “tipificación” para referirme a ciertos deberes precontractuales de información en los que el legislador ha concretado las exigencias de la buena fe en lo que se refiere a dichos deberes estableciéndolos legalmente. La idea de creación de tipos o tipificación parece referirse aquí a otra forma de concretar las exigencias de la buena fe que ha hecho fortuna en el derecho alemán, en lo que interesa aquí, a propósito del parágrafo 242 del BGB. En el derecho alemán, la concreción ha tenido lugar fundamentalmente a través de la sistematización de un creciente número de casos en los cuales se ha aplicado la buena fe, categorizándolos en grupos de casos (*fallgruppen*) de los cuales se puedan extraer criterios suficientemente claros y diferenciados que permitan justificar adecuadamente las

⁵¹ Esta flexibilidad radical, como es evidente facilita la convivencia de interpretaciones del precepto bastante disímiles. Así, por ejemplo, GILIKER, P., “Regulating Contracting Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law”, *European Review of Private Law*, 5-2005, p. 640, ha señalado respecto de la interpretación de dicha norma por países con diversas tradiciones jurídicas que:

“In interpreting such provisions, a French court may be expected to concentrate on the relative expertise of the parties and the importance of the information in determining liability, displaying a natural preference for a subjective approach to law with minimal attention to economic factors. A common law court, in contrast, is more likely to emphasize the ability of the parties to acquire information for themselves and the cost of acquisition, while acknowledging to a certain extent the need to protect consumers. Until a common understanding of the role of disclosure in the contracting process may be found, it will be difficult to bridge such an interpretative divide”.

⁵² DÍEZ-PICAZO, N° 3, p. 66. De la misma opinión MIQUEL GONZÁLEZ, N° 34, p. 38.

decisiones judiciales en las que se aplica dicho párrafo.⁵³ Así, por ejemplo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, a propósito del artículo 7.1 CC, señalan que la doctrina alemana elaboró sobre la base de la jurisprudencia de los tribunales algunos supuestos típicos en los que la buena fe operaba como límite del ejercicio de los derechos subjetivos⁵⁴. Así sucedió, por ejemplo, con la prohibición de venir contra los actos propios, el retraso desleal (*Verwirkung*) y el abuso de la nulidad por motivos formales⁵⁵.

De los antecedentes expuestos se desprende la necesidad de concretar las exigencias de la buena fe, en términos tales que manteniendo su flexibilidad, no lesione el principio de seguridad jurídica⁵⁶.

8.2. Algunos ejemplos de tipificación de las exigencias de la buena fe

La tipificación a que quiero referirme aquí no es aquella en que figuras originalmente surgidas al abrigo del principio general de la buena fe son codificadas a la manera de la reforma del derecho de obligaciones alemana de 2002⁵⁷, sino, más bien a supuestos que sin encontrarse formalmente incorporados a códigos u otras leyes son aceptados por los tribunales como infracciones al principio general de buena fe. Para estos efectos –y en consideración al espacio– me limitaré a tres ejemplos sobre retiro unilateral de las tratativas preliminares y deberes precontractuales de información.

En lo que respecta a las tratativas preliminares, probablemente el ejemplo más claro sea el de quien ingresa en las negociaciones de un contrato sin ánimo de contratar, o permaneces en ellas cuando ya sabe que no celebrará el contrato⁵⁸. En el ámbito nacional un ejemplo de este supuesto puede encon-

⁵³ Ver WHITTAKER, S. y ZIMMERMAN, R. "Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape". En: *Id.* (edits.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 23; AUER, [...], p. 132; y HESSELINK, M., "The Concept of Good Faith", en Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius E., Joustra A. y Veldman M. (edits.), *Towards a European Civil Code*, 3ª ed, Kluwer Law International, La Haya, 2004, pp. 474-475.

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, N° 49, p. 435.

⁵⁵ Sobre esto puede consultarse además, WIEACKER, N° 33, pp. 61-74) quien analiza el *venire contra factum proprium*, el *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*, la excepción de adquisición de un derecho de mala fe, y la acción legal claramente inicua y desconsiderada.

⁵⁶ Enfatizo la idea de que mantenga su flexibilidad, porque, como es evidente, no debería aspirarse a una concreción absoluta de los diversos supuestos de aplicación del principio de buena fe. MIQUEL GONZÁLEZ,, p. 38, lleva razón cuando señala que "su misma naturaleza y función lo impiden".

⁵⁷ Sobre el tema pueden consultarse ALBIEZ DOHRMANN, K. "El nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB". En: *ADC* 55-3, 2003, pp. 1133-1227 y ZIMMERMANN, R., *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (Trad. Esther Arroyo i Amayuelas), Bosch, Barcelona, 2008.

⁵⁸ En el derecho comparado esta situación se encuentra recogida en el artículo 2.1.15 de los Principios UNIDOROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales y 2.301 de los PECL.

trarse en la sentencia comentada por DOMÍNGUEZ BEANVENTE et al⁵⁹, en la cual, aparentemente, una de las partes permanece en la negociación del contrato con el sólo objeto de obtener ventajas negociadoras en una negociación paralela.

Aún sobre las tratativas preliminares, un segundo ejemplo puede encontrarse en aquellos supuestos en que un contrato solemne ha sido ya convenido verbalmente y una de las partes se niega a otorgar la solemnidad necesaria para perfeccionar el consentimiento. Así sucede, por ejemplo en un caso resuelto, en definitiva, por la sentencia de la Corte Suprema de 22 de noviembre de 2001⁶⁰. Las partes habían convenido verbalmente un contrato de compraventa de inmueble, negándose luego el vendedor a otorgar la escritura de compraventa. En este caso, la Corte de Apelaciones de Talca, haciendo eco de las ideas de Hugo Rosende indica que el acuerdo verbal no es suficiente para perfeccionar un contrato solemne, sin embargo, el concurso real de voluntades sería suficiente para configurar una relación cuasicontractual que determinaría que el retiro unilateral de una de las partes originara su deber de indemnizar a la otra los daños y perjuicios en que hubiera incurrido.

En lo que se refiere al deber precontractual de informar, me interesa volver sobre la sentencia de arrendamiento citada más arriba⁶¹. Aunque ni la Corte de Apelaciones ni la Corte Suprema lo digan explícitamente parece posible inducir una regla de aplicación general y es que debe suministrarse toda aquella información que se refiera a la frustración del propósito práctico del contrato (en dicho caso, el hecho de que el predio no podía dedicarse a un campo de minigolf).

9. CONCLUSIÓN

No resulta dudoso que la buena fe es un principio general del derecho; no es ése el aporte que he pretendido en estas páginas. Lo que he querido mostrar es que si se presta atención a la forma en que funciona ese principio general del derecho se advierte su empleo como un mecanismo de ponderación entre los diversos intereses que subyacen al derecho de contratos. Desde luego ésta es una idea que debe ser explorada con mayor morosidad de la que es posible dedicarle en estas páginas. El valor que tiene presentar dicha

⁵⁹ Ver Nº 21.

⁶⁰ *Juan Luna Espinoza; con Sergio Bobadilla Valenzuela*, Rol Nº, número identificador Legal Publishing 25292. Con todo, es necesario advertir que la cita es *obiter dicta*. La Corte Suprema rechazó la indemnización solicitada, sin embargo, la razón fue que el demandante había justificado su solicitud de indemnización en las reglas de la responsabilidad contractual, cuando, en realidad, lo que procedía era hacerlo en las de responsabilidad contractual, el contrato no había llegado a existir.

⁶¹ Ver *supra* nota 24.

idea en forma tan resumida y tosca –si es que alguno- es simplemente alertar sobre un aspecto del funcionamiento del principio general de la buena fe que ha pasado desapercibido para la doctrina nacional.

Abuso de derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales, su importancia actual como principio general y su incidencia en punto a la lesión calificada

JUAN E. BLENGIO (*)

SUMARIO: 1. Prólogo. 2. Introducción. 2.1. Antijuridicidad formal y material. Límites externos y límites internos del derecho. 3. Noción. 4. Particularidad identificatoria. 5. Denominación. 5.1. El artículo 1321 del Código Civil uruguayo. 6. Principio general. 7. Ámbito de aplicación. 8. Abuso de derecho y cláusulas abusivas. 9. Abuso de poder dominante. 10. Abuso de derecho y contratación masiva. 11. Criterios. 12. Finalidades. Funciones. 12.1. Abuso de derecho y lesión calificada. 13. Una reciente sentencia de la Corte Suprema de Casación Italiana. 14. Consecuencias.

1. PRÓLOGO

No tuve el honor de tratar personalmente al Profesor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. Sin embargo, he conocido lo que el Maestro FRANCESCO GALGANO denominaría su "cuerpo místico" o sea el de las ideas que los seres humanos producen e incorporan a libros, revistas u otros soportes aptos para recibirlos y conservarlos¹.

Y ese cuerpo místico, ha tenido una fenomenal incidencia para el derecho, destinada a perdurar en el tiempo.

No sólo fue coautor de una obra magna como lo es el Código Civil Peruano de 1984 y presidió la Comisión Reformadora del Código, sino que su producción jurídica y en particular sus seis tomos sobre *El Contrato en General*

(*) Profesor de Derecho Privado II-III. Ex Director del Instituto de Derecho Privado II y III y Ex Director del Taller de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Integrante del Executive Board de la International Academy of Law and Mental Health. Miembro de la Academia de Jusprivatistas Europeos. Integrante, como árbitro, del Centro de Conciliación y Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje Internacional para el Mercosur.

¹ GALGANO, FRANCESCO. *La globalización en el espejo del derecho*. Buenos Aires, Santa Fe, 2005, Ed. Rubinzal, Culzoni Editores, ps. 236 y ss.

y sus Estudios sobre el Contrato de Compraventa hizo aún más intensa su influencia en la comprensión y en la aplicación de ese extraordinario *corpus iuris*.

Tuvo una relevante actuación universitaria habiendo sido Catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, miembro del Consejo de esa Facultad y Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

Fue asimismo Presidente del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Tal elenco de obras y cargos, que aún siendo de notable relieve, es solo enunciativo, alcanza para justificar cumplidamente la afirmación de que nada de lo que es jurídico le fue ajeno.

Por último, pero no por cierto menos importante, el Profesor Doctor Don Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, fue, según concuerdan en afirmar quienes le conocieron, un ser humano excepcional, que supo generar el afecto y el respeto de muchas generaciones de juristas.

Por lo cual es a todas luces más que justificado, necesario, un libro destinado a homenajearlo.

Para el autor de este artículo, que considera que el derecho latinoamericano es una realidad en construcción, es un deber una y una satisfacción, participar de esta celebración con un estudio referente al abuso de derecho, que es un formidable instrumento para lograr hacer efectivos los valores fundamentales de la sociedad, que es el objetivo constante de los juristas de raza, como sin dudas lo ha sido el Maestro Don Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE.

2. INTRODUCCIÓN

La noción de abuso de derecho es de una enorme riqueza, en cuya determinación inciden aspectos medulares de la concepción del derecho y de los valores imperantes en una sociedad en un momento dado. Es por ello que, la individualización de sus caracteres depende en buena medida del momento y del lugar que se considere.

Y es particularmente trascendente en la época actual, en la que tiende a verse al abuso de derecho, como un principio general de vasta aplicación.

Por lo cual, en su funcionamiento efectivo, habida cuenta de su calidad de norma genérica y laxa cobra especial relevancia la figura del Juez, erigido por la vía de la existencia de esta figura, en una suerte de Policía de la Sociedad, encargado de determinar la manera en que se pueden ejercer legítimamente los derechos (o lo que es igual, cuando se pasa del ámbito del ejercicio del derecho a la ilicitud).

Y tiene también una singular trascendencia la doctrina, no solo por su labor orientadora y moldeadora de la praxis, sino por el rol de medio de adaptación del derecho a la evolución de la sociedad y sus valores, que le asigna el legislador en una preclara y novedosa previsión que hace en el artículo 16 del CC, y porque, además, frente a la ausencia de una definición legal, para la caracterización que se haga de la figura, podría recurrirse a ella como lo hace el referido artículo para colmar las lagunas del ordenamiento jurídico².

Una adecuada determinación del abuso de derecho, requeriría entonces como señala con acierto MORACCHINI - ZEIDENBERG³ una excursión en el tiempo y en la geografía, la que serviría seguramente para demostrar el postulado enunciado, pero que es imposible de hacer por la extensión acotada a que está sujeto el presente estudio.

Sin embargo, no se puede menos que hacer algunas esquemáticas referencias a ellas, pues son las que explican que la faz de la figura haya variado enormemente desde los tiempos de esplendor del derecho romano hasta nuestros días⁴.

La idea de derecho subjetivo imperante en aquél, modelada sobre el arquetipo del derecho de propiedad y una concepción absolutista y de alguna manera egoísta de la misma, hicieron que (en el marco de una filosofía individualista) resultara prácticamente inconcebible la figura del abuso de derecho, lo cual se llega incluso a traducir en un brocardo, *qui iure suo utitur alterum non laedere*.

De todos modos, se puede señalar que ya en esa época aparecen, tímidamente, algunas de sus manifestaciones concretas, referentes al derecho de propiedad, así como ciertos esbozos de la figura general, cuya esencia se reflejó en la máxima ciceroniana *summum jus summa injuria*.

Pero cuando se pasa de un individualismo exacerbado, que pone el acento en los aspectos patrimoniales de las relaciones jurídicas, a una concepción no ajena a la filosofía existencialista y personalista, que coloca al hombre como ser social en el centro de la escena⁵, los derechos subjetivos dejan de concebirse

² Artículo 16 CCU: "Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso. Ver BLENGIO, Juan E. *Algunas reflexiones sobre interpretación e Integración del derecho y el rol que en ésta corresponde a la doctrina*. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XI, 1981, pp. 109 y ss.

³ MORACCHINI - ZEIDENBERG, Stéphanie. *L'abus dans les relations de droit privé*, ed. Presses Universitaires D'Aix - Marseille, 2004, pp. 17 y ss.

⁴ Ver sobre el tema, la medular obra del maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso de Derecho*. Ed. Astrea, 1992, pp. 92 y ss.

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Op. Cit. pp. 16 -17.

como absolutos y de ejercicio ilimitado, sin consideración por los intereses ajenos que pudieran verse afectados, entonces no solo empieza a admitirse con mayor amplitud que la figura del abuso de derecho exista, sino que se la concibe como una herramienta imprescindible para fijar los límites internos de los derechos y por esa vía determinar cuando una actividad que desde el punto de vista objetivo y formal aparece como expresión del ejercicio de un derecho (y como tal lícita), en realidad no lo es, sino que constituye un acto ilícito, por lo cual los daños que se conecten causalmente a él (de existir además el correspondiente factor de atribución), serán generadores de responsabilidad para su titular.

Como señalan ALPA y BESSONE, la cuestión de los derechos subjetivos, deja de considerarse desde el punto de vista exclusivo de la libertad individual, para apreciarse “en la perspectiva de atemperar los intereses individuales en conflicto entre ellos, y, sobre todo, en la perspectiva de privilegiar los intereses de la colectividad frente a los intereses del individuo que haya abusado de su derecho”⁶.

La mayor relevancia de los derechos de la personalidad, sobre el eje de la dignidad de la persona humana, también ha tenido particular incidencia.

La constitucionalización del derecho civil ha sido asimismo un factor de decisiva importancia en este contexto.

En síntesis, un cúmulo de circunstancias, de las cuales las que vienen de mencionarse, no son sino una parte, han incidido para determinar la necesidad de replantear instituciones jurídicas medulares, al punto de que han llevado a que autores como Perlingieri, postularan la necesidad de refundar el Derecho Civil⁷.

Para dar una idea de la dimensión del cambio, actualmente se concibe al contrato como “un punto de encuentro de los derechos fundamentales”⁸, cuya faz y alcance se aleja notablemente de la de la concepción liberal⁹, que si bien se encuentra aún en evolución, tiene rasgos lo suficientemente definidos como para que pueda afirmarse que revela una preocupación creciente por asegurar

⁶ ALPA-BESSONE, *I fatti Illeciti*. En: *Trattato di Diritto Privado, dirigido por Pietro Rescigno*, Vol. 14, t. VI, p. 61. Ver Asimismo BUSNELLI- NAVARRETTA. En: *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Tomo. V, Milano, 1998, p. 93 (citado por GAMARRA, Jorge Luis. *Abuso de Derecho, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XXXVI, Montevideo, 2006, p. 635, nota 14).

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991, p. 200 ; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Op. Cit. ps. 112 y ss.

⁸ SCHAWB, Dieter. *Familienrecht im Umbruch*, FamRZ, 1995, p. 514, citado por LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos en el Código de Defensa del Consumidor*. Ed Revista Dos Tribunais, 5a. ed., Sao Paulo, 2006, p. 256, esp. Nota 820.

⁹ Ver LIMA MARQUES, Op. Cit. ps. 49 y ss., esp. 255 y ss.

relaciones contractuales más éticas y más justas que las que postulaban los teóricos de la absoluta e irrestricta autonomía de la voluntad¹⁰.

Y es en ese contexto que debe situarse e identificarse la figura del abuso de derecho.

2.1. Antijuridicidad formal y material. Límites externos y límites internos del derecho

La idea central en la que se sustenta la figura del abuso de derecho es la de que la antijuridicidad, no sólo puede ser formal (o sea la que se produce cuando una acción contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir, aplicando a rajatabla y literalmente el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, como se sostiene en la posición más afín a las ideas liberal individualistas¹¹), sino material, que es la que se verifica cuando mediante el empleo de actos formalmente ajustados al ordenamiento jurídico, se producen resultados contrarios a los fines, normas y principios del mismo. Tal distinción, tiene directa vinculación con las ideas de KOHLER¹² sobre la presencia en el ordenamiento jurídico de normas materiales, que son aquellas que persiguen prohibir o sancionar un determinado resultado, sea cual fuere el medio utilizado para determinarlo. Al mismo orden de ideas responde la distinción entre las violaciones directas y las indirectas u oblicuas de las prohibiciones legales, que tiene singular relevancia en el marco del negocio en fraude a la ley y del artículo 8 del C.C. en particular¹³.

Admitida la existencia de normas y antijuridicidad materiales, resulta sencillo superar la aparente contradicción que se da en los casos del negocio en fraude a la ley y el abuso de derecho, pues es lógicamente concebible la existencia de actos que formalmente se ajustan a la ley pero que sustancialmente la violan, ya que se puede actuar dentro de los límites objetivos y formales establecidos por el legislador, pero determinando un resultado igual o equivalente al prohibido o un “ejercicio de un derecho” contrario a la finalidad para la que fue concebido por el ordenamiento jurídico¹⁴.

¹⁰ BLENGIO, Juan E. ¿Hacia una contratación más equilibrada y justa?, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t.XXXI, 2001, ps. 539 y ss.

¹¹ Ver Revista de Derecho Privado Comunitario No. 16, 1998, *El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes*, esp. ps. 151 y ss.

¹² Ver Cessari, Aldo, *La struttura della “fraus legi”*. En: *Rev. Trim. Di Diritto e Procedura Civile*, Año VII, No. 4, 1953, ps. 1083-1084.

¹³ “La renuncia general de las leyes no surtirá efecto.

Tampoco surtirá efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, se en las mismas no se dispone lo contrario.” Ver BLENGIO, Juan E. *El negocio en fraude a la ley*, Anuario de Derecho Civil Uruguayo, t. XV, 1985, esp. P. 59-60.

¹⁴ *El abuso en el pensamiento de tres juristas.. Cit., p. 153.*

Las ideas que vienen de exponerse, revelan que los derechos no sólo están sujetos a límites externos, gráficamente descriptibles como su perímetro, que son los que perfilan su alcance y cuya violación se determina por la simple constatación objetiva de la circunstancia de que la actividad se encuentra fuera de tal marco; sino que también lo están a límites internos, que se refieren no ya a los que delimitan sus fronteras, sino a su función y a la forma de ejercicio del derecho. No basta con una actividad objetivamente ubicable dentro del marco de su perímetro para que exista ejercicio (legítimo) de un derecho, sino que la misma debe ser, según las distintas teorías que se verán, adecuada a su función social, hecha sin intención de dañar, o de buena fe, etc.¹⁵

También conducen a un resultado similar las teorías que conciben a los derechos como posiciones que no son puramente activas, sino que implican también deberes, fundamentalmente dirigidos a evitar, mediante su observancia que se produzcan daños a los restantes miembros de la sociedad¹⁶.

Es particularmente interesante la concepción de Darmaisin, para quien el abuso de derecho no es otra cosa que la violación de las obligaciones morales contractuales que coexisten con las obligaciones estructurales¹⁷.

3. NOCIÓN

En función de lo expuesto en los párrafos que preceden, puede decirse que existe abuso de derecho, cuando se constata que lo que constituye el formal y aparente ejercicio de un derecho en realidad no lo es, material o substancialmente (KARIMI¹⁸), pues entrañando una violación de los límites internos del mismo, sitúa la especie en el ámbito de los actos ilícitos¹⁹.

Fernández Sassarego, vincula la especie a la figura de la situación jurídica²⁰ y postula la existencia de una suerte de deber genérico de no ejercer de un modo antisocial un derecho, que estaría contenida en cláusulas o principios generales²¹, cuya violación determinaría un acto ilícito sui generis²².

¹⁵ Ver GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XIX, p. 206.

¹⁶ Así, FERNÁNDEZ SASSAREGO, Op. Cit. pp. 142 y ss.; *El abuso en el pensamiento de tres juristas [...]*. pp. 157 y ss.

¹⁷ DARMAISIN, Stéphane. *Le contrat moral*. LGDJ. Paris, 2000, esp. pp. 180-181.

¹⁸ KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. L.G.D.J, Paris, 2001, p. 33.

¹⁹ Sobre la naturaleza del abuso de derecho, ver FERNÁNDEZ SASSAREGO, Op. Cit. pp. 135 y ss.

²⁰ Op. Cit. pp. 54 y ss.

²¹ Op. Cit. pp. 145 y ss.

²² Op. Cit. pp. 153 y ss.

4. PARTICULARIDAD IDENTIFICATORIA

Es una categoría del acto ilícito (que comprende además a la ilicitud directa, y al fraude a la ley), cuya peculiaridad identificatoria es la de vincularse necesariamente al ejercicio de un derecho o de una prerrogativa (a diferencia del fraude a la ley cuyo punto de referencia es una norma jurídica)²³.

5. DENOMINACIÓN

5.1. El artículo 1321 del Código Civil uruguayo

Nuestro artículo 1321 CC²⁴, si bien se refiere al “exceso” (denominación generalmente referida a las situaciones de violación de los límites externos del derecho, que son en realidad situaciones de ilicitud lisas y llanas), menta inequívocamente la existencia de límites de los derechos, como se señalara entre nosotros por AMÉZAGA²⁵ y luego por GAMARRA²⁶.

Los límites en este caso, son no ya los externos sino los internos, y lo único que nos dice al respecto el Código, es que, de no ser respetados, se producirá una hipótesis de ilicitud (revelada por la consecuencia sancionatoria-reparatoria que tal situación genera cuando determina la causación de un daño). Nada nos dice en cambio respecto de los criterios para determinar cuando hay “exceso”, lo cual deja un anchísimo margen al arbitrio judicial. La libertad con todo no es omnímoda, en la medida en que se aplique al caso el artículo 16 del C.C, según se señalara en la introducción.

Por otra parte, no se puede dejar de señalar que la noción encierra una verdadera logomaquia, como lo pusiera de manifiesto PLANIOL²⁷ por cuanto, si es cierto (como lo es) que el derecho cesa cuando el abuso comienza, en verdad, es impropio hablar de abuso de derecho. Sin embargo la denominación de la figura a pesar de observaciones como la que viene de señalarse, se ha mantenido a lo largo del tiempo, y, en la medida en que se tenga en consideración lo que viene de decirse y habida cuenta de su particular cualidad identificatoria, no hay mayores inconvenientes en conservarla.

²³ Ver MORACCHINI-ZEIDENBERG. Op. Cit. pp. 296 y ss. Ver también Karimi, Op. Cit. p. 43.

²⁴ “1321.-El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.”

²⁵ AMÉZAGA, *Culpa Contractual*, Montevideo, 1949 p. 39.

²⁶ Op. Cit. p. 205-206.

²⁷ *Traité élémentaire de Droit Civil*, Tomo II, No. 871. Una crítica similar realizan numerosos autores como DUGUIT, ESMEIN, LEVY, BARDE Y MARTIN, entre otros, según señala KARIMI, Op. Cit. p. 32.

6. PRINCIPIO GENERAL

Otra puntualización importante que debe hacerse, es que el artículo 1321 establece un principio general de derecho²⁸.

Si bien por su ubicación en el Código pudiera pensarse que se trata de una noción con exclusivo vigor en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, basta con la simple lectura del artículo 1321, para constatar, como lo pone acertadamente de relieve Gamarra²⁹, que establece un verdadero principio general, pues la norma comprende el abuso de cualesquier derecho, sin limitación de especie alguna (circunstancia que, además, como se verá, tiene especial relevancia para determinar el ámbito de aplicación de la previsión legal). Por lo cual, como señala el nombrado civilista³⁰, debió ubicarse a la norma en el campo de las disposiciones preliminares del Código Civil, como sucede en otros Códigos como por ejemplo el de Perú de 1936 y el Español (luego de la reforma de 1974).

Lo cual nos sitúa en el marco de las legislaciones que contemplan la figura y aunque puede objetársele su ubicación, su extraordinaria latitud la hace incluso más amplia que la del Código Civil suizo o que la del BGB, y la alinea con la de Códigos mucho más modernos como el Argentino (luego de la reforma de 1968), o el Portugués de 1967³¹.

Es también del caso destacar que en otros sistemas jurídicos la especie carece de una previsión general como la de nuestro artículo 1321. Tal es el caso del Código Civil italiano de 1942 (lo cual explica porqué se discute su admisibilidad como figura general más allá de los casos concretos regulados y su alcance); y el del Código Civil francés, aunque fue especialmente en el marco de ese derecho que una jurisprudencia rica y creadora hizo aportes singularmente relevantes para fijar las bases modernas de la noción.

7. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La cuestión del ámbito de aplicación no es precisamente de menor relevancia, por cuanto, habida cuenta del alcance de la función y de los efectos del abuso de derecho, no es indiferente que se le circunscriba al campo restringido de los derechos subjetivos en sentido estricto (preordenados a la satisfacción exclusiva del derecho de su titular), que admitir que abarca todas las situaciones de facultad garantizadas a una persona por el derecho, pues

²⁸ Op. Cit. p. 201.

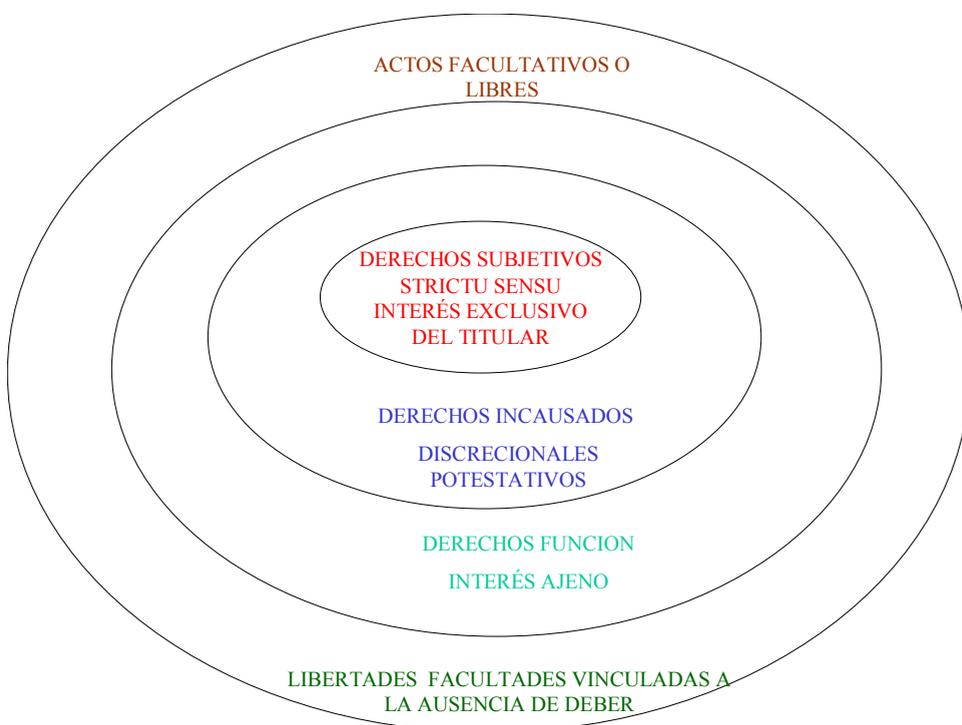
²⁹ Op. Cit. p. 201 y ss.

³⁰ Op. Cit. p. 203.

³¹ Ver sobre el abuso de derecho en el derecho comparado. FERNÁNDEZ SASSAREGO. Op. Cit. pp. 189 y ss.

su marco, en este último caso, alcanzaría hasta el confín de los actos libres, comprendiendo el ejercicio de las distintas formas de la libertad, como la de contratar, llegándose respecto de ésta a postular la existencia de un derecho (a contratar) como lo hacen entre otros GHESTIN³² y KARIMI³³, en opinión que me resulta plenamente compartible. Apunta también en igual sentido, la amplitud de la previsión del artículo 1321, que contempla al abuso con el alcance de un principio general de derecho.

Por lo tanto, la posibilidad de abuso, abarcaría desde los derechos subjetivos típicos (como el de propiedad) hasta los potestativos y las libertades, pasando por los derechos función (como los inherentes a la patria potestad).



8. ABUSO DE DERECHO Y CLÁUSULAS ABUSIVAS

Comprende también las cláusulas (abusivas) de un contrato, que no son sino una manifestación específica del fenómeno, que su propia adjetivación pone de relieve. Por otra parte, admitido que abarca la libertad de contratar,

³² Traité de Droit Civil, la formation du contrat, 2a. ed. 1988, N° 228 y 3a. ed. 1993 N° 236

³³ Op. Cit. p. 64.

tales cláusulas no serían sino el resultado del ejercicio abusivo de aquélla. Esta constatación es relevante, por cuanto siendo como se vio el abuso de derecho un principio general, con consecuencias y funciones que pueden ir desde la obligación de indemnizar hasta la ineficacia y la nulidad, su aplicación a situaciones que no han sido específicamente disciplinadas, como ocurre con las cláusulas abusivas en los contratos asimétricos situados (al menos formalmente) fuera del ámbito de la Ley 17.250³⁴, es particularmente trascendente.

9. ABUSO DE PODER DOMINANTE

La especie también abarca la figura del abuso de poder dominante, aunque ésta ha ido adquiriendo perfiles específicos que la erigen en una clase de abuso de especiales características directamente emparentadas con su función de herramienta destinada a asegurar la transparencia y regularidad del mercado, lo cual la hace merecedora de un análisis particular que no es viable hacer en esta ocasión. Sólo me limitaré a señalar, que en un reciente y profundo estudio sobre el abuso de derecho, se ha postulado la necesidad de distinguir, al estudiar el abuso en las relaciones de derecho privado, entre el abuso de derecho y el abuso de poder³⁵, ya que éste tiene clara relación con la figura del abuso de poder dominante³⁶.

³⁴ Esta ley es la que regula en nuestro derecho, las relaciones de consumo, y la tutela de los consumidores.

³⁵ MORACCHINI-ZEINDEMBERG. Op. Cit. pp. 173 y ss.

³⁶ Actualmente, la norma medular es el artículo 2 de la Ley 18.159 : "Artículo 2 (Principio general).- Todos los mercados estarán regidos por los principios y reglas de la libre competencia, excepto las limitaciones establecidas por ley, por razones de interés general. Se prohíbe el abuso de posición dominante, así como todas las prácticas, conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante.

A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones generan ganancias de eficiencia económica de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas, y el beneficio que se traslada a los consumidores. La conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación con sus competidores, no constituye una conducta de restricción de la competencia.

El ejercicio de un derecho, facultad o prerrogativa excepcional otorgada o reconocida por ley no se considerará práctica anticompetitiva ni abuso de posición dominante."

Es también importante el artículo 6: "Artículo 6 (Abuso de posición dominante). A efectos de lo previsto en el artículo 2 de la presente ley se entiende que uno o varios agentes gozan de una posición dominante en el mercado cuando pueden afectar sustancialmente las variables relevantes de éste, con prescindencia de las conductas de sus competidores, compradores, o proveedores.

Se considera que existe abuso de posición dominante cuando el o los agentes que se encuentran en tal situación actúan de manera indebida, con el fin de obtener ventajas o causar

10. ABUSO DE DERECHO Y CONTRATACIÓN MASIVA

Es también del caso, hacer por lo menos mención a las peculiaridades de la configuración que puede asumir la figura estudiada en el marco de la contratación masiva, las que han llevado a LORENZETTI y a PEDROTTI, a hablar de las nuevas fronteras del abuso de derecho³⁷. Así, por ejemplo, pueden mencionarse las situaciones en la que se busca articular través de cláusulas de una relación jurídica concreta o por la vía una red de negocios, mecanismos que faciliten el ejercicio de potestades de la parte que los diseña o se aprovecha de ellos en perjuicio de la otra parte, a fin de determinar la cautividad del contratante débil o su asfixia.

Otra de las peculiaridades de este género radica en que para identificar el abuso, se suele variar el punto de referencia: más que observar la conducta del que abusa, se tiene en cuenta el resultado que determina el conjunto negocial. Finalmente, quiero señalar que aunque en general me resultan compartibles las reflexiones de LORENZETTI y PEDROTTI, considero que es discutible que sea necesario variar los criterios que normalmente se emplean para determinar el abuso de derecho (como parecen postular los nombrados autores) sino que hay que adaptarlos a las particularidades determinadas por la operación económica en juego.

11. CRITERIOS

Los criterios que se han utilizado para identificar el abuso de derecho, son múltiples³⁸. Dado que no es viable en esta ocasión su análisis detallado, me limitaré a hacer algunas puntualizaciones:

- a) Suelen clasificarse en subjetivos y objetivos. Entre los primeros, se ubican la intención de dañar, la culpa en el ejercicio del derecho y la ausencia de interés en hacerlo³⁹ y entre los últimos: el ejercicio anormal del derecho, la anormalidad del daño causado (derecho musulmán), la contrariedad a la buena fe (o alguna de sus variantes, como el *venire contra factum proprium*

perjuicios a otros, los que no hubieran sido posibles de no existir tal posición de dominio.”

Ver sobre el tema, CAFFERA, Gerardo, *Negocio Jurídico y derecho de defensa de la competencia*. En: *Rev. Judicatura*, N° 42, año 2001, pp. 217 y ss.

³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis y PEDROTTI, Daniel, *Nuevas fronteras del abuso de derecho; situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo*, en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 80, N° 1 Extraordinario, pp. 113 y ss.

³⁸ Ver FERNÁNDEZ SASSAREGO. *Op. Cit.* pp. 123 yss.

³⁹ Ver ampliamente sobre el tema Moracchini-Zeindemberg, *Op. Cit.* pp. 47 y ss. Karimi, *Op. Cit.* pp. 72 y ss. Ver asimismo, por un enfoque en clave de concepción relativa o funcional, El abuso en el pensamiento [...] *Cit.*, pp. 150 y ss.

y la *Verwirkung*), la contrariedad a la finalidad para la que fue conferido el derecho o la función social del mismo.

- b) En algún caso se confunde la figura con el factor de atribución en el marco de una hipótesis de responsabilidad (el dolo y la culpa)⁴⁰.
- c) No es infrecuente el uso acumulativo de los mismos, tanto en la legislación (como por ej. el artículo 1071 actual del CC Argentino) como en la jurisprudencia⁴¹;
- c) Las reflexiones precedentes, son particularmente relevantes en países como el nuestro, en los que el legislador nada dice respecto a los criterios para identificar al abuso, dejando un ancho campo de libertad al arbitrio del juez. En todo caso, la limitación podría encontrarse en el marco del artículo 16 del C.C., y, en especial en su referencia a las doctrinas más recibidas.
- d) Por último, quiero hacer una referencia más detenida al criterio de la falta de justificación legítima del ejercicio de un derecho (aunque en realidad no es autónomo). Al respecto, Gamarra⁴², partiendo de la idea de Waline⁴³ de que el abuso de derecho “desempeña una función vecina a la que cumple la causa en el derecho de las obligaciones” vincula la teoría de la justa causa al artículo 1442, en sede de obligaciones naturales, poniendo de relieve que el predominio asignado a las “razones de utilidad general”, al que se refiere dicho artículo, es en realidad un principio general, que “permite que el juez controle incluso en la esfera de los derechos potestativos, si el ejercicio del derecho está ajustado o no a dichas razones, y habrá de negarle toda eficacia cuando así no suceda o imponer al titular del derecho la obligación indemnizatoria”. Por lo cual, haciendo además hincapié en normas como las contenidas en los artículos 1933 inc. 1. y 1935; 2093, 2087 relativos a la renuncia en sede de sociedades y de mandato y a la figura del despido abusivo, llega a la conclusión de que la idea de justa causa, aparece “como el criterio más definido” para identificar la existencia del abuso (con parentesco con los criterios del interés legítimo y de adecuación del derecho a su función), que desemboca, finalmente en la existencia de un control del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que es en definitiva un control sobre los motivos que llevan a ejercitar un derecho.

⁴⁰ Conforme GAMARRA, Jorge. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XIX. Cit. p. 204.

⁴¹ Véase en ese sentido la sentencia N° 234 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno (La Justicia Uruguaya. Tomo 121, caso 13914).

⁴² *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XIX Cit. pp. 208 y ss.

⁴³ *L'individualisme et le droit*, Paris. 1949, p. 411.

Este criterio marco, vinculado a la justa causa, (y a los restantes ya mencionados), en el sentido de la necesidad de identificar una razón para concluir que el ejercicio de un derecho está causado o justificado, cobra a mi juicio una ulterior relevancia si se le considera a la luz de una de las funciones esenciales del abuso de derecho, la de resolver conflictos de intereses, que más adelante se analiza.

12. FINALIDADES. FUNCIONES

1) La primera y fundamental, que de algún modo es el rasgo identificador de la propia figura, es la de precisar cuales son los límites (internos), de los derechos, ya que no se duda que todos los tienen, pues no pueden implicar facultades omnímodas ni totalmente discrecionales, aún en el caso de los llamados derechos potestativos⁴⁴.

El punto cobra aún mayor importancia si se adopta un criterio amplio de ilicitud, entendiendo que la hay siempre que se invade la esfera jurídica ajena, lesionando un derecho, una situación jurídica o aún un interés simple, sin que medie una causa de justificación, y, en particular el ejercicio de un derecho⁴⁵, circunstancia esta última que viene a constituir el punto de contacto entre ambas figuras.

Es por ello que tiene singular trascendencia la cuestión relativa a los criterios para determinarlo y su eventual alcance en cuanto a incidencia de la necesidad del ejercicio causado de los derechos⁴⁶. Es muy claro, de todos modos, sobre todo si se tiene una postura afirmativa del último punto que viene de mencionarse, el rol de decisiva importancia que tiene el Juez en esta materia, especialmente en los sistemas (como el nuestro) en que no se han fijado por el legislador los criterios para identificar el abuso.

2) La función del abuso como medio de solución de conflictos de intereses, ha sido destacada por doctrinarios como MORACCHINI-ZEIDENBERG⁴⁷ y es precisamente desde esta perspectiva que se analiza a la figura en un reciente estudio de Jorge Luis GAMARRA, en el que se señala que: "la tutela que el ordenamiento jurídico otorga a la autonomía privada en materia contractual no está dirigida al sacrificio de una de las partes en beneficio de la otra; y que la

⁴⁴ En un estudio más amplio, correspondería, además, el análisis de otra cuestión referente a los límites: la de si éstos son inmanentes o externos al derecho.

⁴⁵ Ver BENÍTEZ CAORSI, Juan J. *Reflexiones en torno a la noción de ilicitud*, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XXXIV, pp. 469 y ss. DE LORENZO, Miguel Federico. *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Abeledo - Perrot, B.A. 1996. Ver en punto a la noción de interés simple, PRADEL, Xavier. *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, L.G.D.J, Paris, 2004, esp. Ps. 46 y ss.

⁴⁶ Ver GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XIX, Montevideo, esp. pp. 207-210.

⁴⁷ Op. Cit. p. 148

buena fe es el instrumento a través del cual se “sanciona cualquier conducta que bajo la apariencia formal de un correcto comportamiento sólo persiga la obtención de una ventaja con daño de la otra parte”. Afirmo asimismo que el abuso de derecho como expresión del principio de la buena fe, es particularmente útil porque (citando a BUSNELLI-NAVARRETTA)⁴⁸ “considera, siempre desde una perspectiva relativa y comparativa, ya el perfil del interés, ya el de la modalidad de la conducta”.

Por último, quiero destacar que para Jorge Luis GAMARRA, este enfoque del abuso de derecho, que tiene en cuenta en forma comparativa e integradora los intereses en juego, a la luz del principio de la buena fe, tiene variadas virtudes entre ellas, la de la elasticidad y adaptabilidad, no exentos de seguridad, ésta vinculada sobre todo a la consideración de la causa del negocio⁴⁹.

3) La función de moralización de las relaciones de derecho privado, es una de las funciones más notorias del abuso de derecho y la que primero aparece en el tiempo, como señala MORACCHINI-ZEIDENBERG⁵⁰, quien subraya que el aspecto que en este plano más se destaca, es el del reequilibrio de las relaciones de derecho privado, asegurando, de paso, una consideración más adecuada de la realidad socio económica. Por su parte dice Lapoyade DESCHAMPS⁵¹, que el abuso de derecho puede ocupar no sólo una posición original, sino útil, en el marco de las relaciones contractuales, pues: “El recurso al abuso de derecho implicaría una nueva moralidad contractual o de manera más objetiva, de la preocupación de corregir los desequilibrios más flagrantes” Conviene sin embargo precisar, como señala MAZEAUD⁵², que “no es cuestión de reivindicar en nombre de esta filosofía contractual nueva una equivalencia de las prestaciones recíprocas, un equilibrio perfecto de poderes y un espíritu caritativo de parte de los contratantes. Lo que la idea de solidarismo rechaza, son los desequilibrios contractuales excesivos o abusivos que no tienen otra justificación que una relación de fuerzas desiguales o un trastocamiento de circunstancias económicas”.

La función que se analiza, resulta aún más interesante si se le aborda desde la noción de interés, pues permite identificar de una manera todavía más clara el vínculo entre el abuso y el equilibrio⁵³. Como dice Champion: “el verdadero

⁴⁸ Ob. Cit. pp. 636-637. BUSNELLI - NAVARRETTA, Op. Cit. p. 94.

⁴⁹ Ob. Cit. p. 638.

⁵⁰ Op. Cit. p. 145. Ver en particular los distintos enfoques doctrinarios del punto (pp. 145 y ss.)

⁵¹ LAPOYADE DESCHAMPS, C. *Droit des Obligations*. p. 39 (citado por MORACCHINI - ZEIDENBERG, Op. Cit. p. 144.

⁵² MAZEAUD, Denis. “*Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*”. Cit. por MORACCHINI - ZEIDENBERG. Op, Cit. pp. 147-148.

⁵³ MORACCHINI-ZEIDENBERG. Op. Cit. p. 148.

criterio al que se ajustará en cada ocasión el legislador o el juez será el de la ruptura del equilibrio de los intereses sociales en juego o la comparación de la calidad social de los intereses particulares⁵⁴. Este enfoque, que se vincula con la cuestión más amplia de las finalidades del Derecho, se encuentra ya claramente en Geny, para quien la función del derecho en el marco del “principio del equilibrio de los intereses opuestos”, es conciliar las aspiraciones rivales sopesando los intereses en juego en la balanza de la justicia” con la mira de asegurar la preponderancia de los más importantes, según un criterio social” y “establecer entre ellos el equilibrio deseado”⁵⁵.

Según bien observa MORACCHINI-ZEIDENBERG⁵⁶, si tal función no es ajena a la realización de la Justicia, entonces las normas tendrán decisiva incidencia, no sólo en el plano de la concesión de derechos y prerrogativas, sino en el grado de libertad permitido a sus titulares en su ejercicio.

Por lo cual “La instauración de un equilibrio mínimo a no confundir con la igualdad⁵⁷ que vendría a paralizar el sistema, permite asegurar esta exigencia de justicia.” Y el abuso como mecanismo corrector excepcional, constituye una herramienta para alcanzarlo. Además, como dice la autora gala, es necesario subrayar la idea de que, muy frecuentemente, a través del reequilibrio tendiente a proteger a la parte débil, el derecho procura en realidad la tutela del interés general⁵⁸.

Esa necesidad de equilibrio, a través de figuras como el abuso, existe en diversos grados, a lo largo y a lo ancho del derecho positivo, y, en particular, en el derecho de la concurrencia, en las relaciones de consumo, en el ámbito de los contratos de adhesión y sobre, todo, como lo señalan autores como la últimamente nombrada, Denis MAZEAUD⁵⁹, THIBIERGE-GUELFUCCI⁶⁰, y muchos otros, en el marco de los contratos en general, al grado de que el “el reequilibrio constituye uno de los aspectos característicos de la evolución actual de los contratos”⁶¹.

⁵⁴ CAMPION, L. *La théorie de l'abus des droits*. Bruxelles-Paris, 1925, p. 310, Cit. por MORACCHINI-ZEIDENBERG, Op. Cit. p. 148.

⁵⁵ GENY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho Positivo Privado*. Ed. Reus, Madrid, 1925, p. 620.

⁵⁶ Op. Cit. pp. 148-149.

⁵⁷ Entendida como equilibrio perfecto y como tal inalcanzable, por lo cual jamás fue considerada con ese alcance ni siquiera por las doctrinas de cuño aristotélico-tomista, como lo he señalado en más de una oportunidad.

⁵⁸ Op. Cit. p. 149.

⁵⁹ Op. Cit. pp. 237 y ss.

⁶⁰ THIBIERGE- GUELFUCCI, Catherine. *Libres propos sur la transformation du droit de contrats*. En: Rev. Trimestr. de Droit Civil, abril junio de 1997.

⁶¹ MORACCHINI-ZEIDENBERG, Op. Cit. p. 154.

El punto merece un análisis por cierto más detallado como el que realizan KARIMI⁶² y MORACCHINI-ZEINDEMBERG⁶³, que no es posible hacer ahora. Por lo cual voy a limitarme a hacer referencia un caso concreto, pero de algún modo emblemático: el de la situación fáctica enmarcada en el ámbito de la llamada lesión calificada⁶⁴. Su examen, desde la perspectiva del abuso de derecho, y más específicamente, desde la óptica de su función de mecanismo reequilibrador que apunta a resolver conflictos de intereses, ha de arrojar no poca luz, sobre el alcance y la utilidad de la misma.

12.1. Abuso de derecho y lesión calificada⁶⁵

El razonamiento que lleva a la conclusión de la admisibilidad de la figura del acápite desde la perspectiva del abuso de derecho, es, a mi juicio sencillo: a) Si el ámbito de vigor de la figura es el antes identificado, y por consiguiente, abarca al derecho a contratar, como expresión de la libertad de hacerlo o no, con quien y con qué contenido; b) si ese derecho, como todos, tiene límites, en cuya determinación incide la ponderación de los intereses en juego, c) si claramente está fuera de tales límites la utilización de este derecho para explotar la ignorancia y el estado de necesidad del prójimo⁶⁶, ya que tal interés no resulta merecedor de tutela y en caso de conflicto con el del explotado, deberá sin dudas prevalecer el interés de éste, como ocurre en el paradigmático caso del dueño del remolcador que se aprovecha de la situación de necesidad del capitán de un barco en riesgo de hundirse para extraer de la misma una remuneración inicua, exorbitante, que nunca se habría podido obtener en circunstancias normales; d) entonces la conclusión es la de que hay en tal caso, un abuso de derecho, que ha de desencadenar los efectos que más adelante se verán, entre los cuales pueden mencionarse la nulidad, que encontraría fundamento desde varias perspectivas, como la de los artículos 1284 y 1288 del C.C. y especialmente, a mi juicio, la del artículo 1277⁶⁷, habida

⁶² KARIMI, Abbas. Op. Cit. pp. 107 y ss.

⁶³ Op. Cit. pp. 147 y ss.

⁶⁴ Sobre su descripción, ver GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XII, Montevideo, 1971, pp. 241-244.

⁶⁵ Si bien la lesión calificada no ha sido expresamente regulada por nuestro Código Civil, para el autor de este estudio la misma se encuentra contemplada por el inciso primero del artículo 1277 : “La lesión por sí sola, no vicia los contratos”. Interpretado a la luz del principio de igualdad (ver *La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir*, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo XXVII, 1997, Montevideo, ed. FCU, pp. 395 y ss.), aunque sigue prevaleciendo la tesis que niega su existencia.

⁶⁶ Ver GAMARRA, J. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XII, Cit, El autor sostiene que “La solución al problema debe lograrse por vía legislativa, incorporando a nuestro derecho la lesión, de acuerdo con la tipificación de la doctrina moderna de esta figura (lesión calificada)”.

⁶⁷ “La lesión por sí sola no vicia los contratos.

cuenta de su texto y finalidad (aunque en estos casos, la figura del abuso sería absorbida en el seno de las previsiones más específicas de tales artículos y se erigiría más bien en un argumento para su aplicabilidad); y la obligación de resarcir los daños y perjuicios resultantes del abuso, ya que es en sustancia un acto ilícito, que, si ocasiona un daño ha de generar la referida obligación, que permitirá restablecer el equilibrio que el ejercicio abusivo del mayor poder de negociar había determinado.

La aplicabilidad directa o indirecta del principio de igualdad, respaldaría ulteriormente las conclusiones a las que viene de arribarse, por cuanto, en esencia, el mismo se traduce en la necesidad de sancionar el tratamiento arbitrariamente, irrazonablemente desigualitario⁶⁸. Y se produce una situación de este tipo, cuando, en el marco de un contrato asimétrico (como ocurre en el caso del ejemplo), el mayor poder de negociar se utiliza para perjudicar a la parte débil en beneficio de la parte dominante, sin otra explicación que la de ser el resultado del ejercicio de tal poder.

Claro está que no constituye un argumento contrario de peso, señalar que la especie no tenía cabida en las ideas de Narvaja, que habría procurado plasmar en el texto del artículo 1277 del C.C., porque con ese criterio tendríamos que congelar las interpretaciones del código en el marco de las concepciones imperantes en la época de su sanción, y serían entonces inviables muchas de las nuevas ideas en materia de responsabilidad, y particularmente la de la responsabilidad objetiva. Tampoco lo sería la existencia de una concepción subjetiva de la equivalencia, porque, más allá de lo discutible del tema, ella no es incompatible con situaciones de excepción (como lo serían en esta óptica los artículos 1615 y el 1277, visto desde la perspectiva de la lesión calificada)

Por otra parte siempre he tenido la convicción que tuvo su origen en la enseñanzas de un maestro como el Profesor Jorge GAMARRA, de que si existe una posibilidad interpretativa que conduzca a la evolución del derecho y a una solución más justa, a ella debemos apostar. Lo cual es precisamente, más allá de toda duda, lo ocurre con la lesión calificada. Nadie discute que es una figura que sería deseable que formara parte de nuestro derecho positivo. Tampoco es discutible que existe una base textual para hacerlo, pues lo que se excluye por el artículo 1277 como vicio del consentimiento, es a la lesión por sí sola. Y si bien es cierto que la interpretación tradicional (que niega la admisibilidad de la lesión, incluso la calificada) es perfectamente sostenible,

No puede, pues, la lesión servir de fundamento a restitución in integrum alguna; sin perjuicio de lo dispuesto sobre la nulidad en el Capítulo VII del Título III de este Libro."

⁶⁸ BLENGIO, Juan. *Incidencia del Principio de Equilibrio en la contratación privada*. En: *Revista de Derecho*, VI, Universidad Católica. Ed. AMF, 2004, pp. 127 y ss. FIN-LANGER, Laurence, L.G.D.J, Paris, 2002, pp. 90 y ss.

no lo es menos que el texto del artículo 1277 no conduce necesaria y exclusivamente a ella. Y cuando hay más de una interpretación posible, enseña Kelsen⁶⁹ que ellas son igualmente válidas, y que la elección se hace en función del valor que el intérprete-aplicador del derecho considera más relevante. Y en ese terreno, no pueden haber dos opiniones, la que mejor responde al valor justicia (al que se conecta umbilicalmente la igualdad, principio de indudable vigor en nuestro sistema que rige también en el ámbito de las relaciones entre particulares según tuvo reiterada ocasión de demostrar), es la que conduce a admitir la existencia de la lesión calificada, cuya incorporación a nuestro derecho positivo, siempre se ha visto como conveniente.

Como viene de verse, a igual resultado conduce, con prescindencia del artículo 1277, la figura del abuso de derecho. No puedo tratar aquí el tema de si la lesión es o no vicio del consentimiento o si el abuso puede conducir a la nulidad del contrato. Lo que me importa destacar es, que es posible, fundamentado y justo, postular que para nuestro derecho un comportamiento como el que da lugar a la lesión calificada, no es indiferente, sino que entraña una conducta ilícita que debe ser castigada para indemnizar a la parte débil por el daño que se le ha causado⁷⁰.

Por último, quiero señalar que tampoco es óbice a su admisión la previsión del artículo 30 de la Ley 17.250, que establece que el carácter abusivo de las cláusulas “no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato”, por cuanto las dos figuras no se excluyen. Simplemente ocurre que no es suficiente con demostrar la calidad de consumidor para que el sujeto débil víctima de la lesión calificada quede configurado, sino que se requiere algo más: acreditar las circunstancias fácticas que la tipifican. Esta la solución nada tiene de extraordinaria ni sorprendente, basta para ello pensar que es la que rige en el derecho italiano, donde nadie ha sostenido que las normas relativas a los contratos con los consumidores (que en el tema que nos interesa básicamente no difieren con las de la Ley 17.250), han derogado las disposiciones sobre lesión calificada.

4) El abuso de derecho, tiene la función reforzar las relaciones de derecho privado la cual se conecta claramente a la noción de interés y tiene una multiplicidad de manifestaciones, entre ellas las relativas al ejercicio del receso

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba, 5a. ed. B.A. 1967, p. 67. Ver asimismo Blengio, Algunas reflexiones [...]. Cit. esp. pp. 109-110.

⁷⁰ El presente enfoque de la lesión calificada, ha sido cuestionado por los doctrinarios CARNELLI, Santiago y SARLO, Oscar. Especialmente en su *opus: El principio de Igualdad y la contratación del Código Civil en Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XXXI, 2001, Montevideo, ed. FCU, pp. 597 y ss. y por GAMARRA, Jorge. En particular en *Interpretación Evolutiva del Código Civil (art.1277)*. *Interpretación arbitraria*. En: *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*. Tomo XXXIX, Montevideo, 2009, ed. FCU, pp. 701 y ss.

unilateral, a la actuación de la cláusula resolutoria y al empleo de la facultad de no renovar una relación contractual⁷¹.

5) La última de las funciones que me limitaré a mencionar, es la de la concretización del orden jurídico. Como dice BRECCIA⁷² el adecuado empleo de la concretización de las cláusulas y principios generales (como sin dudas lo es el abuso de derecho), de uso frecuente en la órbita del B.G.B. (*dies Konkretisierung des Prinzips*)⁷³, sirve para demostrar que las cláusulas generales, suelen suministrar un repertorio más rico y variado que el comprendido dentro de los enunciados normativos rígidos, el que no admite construcciones preconstituidas completas. Es por ello que es posible asignarle al abuso de derecho, el rol de norma de clausura del sistema⁷⁴. Esta función propia de las cláusulas generales, permite al sistema jurídico, evolucionar y adaptarse a los cambios, particularmente en el dominio económico, haciendo de él según una feliz expresión de Mazeaud “un derecho realista”.

13. UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CASACIÓN ITALIANA

En Italia, como es sabido, no existe una previsión que regule con carácter general la figura del abuso de derecho, sino artículos que disciplinan alguna situación específica, concreta (como la de los actos emulativos), que encarta en el género.

También es conocida la desconfianza y la portada acotada que en general suele caracterizar los enfoques que del abuso de derecho hace la doctrina italiana.

Es asimismo notoria la incidencia que el derecho peninsular ha tenido en muchos países y en particular en Uruguay y Perú.

Es por tal razón que me parece indispensable hacer una (por lo menos breve) referencia a la sentencia N° 20106/09, de la Suprema Corte de Casación, Sezione Terza, del 18 de setiembre de 2009, que constituye un importante hito en esta materia. No solo porque acepta largamente al abuso de derecho como principio general, sino por las consecuencias que al mismo conecta.

Es por ello que no extraña que se la haya calificado como histórica⁷⁵. O que se utilicen expresiones como “*Tutti a parlare di abuso di diritto*”⁷⁶.

⁷¹ Ver sobre el tema MORACCHINI-ZEINDEMBERG. Op. Cit. pp. 160 y ss.

⁷² BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni*. Giuffrè, Milano, 1991, p. 357

⁷³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile*, 3 Il contratto, Ed. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 479 y ss.

⁷⁴ Ver BRECCIA. Op. Cit. p. 362.

⁷⁵ F. PICERNO. La storica sentenza Della Suprema Corte di Cassazione su Abuso del Diritto, en www.usarcicentro.it/modules.php?op...sid

⁷⁶ Así en: *Ricerca Giuridica.com*, “*Consumerismo, contratti, clausole, recesso ad nutum, clausole vessatorie, carattere abusivo*”.

No es naturalmente posible hacer un análisis detenido de la sentencia, que merece sin dudas un opus in el que su estudio juegue un rol medular.

Por lo cual me limitaré a hacer referencia a alguno de sus aspectos más relevantes:

- a) Considera que el abuso de derecho es un principio general del ordenamiento jurídico;
- b) La incidencia de la circunstancia de que la modalidad de ejercicio determine una desproporción injustificada entre el beneficio del titular del derecho y el sacrificio al que se sujeta la contraparte;
- c) Entiende que la interpretación y el control de los actos de autonomía privada, debe hacerse teniendo en consideración la posición de las partes a fin de valorar si la posición de supremacía de una de ellas y la de dependencia incluso económica de la otra parte, hayan sido determinantes de comportamientos abusivos;
- d) La viabilidad de proceder a un juicio de razonabilidad en el ámbito contractual;
- e) Que el problema que se plantea, no es político sino exquisitamente jurídico y se refiere a los remedios contra el abuso de la autonomía privada y de las relaciones de fuerza en el mercado;
- f) La consideración de las posiciones contractuales entre sujetos débiles y económicamente fuertes, entra en el marco de la valoración del Juez, en clave de contemplación de los derechos y de los intereses de las partes en juego, en una perspectiva también de equilibrio y corrección de comportamientos económicos;
- g) La buena fe sirve para mantener la relación jurídica en los carriles del equilibrio y de la proporcionalidad;
- h) Que el abuso de derecho, conlleva una regla general del ordenamiento que impone rechazar la tutela de los poderes, derechos e intereses ejercitados en contradicción a la buena fe objetiva, impidiendo que puedan obtenerse o conservarse las ventajas obtenidas;
- i) No es ajeno al nuevo enfoque del abuso de derecho la mutación del contexto histórico, cultural y jurídico, que había ya determinado la aplicación del mismo por la Corte de legitimidad en variadas áreas, (societaria, bancaria, contractual y tributaria); y,
- j) los principios de la buena fe objetiva y del abuso de derecho, deben ser revisitados a la luz del principio constitucional de la función social.

14. CONSECUENCIAS

Como principio general que es, puede dar lugar a una variada gama de consecuencias, entre las cuales conviene mencionar las siguientes.

- 1) La primera y más clara, es la de que, siendo una manera de ser de la ilicitud, producirá las consecuencias conexas a las hipótesis normativas que la incluyan, naturalmente siempre que se den los restantes elementos que las configuran. Tal es el caso de la responsabilidad y la obligación resarcitoria, que requerirán la prueba (además de la del abuso) del daño, del nexo y del factor de atribución. Sin embargo, no puedo dejar de señalar que existen corrientes doctrinarias que postulan que la responsabilidad que se genera cuando está involucrado el abuso de derecho, es de naturaleza objetiva⁷⁷.
- 2) La segunda y no menos trascendente, es la de que al no haber derecho, sino hecho ilícito, no se producirán las consecuencias vinculadas a la actuación de aquél (ineficacia en sentido amplio), a menos que la ley que regula la especie dispusiera algo diverso⁷⁸. Tal es el caso, por ejemplo, del ejercicio (abusivo) del derecho de receso o del abuso de las mayorías o de las minorías en sede de sociedades.
- 3) A veces, la consecuencia es la nulidad, como ocurre con las cláusulas abusivas en el marco de la Ley 17.250.
- 4) En otros casos, el efecto podrá ser otro, como la inoponibilidad e incluso se ha postulado, haciendo hincapié en la autonomía de la noción de abuso de poder, que el mismo podría jugar un rol de concretización de la sanción, siempre que se respeten las libertades y derechos fundamentales⁷⁹.
- 5) A través de ella, es posible examinar (y regular) el ejercicio de los derechos y su alcance a la luz de los principios y valores constitucionales (especie que se enmarcaría en lo que la doctrina denomina *Indirekte Drittwirkung*)⁸⁰.

⁷⁷ Ver BARROS, Joao Alvaro QUINTILIANO. *Abuso de direito*. En: *Jus Navigandi*, N° 727, 2/7/2005, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6944>, quien hace suyas "el Enunciado no. 37 de la Jornada de Derecho civil", el cual establece que "la responsabilidad civil emergente del abuso de derecho es independiente de la culpa, y se fundamenta solamente en el criterio objetivo-finalístico".

⁷⁸ Ver MORACCHINI-ZEIDENBERG. Op. Cit. pp. 343 y ss. Gamarra TDCU. Tomo XIX Cit. p. 203) dice que se produce en este caso, una suerte de caducidad del derecho, que resulta excluido de la tutela por el ordenamiento. Señala FAGES, Bertrand. *Le comportement du contractant*. Ed. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, esp. pp. 373 y ss. que la jurisprudencia francesa sanciona el comportamiento abusivo neutralizando sus efectos.

⁷⁹ MORACCHINI-ZEIDENBERG, Op. Cit. pp. 363 y ss.

⁸⁰ Ver sobre el tema, BLENGIO, Juan. *La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad*. cit. y *La aplicabilidad de los principios, derechos y garantías constitucionales a las relaciones horizontales enfocada especialmente desde la perspectiva del Principio de Igualdad, en Constitucionalización del Derecho Privado, Actas del Tercer Congreso Internacional*

de la Asociación Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Bogotá 2007, ed. por Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains, Universidad Externado de Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, ps.425 y ss.

Principios del Derecho Civil contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: Propuestas y problematizaciones para un “código de principios” (*)

LUIZ EDSON FACHIN (**)

SUMARIO: 1. *Nota previa.* 2. *La fuerza jurídica de los principios en el Derecho Civil Contemporáneo.* 2.1. *Teoría Sistémica.* 2.2. *Teoría de los Principios.* 2.3. *Derecho Civil Constitucional.* 3. *La desterritorialización del derecho privado y la principiología sin fronteras.* 3.1. *Principios singulares y universales.* 3.2. *La función nuclear de la dignidad de la persona humana.* 4. *La naturaleza dúblice de los contratos: Entre el sujeto de necesidades y la “Lex Mercatoria”.* 4.1. *Tránsito jurídico e hiperconsumismo.* 4.2. *Lucro y derechos: Problematizando paradojas.* 5. *La superación del concepto de Código: Los principios como elemento antiformalista del Derecho Civil.* 5.1. *Perspectivas de una codificación principiológica.* 5.2. *La codificación como proceso.* 6. *Conclusión.*

1. NOTA PREVIA

Dos observaciones introductorias son necesarias. La primera, para hacerle un homenaje al Profesor Doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, cuya obra y pensamiento penetran a fondo en el Derecho moderno, y traducen una relevante y marcada contribución. Asociarse a este homenaje significa suscribir el relieve que tiene este en la presencia imborrable del autor agasajado.

La segunda para especificar, desde ya, el sentido y el alcance del presente artículo. La finalidad es la siguiente: exponer la importancia de los principios en una dimensión contemporánea del Derecho Civil, problematizándolos desde la perspectiva de una idea codificadora.

(*) El autor expresa su agradecimiento a Felipe Frank, investigador universitario de la Facultad de Derecho de la UFPR, por su contribución en la investigación que materializó el presente estudio.

(**) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidade Federal do Paraná, Brasil. Miembro del *Instituto dos Advogados Brasileiros* (IAB), del *Instituto dos Advogados do Paraná* (IAP).

El Derecho Civil contemporáneo tiene la ardua labor de captar las transformaciones sociales que ocurren en su entorno, para no quedarse encastillado y reproducir definiciones y abstracciones que no ofrezcan respuesta a las crecientes exigencias sociales. Para ello, cumple anclar tanto los anhelos de la sociedad como a los fundamentos de Derecho en los principios y en la repersonalización del Derecho Civil.

Así pues, en esta búsqueda incesante de la adecuación del Derecho a la sociedad, no es raro que salga a escena, como una de las posibles propuestas, la idea de elaborarse un código latinoamericano de principios contractuales. Sin embargo, el concepto de codificación, plantea hace mucho, un debate abierto en el Derecho Civil, que ha sido objeto de críticas y elogios. Pero es un hecho que, una codificación internacional de principios contractuales no puede realizarse bajo un prisma estrictamente sistémico de Derecho, cuya forma sintetiza el contenido y lo reduce a la fosilizada interpretación literal de los dispositivos que se clavan en él.

Repensar, así pues, el Derecho bajo la perspectiva crítica es algo esencial y necesario a la operatividad y a la estructuración de un proyecto de codificación principiología privada transnacional.

2. LA FUERZA JURÍDICA DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO

Dada la crucial importancia de los principios para la construcción de un ordenamiento legal que se preocupe en ofrecer respuestas justas, tempestivas y adecuadas a las cuestiones que de hecho se le presentan, se investigará la importancia jurídica de los principios en el Derecho Civil contemporáneo, visando no solo la aeración de la doctrina privatista, sino también la concreción material de los derechos fundamentales implicados en la relación contractual in concreto.

Ante el exiguo espacio de que disponemos, sería imposible una incursión, aunque fuera breve, a la principiología clásica, cuya expresión reverbera en autores como Anaximandro, Platón y Aristóteles. Se hace igualmente necesario hacer un recorte epistemológico en la propia doctrina moderna, que concentra autores importantes, como KANT, ESSER y CANARIS. De esta forma, restringiremos nuestra investigación apenas a la Teoría Sistémica y a lo que se estipuló llamar de Teoría de los Principios.

2.1. Teoría Sistémica

Tércio SAMPAIO FERRAZ Jr., profundamente influenciado por la teoría luhmanniana, tomó como punto de partida el deseo de Emil Lask de integración

del Derecho para delinear la importancia de la *sistematización* de la Ciencia Jurídica, que encuentra en la globalidad su último fin. Según el jurista del “Largo São Francisco”, el sistema jurídico se fundamentaría sobre (a) el repertorio de elementos que lo integran; (b) la estructura que lo organiza; y (c) la unidad que le confiere coherencia interna¹.

Por lo tanto, dentro de esta filosofía, los principios se piensan intra sistémicamente, confiriéndole al sistema jurídico el aporte, la unidad y la coherencia necesarios, de manera que todas las demás normas (elementos) se estructurarían sobre ellos. Sin embargo, los principios, de acuerdo con esta teoría, a pesar de considerarse sistémicamente basilares, son muy poco pasibles de alterar la significación de la norma que se aplica al caso concreto. Se trata, estrictamente, de una relación entre normas, que tienen cargas axiológicas distintas y que se relacionan apenas abstractamente; y por eso por qué sería más grave violar un principio que violar una norma².

Además, se observa que, hasta entonces, los principios eran un género distinto a las normas, a los que se les dotaba de mayor abstracción e indeterminabilidad, y a los que se les atribuía un carácter de fundamentalidad dentro del sistema jurídico, sintetizando en sí, aquello que Karl LARENZ lo definió como siendo el ideal de derecho³.

Sin embargo, con el viraje hermenéutico de finales de la década de 1970⁴, marcado por la valorización de la Filosofía del Derecho, se le confirió al Derecho una cierta apertura semántica, con lo cual, se pasó a valorizar la heterogeneidad social, la fuerza creativa de los hechos y el pluralismo jurídico, cuya síntesis normativa solamente se reveló posible a través de una reestructuración en la concepción de los principios.

2.2. Teoría de los Principios

En este punto, es esencial mencionar la teorización de Ronald DWORKIN, recogida aquí como marco teórico inicial de la Teoría de los Principios. En un principio el referido autor, con el firme deseo de trazar una crítica al positivismo sistémico (*general attack on Positivism*)⁵, clasificó a las normas como género

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674.

⁴ BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 395.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Is law a system of rules?* In: *The Philosophy of Law*. New York: Oxford Uni-

del cual derivan las especies llamadas de *principios* y reglas. Según DWORKIN, las reglas serían aplicables de acuerdo con el método de todo o nada (all-or-nothing) –si es válida, la regla sería aplicable, de lo contrario, no–, en cambio los principios necesitarían de un método de ponderación, según el cual sería necesario estipular el peso de los principios colindantes (dimention of weight) para que los pudiésemos aplicar correctamente. En este caso, los principios que se chocasen también se considerarían válidos, sin embargo, en estado de concurrencia, lo que determina que su ponderación fuese con arreglo al peso de cada uno de ellos dentro del ordenamiento jurídico⁶.

Amparado de cierta forma por las teorizaciones de DWORKIN, Robert Alexy contribuyó sustancialmente para el desarrollo de la Teoría de los Principios. Según él, los principios serían verdaderos mandatos de optimización⁷, que actuarían conjunta y paralelamente a las reglas, de forma a concretizar, por medio de ellas, siempre que fuera posible, sus finalidades intrínsecas, y por ese motivo, pudiendo variar de acuerdo con las vicisitudes del caso concreto. Cabe mencionar que, para Alexy, las reglas son necesarias, en vista de que el modelo exclusivamente principiológico (*Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) conduciría a la inoperatividad práctica del propio ordenamiento, que sería incapaz de concretizar *in casu* lo que él propio propone⁸.

Dworkin propició la apertura semántica del Derecho al aceptar que los propios principios que le dan fundamento también pueden entrar en choque, por lo que se deben ponderar. Esta teoría produjo un fuerte impacto que repercutió en todo el constitucionalismo, no solo en el anglosajón, sino también en el mundial. Alexy, por su parte, no apenas posibilitó que esta consideración fuese absorbida por los sistemas más legalistas, más pautados en reglas de lo que en principios, sino que su principal mérito consistió en aproximar los principios a las cuestiones de hecho, confiriéndoles la debida importancia en la apreciación de cada caso en concreto, promoviendo, con ello, una verdadera resignificación al modo de pensar el Derecho.

En suma, se empezó a concebir al Derecho desde una mirada postpositivista, cuyo objetivo es, según Alberto CALSAMIGLIA, superar lo estrictamente teórico en pro de un entendimiento más afinado con el vivir contemporáneo⁹.

versity Press, 1977, p. 43.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷ ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. In: *Doxa* n. 5. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1988. p. 139-151.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1146.

⁹ CALSAMIGLIA, Alberto. *Postpositivismo*. In: *Doxa* n. 21. San Sebastián: Universidad de Alicante, 1998.

La creciente importancia de la filosofía y la vertiginosa valorización de los principios, así pues, no tardaron en correr por la doctrina civilista y adquirir rápidamente fuerza y voz, de las cuales tal vez sea la de Pietro PERLINGIERI, la más expresiva. Dentro del Derecho Civil, por lo tanto no sería una exageración considerar este giro epistemológico como una verdadera Virada de Copérnico.

2.3. Derecho Civil Constitucional

Perlingieri fue uno de los precursores de la intitulada constitucionalización del Derecho Civil, que buscó en los principios y valores constitucionales, democráticamente erigidos, la (re)significación de los institutos del derecho civil, promoviendo la llamada repersonalización del derecho privado, y desplazando el foco jurídico del patrimonio hacia la persona en sí. En este sentido, el autor italiano afirma que *“no existe un número finalizado de hipótesis tuteladas: tutelado es el valor sin límites de la persona, salvo aquellos colocados para su interés y para el de otras personas”*¹⁰.

Ha de destacarse que la importancia de los principios está más allá de la mera orientación al jurista. El operador jurídico no debe actuar tal cual el navegante que mira el norte, inalcanzable por esencia, sin considerarlo como un fin en sí; en realidad, debe intentar concretizar el mandamiento principiológico siempre y cuando sea posible, en virtud del cual los principios son normas cuya comprensión trasciende al mero raciocinio dogmáticamente enclaustrado y, por ese motivo, debiéndose aplicar al caso concreto visando su propia realización.

Por lo tanto, conscientes de que los principios pasaron a resignificar el derecho privado, promoviendo su repersonalización, cabe a los juristas cuestionarse no solo acerca de las reglas que están colocadas en el sistema jurídico, sino también sobre los valores que este sistema eligió para que figurasen en su duramen, en vista de que esto repercutirá directamente sobre los principios consubstanciados con él.

3. LA DESTERRITORIALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO Y LA PRINCIPIOLOGÍA SIN FRONTERAS

Si otrora fue innegable reconocerse la necesidad de una profunda transformación en el concepto de sujeto de derecho y conferirle fuerza normativa a los principios que fundamentan el orden jurídico, en nuestros días es igualmente innegable el reconocimiento de que es necesario desterritorializarse no apenas al derecho privado sino también a la principiología que lo conduce.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

Sin embargo, esta desterritorialización no significa imposición sino, por el contrario, debe entenderse como un debate dialógico entre las diferentes realidades y los diferentes sistemas jurídicos que componen la sociedad contemporánea, caracterizada por sus contradicciones y sus particularidades, y que, según Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, componen un codificar “interactivo, participativo, democrático, postmoderno”¹¹.

No se trata, por lo tanto, de homogeneizar, unificar, el derecho contractual latinoamericano, sus conceptos y reglas, sintetizándolo en una “verdad única”, sino conferirle eficacia de normas principiológicas para que estas orienten mejor, bajo el manto de los derechos fundamentales y bajo la égida de las constituciones locales, los contratos firmados entre los particulares, de modo que se contemplen, incluso, las vicisitudes inherentes a los contratantes. En este sentido, Paulo Luiz Netto LOBO señala que “la armonización es más adecuada en los procedimientos de integración cuando está involucrada la convivencia de variados derechos nacionales”¹².

3.1. Principios singulares y universales

De este modo se defiende la existencia de una fuerza que traspasará todos los ordenamientos, pero sin destruirles la multiplicidad interpretativa, la filosofía y la historia, inherentes de por sí. Esta integración, respecto a la interculturalidad, se debe operar teniéndose en cuenta los problemas de la realidad contemporánea, intentando concretizar los derechos constitucionalmente previstos en cada orden jurídica, así como los derechos fundamentales que están conectados a ellas.

Paulo Luiz Netto LOBO afirma que la armonización del Derecho, o de determinadas ramas de él, es una de las etapas más avanzadas en una comunidad de naciones, en vista de los presupuestos básicos de superación de obstáculos y de la búsqueda para alcanzar la integración¹³.

Sin embargo, aunque los discursos acerca de la globalización y de la internacionalización de las relaciones privadas sea una constante, poco se sabe de la capacidad de las diferentes culturas involucradas para absorber, sin sucumbir a la propia identidad, las mudanzas económicas y sociales que implica la globalización; nos encontramos ante un choque de valores que no encuentra, en la mayoría de las veces, guarida en el sistema jurídico puesto,

¹¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vol. 94. São Paulo: USP, 1999, p. 11.

¹² LOBO, Paulo Luiz Netto. *O Direito Civil na Perspectiva do Mercosul*. In: Revista trimestral de direito civil, vol. 1 (enero/marzo 2000). Rio de Janeiro: Padma, 2000. p. 233.

¹³ *Ibidem*, p. 231.

lo que significa que tan solo es una superposición de una cultura con relación a la otra. Para que estos valores culturales minoritarios adquieran voz y voto en las relaciones interprivadas, es importante que se comprendan los límites y posibilidades de la transterritorialización de los principios jurídicos.

Al engendrarse esa transterritorialización principiología, las personas, informaciones y titularidades que interactúan globalmente podrán tutelarse más adecuadamente por el Derecho, ya que este pasará por una *apertura semántica*, que trasciende del derecho positivo y cuya eficacia está justamente en poder ofrecerle respuestas más concretas a los anhelos contemporáneos captados en las relaciones de hecho, aplicándose a la especie los usos y costumbres locales, así como los mandamientos últimos de un orden arrimado a principios.

3.2. La función nuclear de la dignidad de la persona humana

Los principios jurídicos, especialmente los principios contractuales, inmersos en un mercado global, se deben pautar en valores como la dignidad de la persona humana, dentro de sus vicisitudes étnicas y culturales, viabilizando lo que Fabíola Morais describió como armonización a través de directivas¹⁴, y de ese modo, exponer el derecho positivo a la luz que emana de los valores construidos socialmente y de los principios hábiles a darles significación jurídica.

Transterritorializar el Derecho Privado y fijarle principios hábiles a abarcar la pluralidad cultural y axiológica que existe en la sociedad contemporánea, significa conferirle al Derecho instrumentos técnicos para tutelar las relaciones privadas y orientarlas hacia la solidaridad y hacia la justicia, sin los que la personalidad y la dignidad humanas jamás podrían llegar a concretizarse adecuadamente. Sin embargo, según la ponderación de McKendrick acerca de la aplicabilidad del principio de la buena fe en la Unión Europea, no se puede olvidar el papel del operador jurídico dentro de un sistema abierto como ese, en especial el del juez, que tendrá que ajustar el principio al caso concreto, tratando de superar los eventuales obstáculos y, si fuera necesario, hacer ajustes al contrato para evitar su incumplimiento¹⁵.

A propósito, Antonio HERNÁNDEZ GIL señala que dentro de las distintas concepciones de justicia la que menos encierra su concepto contemporáneo es el de la igualdad, en especial la igualdad formal. Para el autor, *“la justicia,*

¹⁴ MORAIS, Fabíola. *Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Européia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 73.

¹⁵ MCKENDRICK, Ewan. *Contract Law: A View from England*. In: Um Código Civil para a Europa. Coimbra: BDF, 2002, p. 208.

*en la esfera del derecho, tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor, en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos*¹⁶.

Con el afán de pensar en un movimiento de integración internacional justo y solidario, es importante que se haga un análisis del por qué de la integración, de los motivos y de los objetivos de esta creciente internacionalización de las relaciones subjetivas personales y patrimoniales, y si el hombre, de hecho, está en el centro de la estructura normativa que se está proyectando supranacionalmente bajo el pretexto de amenizar las disparidades entre las diferentes legislaciones y jurisdicciones. En suma, cumple verificarse si estamos construyendo un derecho internacional privado orientado al comercio, a la economía de masas, o un derecho internacional privado común, humanista, preocupado con la construcción y con la protección de la dignidad de la persona humana.

Por lo tanto, y aún en el telar las consideraciones de HERNÁNDEZ GIL acerca de la justicia, se percibe que el jurista serio y comprometido guarda un papel análogo al del lingüista, que reconoce la importancia de estructurarse la lengua en una gramática para que un mínimo de comunicación sea uniformemente difundido, reconociendo, sin embargo, las limitaciones de la gramática frente a la lengua hablada que se ocupa de las relaciones y de la realidad de hecho, pero que permite que la comunicación otrora teorizada se materialice con riqueza infinitamente superior.

4. LA NATURALEZA DÚBLICE DE LOS CONTRATOS: ENTRE EL SUJETO DE NECESIDADES Y LA "LEX MERCATORIA"

No se puede pretender mediante la elaboración de un código de principios, que el derecho contractual se unifique, incluso porque esto no se restringe a una mera cuestión de fronteras. Se debe respetar el pluralismo social y jurídico de cada sociedad, la fuerza creativa de los hechos y las vicisitudes locales, dado que *"el territorio no es apenas el sitio de una acción pragmática ya que su ejercicio conlleva, además, una aportación de la vida, una parcela de emoción, que permite que los valores representen un papel"*¹⁷.

A pesar del reconocimiento de los contratos vinculados a las vicisitudes locales, no podemos ignorar las disparidades contractuales que existen en los negocios jurídicos en los que una parte se encuentra notoriamente en posición superior a la otra, especialmente en las relaciones que atañen al consumo en

¹⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *La constitución, El Derecho, El Ordenamiento y los Valores*. In: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 426.

¹⁷ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 111.

masa. Además, junto con eso, caminan las preocupaciones de una sociedad de consumo, en la que se fetichiza la mercancía, que adquiere vida propia, y en la que se ha reificado al consumidor, reduciéndolo a mero elemento de mercado¹⁸.

4.1. Tránsito jurídico e hiperconsumismo

Bajo el cuidadoso análisis de Pietro BARCELLONA, se torna evidente la transformación de la sociedad contemporánea, que ya no experimenta más una relación de explotación patente, sino velada, reproducida contractualmente, y que se traduce en un consumo desenfrenado de bienes que, muchas veces, atienden a necesidades creadas por ellos mismos. Nos referimos a cuando el individuo propietario, productor, dueño de sí, le cede el paso al individuo consumidor¹⁹.

Esta transformación de la sociedad contemporánea pasó, según Gilles Lipovetsky, por tres etapas: la primera, marcada por la formación inicial de una sociedad de consumo, que se caracterizó por la estandarización de los productos que se consumían, así como por la construcción de la idea de marca; la segunda, apuntada por el segundo postguerra, y caracterizada por la masificación del consumo, cuyo punto nodal se erige en la democratización de deseos, y por la ampliación de las posibilidades de distribución y de consumo, desplazándose, de la coerción a la seducción, del recalque a la liberación, del futuro al presente las promesas de mejora (por lo menos aparente) de vida; y, por fin, la tercera, que se caracterizó por el consumo globalmente potencializado, en el que las personas consumen desenfrenadamente en busca de una satisfacción personal que nunca llegará a alcanzarse, en vista de que las aspiraciones que tiene este consumidor emocional se recrean a cada instante y que culminará en la llamada sociedad de hiperconsumo²⁰.

Marca patente de la sociedad de hiperconsumo, la efimeridad de los bienes que produce, provoca la ampliación de la intensidad y de la velocidad de las relaciones consumeristas. Este hecho es el que el jurista contemporáneo debe

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo – A Transformação da Pessoa em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

¹⁹ “Esta transformación se produce mediante la inclusión de la propiedad, transformada en objeto disponible y reproducible, como principio organizativo y “razón” y “regla” del funcionamiento del sistema en su conjunto. Es decir, el sistema funciona como productor, reproductor y destructor de objetos destinados a la apropiación y, al final de su “ciclo vital”, nos devuelve un sujeto en relación con el objeto consumible (que constituye el soporte del sistema). El sujeto propietario es transformado en sujeto consumidor”. BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 91.

²⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal. Ensaio sobre a Sociedade de Hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

aprehender para poder dedicarle atención especial a los contratos celebrados en un mercado cada vez más global, cuyos límites se quebrantan largamente y en el que las posibilidades de permuta macroeconómicamente hablando, son cada vez mayores, intentando proporcionarles la tutela adecuada a estos sujetos que se encuentran a merced de un derecho internacional privado pautado casi que única y exclusivamente sobre una autonomía de la voluntad formal, a partir de la cual los intereses de grandes corporaciones celebran acuerdos con la voluntad viciada de estos sujetos cuya “única posibilidad de identificación como hombre es mediante el consumo”²¹.

4.2. Lucro y derechos: problematizando paradojas

Se trata, por lo tanto, de cuestionar los objetivos y la finalidad de un código latinoamericano de principios contractuales, cuyo substrato es una demanda fáctica ambivalente: las empresas hacen alusión al aumento de la seguridad para poder expandir su mercado, asumiendo claramente un papel de *lex mercatoria*, mientras que los consumidores necesitan que no se violen sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que los principios contractuales pueden prestarse a intereses contrapuestos, se verifica que nos encontramos delante de un fenómeno paraláctico, el cual admite dos lados incompatibles dentro de un mismo nivel, pero que, justamente por esto, porque son los dos lados del mismo fenómeno, nunca se podrán encontrar²²; de ahí la importancia que recae sobre el aplicador del Derecho, que tendrá que valerse de los principios de acuerdo con un juicio crítico de ponderación, y siempre estar atento a la conformación real de la relación privada de base, sobre la cual incide el principio en análisis.

Por este motivo, Paulo Luiz NETTO LOBO afirma que “la regulación de la actividad económica, para contener o controlar los abusos de los poderes privados, es una conquista que las sociedades organizadas no pretenden renunciar. Sobre todo cuando presenciamos el crecimiento de la concentración empresarial y de capital y de la vulnerabilidad de las personas que no poseen el poder negocial, principalmente frente a la utilización masiva de contratos de adhesión bajo condiciones generales predispuestas unilateralmente”²³. Esta crítica es la que debe encauzar el pensamiento de una principiología contractual más extensa, protectora y, por lo tanto, eficaz a la realidad en la que se pretende inserir.

²¹ BARCELLONA, Pietro. *El Individualismo Propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 134.

²² ZIZEK, Slavoj. *A visão em parallaxe*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 16.

²³ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil*. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Tomo 42 (abril/junio 2002). São Paulo: RT, 2002. p. 195.

Se espera, así pues, que este “código de principios”, sin reducirlo al sentido decimonónico de codificación, promueva una apertura semántica del derecho interno tendiente a la concretización de la dignidad de la persona humana, resguardando, con ello, tanto los derechos entre los iguales que vayan a firmar un contrato entre sí como los de los desiguales que vayan a aceptar un contrato de adhesión que te suministra de modo unilateral una gran corporación.

5. LA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE CÓDIGO: LOS PRINCIPIOS COMO ELEMENTO ANTIFORMALISTA DEL DERECHO CIVIL

Como se ha señalado al inicio de este análisis, el formalismo jurídico se pautó en la idea de estructura y de sistema para intentar organizar a la sociedad, acomodándola en un conjunto de reglas organizadas y hábiles para debelar los eventuales conflictos que le puedan surgir. Esta idea lógica, en múltiples ocasiones, está coligada a la codificación, cuyo objetivo es centralizar las reglas aplicables para conferirles mayor protección jurídica a los particulares.

Sin embargo, ¿a qué seguridad jurídica hacemos referencia? ¿A quién ella tutela? Como pudimos analizar en la segunda y en la tercera parte de este artículo, el ordenamiento jurídico sintetiza brevemente una sociedad ambivalente, contradictoria en sí, en la que se reproducen sus vicisitudes y sus relaciones de explotación.

Por consiguiente, se hace necesaria una apertura semántica del ordenamiento jurídico, para que, norteadas por la concepción de dignidad de la persona humana, se absorba la concepción de justicia y de solidaridad.

5.1. Perspectivas de una codificación principiológica

Concebir, por lo tanto, un código de principios que abarque estos valores, para que puedan actuar como verdaderos mandatos de optimización de las legislaciones locales, implica hacerle superar la racionalidad formalista ligada a las codificaciones, en pro del reconocimiento de los hechos como fuente del derecho y que, como tal, debe ser reconocida y protegida jurídicamente.

Con esta crítica en mente, y arrimados al pensamiento de HERNÁNDEZ GIL, se puede afirmar que pensar el Derecho acorde con una mentalidad más flexible respecto a la dogmática, o si no antiformalista, obliga al jurista a repensar el tema de la codificación²⁴. “A nuestro juicio es lo cierto, sin embargo, que aun aceptado el llamamiento a la vida que mana del movimiento corrector

²⁴ HERNÁNDEZ GIL, Antonio. *Formalismo, Antiformalismo y Codificación*. In: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. Madrid: Espasa-Calpe, 1987.

del formalismo, no ha de llegarse necesariamente a la negación rotunda de la Codificación”²⁵.

Es importante percibir que el formalismo no concluye en la codificación, sino en la mentalidad que se codifica. Así, la elaboración dialéctica de principios hábiles para concretizar la dignidad de la persona humana en el plano de sus relaciones privadas, no se confunde con la afirmación de un Código dotado de verdad absoluta, de un dogma que debe ser seguido y no interrogado. Así pues, surge la Codificación como Problema²⁶, cuyo modo de realización está compuesto por criterios y fines sensibles a la utilidad de quienes son marginados por el derecho puesto y a los que la sociedad no tiene en cuenta sino cuando figuran como elementos del propio mercado que los coloca en la situación de marginalidad.

Ya no cabe pensar en la codificación como la búsqueda de un derecho ideal y racional, exento de transformaciones fáticas y resignificaciones axiológicas, así como tampoco cabe pensar en un derecho nacional, que dicte las reglas de forma monista y soberana. Estamos ante un derecho plural, fuertemente influenciado por la filosofía, por la sociología y, principalmente, por las propias acciones de los sujetos que aparentemente están bajo su amparo.

5.2. La codificación como proceso

Visando encauzar este repensar de la Codificación, HERNÁNDEZ GIL propone algunos pasos para entenderla²⁷.

El primer paso sería el de no considerar a la codificación una meta inamovible, que permanece estancado en el transcurso del tiempo.

El segundo paso sería el de no considerar a la codificación como un elemento del pasado, un mero marco en la historia del derecho y que hoy no conserva más correspondencia con el mundo de los hechos.

Luego, el tercero, consubstanciarse con la caracterización de la codificación como proceso, cuya dinamicidad sería tanto interna (de su propia estructura) como externa (de sus axiomas fundantes).

En cuarto estaría el de no considerarla un sistema lógico-formal enclausurado en su propia racionalidad.

El quinto consiste en consubstanciarse con la actividad revisora de lo que el código dispone, esta actividad no puede recluirse dentro del ámbito

²⁵ *Ibidem*, p. 613.

²⁶ *Ídem Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*. p. 615-617.

legislativo, sino que debe recibir importantes aportaciones y resignificaciones de la doctrina y de la jurisprudencia.

Por fin, en sexto lugar, la codificación debe reconocer la autonomía del derecho con relación a sí propia, de forma que no se le niegue la capacidad transformadora de la crítica y de los principios jurídicos que la nortean.

A estos seis *pasos*, se incluirá un séptimo, consubstanciado con la teorización de Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO acerca de la codificación del Derecho. Este paso consiste en reconocer la multiplicidad de fuentes del Derecho, tanto materiales (existentes en los diferentes grupos sociales y en las más distintas nacionalidades) como formales (dispuestas en un sinfín de normas jurídicas)²⁸, para que, a partir de este reconocimiento, se le confieran a los principios vectores materiales, directrices, que posibiliten su concreción material²⁹.

6. CONCLUSIÓN

La internacionalización del derecho camina paralelamente a la internacionalización de la economía y de las relaciones de consumo, debiéndose pensar críticamente tanto en la elaboración como en la posterior aplicación de un código latinoamericano de principios, dado que estos consubstanciarán la complejidad y las contradicciones de la sociedad moderna, pudiéndose contraponer paralácticamente en la misma relación jurídica, y ser invocados tanto como *lex mercatoria* cuanto como mandato de optimización de los valores constitucionales consagrados en las más diferentes órdenes jurídicas, debiéndose traducir, en última instancia, en la materialización de la justicia, de la solidaridad y de la dignidad de la persona humana.

²⁸ AZEVEDO. Antonio Junqueira de. *O Direito pós-moderno e a codificação*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 94. São Paulo: USP, 1999, p. 4.

²⁹ *Ibidem*. p. 9.

Inexistencia del acto jurídico

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ (*)

*Es un honor participar en el Libro Homenaje al
Dr. Manuel de la Puente y Lavalle,
brillante exponente del Derecho Civil peruano.*

SUMARIO: 1. Concepto. 2. Teoría que distingue entre inexistencia y nulidad. 3. Teoría que identifica inexistencia y nulidad. 4. Algunos fundamentos de la identificación de la inexistencia con la nulidad.

1. CONCEPTO

Existe acto jurídico cuando hay una manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. El acto jurídico así creado responde a uno de los esquemas legales o sociales, hay una operación calificable como testamento, matrimonio, compraventa, leasing, etcétera.

El acto jurídico es inexistente cuando no hay una manifestación de voluntad (consentimiento en los actos bilaterales o plurilaterales: matrimonio, contrato, etc.) que pueda ser reconocida exteriormente como uno de los esquemas legales o sociales de acto jurídico, consiguientemente no es susceptible de ser valorado como válido o inválido, eficaz o ineficaz, nulo o anulable, por lo que no necesita de regulación jurídica¹.

(*) Profesor y ex Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio del Estudio Anibal Torres Abogados.

¹ Según una teoría, la inexistencia excluye la posibilidad de identificar el contrato como tal, por tanto, ni siquiera requiere de una regulación jurídica (Scognamiglio, Renato, *Contratti in generale*, Terza edizione, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1980, p. 231). La inexistencia "no tiene reconocimiento jurídico, queda fuera del Derecho y sus efectos jurídicos tendrán la misma suerte" (Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, trad. de Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, 7ma. ed., México, 1993, p. 175). "Es inexistente el contrato o el acto que no se identifica como tal" (Galgano, Francesco, *El negocio jurídico*, trad. de Francisco de P. Blasco Garcó y Lorenzo Prats Albertosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 261). "El acto inexistente no pertenece al mundo jurídico" (Pasqueau Liaño, Miguel, *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1997, p. 167).

También se habla de inexistencia cuando falta alguno de los elementos esenciales comunes a todo acto jurídico (manifestación de voluntad, capacidad, objeto, causa fin, forma solemne) o alguno de los elementos específicos de cada tipo o esquema de acto jurídico, v. gr., falta el bien o el precio en la compraventa. Existe como una apariencia externa de hecho que surge en la fase de formación del acto, pero no responde a la noción legal ni social del acto jurídico.

Conforme al proyecto del *Código Europeo de los Contratos*², la inexistencia es una anomalía estructural del contrato que tiene lugar cuando *no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato* (artículo 137.1). Es una anomalía que determina la ausencia total de cualquier efecto contractual, salvo las obligaciones de restitución e indemnización de daños (artículo 138.1), es imprescriptible e insubsanable, se produce de pleno derecho, las partes y cualquier tercero pueden actuar como si no existiera el contrato, pero pueden hacer constar la inexistencia mediante la emisión de una declaración dirigida a quien deba constarle, y pueden, luego de transcurridos seis (o tres) meses de la recepción de dicha declaración, solicitar la declaración judicial de la inexistencia del contrato (artículo 138). Se considera a la inexistencia como una forma típica de invalidez aun cuando no existe una tipicidad social, al menos por la costumbre, por no existir un acuerdo destinado a crear obligaciones o a modificarlas o extinguirlas.

No hay un acuerdo doctrinario sobre qué se requiere para calificar a un acto como inexistente: la falta de consentimiento; falta de los requisitos legales; cuando no responde a ningún esquema legal; cuando no es capaz de producir efectos jurídicos; cuando a la luz de la valoración social no responde a la noción de acto jurídico (de contrato, etc.); cuando no se puede identificar un acto de autonomía privada; etcétera.

La figura de la inexistencia fue elaborada por la doctrina Francesa en materia de matrimonio, para justificar la invalidez de casos no consideradas por la ley como nulos, pero que no eran idóneos para general el vínculo conyugal (ej., el matrimonio entre personas del mismo sexo). En tales casos, los jueces, limitados por el principio *pas de nullité sans texte*, se pronunciaron por la ineficacia sobre la base de la inexistencia del acto.

² Redactado por G., GANDOLFI, coord., *Code européen des contrats*, Avant-projet, Livre I, Ed. rv. por L. Gatt, Milán, 2004, Cit. de VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Invalidez e ineficacia en los Proyectos Europeos de Derecho de los contratos*, Las Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución, Jesus Delgado Echevarría (coordinador), Thomson, Pamplona, España, 2007, pp. 19 y ss.

Esta noción de inexistencia, dice BIANCA³, extendida al contrato en general, adquirió el significado de una forma de invalidez que acompaña a la de nulidad, pero que sustancialmente es equivalente a esta última. Superada la razón originaria de la diferenciación, a los autores franceses les pareció consecuencial el rechazo de la inexistencia como categoría autónoma de la invalidez del contrato.

La inexistencia como una forma de invalidez del acto jurídico ha dado lugar a arduos debates doctrinales, entre los seguidores de la división *tripartita* de la invalidez: inexistencia, nulidad y anulabilidad, y los que optan por la fórmula *bipartita*: nulidad y anulabilidad.

La opinión dominante es la que identifica el “acto jurídico inexistente” con el “acto jurídico nulo”. Todos los supuestos de invalidez son remitidos a un denominador común: la nulidad absoluta o relativa. La inexistencia del acto jurídico no es un *tertium quid* junto a la nulidad y la anulabilidad, sino se trata sólo una categoría racional o lógica carente de calificación jurídica, útil en ciertos casos para establecer los límites entre la nulidad y la anulabilidad.

2. TEORÍA QUE DISTINGUE ENTRE INEXISTENCIA Y NULIDAD

Esta teoría considera que la inexistencia es distinta de la nulidad, pues constituye un vicio más grave y radical que ésta, que excluye toda posibilidad de identificar el acto jurídico como tal.

Explica JOSSEMAND⁴ que el acto inexistente carece de un elemento esencial, las partes no han manifestado su voluntad o sus voluntades no han coincidido; el acto no responde a la definición que de él da la ley. El acto nulo está provisto de sus elementos constitutivos, responde a la definición que la ley da de él; existe el contrato, existe la venta, pero uno de sus elementos vitales está afectado de un vicio que puede determinar su destrucción. Las nulidades se distinguen en absolutas y relativas.

Las nulidades absolutas, o radicales o de orden público, sigue explicando Josserand⁵, están sancionadas por reglas de orden público; si se concluye un pacto sobre una sucesión futura o una convención con ánimo de cometer o de recompensar un delito, el acto realizado en tales condiciones es nulo de nulidad absoluta. Las nulidades relativas o simplemente anulables están sancionadas por reglas protectoras de intereses particulares, privados; el consentimiento

³ BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Tomo III, *Il contratto*, seconda edizione, Giufre Editore, Milano, 2000, p. 614.

⁴ JOSSEMAND, Louis. *Derecho civil*. Tomo I, vol. I, trad. de Santiago Cunchilos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía, Buenos Aires, 1950, pp. 135.

⁵ JOSSEMAND, Louis. Op. Cit., p, 136.

de una de las partes ha sido viciado por error, dolo, violencia, incapacidad. He aquí una clasificación muy neta; “son *inexistentes* los actos que carecen de un órgano constitutivo y *no responden a su propia definición*; son nulos de nulidad absoluta los que, dotados de sus elementos constitutivos, chocan con una regla de orden público; son simplemente anulables los que han sido celebrados bajo el imperio de uno de los vicios de consentimiento tomados en consideración por la ley”.

La distinción entre actos nulos y anulables se remonta hasta el Derecho romano. En cambio, la diferenciación entre inexistencia y nulidad no tiene un origen romano; “hizo su aparición, en el momento de la elaboración del Código civil (francés), a propósito del matrimonio y por la sugestión del primer Cónsul que no admitió que se tratase de la misma manera el caso en que la mujer hubiera dicho “no” ante el oficial del estado civil y el caso en que hubiera dicho “sí” después de haber sido objeto de violencia. En el primer caso, hizo observar, no hay en absoluto matrimonio; en el segundo, hay un matrimonio nulo; y el artículo 146 contiene las huellas de dicha oposición: “*no hay matrimonio cuando falta el consentimiento*”⁶.

En efecto, Napoleón, en el seno de la Comisión que realizó los trabajos preparatorios del Code de 1804, impuso la distinción entre el matrimonio existente, pero anulable, por haberse contraído con vicios del consentimiento, y el matrimonio inexistente, por ausencia de consentimiento libre ante el oficial del registro civil⁷; criterio que fue acogido en el artículo 146 del Code, el cual dispone: *No existe el matrimonio sin el consentimiento*. Como dice Zannoni⁸, la doctrina francesa clásica consideró implícita la regla de que no hay nulidad sin texto expreso de la ley: *pas de nullité sans texte*. Aceptado este principio la doctrina se enfrentó con el caso del matrimonio que hipotéticamente se celebrara entre dos contrayentes del mismo sexo. Ninguna norma del Code sancionaba la nulidad del matrimonio, y, sin embargo, sería contrario a la razón reputarlo por eso válido: A partir de Zachariae y más tarde de Aubry y Rau, se esbozó este distingo: “*una cosa es existir con vicios y otra es no existir*”. De acuerdo a esta doctrina no existe el contrato sin el consentimiento.

La doctrina que acepta la distinción entre actos inexistentes y actos nulos no es uniforme en establecer la delimitación entre unos y otros. Para unos, el acto jurídico *inexistente* es aquel al cual le falta la manifestación de voluntad (v. gr., el contrato del cual sólo se ha hecho la oferta y no se ha dado la acep-

⁶ JOSSERAND, Louis. Op. Cit., p. 137.

⁷ DE LOS MOZOS, José Luís. *La inexistencia del negocio jurídico*. En: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CVIII, segunda época. Tomo XL, N° 208, abril 1960, p. 470.

⁸ ZANNONI, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 139.

tación) o los requisitos de validez (elementos sustanciales)⁹ y acto *nulo* es el que infringe normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (nulidad absoluta) o cuando sus requisitos esenciales adolecen de algún vicio (nulidad relativa o anulabilidad). Para otros¹⁰, la inexistencia se da cuando el acto no ha tenido ni un inicio de concepción por tanto no vale ninguna conversión, como sucede cuando falta la manifestación de voluntad (hay sólo una sombra o fantasma de negocio); en cambio, será *nulo*, con nulidad absoluta y radical, cuando habiendo sido concebido, o sea hay manifestación de voluntad, pero le falta alguno de los requisitos de validez, por lo que el acto se ha formado, pero nace muerto; no produce efectos. No faltan quienes sostienen que el contrato es inexistente cuando no concurren los *essentialia negotii* y es nulo por ser contrario a la ley; el inexistente es insubsanable y el nulo si lo es por conversión (según algunas legislaciones).

Se atribuye a los franceses Zachariae, y a Aubry y Rau la creación de la teoría de los actos inexistentes que ayudó los comentaristas del Code a salvar muchas dificultades¹¹. Aubry y Rau¹² distinguieron entre “actos lesivos”, “actos fraudulentos” y “actos inexistentes”, y sostuvieron que es imposible pensar en la existencia del acto jurídico cuando faltan los elementos relativos a su naturaleza o a su objeto, o cuando no está acompañado de las condiciones y solemnidades fijadas por ley. La ineficacia de estos actos no requiere de declaración judicial y no son confirmables ni prescriptibles.

Hay autores que distinguen entre actos *inexistentes* y actos *anulables*; unifican la nulidad absoluta y la nulidad relativa en una sola categoría: la *anulabilidad*. No admiten que se califique como nulo a un acto aparente porque puede conducir a equívocos. Baudry-Lacantinerie y Barde¹³ dicen que el acto inexistente ha sucedido de hecho, pero no tiene existencia legal, es una simple apariencia de acto; el anulable reúne todos los elementos esenciales, pero

⁹ Al respecto sostienen AUBRY, C. y RAU, C. (*Cours de droit civil francais*, 4ta. Ed. Tomo I, París, 1878, p. 118) que los “actos inexistentes” son los que no reúnen los elementos concernientes a su naturaleza o a su objeto, o no están acompañados de las condiciones y solemnidades con arreglo a ley y a su espíritu. En tales casos el acto debe ser considerado, no sólo como nulo, sino como no sucedido o no acontecido (*non avenu*).

¹⁰ Ver CASTRO Y BRAVO, Federico. *El negocio jurídico*. Madrid, Civitas S.A., 1985, p. 464. GARCÍA AMIGO, Manuel. *Instituciones de derecho civil*. Parte General, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 857.

¹¹ LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho civil*. B.J.A, 1930, p. 181.

¹² AUBRY, C. y RAU, C., Op. Cit., p. 118: Acto inexistente es aquel que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales, es lógicamente imposible concebir su existencia... no deberían ser considerados como nulos sino como *non avenu*”

¹³ BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L. *Traité théorique et pratique de Droit civil*. Tomo III, Vol.14, París, 1908, p. 268.

adolece de algún vicio que puede conducir a su anulación por la justicia. La anulación requiere de sentencia judicial y la inexistencia opera de pleno Derecho, si interviene la justicia es sólo para constatarla. El acto anulable produce efectos en tanto no exista una sentencia judicial que lo anule y el inexistente es ineficaz. El anulable puede ser atacado sólo por determinadas personas y la inexistencia puede ser invocada por todo aquel cuyo derecho pueda ser afectado, pudiendo el juez declarar de oficio que tiene existencia aparente. El acto anulable puede ser confirmado; lo que no existe no es susceptible de confirmación o de prescripción.

Sólo el acto existente que contraviene los preceptos del ordenamiento jurídico puede ser calificado como nulo. La nulidad constituye el predicado del acto jurídico. La diferencia *nulidad-inexistencia* requiere determinar el ámbito dentro del cual el contrato puede ser valorado como nulo y producir los efectos excepcionales ligados al contrato nulo, excluyendo las situaciones en las que no se puede identificar un acto de autonomía privada. El contrato nulo encuentra su límite en cuanto el contrato no existe, es decir, falta una situación que a la luz de la realidad social del Derecho pueda ser calificada como contrato¹⁴.

La noción de inexistencia se refiere al no ser del acto jurídico, a cualquier cosa que está fuera de toda calificación jurídica, pero se le considera útil para identificar situaciones extremas de actos irrelevantes o ineficaces. Scognamiglio¹⁵ dice, para distinguir entre contrato existente e inexistente basta decir que la nulidad es la sanción del ordenamiento al contrato disconforme con sus prescripciones, constituye el resultado de una valoración normativa del acto, lo que presupone su existencia; si el contrato no existe no tiene sentido indagar si es válido o no. El interés por la noción de la inexistencia no surge cuando queremos referirnos a especies en las que nada concurre del contrato, sino a hipótesis límite a los fines de sistematizar no pocas figuras controvertidas de anomalía del contrato. Así, es inexistente el contrato estipulado en broma, por razones de enseñanza, en escena; mientras no se haya producido el encuentro de la propuesta y la aceptación; cuando es irrealizable su función típica (ej., la compraventa de cosa propia); cuando el contrato atípico no satisface un interés que merezca tutela jurídica o se orienta a cumplir una función no permitida por el ordenamiento (ej., los pactos sucesorios), casos en los que no vale ninguna convalidación. Los argumentos en contra de la distinción caen frente al argumento ofrecido por la excepcional relevancia y eficacia indirecta que el Derecho acuerda al contrato nulo, como son la conversión y otras medidas

¹⁴ BIANCA, Massimo. Op. Cit., pp. 614-615.

¹⁵ SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contratti in generale*. Terza edizione, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1980, pp. 231 - 232

sanatorias que son instituciones características de la figura de la nulidad. Estas soluciones normativas responden a la exigencia de conservación del contrato nulo, del cual se presupone su existencia; mientras no se podrían, viceversa, referir a la hipótesis de inexistencia del contrato.

El Código civil para el Distrito Federal de México regula a la inexistencia como un supuesto típico de ineficacia. El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto no producirá efecto legal alguno; no es susceptible de convalidarse por confirmación, ni por prescripción; la inexistencia puede ser invocada por todo interesado (artículo 2224). En cambio, la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce la nulidad, absoluta o relativa, según lo disponga la ley (artículo 2225). La nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie la nulidad. De la nulidad absoluta puede valerse todo interesado y no desaparece por confirmación o prescripción (artículo 2226). Como se observa, tanto el acto inexistente como el que adolece de nulidad absoluta no se pueden convalidar por confirmación o por prescripción.

El anteproyecto de *Código Europeo de los Contratos*, redactado por G. Gandiolfi, conocido como el anteproyecto de Pavía, distingue entre inexistencia, nulidad y anulabilidad de los contratos¹⁶. La inexistencia es un supuesto de ineficacia que incide en la formación del contrato, afecta su estructura, y tiene lugar cuando no existe un hecho, acto, declaración o situación que pueda ser identificada socialmente como contrato.

Todas las causas de inexistencia (cuatro en total) del contrato giran en torno al consentimiento frustrado por defectos en la oferta o en la aceptación o la actuación incompleta de las partes (artículo 137.2). Esas causas son:

- 1) La oferta cuyo destinatario carece de capacidad jurídica (no de obrar, que es causa de anulabilidad) determinada por el nacimiento de la persona natural y por la inscripción de la persona jurídica en el registro correspondiente, salvo que exista el substrato de lo que pueda llegar a ser un sujeto, como es un concebido o una sociedad anónima antes de su inscripción (artículo 137.2.a). Mejor hubiese sido que el substrato material no se limite a la sociedad anónima, sino que comprenda a toda persona jurídica antes de su inscripción;

¹⁶ El proyecto de Código Europeo de los contratos, desde la perspectiva de la ineficacia, regula distintas figuras: la inexistencia (artículo 137); nulidad (artículo 140); nulidad sobrevinida, a la que denomina impropriamente caducidad (artículo 142); la anulabilidad (artículo 146); la ineficacia por voluntad de las partes o por disposición de la ley (artículo 153), la inoponibilidad (artículo 154), la simulación y la reserva mental (artículo 155); y la rescisión por lesión (artículo 156).

- 2) La oferta que carece de objeto o de las indicaciones necesarias para poder ser aceptada (artículo 137.2.b), es decir, que contenga todos los elementos, principales y accesorios, del contrato que se propone celebrar, a fin de que el destinatario con su sola aceptación perfecciona el contrato. Si en la oferta no está todo el contenido del contrato propuesto no puede ser objeto de una aceptación pura y simple (artículo 13.1), de manera que no puede haber acuerdo con la sola aceptación;
- 3) La aceptación que no corresponde a la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última (artículo 137.2.c), o sea la aceptación es ineficaz por imperfección de la oferta, de modo que no puede haber acuerdo, salvo que constituya una contraoferta (artículo 16.6); y
- 4) La actuación incompleta de los contratantes por falta de algún elemento o de la autorización que corresponda. Es decir, el contrato es inexistente, como dispone el artículo 137.2.d, si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirse, Solamente podría salvarse mediante la interpretación integradora en el sentido menos gravoso para el deudor, si el contrato es gratuito o, si es oneroso, en el que se realice mejor un ajuste equitativo de los intereses de las partes (artículo 41).

También hay inexistencia cuando, por ley, una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas (artículo 139).

Como la inexistencia del contrato tiene carácter excepcional, razón por la que no puede ser aplicada por analogía, el artículo 137.3 dispone que *en caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia* (artículo 137.3).

El contrato inexistente carece de efectos, salvo las restituciones recíprocas una vez constatada la inexistencia y la indemnización de daños; opera automáticamente por el sólo hecho de que se produzcan los supuestos que la desencadenan; es insubsanable por confirmación o conversión; es imprescriptible, pero puede invocarse mediante la emisión de una declaración dirigida a quien deba constarle, y, tras un plazo de reflexión de seis meses, mediante una acción judicial declarativa destinada a constatar la inexistencia del contrato¹⁷. La falta de prescripción constituye una excepción a la regla general de

¹⁷ Anteproyecto de Código Europeo de Contratos: Artículo 137. *Inexistencia*. 1. No hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato. 2. En particular, no hay contrato: a) Si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada, salvo que exista el sustrato de lo que puede llegar a ser un sujeto –como un concebido o

prescripción decenal que afecta a todo derecho o acción derivada del contrato (artículo 134.4. y 8).

3. TEORÍA QUE IDENTIFICA INEXISTENCIA Y NULIDAD

La doctrina y la legislación predominante han abandonado la doctrina de la inexistencia como una especie de invalidez, dado a que ésta supone un juicio de valor, una sanción impuesta a un acto jurídico celebrado contraviniendo las normas que lo regulan. En la categoría de la invalidez entra solamente la nulidad (o nulidad absoluta) y la anulabilidad (o nulidad relativa).

Si se entiende que el acto es inexistente por falta de uno de sus requisitos o porque en ellos existen vicios, tal inexistencia es sustancialmente equivalente a la nulidad, las consecuencias prácticas son las mismas.

Clarifiquemos esta cuestión recordando que cualquier acontecimiento (natural o humano) o falta de él regulado por el Derecho es un hecho jurídico. Las especies de los actos humanos con trascendencia jurídica son: el acto jurídico (contrato, testamento, etc.), el acto meramente lícito (escribir un libro, etc.), el acto ilícito doloso (un homicidio, etc.) o culposo (un accidente de tránsito que ocasiona un daño, etc.), el acto involuntario conforme con el ordenamiento jurídico (un loco gana la lotería) o contrario al ordenamiento jurídico (un niño de corta edad dispara un arma de fuego y mata a otra persona). El acto jurídico es un hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad

una sociedad anónima antes de la inscripción- y mientras llega a existir; b) si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad; c) si la aceptación -con independencia de lo previsto en el artículo 16 apartados 6 y 7- no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última; d) si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles. 3. En caso de duda, se entenderá que hay nulidad y no inexistencia. Artículo 138. *Situación derivada de la inexistencia*. 1. La inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas en el artículo 160 y de la responsabilidad por daños prevista en el artículo 161. 2. La situación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 137 se produce por el solo hecho de concurrir esas circunstancias y no es susceptible de ninguna regulación o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, y con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de dicha declaración. Para los casos que no admitan demora, queda a salvo la facultad de solicitar al Juez la adopción de las medidas previstas en el artículo 172. Artículo 139. *No incorporación al contrato*. Las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 138 son aplicables también cuando una norma establezca que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas.

orientada a producir efectos jurídicos consistentes en crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. Por tanto, el acto jurídico así celebrado tiene existencia necesariamente, por lo que, a primera vista, resulta un contrasentido decir que un acto jurídico es inexistente, porque es como afirmar la inexistencia de lo que existe; no hay el binomio: "acto jurídico existente" y "acto jurídico inexistente"; si ha sido celebrado contraviniendo el ordenamiento jurídico también existe, si bien no como un acto jurídico válido, pero sí como un acto inválido (si se quiere como un hecho) al que el Derecho aneja efectos excepcionales como la restitución y la indemnización de daños.

Todo comportamiento humano existe en la realidad como un evento positivo o negativo. Precisamente porque existe en la realidad es calificado por el Derecho como jurídicamente existente (un contrato, un homicidio) o inexistente jurídicamente (el juego de un niño). No todo lo que existe en la realidad tiene significación jurídica (no todo lo que existe en la realidad, existe jurídicamente); puede existir en la realidad e inexistir jurídicamente (ej., no es jurídico el acto por el cual invito a una amiga para ir al cine; si no concurre a la cita, ella no puede solicitar judicialmente el cumplimiento o la resolución del acuerdo o la indemnización de daños). De otro lado, hay hechos que no existen en la realidad, pero existen jurídicamente, por ej., el hijo se presume matrimonial aunque la madre pruebe que no es de su marido (artículo 362), es decir, realmente el hijo no es del marido, pero jurídicamente sí lo es, bastando para ello que el marido diga que es su hijo; la verdad real sucumbe ante la verdad jurídica. De ahí que una cosa es la "realidad real" y otra la "realidad jurídica", aclarando sí que, por principio, la "realidad jurídica" es la misma "realidad real", pero valorada, concretizada, de tal forma de hacerla más convincente, sólo excepcionalmente la "realidad jurídica", por disposición expresa de la ley en protección de intereses superiores, puede ser distinta de la "realidad real", como el caso del artículo 362 que protege el interés superior del niño. De otra parte, los actos humanos que tienen efectos jurídicos, no siempre constituyen actos jurídicos, pero por producir efectos (si bien no negociales) son hechos jurídicos (v. gr., el matrimonio celebrado por el raptor con la raptada menor carente de discernimiento no constituye un "acto jurídico" -el matrimonio es inexistente-, pero sí es un "hecho jurídico", por cuanto el raptor tiene responsabilidad penal y civil).

Cuando en la doctrina se habla de "acto jurídico inexistente", no se quiere afirmar la inexistencia de ningún "hecho jurídico", sino se quiere decir que no existe un hecho que merezca la calificación de "acto jurídico" porque le falta alguno de los elementos esenciales previstos por el ordenamiento jurídico para que exista válidamente; hay sólo una "apariencia de acto jurídico" que,

sin embargo, puede constituir un “hecho jurídico” si es que el ordenamiento jurídico le aneja efectos.

Se puede afirmar que el *acto jurídico es inexistente* cuando hay manifestación de voluntad, pero falta algún requisito de validez; pero esa voluntad manifestada constituye un *hecho jurídico* si tiene consecuencias jurídicas. Como dice Barbero¹⁸, “la manifestación continúa siendo ciertamente un “hecho” indestructible, pero no constituye “negocio”; y, por tanto, los efectos que pueda tener, no serán, de todos modos, “efectos negociales”.

En situaciones como la mencionada, lo inexistente es el acto humano como “acto jurídico”, pero como “hecho jurídico” si puede existir si es que produce efectos jurídicos. Así, si de mala fe se celebra un matrimonio ante funcionario incompetente, cuya incompetencia es conocida por ambos contrayentes, con el único propósito de tener acceso carnal; el “acto jurídico matrimonio” es inexistente, y como tal no produce los efectos que le son propios (aunque de hecho los haya producido; por ej., que se tiene por hijo matrimonial, y así se inscribe en el Registro Civil, a la persona que nace en el seno del “supuesto matrimonio”, inexistente para el Derecho); pero como hecho jurídico (acto ilícito) existe, produce efectos porque da lugar a la responsabilidad administrativa, penal y civil del funcionario incompetente. Para la legislación peruana, este matrimonio es nulo y la acción no puede ser planteada por los cónyuges (artículo 274.9).

Cuando el acto humano no constituye un *hecho jurídico* por no proyectar efectos susceptibles de crear relaciones jurídicas o de modificarlas o extinguirlas (por ej., el contrato celebrado en broma o por razones de enseñanza, el matrimonio realizado en una representación teatral; la compraventa del bien propio, etc.), nos encontramos ante situaciones que excluyen toda posibilidad de identificar un hecho jurídico: sea en sus especies de acto jurídico o de acto ilícito, por consiguiente no requiere de regulación jurídica, v. gr., nadie ha sugerido que se regule sancionando con la inexistencia a la supuesta venta hecha en una obra cinematográfica por el que desempeña el papel de marido sin la autorización de quien tiene el papel de su mujer. No negamos que como eventos acaecidos tengan existencia real, lo que sucede es que no tienen existencia jurídica (como acto jurídico ni como hecho jurídico). Por sí solos no son idóneos para producir efectos negociales ni dan lugar a responsabilidad administrativa, penal o civil. El Derecho no tiene porqué ocuparse de ellos por irrelevantes. Es obvio que con relación a ellos no puede operar ninguna convalidación por conversión, prescripción, caducidad, etc. De lo que sigue, que la teoría de la inexistencia carece de utilidad práctica. Es ocioso y

¹⁸ BARBERO, Domenico. Op. Cit., p. 634.

está fuera del ámbito del Derecho el seguir debatiendo sobre la existencia o inexistencia jurídica de hechos como los mencionados.

En cambio, hay otros hechos como los contratos celebrados por personas privadas de discernimiento, los celebrados bajo los efectos de la violencia física o por error en la declaración, los cuales no son actos jurídicos por faltarles la manifestación de voluntad de una de las partes, pero que por desplegar consecuencias jurídicas, el ordenamiento jurídico unas veces los sanciona con la nulidad y otras con la anulabilidad. Son inexistentes como actos jurídicos, pero allí están en la realidad desplegando efectos de hecho o de derecho, necesitan y son regulados jurídicamente, luego existen como hechos jurídicos, denominados específicamente actos jurídicos inválidos por nulos o anulables.

El Código civil peruano, al igual que la doctrina y la legislación comparada predominantes, identifica inexistencia y nulidad del acto jurídico. Si falta la manifestación de voluntad o algún requisito de validez estamos frente a un acto inexistente que el ordenamiento jurídico califica como inválido, sancionándolo con la nulidad absoluta (artículo 219). En situaciones como la mencionada no es posible hablar de inexistencia sin vincularla con la nulidad, lo que justifica que autores como CAPITANT afirmen que las palabras “nulidad absoluta e inexistencia son sinónimas”¹⁹.

Admitiendo la equiparación entre nulidad e inexistencia, Barbero²⁰ reconoce que esta posición ha sido combatida enérgicamente. Dice, este autor, que de hacerse la distinción, hay que tomar la “inexistencia” en un sentido *ante litteram* con relación al negocio; será inexistente el negocio *no cumplido*: lo cual es una perogrullada, como lo es la inexistencia de la casa no construida, de la persona no concebida, de la letra de cambio no firmada. Por ej., es inexistente en este sentido, el contrato del cual sólo se ha hecho la propuesta y no se ha dado ni puede darse la aceptación, el matrimonio con el consentimiento solamente de uno de los novios. No son ya inexistentes, en el mismo sentido, son inexistentes en cuanto *nulos*, el matrimonio entre personas del mismo sexo, o celebrado en ausencia del oficial del estado civil, el testamento oral (llamado *nuncupativo*), pues aquí hay el hecho, pero le es negada la raíz, la *relevancia negocial*, que el sujeto o los sujetos se han propuesto. La cuestión es académica y se resuelve en éstos términos: el negocio es “inexistente” cuando falta la declaración de voluntad (negocio “no nato”); puede ser “nulo” por defecto de forma o de requisitos de sustancia (negocio nacido muerto).

¹⁹ COLIN, Ambrose y CAPITANT, Henry. *Curso de Derecho civil francés*. Tomo I, Madrid, 1941, p. 190.

²⁰ BARBERO, Domenico. Op. Cit., p. 634.

La doctrina del acto jurídico inexistente nació en el Derecho francés, pero como afirman Planiol y Ripert²¹, la jurisprudencia francesa no se ha pronunciado nunca sobre los actos inexistentes. La palabra se encuentra en distintas sentencias, pero no es seguro que se le haya dado otro sentido que el de la nulidad.

Los exégetas franceses, obligados en su calidad de intérpretes a no apartarse del texto de la ley, se encontraron frente a la dramática presencia de las lagunas de la ley que les obligaban a buscar soluciones al margen del texto legal, búsqueda que les permitió descubrir la teoría del acto jurídico inexistente como una salida que dejaba incólume el texto y espíritu de la ley. Superada la etapa de la exégesis, la doctrina sobrevivió y ha sido exportada por su contenido lógico, pero por carecer de utilidad práctica, no ha sido recepcionada en la mayoría de códigos del mundo.

En ningún código europeo se ha consagrado la distinción entre inexistencia y nulidad, en todos ellos la inexistencia carece de tipificación; la inexistencia se asimila a la nulidad. Incluso en Francia, cuna de la inexistencia, ésta se identifica con la nulidad virtual, o sea la nulidad que no está prevista expresamente en la ley. En los códigos latinoamericanos la figura de la inexistencia carece de autonomía como forma de ineficacia, está asimilada a la nulidad, salvo escasas excepciones como el Código civil para el Distrito Federal de México que lo regula como una forma de ineficacia distinta a la nulidad (artículo 2224).

El BGB alemán del 1900 distingue dos especies de actos inválidos: los *nulos* y los *impugnables* (anulables). No reconoce a la inexistencia como una especie de invalidez. FLUME²² dice que la nulidad se puede distinguir de la existencia, por ej., las partes acuerdan la venta de un objeto por un precio aún por determinar, sin que se regule quien tiene que determinar el precio o conforme a que datos se determina, no existe un contrato de compraventa; “la significación práctica de la distinción entre inexistencia del negocio jurídico y negocio jurídico nulo es escasa. De la inexistencia del negocio jurídico sólo hay que decir que, dado que no es ningún acto negocial, al margen de que no surge una reglamentación negocial, tampoco se vincula al acto ninguna consecuencia jurídica de este carácter. El negocio inexistente no admite conversión y no puede ser confirmado”.

El Código Civil italiano de 1942 no admite la categoría de los actos jurídicos inexistentes; solamente considera a la nulidad (artículos 1418 a 1424) y a la

²¹ PLANIOL, M., y RIPERT, J. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Tomo II, La Habana, 1939, p. 199.

²² FLUME, Werner. *El negocio jurídico*. 4ta. Ed., traducción de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1992, p. 646.

anulabilidad (artículos 1441 a 1446). MESSINEO²³ dice que no puede mantenerse el concepto de inexistencia del contrato, porque el resulta mejor expresado con el término “nulidad”. Dice que para BETTI y Santoro PASSARELLI hay nulidad cuando en el negocio existe una falta que no impide su identificación, habría inexistencia cuando la falta fuese tal que impidiese su identificación; la inexistencia jurídica sería distinta de la inexistencia de hecho. MESSINEO, de acuerdo con la opinión prevalente, rechaza esa terminología que no aparece en el Código, en vista de las discusiones suscitadas en la doctrina; de otro lado, el máximo efecto que se podría obtener de la inexistencia jurídica se obtiene ya de la nulidad; cuando se dice que el testamento oral es más bien inexistente que nulo, se puede replicar que, aun considerándolo nulo, el resultado práctico es el mismo; en el matrimonio no celebrado, la inexistencia de hecho coincide con la inexistencia de derecho, ambas hipótesis están desprovistas de interés. Incluso en defecto de forma, la inexistencia y la nulidad desembocan en el mismo resultado. A la afirmación de COSATTINI en sentido que en la inexistencia *no ha existido el hecho jurídico* relativo al efecto del acto, mientras que en el caso de la nulidad, *el hecho ha existido pero era ineficaz*, MESSINEO replica diciendo que en la inexistencia el hecho jurídico en su materialidad ha existido así como ha existido materialmente en el caso de la nulidad, por lo que por esta vía tampoco se llega a encontrar una diferencia importante. Agrega MESSINEO que el criterio adoptado por Mosco según el cual habría hipótesis de inexistencia (distintas de las hipótesis de nulidad) dependientes de causas que excluyen la voluntad del sujeto o excluyen el objeto del negocio, no es aceptable porque esas mismas hipótesis subsumidas en el concepto de nulidad desembocan en el mismo resultado negativo, jurídico y práctico. Por su parte, Barbero²⁴ sostiene que el negocio “nulo”, a manera de un nacido muerto, es como si jamás hubiese sido realizado: en calidad de “negocio jurídico” bien se lo puede calificar de inexistente; inexistencia y nulidad son perfectamente sinónimos; a la verdadera “nulidad” se le denomina también “inexistencia”.

La inexistencia del contrato regulada en los artículos 137, 138 y 130 del Proyecto de *Código Europeo de los Contratos* no constituye ninguna novedad. La inexistencia por falta de consentimiento (por incapacidad, por oferta que carece de objeto, por aceptación que no corresponde a la oferta, o por falta de algún elemento esencial) no constituye ninguna novedad, pues los problemas que trata de afrontar se resuelve en los códigos europeos y latinoamericanos por las reglas sobre el perfeccionamiento del contrato (las concernientes a la oferta y la aceptación) y las relativas a la nulidad.

²³ MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. trad. de R.O. FONTANARROSA, S. Sentis MELENDI, M. VOLTERRA. Tomo II, Ejea, Buenos Aires, 1986, pp. 262-263.

²⁴ BARBERO, Demenico. Op. Cit., p. 633.

4. ALGUNOS FUNDAMENTOS DE LA IDENTIFICACIÓN DE LA INEXISTENCIA CON LA NULIDAD

Compartimos la opinión que asimila la inexistencia a la nulidad, por las razones siguientes:

- 1) El “acto jurídico inexistente” por faltarle un elemento *ad substantiam*, concurriendo los otros requisitos, en la realidad existe como evento acaecido (tiene existencia material, pero no es acto jurídico) y como tal tiene la posibilidad de producir algún efecto, por lo que puede devenir en hecho jurídico, específicamente en un *acto jurídico inválido*, ya en la especie de acto nulo, ya en la de acto anulable. Por tanto, ante la ausencia de un elemento sustancial, la apariencia de acto jurídico es sancionada con la nulidad absoluta, y si concurren esos elementos pero están viciados, el acto es sancionado con la anulabilidad.
- 2) Por lógica elemental, no se puede afirmar que “existe válidamente” como “acto jurídico” un “acto humano” al cual le falta la declaración de voluntad (el titular del derecho no participa en la celebración del contrato o carece de discernimiento, o actúa bajo los efectos de la violencia física, etc.), o le faltan los requisitos de validez (artículo 140), o cuando el objeto o la causa fin son ilícitos, o el objeto es imposible o indeterminado, o cuando es contrario a normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. En tales casos bien se puede afirmar que el acto es inexistente como acto jurídico, pero existe como un acto inválido de autonomía privada; el ordenamiento jurídico lo sanciona con la nulidad absoluta; es improductivo de efectos negociales (contractuales), pero puede producir otros efectos no negociales como la restitución y la indemnización de daños. Por consiguiente, para el Derecho, inexistencia y nulidad del acto jurídico son expresiones equivalentes, tienen el mismo resultado negativo, jurídico y práctico.
- 3) El acto humano inexistente jurídicamente, por no concurrir en él nada del acto jurídico ni del hecho jurídico (ej., el contrato celebrado en broma) o por encontrarse en formación, no necesita de regulación legal para declarar su inexistencia²⁵. De él no se ocupa ni tiene por qué ocuparse el Derecho.
- 4) El acto considerado jurídicamente inexistente no puede fundamentar ningún efecto jurídico negocial, ni no negocial; la inexistencia no es una

²⁵ CHAVERÍA GONSÁLBIZ, Luís Humberto. Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato, en *Nulidades de los Contratos: un Sistema en Evolución*, Jesús Delgado Echeverría (coordinador), Thomson Aranzadi, Pamplona, España, 2007, p. 72: “La inexistencia no es un tipo más de ineficacia, sino, sencillamente, la no concurrencia del acto, que ni siquiera aparece como tal, por ejemplo porque aún no se halla perfeccionado, esto es, porque está en formación”

especie de ineficacia. No se puede hablar de prescripción de la acción de inexistencia, porque esta acción no existe. En cambio, la nulidad es la sanción invalidante de las irregularidades más graves y flagrantes en la formación de un acto jurídico; la nulidad es una especie de ineficacia. Como la acción de nulidad existe se puede hablar de prescripción de ella. En algunos ordenamientos la acción de nulidad prescribe en otros no.

- 5) Aun admitiéndose la distinción entre “acto jurídico inexistente” y “acto jurídico nulo”, si las consecuencias de ambos son las mismas: adolecen de ineficacia absoluta desde el inicio y, en algunas legislaciones, a perpetuidad (cuando la acción de invalidez es imprescriptible), tal distinción carece de utilidad práctica²⁶. Por tanto, no se justifica una regulación de la inexistencia aplicada a situaciones donde únicamente hay nulidades.
- 6) Tanto el acto jurídico nulo como el inexistente, pueden llegar a tener existencia como actos jurídicos válidos y eficaces como consecuencia de la prescripción o de la caducidad. Ejemplos: a) La compraventa de un inmueble celebrado entre dos menores de 16 años (incapaces absolutos -artículo 43.1-), si bien es un hecho que existe en la realidad, pero jurídicamente es inexistente por no tener la calificación de acto jurídico, pero puede llegar a tenerlo por efecto de la prescripción de la acción de nulidad (a los diez años contados a partir del momento en que los contratantes cumplen su mayoría de edad artículo 2001.1-). b) El matrimonio del enfermo mental existe como evento material, pero es inexistente como acto jurídico por falta de consentimiento, y, como tal, carece de toda eficacia desde el momento de la celebración; no puede haber matrimonio sin voluntad (el demente no la tiene); sin embargo, puede llegar a existir como acto jurídico con efectos desde su celebración como consecuencia de la caducidad, si es que el enfermo recobra la plenitud de sus facultades mentales y no hace uso de la acción de nulidad dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad (artículo 274); caduca el derecho del cónyuge perjudicado para pedir la nulidad.

Luego, en el Derecho peruano, los actos nulos a los cuales se asimila los denominados inexistentes, pueden llegar a ser válidos y eficaces como consecuencia de la prescripción de la acción o de la caducidad.

- 7) El acto jurídico nulo al que se asimila el inexistente produce todos sus efectos frente al tercero subadquirente a título oneroso y de buena fe. Por

²⁶ La distinción entre acto inexistente y acto con nulidad absoluta carece de fundamento y de eficacia jurídica, “tanto el acto inexistente, como el acto de nulidad absoluta, producen los mismos efectos: priva al acto jurídico de los efectos que le son propios, sin que exista la posibilidad de confirmarlo” (LLOVERAS DE RESK, María Emilia. *Tratado teórico-práctico de las nulidades*. Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 53).

ej., una compraventa con simulación absoluta es un acto jurídico inexistente, pues no hay obligación de transferir la propiedad de un bien ni de pagar el precio (no puede existir compraventa sin bien y sin precio), pero esta inexistencia de la compraventa no puede ser opuesta al tercero que de buena fe y a título oneroso ha adquirido la propiedad del titular aparente (artículo 194); la compraventa inexistente produce todos sus efectos frente a dicho tercero (fuerza legitimadora de la apariencia).

Aún más, como hemos señalado en punto anterior, esta compraventa simulada, existente en la realidad como acto aparente, pero inexistente como real, e inexistente jurídicamente como contrato válido, pero existente como contrato inválido, puede llegar a producir todos los efectos contractuales entre las partes y frente a cualquier tercero, por efecto de la prescripción de la acción de nulidad por simulación (diez años, artículo 2001.1). Lo que equivale a afirmar que la “nada jurídica” (en el ejemplo no hay contrato de compraventa) puede producir efectos jurídicos, lo que no es extraño en Derecho.

- 8) No pocas veces es manifiesta la dificultad de distinguir los casos de inexistencia de los de nulidad. Así, la presencia del funcionario público que solemniza el acto es condición de existencia del acto jurídico matrimonio. ¿Qué sucede con el matrimonio celebrado ante funcionario público incompetente? Para BAUDRY-LACANTINERIE y HOUQUES-FOURCADE²⁷, el matrimonio es inexistente y no nulo. En cambio, para PLANIOL y RIPERT²⁸, si la incompetencia es por razón de la persona, del lugar o de las funciones, el matrimonio es nulo y no inexistente; la apariencia de matrimonio debe desechar la teoría de la inexistencia.
- 9) Se califique al acto como inexistente o como nulo, las consecuencias prácticas no son otras que la ineficacia, salvo los efectos excepcionales de restitución de los pagado en base a dicho acto y la indemnización de daños por responsabilidad por *culpa in contrahendo*²⁹.

²⁷ BAUDRY-LACANTINERIE, G., y HOUQUES-FOURCADE, M. Op. Cit., p. 442.

²⁸ PLANIOL, M., y RIPERT, J. Op. Cit., pp. 209 y ss.

²⁹ BGB alemán: Artículo 307. Quien en el momento de la conclusión de un contrato que está dirigido a una prestación imposible conoce o debe conocer la imposibilidad de la prestación, está obligado a la indemnización del daño que la otra parte sufra por la circunstancia de que confía en la validez del contrato, no sobrepasando, sin embargo, la suma del interés que la otra parte tiene en la validez del contrato. No se produce la obligación de indemnización si la otra parte conoce o debe conocer la imposibilidad. Estas disposiciones se aplican oportunamente si la prestación sólo es imposible en parte y el contrato es válido en relación a la parte posible, o si es imposible una de entre varias prestaciones prometidas para elegir.

- 10) Los problemas que se tratan de afrontar con la inexistencia son resueltos con las reglas de la nulidad tanto en los códigos europeos como en los latinoamericanos, con escasísimas excepciones como el Código civil para el Distrito Federal de México que regula a la inexistencia como una especie de ineficacia distinta a la nulidad.
- 11) El contrato es el acuerdo entre dos o más partes (artículo 1351 del Código civil), es decir, en la base del contrato está el consentimiento que se manifiesta por la oferta de una de las partes y la aceptación de la otra. Si hay defectos en la oferta o en la aceptación el acuerdo no se produce, no hay consentimiento, el contrato no se perfecciona, lo mismo si falta algún elemento o requisito esencial o si es contrario al ordenamiento jurídico, el contrato no nace validamente. Todos estos supuestos, que un sector de la doctrina reconoce como causales de inexistencia del contrato, en nuestro ordenamiento civil, como en la mayoría de legislaciones, son causales de nulidad, absoluta en unos casos (falta de consentimiento, de objeto, etc.) y relativa en otros (violencia física, error obstativo).
- 12) Los fines prácticos que se pretenden afrontar con la inexistencia se resuelven sin problemas con la nulidad. Si es absoluta determina la ausencia total de cualquier efecto, salvo la restitución y la indemnización de daños; opera automáticamente por el solo hecho de que se produzcan las causas que la desencadenan, sin intervención del juez; en algunas legislaciones no es susceptible de convalidación por conversión (caso del Derecho peruano) y en otras si lo es (ej., el Derecho alemán, el italiano); la acción judicial en algunos ordenamientos prescribe (a los diez años en el Derecho peruano), en otros es imprescriptible; la sentencia judicial que declara nulo un acto con nulidad absoluta es simplemente declarativa, y la que declara nulo un acto anulable es constitutiva. Es decir, las consecuencias del acto nulo son las mismas que las que se atribuyen a la inexistencia por quienes la consideran como una especie de ineficacia distinta de la nulidad.

La inexistencia no responde a los criterios imperantes en casi la unanimidad de Códigos civiles vigentes en Europa y en América Latina, los cuales refunden en la nulidad del acto jurídico, especialmente en la nulidad del contrato, no solo la falta de consentimiento, de causa, de objeto, de forma solemne, sino también los actos contrarios a normas imperativas, al orden público, a las buenas costumbres, la ilicitud de la causa o del objeto, la simulación, etc. La inexistencia no tiene entidad conceptual y normativa propia; no compliquemos la vida de relación social pretendiendo imponerla.

La proscripción general de la violencia en el derecho privado

LUIS DíEZ-PICAZO (*)

*En homenaje al maestro peruano
Don Manuel de la Puente y Lavalle.*

Sumario: 1. *La búsqueda de la paz jurídica.* 2. *La adquisición violenta de la posesión.* 3. *Violencia contrato y negocios jurídicos.* 4. *El caso de la violencia como acto ilícito y deberes de indemnización.* 5. *Uso de la violencia y defensa legítima.*

1. LA BÚSQUEDA DE LA PAZ JURÍDICA

El estudio y comentario de los preceptos que, en materia de Derecho privado, enfrentan la cuestión que suscitan las situaciones violentas, permiten en mi opinión, ya desde ahora, la conclusión de que existe una proscripción general de la violencia y, con ello, la ratificación de una idea del derecho en que confluyen dos tipos de coordenadas, como son: la existencia de un órgano imparcial que funciona dentro de la organización del Estado y que tiene por objeto no sólo restituir la paz jurídica cuando ésta se hubiere roto, sino también decidir la justicia de las encontradas pretensiones. En algún sentido, como vamos a ver enseguida hay en esta materia, como un eco que repite la idea canonista que pregona el brocardo *spoliatus est ante omnia restituendus*. Es, como se sabe, una regla del Derecho de posesión y significa que al despojado hay que restituirle de manera inmediata la posesión y discutir después ante los tribunales de justicia el mejor derecho a poseer. En el tema que estamos tratando ahora significa probablemente descartar los efectos inmediatos de la violencia y remitir las cuestiones para que sean discutidas ante los tribunales de justicia.

(*) Catedrático de Derecho Civil. Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia.

Las reglas centrales que enfrentan los supuestos de violencia en el Código Civil español, son en materia de posesión los artículos 441 y 444; en materia de contratos el artículo 1.267 y en materia de testamentos los artículos 673 y 674.

2. LA ADQUISICIÓN VIOLENTA DE LA POSESIÓN

El artículo 441 dice que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El precepto legal citado añade “el que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la autoridad competente”. Como ha señalado M. COCA el artículo 441 establece dos reglas que tienen entre sí evidentes puntos de contacto. Aun cuando el artículo 438 ha admitido como regla de principio que la posesión se adquiere por la ocupación material o por la sujeción de una cosa a la voluntad de un sujeto, el artículo 441 introduce una restricción de la que se desprende que sólo hay adquisición de la posesión si los actos de ocupación y sujeción se realizan sin violencia. Como dice también el autor citado, la rotundidad del precepto parece arrastrar la nulidad de los actos adquisitivos y la inexistencia de genuinas situaciones que deban calificarse como posesorias.

Podría discutirse si mejor que hablar de inexistencia de situaciones posesorias podría hablarse de “posesión viciosa”. El concepto de “posesión viciosa”, que es un concepto tradicional, lo utiliza sin perfilar la idea el artículo 442. A nuestro juicio no es incompatible una idea con otra. La posesión es viciosa aunque no se admita la llamada excepción de posesión viciosa, pero además la situación de tenencia no puede ser calificada como posesión y no puede el favorecido prevalerse de los remedios que otorga el Derecho de posesión como los interdictos. La segunda regla, como ha dicho también M. Coca, encauza la recuperación de una posesión perdida para fijar un único procedimiento apto para ello cuando el tenedor actual resista la entrega. Es la regla de la que hablamos anteriormente que obliga a acudir a los tribunales de justicia. Entronca con el principio *spoliatus* y a la postre conduce, como también veremos, a una prohibición de la justicia privada.

Se ha señalado que las reglas del artículo 441 deben de nuevo relacionarse con las que contienen los artículos 438 y 460 de las que parece deducirse una conceptualización objetiva de la posesión dimanante de toda ocupación. En este sentido, se ha señalado que el adquirente violento es un poseedor frente a terceros a los que puede oponer dicha posesión en el bien entendido que la eficacia de su posesión pende de que el despojado interponga el interdicto de recobrar.

La segunda regla a la que conviene aludir en materia de posesión y violencia es el contenido en el artículo 444, según el cual “los actos meramente

tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión". Recoge este precepto la idea romana y romanista que impide los tipos de actos estipulados en el precepto y exige que los actos posesorios sean efectuados *exceptio nec vi, nec clam, nec precario*.

El precepto tiene un primer campo de aplicación en materia de posesión hábil para la usucapión. Los actos teñidos por el precario, la clandestinidad o la violencia no pueden generar una posesión hábil para la usucapión, pues ésta presenta el necesario carácter de arrancar de una posesión pacífica. Pero hay un segundo campo de aplicación que se encuentra en la expresión "no afectan a la posesión". No afectan a la posesión porque no se la dan al que actúa de esa indebida manera, pero tampoco afectan a la posesión, porque no modifican la situación posesoria en que se pudiera encontrar el perjudicado por ellos. Pero no afectar a su posesión significa que continúa siendo poseedor con todas las consecuencias. Por consiguiente, si hubiera existido despojo habrá un mantenimiento de una posesión incorporal y la posesión sólo se perderá cuando, además de los actos, exista el transcurso del tiempo que determina la extinción de la protección interdictal.

3. VIOLENCIA CONTRATO Y NEGOCIOS JURÍDICOS

El segundo de los ámbitos en los que aparece un tratamiento global de la violencia, también con el designio de prohibirla e impedir o conseguir que no se sigan de ella especiales efectos jurídicos, se encuentra en las normas generales sobre contratación. Como es bien sabido de todos, una larga tradición jurídica valora la figura del contrato (y junto a ella otros muchos negocios jurídicos) como la producción o resultado de la libre contratación, lo que significa decir que son obras de una acción libre de los contratantes. Con ello se comprende rápidamente y sin ningún tipo de razonamiento que resulte especialmente complicado, que los contratos celebrados mediando violencia no puedan conseguir el efecto de la contratación en general. Ello es asimismo claro por el artículo 1.261 que exige para la existencia misma del contrato, en su tenor literal, el consentimiento de los contratantes, lo que es coherente con la regla contenida en el artículo 1.265 CC que declara nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo. A la misma conclusión puede llegarse también, sin especial dificultad, si apartándonos de la concepción iusnaturalista, no ponemos el acento en lo que puede haber de vicio de la voluntad y lo ponemos en cambio en lo que en ello pueda existir de justa causa de apartamiento del contrato celebrado o de injusticia de la vinculación.

El tratamiento de la violencia en los contratos tiene una extraordinaria ambigüedad y, según explica ARIAS RAMOS, se empezó a tomar en consideración, una vez que el Derecho romano salió de la rudeza primitiva y valoró determinados tipos de circunstancias que impedían una perfecta y libre formación de los contratos. Pertenece al Derecho Romano el situar y tratar en paralelo con la violencia en sentido estricto la llamada intimidación o acción nacida rigurosamente del miedo (*actio quod metus causa*).

En nuestro Código Civil, donde se habla de violencia e intimidación, los dos términos se definen o se intentan definir en el artículo 1.267 donde se dice “que hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” y que hay intimidación “cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes”.

De acuerdo con ello la violencia se caracteriza por los medios empleados: se emplea fuerza y, además, la fuerza es irresistible. En cambio, en la intimidación se atiende al resultado. El medio utilizado, que aquí queda un poco en la penumbra, produce en los contratantes miedo que el código denomina temor racional y fundado.

Sobre estas bases algunos sectores doctrinales y comentaristas del código han distinguido entre violencia ablativa o absoluta y violencia compulsiva o relativa. En la primera, la fuerza irresistible empleada sustituye a cualquier existencia de acto voluntario. En la segunda, la llamada vis compulsiva, el temor o miedo inducen al que lo experimenta a emitir una declaración similar a la que en los demás casos realizaría.

La consecuencia más importante de este posible análisis es el tratamiento de la violencia de la que habla el código como vicio de la voluntad y no como falta de voluntad. Por esta razón se viene sosteniendo por algunos autores que la violencia a la que se refiere el artículo 1.268 sólo es aplicable a la violencia relativa o compulsiva, supuesto en donde existe una impugnabilidad del contrato. No es en cambio aplicable a la violencia absoluta o ablativa, porque en este caso, al faltar por completo el consentimiento el contrato es absolutamente nulo o inexistente. Esta tesis, que tiene, sin duda, insignes sostenedores, plantea en nuestro Derecho algunos problemas. No cabe duda de que la distinción trazada protege mejor y con más fuerza al que ha sufrido la violencia. Desaparecen las características más importantes de la acción de anulación, entre otros su caducidad y no se aplica la regla *quae temporalia*.

Frente a ello puede sostenerse la tesis de que el tratamiento de los llamados vicios de la voluntad o del consentimiento es en nuestro Código Civil

uniforme, lo que quiere decir que se otorga un derecho al perjudicado pero que es una facultad o derecho que el interesado tiene que ejercitar si quiere que los tribunales anulen el contrato.

Podría decirse, ciertamente, que al haberse exigido el consentimiento como requisito de los contratos según el artículo 1.261.1, si falta consentimiento falta contrato y el contrato que se puede haber celebrado es por ello nulo. Sin embargo el antes citado artículo 1.265 declara nulo el consentimiento no sólo cuando hay violencia, sino cuando hay intimidación o dolo y cuando hay error y nadie ha dudado hasta ahora que el error y el dolo son casos de vicio del consentimiento y no de falta de consentimiento. Y si admitimos que una buena parte de la regulación de los artículos 1.300 y ss. relativos a las acciones de nulidad apuntan hacia la uniformidad en los tratamientos de los vicios de la voluntad. Incluso el plazo de caducidad de la acción que durará cuatro años (cfr. 1.301) tiene también una regla para el cómputo del plazo en los casos de intimidación o violencia, “desde que estos hubieran cesado”. Mas sea de ello lo que fuere no podemos dudar que existe una proscripción general de los negocios jurídicos celebrados mediando violencia.

La consideración de la violencia como vicio del consentimiento reaparece en materia de testamentos en los artículos 673 y 674 según los cuales: a) será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude y b) se considera como causa que priva a una persona de su derecho a la herencia el que con dolo, fraude o violencia impide que una persona otorgue libremente su última voluntad.

La violencia negocial es mencionada también en el artículo 1.817, donde se habla de transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos.

Si se tiene en cuenta que las reglas mencionadas no sólo enfilan los vicios del consentimiento o de la voluntad en los negocios jurídicos sino que es aplicable también a lo que se ha podido llamar actos similares a los negocios en que el ordenamiento valora una determinada voluntad, el contenido de la proscripción es mucho más amplio y se aplica a todos los actos jurídicos en que la voluntad se valore. Piénsese en el pago obtenido mediante violencia, que puede ser ejercicio arbitrario del propio derecho pero que de acuerdo con las normas generales podría ser tildado de nulo tras la restitución de lo pagado.

4. EL CASO DE LA VIOLENCIA COMO ACTO ILÍCITO Y DEBERES DE INDEMNIZACIÓN

La remisión que el artículo 654 CC hace a las normas de la indignidad para suceder nos abre todavía otro camino a la reflexión. Como se ha señalado,

a nuestro juicio con acierto, en la indignidad sucesoria existe un ilícito civil que es en sentido estricto un ilícito familiar que el ordenamiento sanciona con privación de derechos y en particular con la privación del llamado derecho a heredar. La referencia que el precepto hace al ejercicio de acciones penales denota con claridad que la violencia puede ser también una acción punible. Siendo esto así, parece que puede ser también un supuesto que desencadene una responsabilidad por daños y perjuicios.

Se funda esta responsabilidad por daños y perjuicios en el carácter generalmente ilícito de la utilización de la violencia y se impone al que injustamente la hubiera utilizado. El resarcimiento debe comprender los daños personales que el empleo injusto hubiere ocasionado en el sujeto pasivo incluyendo en su caso el daño moral. En los casos en que se haya utilizado la violencia para arrancar un consentimiento contractual y permitir que se entienda celebrado un contrato, la indemnización de daños y perjuicios comprende los gastos que el contratante hubiera tenido que soportar hasta conseguir la nulidad del contrato y cualesquiera otros gastos que hubiera tenido que hacer en ese contrato hasta su completa anulación. Si por el contrario, por decisión de quien dispone de la acción de anulación, se decide que el contrato sea válido, paralelo con lo que dispone el artículo 1.270 y la doctrina y jurisprudencia que lo interpretan, debe admitirse la indemnización de los daños y perjuicios que sufra el contratante violentado y que se determinarán por la desviación que el contrato violentamente obtenido represente, en mayor beneficio o costo respecto de lo que hubiera sido un contrato normal cubierto por el paradigma de la justicia.

5. USO DE LA VIOLENCIA Y DEFENSA LEGÍTIMA

Hay, pues, según hemos venido diciendo, una proscripción generalizada de la violencia en el Derecho privado que se refleja especialmente en los preceptos relativos a los negocios jurídicos y en los preceptos relativos a la posesión. La única excepción que es posible encontrar a esta regla se sitúa en los casos en que resulte legítima la fuerza como medida de defensa para proteger bienes de la persona o de sus próximos allegados, siempre que la reacción resulte inmediata o casi inmediata y siempre que exista un parámetro de proporcionalidad entre la agresión recibida y la fuerza utilizada para repelerla. Como es bien sabido la defensa legítima funciona en el Derecho privado operando como una circunstancia que hace justo y legítimo un acto que en otro caso sería injusto e ilegítimo. Significa, por tanto, una causa de justificación en el derecho de daños y perjuicios y en otros puntos que ahora resultaría impertinente enumerar.

Naturaleza jurídica de los derechos sobre bienes, a propósito del artículo 2022 del Código Civil y la prioridad del embargo inmobiliario

MARTÍN MEJORADA CHAUCA (*)

Cuando era alumno de primer ciclo me preocupaba sobremanera la pregunta por la naturaleza jurídica de las figuras legales. Las respuestas parecían patrimonio de ciertos iluminados, esos que con lenguaje pomposo nos acercan o alejan del mundo donde “reinan” los derechos en su “esencia”¹. En esos días el Decano Jorge AVENDAÑO había organizado un evento en el patio de la Facultad, donde se daría homenaje a un profesor que anunciaba su retiro de la cátedra. En presencia de docentes, autoridades y alumnos, aparecía la figura tierna, amable y sobria de Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, el homenajeado. Nunca lo había visto en persona pero sabía de él. Ahí, cuando el profesor de la Puente tomó la palabra escuché por primera vez una explicación clara sobre la naturaleza jurídica de las instituciones. No se trataba de una revelación sino de un punto de vista funcional. Con voz pausada DE LA PUENTE dijo algo así: *La naturaleza de las figuras es la que deriva de su estructura, esto importa la identificación de los intereses presentes en las relaciones jurídicas y las herramientas requeridas para satisfacerlos. Hecha la identificación se establecen las semejanzas con entidades existentes para ligar propósitos y acaso agrupar o desagregar. En esta tarea siempre se debe ser crítico, especialmente con uno mismo.* En adelante me hice

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Rodrigo, Elias & Medrano Abogados.

¹ Cuando uno se inicia en el Derecho no es extraño creer que las figuras legales tienen “esencia” o “espíritu” y que su conocimiento es un privilegio al que solo se accede luego de memorizar mil clasificaciones de la doctrina. Gracias a algunos profesores y pese a otros, pronto descubrí que tales espectros no existen, que lo más importante es hallar el fundamento práctico de las instituciones, para recién luego construir el revestimiento conceptual y solo en última instancia participar del entretenimiento clasificatorio. Lamentablemente algunos siguen creyendo en aromas y fantasmas.

cultor de cuanto había escrito el profesor De La Puente. Años después la vida profesional me permitió estar más cerca del maestro, con quien eventualmente intercambié pareceres y académicos afectos. Esta relación me impactó desde joven estudiante y fue un honor que conservo con cariño y emoción.

En las siguientes líneas me ocuparé de la naturaleza jurídica de las relaciones sobre bienes², a propósito del siempre polémico artículo 2022 del Código Civil y de la no menos controvertida jurisprudencia suprema sobre la materia³, con especial incidencia en la evaluación de la prioridad del embargo inmobiliario. Tengamos presente la norma en cuestión:

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. (Subrayado agregado).

Recientemente la Corte Suprema ha resuelto que el embargo inmobiliario inscrito con anterioridad a la propiedad, cede frente al dominio. La razón es que la propiedad goza de naturaleza “real” mientras que los derechos provenientes del embargo son de carácter “personal” (en adelante me referiré indistintamente al embargo o a los derechos derivados de embargo). Según la Corte, ante el conflicto de derechos de “diferente naturaleza” la solución sobre la primacía de un derecho sobre el otro no está en el Principio de Prioridad del artículo 2016 del Código Civil (norma de “derecho registral” que dice que prima el título primeramente inscrito), sino en el “derecho común”. La remisión expresa al llamado derecho común impide la aplicación del artículo 2016 y por tanto, para la Corte, es inevitable relegar al embargo. Según los supremos magistrados el derecho común ordena la oponibilidad de las titularidades reales frente a los derechos personales, por el mero hecho de pertenecer a esa categoría jurídica⁴.

² Para los exqu coastos que distinguen inútilmente al interior de las relaciones jurídicas y excluyen de ellas a los derechos sobre bienes, repudiando la expresión “relaciones sobre bienes”, les digo soy conciente del detalle doctrinario, pero no lo comparto.

³ Puede verse especialmente la sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del 15 de diciembre de 2009, publicada en el Diario Oficial el Peruano el 30 de junio de 2010 (CAS N° 2311-2009 Lima Norte).

⁴ Esta decisión corresponde a un proceso de tercería planteado por el propietario que cuestiona el embargo que se trabó indebidamente sobre un predio que ya no pertenecía al deudor ejecutado. Es en estos casos donde se aprecia el tema de la prioridad entre derechos, pues si el embargo se hubiese ordenado contra quien era dueño y luego éste transfiriera, el adquirente no tendría nada que reclamar. Esta sentencia es importante además porque según ella misma, sus considerandos constituyen precedentes jurisprudenciales de conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Discrepo respetuosamente de esta posición que creí abandonada por la Jurisprudencia. Por eso me animo a plantear algunas ideas sobre la materia, todas las cuales permiten concluir que el embargo o cualquier otro derecho, sin importar su origen o denominación, inscrito en un registro de bienes, prevalece frente al título no inscrito o inscrito con posterioridad.

Si bien el objetivo central de este ensayo es escudriñar en la naturaleza jurídica de los derechos sobre bienes, para hacerlo es necesario merodear temas de vieja data. Me refiero a la clasificación entre derechos reales y personales y al *numerus clausus* que rige en nuestro sistema jurídico para los primeros. De hecho si esta clasificación no estuviese tan arraigada y si no existiera una lista hermética de derechos reales, la Corte no habría incurrido en el error de preferir a la propiedad por encima del embargo inscrito en primer lugar.

La clasificación entre derechos reales y personales es polémica porque se cree que la diferencia implica otorgar poderes a unos y restárselos a otros, por eso el afán de ubicarse en el “mejor lugar” de la milenaria dicotomía. En realidad no son mejores los derechos reales que los personales, ni viceversa. Las relaciones patrimoniales tienen como eje fundamental el interés material o beneficio que los sujetos pretenden satisfacer a través de objetos económicamente relevantes. Los objetos son lo externo a la persona y se expresan a través de entidades materiales o inmateriales, según como el desarrollo social, la tecnología y las propias necesidades los vayan construyendo. En definitiva, las relaciones patrimoniales surgen del querer de las personas. Se explican a través de preguntas como: ¿Qué desean los sujetos para atender sus necesidades? ¿Por qué quieren tal objeto y no otro?. Obviamente no todas las relaciones que surgen del interés libre son aceptadas por el ordenamiento. El sistema legal impone límites a la libertad y a la eficacia jurídica del querer.

Los objetos pueden presentarse como ciertos e identificados (esto implica el señalamiento de una entidad concreta, aun cuando sea fungible), o genéricos y diversos, según como mejor satisfagan al sujeto. De una apreciación de la realidad podemos concluir que hay intereses que recaen directamente sobre objetos ciertos e identificados (estos son propiamente los que se conocen como “bienes”)⁵, que sólo con ellos se ven atendidos, pero hay también (intereses), los que no requieren, al menos inicialmente, dicha certeza e identificación de objeto. De esta constatación práctica surge una diferencia irrefutable: hay intereses sobre bienes y hay otros que no recaen sobre bienes, son dos lados cruciales del mundo patrimonial. Un ejemplo de los primeros es la propiedad:

⁵ En la doctrina y en el derecho comparado se puede encontrar la distinción entre “bien” y “cosa”, sin embargo a efectos del planteamiento que presento me referiré a ellos como si fueran lo mismo.

el dueño quiere un bien, su interés se traduce en un poder absoluto sobre un objeto cierto e identificado que solo a él compete. De los segundos un buen ejemplo es el crédito dinerario: el acreedor ostenta un derecho basado en el compromiso asumido por otra persona (deudor), quien realizará el pago. En este caso el dinero es un bien que antes de su entrega sólo le interesa al acreedor en tanto compromiso del deudor, no como entidad cierta e identificada. Lo importante es entender que la decisión de estar en uno u otro lado depende exclusivamente de los beneficios materiales que los sujetos intentan alcanzar, no de las categorías legales. Los intereses materiales o beneficios, con el respaldo del Estado, se tornan en derechos económicos.

Los poderes o atribuciones sobre los bienes tienen los alcances que se derivan del querer del sujeto. De hecho, como vimos, es el interés quien determina si surge o no una relación sobre bienes. A partir de la certeza e identidad del objeto, se explica que los poderes exigidos por el titular sean *exclusivos*, esto es que nadie más pueda al mismo tiempo contar con ellos. Si alguien necesita un objeto cierto para sí, nadie más puede concurrir con las mismas atribuciones sobre la cosa. Elemental, la exclusividad deriva del bien (de su certeza e identificación) y a partir de ella se explica la *oponibilidad y persecutoriedad*. El titular quiere ser preferido ante cualquiera que pretenda el mismo objeto (oponibilidad) y si físicamente se le priva del bien querrá ir tras él hasta recuperarlo (persecutoriedad). Estos dos conceptos de terminología pretensiosa son banderas de guerra en el escenario de los derechos patrimoniales y ciertamente flamean para todo el mundo (*erga omnes*).

Por su parte la publicidad de los derechos sobre bienes a través del registro o cualquier otro medio, es un mecanismo para que los poderes antes referidos se ejerzan pacíficamente, sin mayores sobresaltos. Cuanto mejores son los sistemas de información menos casos de concurrencia de derechos habrá. La información permite que los sujetos sepan a quién corresponde cada bien y así contratan con las personas correctas y evitan el conflicto. En la mayoría de los casos las disputas sobre un bien derivan de errores en la identificación del titular del derecho. Esto significa que la publicidad no es inherente a las relaciones sobre bienes, sino un medio para hacerlas pacíficas. De hecho, cuanto más transparente sea el actuar ordinario de los grupos sociales en sus transacciones, menos necesarios serán los mecanismos de publicidad especializados.

También es consecuencia del interés o beneficio económico esperado y no de las categorías jurídicas, la pretensión de un poder inmediato y directo que no requiere la prestación o colaboración de terceros particulares, sino solo, acaso, la del poder estatal para imponerse a eventuales resistencias materiales. Cada persona sabe y decide qué velocidad de respuesta o autonomía deben tener sus poderes para que sean satisfactorios. Insisto, la manera de atender

una necesidad patrimonial se define por la voluntad del sujeto, el entorno material que explica lo posible y el régimen legal que eventualmente limita la libertad, pero no por un supuesto imperio de los conceptos. Es decir, la conocida “inmediatez” de los derechos reales, se explica porque usualmente los sujetos necesitan un control directo de los bienes, pero también es posible que los derechos sobre las cosas recurran a ciertos niveles de colaboración con terceros, sin perder el interés central sobre el objeto cierto ni la exclusividad que le es natural. Por ejemplo, en una compraventa de muebles antes de la entrega, el comprador no es dueño pero evidentemente tiene un derecho sobre el bien señalado en el contrato y claro que pretende exclusividad. Lo mismo ocurre en los contratos de transferencia sujetos condición suspensiva. En todos estos casos no hay inmediatez pero hay interés por la exclusividad.

La categoría “derechos reales” es una construcción teórica que presenta serias dificultades sino se le contrasta debidamente con los derechos sobre bienes en general, según la descripción que acabo de hacer. En el Perú, los derechos reales son titularidades que siempre recaen sobre bienes, pero los derechos sobre bienes sólo son “reales” si están en el Libro V del Código Civil y en otras leyes (catálogo cerrado), y son simplemente derechos sobre bienes si no están en ese inventario (artículo 881 del Código Civil). Los derechos sobre bienes son el género y los reales son una especie supuestamente privilegiada. De esto deriva que hay derechos sobre bienes que no son reales, pese a que todos demandan por igual oponibilidad y persecutoriedad.

¿Porqué la tipicidad cerrada de los derechos reales?. ¿Porqué las personas no pueden crear libremente estos derechos? Si los derechos reales (los del catálogo) no tuvieran tratamiento privilegiado frente a otros derechos sobre bienes, no tendría importancia práctica responder a estas cuestiones, pero lo cierto es que si lo tienen, al menos para la Corte Suprema y eso convierte a este asunto relevante.

Según el artículo 881 del Código Civil que encabeza el Libro V, sobre Derechos Reales, “*Son derechos reales los regulados en este libro y otras leyes*”. Este es el origen de la lista cerrada. La relación de derechos del Libro V es conocida (posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, superficie, servidumbre, anticresis, hipoteca y retención). De las otras leyes, existen algunas que expresamente señalan el carácter real de un derecho, como la Ley General de Minería que dice en su artículo 10 que la concesión confiere al titular un derecho real (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo 014-92-EM) y la Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos que también le da carácter real a la concesión (Norma IV de la Ley 26848), pero no ocurre así en todos los casos. Por ejemplo la garantía mobiliaria prevista en la Ley 28677 no utiliza en lo absoluto el nombre “derecho real”, pero es obvio que este aseguramiento es

en muchos casos un derecho sobre bienes, exclusivo, y que demanda oponibilidad y persecutoriedad. El *numerus clausus* no significa que el derecho deba describirse con el nombre “derecho real”, sino que el derecho esté regulado en la ley y no provenga de la creación privada. Pretender que el uso del nombre es indispensable para estar ante un derecho real, sería una exigencia formal que escandalizaría a los mismísimos pretores.

La opción legislativa de contar con un número cerrado de estos derechos y no con una fórmula abierta, contrasta con la libertad que rige en materia económica, especialmente en el ámbito negocial. La Constitución y su régimen económico aseguran a los sujetos la libertad de crear relaciones patrimoniales, siempre que no afecten al bien común o el interés público (artículos 62 y 70 de la Constitución). De esas relaciones es normal que surjan derechos sobre bienes. Uno se pregunta ¿qué interés público puede invocarse para impedir que los sujetos creamos libremente derechos sobre bienes que impliquen poderes oponibles sobre la cosa, aunque no estén en el catálogo del Código Civil o en otras leyes? La razón que se invoca tiene que ver con los efectos que estos derechos generan, concretamente con los costos de la acción real y la oponibilidad *erga omnes*.

Según los partidarios de la lista cerrada, se debe limitar la fuerza creadora de la voluntad para evitar que se desborde la capacidad de respuesta del Estado.⁶ Es un tema de gastos. En los sistemas cerrados se teme que la creación ilimitada de derechos oponibles ponga en dificultades la atención de estos derechos, tanto por la complicación que habría para identificarlos, como por la sobredemanda de presencia estatal en la persecución de bienes. Si las personas pudiésemos crear libremente derechos reales, ante un reclamo para defenderlos, el Estado tendría que hacer un enorme esfuerzo intelectual para saber si en verdad está ante un derecho oponible que merezca atención y por cierto necesitaría mas agentes del orden que retornen las cosas a su lugar. Hoy en cambio el funcionario estatal (juez, registrador, policía, sereno municipal u otro burócrata) sólo mira su listita del Libro V y de otras leyes y ya!. En definitiva el *numerus apertus* exige un Estado más competente en la verificación y atención de los derechos.

Los costos de la actuación estatal siempre son tema de debate, pero creo que impedir la creación de derechos oponibles que no estén en el Libro V o en otra ley, es más costoso que el gasto que se intenta evitar. Es decir, para nuestra economía libre es más perjudicial que se impida crear derechos oponibles, que

⁶ Al respecto puede verse: ROMÁN GARCÍA, Antonio. *La Tipicidad de los Derechos Reales*. Editorial Montecarlo. Madrid, 1994.

el mayor gasto de capacitar a los agentes estatales llamados a responder ante un eventual reclamo de los usuarios.

Cuando sugiero que se permita la liberación de derechos reales, simplemente expreso la necesidad práctica de uniformizar el tratamiento legal de los derechos sobre bienes. Ello también se conseguiría eliminando la categoría “derechos reales” y estableciendo en su lugar una nueva fórmula general que sólo aluda a “derechos sobre bienes” o “derechos oponibles” (el nombre es lo de menos). En todos los casos, la solución de eventuales conflictos entre titulares que concurren sobre el mismo bien, debería preferir a los que realizan conductas deseables (inscribir derechos y poseer la cosa, por ejemplo), esto con criterio práctico y no por el mero nombre que la tradición jurídica atribuya a los derechos en cuestión. Esta es la solución que con acierto acoge nuestro sistema legal en los artículos 1135 y 1135 del Código Civil.

Un detalle. Pese a la evidente voluntad del legislador a favor del *numerus clausus*, el Código Civil peruano no logró su propósito de limitar los derechos oponibles al listado de derechos reales, pues a la vez que consagra el número cerrado en el artículo 881, también permite en el artículo 2019 que accedan al registro de la propiedad, y por ende a la oponibilidad, otros derechos que claramente no son reales. Nótese que además de incluirse a títulos específicos como los contratos de opción, la retroventa, el arrendamiento, los embargos y otras medidas judiciales, se incluye una fórmula abierta (inciso 5) que permite inscribir y oponer en general las restricciones de las facultades de la propiedad. Por esta vía, cualquier negocio que genere derechos sobre bienes, que en los hechos siempre implicará una restricción del dominio, podrá ser oponible aunque no esté regulado en la ley y no se llame derecho real. La oponibilidad derivada de la inscripción se sustenta en el artículo 2016 del Código Civil, norma que según la Corte no es aplicable a la solución de un conflicto entre derechos de “diferente naturaleza”, por lo que pese a este detalle no se resuelve la cuestión que plantea la Corte.

El régimen constitucional vigente es posterior al Código Civil de 1984. Las normas del Código en materia económica se dieron para acompañar un sistema intervencionista y de enormes limitaciones a la libertad patrimonial. No es extraño pues que se haya acogido el régimen de número cerrado para los derechos reales. Sin embargo, desde hace una década, de la mano de la Constitución de 1994, transitamos un camino sostenido de crecimiento económico basado en la libertad y en la protección del patrimonio. Es pues un imperativo de esa ruta la protección de los derechos sobre bienes, más allá de los nombres. La modernización del Estado y la excelencia de sus funcionarios es una necesidad del desarrollo que se debe abordar con urgencia. Si hay un gasto que se justifica es precisamente ese.

Lamentablemente hoy por hoy, al menos desde un punto de vista formal, nos rige el *numerus clausus* y es esa vigencia la que permite decisiones judiciales como la que comentamos. Sin perjuicio del examen sobre la constitucionalidad de este sistema y la responsabilidad del legislador en adecuar el ordenamiento a lo más conveniente, lo que dejo para otra ocasión, creo que es posible interpretar de cierto modo las normas existentes para concluir en una solución que tutele los derechos sobre bienes, sin importar su membrete.

En efecto, el sistema de *numerus clausus* exige que los derechos oponibles estén previstos en la ley, es decir que la estructura y fines de estos derechos no deriven de la voluntad sino de una norma con rango de ley. Esta exigencia formal no implica necesariamente que la ley utilice la expresión “derechos reales” para referirse a estas titularidades, sino que la estructura del derecho sobre el bien (oponibilidad y persecutoriedad) se desprenda de la ley. Esto es así por la misma expresión del artículo 881 del Código Civil que no agota la relación de derechos reales en los del Libro V, por el contrario expresamente extiende la lista a los *regulados en otras leyes*. Así pues se acepta que hay derechos de esa naturaleza en otras leyes distintas al Código. Las otras leyes podrían decir expresamente que estamos o no ante derechos reales, pero eso no es lo determinante. Lo que interesa para el *numerus clausus* es que el derecho *esté regulado* en una ley y tenga las características de los derechos reales, esto es fundamentalmente que recaigan sobre objetos ciertos (bienes) y requieran de oponibilidad y persecutoriedad para satisfacer el interés de su titular.

Así ocurre por ejemplo con la Ley 28677 que se ocupa de la Garantía Mobiliaria. A nadie se le ocurrirá que el derecho regulado en esa ley, al menos en algunas de sus modalidades, no es un derecho real, pese a que la norma en ninguna parte menciona el concepto “derecho real”. La eliminación del término “prenda” que estaba en el Código Civil sólo es una anécdota que en lo absoluto define la estructura del derecho regulado en la ley.⁷ La ley, no la voluntad, regula este derecho sobre bienes y eso es suficiente para cumplir con el *numerus clausus*.

En el mismo sentido, el embargo de bienes (medida cautelar), que da lugar a un derecho a favor del acreedor demandante en un proceso, es una titularidad que no deriva de la voluntad privada sino de la ley. Es un derecho regulado en el Código Procesal Civil. Ahí se define el objetivo general de las medidas cautelares, como el mandato que busca asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva (artículo 608). En el caso concreto del embargo, el artículo 642 del Código Procesal Civil señala que “*consiste en la afectación jurí-*

⁷ Al respecto puede verse: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantía Mobiliaria ¿Derecho Real?* Revista Athina de la Universidad de Lima. Abril, 2008.

dica de un bien o derecho del presunto obligado [...]" (Subrayado agregado) para asegurar el pago de dinero. Aunque la norma señala ciertas reservas para las cosas que están en poder de terceros, ello no quita que la afectación del objeto cierto destinada a asegurar una deuda es la clave del embargo. Lógicamente no sería posible asegurar nada si este derecho no fuera oponible y si el bien no se pudiese perseguir. Por eso puedo concluir que la estructura legal del embargo, según como está regulada en la ley, es la de un derecho sobre bienes y es un derecho que tiene que ser exclusivo para cumplir su objetivo. En consecuencia aunque el Código Procesal no lo llame derecho real, claramente estamos ante uno.

La fuente legal de esta titularidad o el hecho de provenir de un mandato judicial no enerva en lo absoluto la conclusión. ¿Acaso la propiedad es menos propiedad y derecho real cuando proviene de la usucapión y no de un contrato, o cuando deriva de la adjudicación judicial luego del remate y no de la compraventa?. La fuente define la estructura del derecho, pero ella puede emerger de cualquier causa válida. El embargo da lugar a un derecho real sobre el bien afectado, sujeto a las condiciones del mandato judicial. Es una garantía temporal al servicio de la sentencia que resolverá el reclamo del acreedor.

Se podría decir que a diferencia de los derechos reales el embargo no constituye un poder inmediato y directo sobre el bien, ya que el acreedor necesita recurrir al juez para realizar el derecho derivado de la afectación (ejecutar el bien), sin embargo sería un juicio equivocado porque la inmediatez no se mide igual en todos los derechos, ni en términos del autosatisfacción. Incluso en los derechos reales del Código Civil, se trata simplemente de prescindir del deudor u otro particular para satisfacer el interés. Si fuera de otro modo tendríamos que decir que la hipoteca tampoco es un derecho real porque su ejecución no es directa, requiere intervención judicial (artículo 1097 del Código Civil).

Las reglas de tercería no debilitan el argumento. Aunque el embargo se levanta cuando el bien afectado es ajeno, ello es consecuencia de las reglas generales de eficacia y preferencia. En situaciones de conflicto un derecho real tiene que ceder frente a otro derecho real porque no puede atenderse a dos titulares excluyentes, pero esto es una excepción basado en un problema práctico, no es la privación de la naturaleza jurídica de un derecho frente a otro. Eventualmente esta excepción hará ceder al embargo frente a la propiedad (artículo 533 del Código Procesal Civil), sin que ello implique que la medida judicial cambió su naturaleza.

Al concluir que el embargo es un derecho real, la aplicación del artículo 2022 del Código Civil lo hace prevalecer ante la propiedad inscrita con posterioridad.

Decir que el embargo es un derecho real podría escandalizar a algunos, y “mejor aun” podría proveer insumos para aquellos que a falta de ideas propias les encanta escribir sobre otros. Pues bien, para el entretenimiento de aquellos ofrezco como corolario de este ensayo, dos líneas de análisis (adicionales) que permiten llegar a la misma conclusión a favor del embargo.

Si rechazamos la naturaleza real del embargo para salir de la solución simple de prioridad basada en el tiempo de la inscripción (artículo 2016), es necesario que los derechos tengan “diferente naturaleza”, ya no digo que sea uno real y el otro personal, sino que sean de diversa naturaleza. Veamos nuevamente la norma:

“Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

“Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. (subrayado agregado).

El embargo podría no dar lugar a un derecho real porque no está en el Libro V del Código (como dice la Corte Suprema), porque no se le ha dado expresamente ese nombre regio o por lo que sea, pero lo que no se puede decir es que la naturaleza jurídica, esto es la estructura interna (afectación de bienes) del embargo es diferente a cualquier derecho real del Libro V. Claramente comparten la estructura. En los dos casos existe afectación de bienes con oponibilidad y persecutoriedad como base del interés protegido. La naturaleza jurídica no es el nombre sino la interioridad del derecho. El propio artículo 2022 lo entiende así, pues se refiere expresamente a la *naturaleza diversa* de los títulos enfrentados, *no al nombre* del derecho ni a clasificación alguna. Cariñosamente tenemos que hacer omisión de la exposición de motivos del Código que dice lo contrario, ya que se trata de una opinión pre constitucional y ciertamente ajena al pensamiento funcional. En consecuencia, tratándose de derechos de la misma naturaleza, es de aplicación el artículo 2016 del Código Civil y no el derecho común, lo que hace prevalecer al embargo inscrito con anterioridad.

Finalmente, si este argumento no satisface y nos vemos en la misma situación que la Corte Suprema, navegando en los mares del derecho común en busca de solución al conflicto de títulos, creo que la conclusión será la misma. Primero habría que preguntarse si la respuesta del derecho común debe ser distinta a lo resuelto en el primer párrafo del 2022 o el 2016. La respuesta es negativa. El Libro de Derecho Registral simplemente dice que la solución se encuentra en el resto del Código Civil o del derecho peruano (derecho común), no en el libro de Registros Públicos. La solución final podría ser la misma u otra, sin prejuicios. La Corte Suprema dice, sin mas, que el derecho común

ordena la prevalencia del derecho real por sobre otros derechos que no tienen ese nombre, sin embargo esa sentencia no da más razón que la pura categoría legal, es decir es producto del arraigo de los conceptos y no de lo que dice el derecho peruano.

No hay norma alguna que ni por asomo diga que los derechos denominados reales priman sobre los otros. El derecho común está integrado por el conjunto de ordenamiento no registral de donde se pueden extraer principios y construir una solución. Este proceso creador es justamente la técnica del derecho que permite hallar una norma a partir de la abstracción del conjunto de disposiciones existente en una materia. Esto significa que debemos responder a la pregunta sobre cómo resolver el conflicto entre derechos sobre bienes, a partir del hallazgo de soluciones que el sistema positivo ha otorgado a situaciones de esa naturaleza. Así, solo por mencionar normas cercanas al evento que nos ocupa tenemos un dispositivo crucial en el artículo 1135 del Código Civil que define las preferencias inmobiliarias en función de la inscripción y la buena fe del adquirente. Lo mismo el artículo 24 de la Ley de Garantía Mobiliaria. Estas normas no distinguen entre derechos reales y de otro nombre, basta que se trate de derechos sobre bienes que están en conflicto, donde varios sujetos los pretenden con exclusión de los demás, y concluyen que se prefiere al que inscribió primero.

Es difícil batallar con pensamientos arraigados por siglos en materia de derecho patrimonial y con toneladas de textos que dan soporte a las ideas, sin embargo cuando el arraigo ocupa las salas supremas vale la pena el intento. El maestro de la Puente siempre lo hizo, ese es uno de sus innumerables legados.

Las servidumbres eléctricas: Similitudes y diferencias con la servidumbre civil

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL ^(*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La servidumbre como derecho real en la doctrina civil. 3. La servidumbre eléctrica. 3.1. Naturaleza de la servidumbre eléctrica. 4. Alcances de la servidumbre. 5. Forma de imponer las servidumbres. 6. Procedimiento para imponer una servidumbre. 7. Extinción de las servidumbres. 7.1. Matices administrativos de la servidumbre eléctrica. 8. Corolario.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya tiempo tengo la convicción de que es en el Derecho Civil donde finalmente encontramos los fundamentos del derecho y de ahí la importancia de que un abogado, más allá de la especialidad que finalmente desarrolle, tenga una cultura importante de derecho civil.

Con frecuencia temas que no serían considerados como de Derecho Civil deben resolverse acudiendo a principios e instituciones del derecho civil. Cuando ello se presenta, recuerdo con cariño a nuestro querido Manolo. Creo que su amor al derecho civil es algo que iluminó a quienes fuimos sus alumnos en la universidad y más aún a quienes tuvimos el privilegio de compartir con él lo que fue su casa, es decir el Estudio Echecopar.

Ya después de la partida de Manolo, en diversos arbitrajes de materias muy especializadas, he recurrido a instituciones tan clásicas del derecho civil como la excesiva onerosidad de la prestación, la buena fe, el abuso del derecho y el enriquecimiento sin causa. La necesidad de acudir a estas instituciones se presentó sin que fuera algo forzado, como algo natural que nos permitía ver como instituciones que a veces parecen “de laboratorio” tienen luego verdadera aplicación práctica.

^(*) Profesora en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socia del Estudio Echecopar Abogados.

Es sorprendente como es necesario con gran frecuencia acudir a las instituciones fundamentales del derecho civil para sostener otras ramas especializadas y como es del derecho civil de donde se “importan” y se adaptan instituciones para distintos fines.

Uno de los temas cuya discusión compartí en algún momento con Manolo fue el de las servidumbres en el régimen eléctrico. Por eso cuando recibí la invitación a escribir un artículo en esta revista de homenaje a Manuel de la Puente pensé en dedicarlo a lo que es la servidumbre en el derecho eléctrico y sus semejanzas y diferencias con la clásica servidumbre civil.

2. LA SERVIDUMBRE COMO DERECHO REAL EN LA DOCTRINA CIVIL

En la doctrina de derecho civil las servidumbres surgen como gravámenes establecidos sobre un predio para beneficiar a otro predio. Tienen un carácter que en derecho se denomina real, porque afectan a los predios y no a los propietarios de los mismos. El gravamen puede dar derecho al propietario del predio dominante para realizar ciertos usos en el predio sirviente o también para impedir que el propietario del predio sirviente realice ciertos actos en su propiedad, que de lo contrario le estarían permitidos¹.

Las servidumbres en consecuencia gravan a un predio, con prescindencia de la persona del propietario. Asimismo, las servidumbres son derechos de carácter accesorio. En este sentido, las servidumbres “no pueden ser enajenadas ni gravadas independientemente, debiendo transmitirse necesariamente con la propiedad a la que están ligadas”².

Así, las servidumbres son de acuerdo a la doctrina de derecho civil, cargas impuestas sobre un inmueble para uso y utilidad de otro inmueble. Consisten en un derecho real sobre ciertos usos de un predio (sirviente) establecido a favor de otro (dominante)³. Son “limitaciones al ejercicio de los atributos de la propiedad”, las cuales deben asegurar “una ventaja real al predio dominante”, deben “prestarle utilidad”⁴.

Es característico de las servidumbres ser gravámenes reales de carácter esencialmente inmobiliario y con vocación de perpetuidad, salvo disposición en contra por ley o por pacto de las partes. Asimismo, las servidumbres son

¹ ROMERO ROMAÑA, Eleodoro, citado por AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Derechos Reales*. Materiales de enseñanza para el estudio del Libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, Segunda Edición, pp 255-273.

² Op Cit. ROMERO ROMAÑA, Eleodoro, pp 255-273.

³ MAZEAUD, Henri. *Las Servidumbres Reales*. En: IDEM: *Lecciones de Derecho Civil*. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, Parte II, Vol VI, pp. 420-431.

⁴ Op Cit. ROMERO ROMAÑA, Eleodoro.

indivisibles; ello implica que aquéllas “no puedan gravarse o adquirirse por partes alícuotas”⁵.

3. LA SERVIDUMBRE ELÉCTRICA

Las servidumbres eléctricas surgen como una necesidad propia del desarrollo de la industria. Si nos remontamos a 1955 veremos ya desarrollado con detalle un régimen de servidumbres para la infraestructura de los titulares de actividades eléctricas. Desde entonces estaba ya consagrado el derecho de quienes desarrollaban actividades eléctricas de obtener servidumbres sobre predios en los que requerían instalar infraestructura del servicio público de electricidad.

La Ley N° 12378, conocida como la Ley de la Industria Eléctrica entró en vigencia el 15 de julio de 1955. El artículo 7 de esta norma señala que su objeto era, entre otras cosas, establecer las normas que determinen las servidumbres requeridas por la industria eléctrica y el procedimiento para imponerlas. La Ley se reglamentó por Decreto Supremo N° 3, que entró en vigencia el 21 de marzo de 1956. Este reglamento complementó en su Título VII la normatividad legal relacionada a las servidumbres.

El artículo 71 de la Ley de la Industria Eléctrica estableció que *la concesión de abastecimiento de energía eléctrica para el servicio público confiere al concesionario el derecho de obtener que se imponga servidumbres destinadas a los fines de la concesión*.

El artículo 86 señalaba que: *“el dueño del predio sirviente no podrá efectuar plantaciones, construcciones u obras de cualquiera otra naturaleza, ni realizar labores que perturben o dañen el pleno ejercicio de las servidumbres constituidas de acuerdo con esta ley”*.

La Ley establecía que la constitución de la servidumbre de electroducto no impide que el propietario del predio sirviente pueda cercarlos o edificar en él, siempre que deje el medio expedito para atender a la conservación y reparación de electroducto y de las líneas telefónicas y telegráficas si las hubiere.

Con sus particularidades, las normas posteriores a la Ley de la Industria Eléctrica han recogido normas similares. La Ley General de Electricidad Ley N° 23406 en 1982 derogó la Ley N° 12378 y fue reglamentada por Decreto Supremo N° 031-82-EM/VM.

Al igual que la Ley N° 12378, el artículo 88 de la Ley General de Electricidad establecía diferentes tipos de servidumbre eléctrica. Dicha norma reitera las características fundamentales de su antecesora en esta materia.

⁵ Op Cit. ROMERO ROMANA, Eleodoro.

Ambas normas hacen referencia al Código Eléctrico del Perú. Este código se aprobó mediante Resolución 2 del Ministerio de Fomento y Obras Públicas del 5 de enero de 1955. En este compendio legal se dictaban las normas que tenían que observar las líneas aéreas de propiedad privada, municipal o estatal que transportan energía eléctrica.

El Código Eléctrico del Perú fue parcialmente sustituido en 1978 por el Código Nacional de Electricidad. Subsistieron para la transmisión las normas del Código Eléctrico del Perú. A partir de la Resolución Ministerial N° 366-2001-EM/VME, entró en vigencia el nuevo Código Nacional de Electricidad que sustituye totalmente al Código Eléctrico del Perú y al Código Nacional de Electricidad. Esta norma entró en vigencia el 1 de julio de 2002 y rige hasta la actualidad.

Hoy el derecho a obtener concesiones para las actividades eléctricas y el régimen de estas se rige por la Ley de Concesiones Eléctricas Ley 25844 (en adelante la Ley) y por su Reglamento D.S. 009-93-EM (en adelante el Reglamento). Las disposiciones de la Ley y el Reglamento regulan el derecho de los concesionarios a utilizar bienes de uso público y de obtener la imposición de servidumbres, para la construcción y operación de centrales de generación y obras conexas, subestaciones y líneas de transmisión, así como también de redes y subestaciones de distribución para el Servicio Público de Electricidad (artículo 24 de la Ley).

Las servidumbres pueden ser de electroducto, para establecer subestaciones de transformación, líneas de transmisión y distribución; de ocupación de bienes de propiedad particular indispensables para la instalación de subestaciones de distribución para Servicio Público de Electricidad; de paso para construir vías de acceso; y de tránsito, para custodia, conservación y reparación de las obras e instalaciones (artículo 104 de la Ley).

La Ley vigente dispone que el derecho de establecer una servidumbre obliga al concesionario a indemnizar el perjuicio que ella cause y a pagar por el uso del bien gravado. Así, el titular de la servidumbre estará obligado a construir y conservar lo que fuere necesario para que los predios sirvientes no sufran daño ni perjuicio por causa de la servidumbre. El Concesionario tendrá derecho de acceso al área necesaria de dicho predio con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que hayan motivado las servidumbres. En el uso de la servidumbre debe proceder con la precaución del caso para evitar daños y perjuicios, quedando sujeto a la responsabilidad civil pertinente (artículo 112 de la Ley).

Al igual que en sus antecesoras la Ley de Concesiones Eléctricas señala que la constitución de la servidumbre de electroducto no impide al propietario del predio sirviente que pueda cercarlo o edificar en él, siempre que las construcciones no se efectúen debajo de la línea de alta tensión y su zona de influencia y se deje el medio expedito para atender a la conservación y reparación del

electroducto, respetando las distancias mínimas de seguridad establecidas por el Código Nacional de Electricidad para el efecto (artículo 115 de la Ley).

Se establece que la zona de influencia del electroducto, en caso de ser aéreo, está representada por la proyección sobre el suelo de la faja de ocupación de los conductores cuyo ancho se determinará en cada caso, de acuerdo a las prescripciones del Código Nacional de Electricidad y demás Normas Técnicas. (artículo 220 del Reglamento).

3.1. Naturaleza de la servidumbre eléctrica

Si bien el concepto de servidumbre para infraestructura eléctrica tiene el origen y las características básicas del derecho de servidumbre civil, es decir, se entiende que es un derecho real que afecta directamente a los predios, tiene importantes particularidades que pasamos a comentar.

Como vimos para la doctrina civil las servidumbres son gravámenes sobre un predio para beneficiar a otro predio. En el caso de la servidumbre de infraestructura eléctrica no hay dos predios, uno dominante, en favor del cual se impone la servidumbre y uno sirviente, al cual se imponen las restricciones. Lo que existe es un predio que requiere afectarse en beneficio de una actividad económica, la actividad eléctrica y una concesión para prestar el servicio público de electricidad.

Así, si se trata por ejemplo de una concesión de transmisión eléctrica, ésta da a su titular el derecho y la obligación de tender líneas de transmisión para transportar la electricidad que finalmente consumen los hogares e industrias. El predio por el que transitará la línea de transmisión requiere afectarse, pero no se afecta a favor de otro predio, sino en favor del derecho de concesión otorgado al concesionario. En tal sentido, en derecho eléctrico la concesión viene a tener la posición del predio dominante y el predio o predios al que se establecen restricciones las de predios sirvientes.

Se mantiene el carácter fundamental de derecho real, porque se afecta a los predios directamente no a los propietarios de los mismos. El gravamen en este caso da derecho al titular de la concesión a realizar ciertos usos en el predio afectado, que como indicamos funge de predio sirviente y determina que éste, se vea impedido de realizar ciertos actos en su propiedad, que de lo contrario le estarían permitidos. Las servidumbres eléctricas entonces, al igual que las civiles, gravan a un predio con prescindencia de la persona del propietario.

Como vemos la imposición de servidumbres genera una limitación a los predios afectados. Esta limitación, al ser un derecho real, es oponible al propietario, pero también es oponible erga omnes. Es decir, es oponible a cualquier

tercero y por lo tanto, ni el propietario ni un tercero, pueden pretender alegar derechos que afecten la servidumbre.

Asimismo, las servidumbres en derecho eléctrico son también derechos de carácter *accesorio*. En este caso están vinculadas a una concesión. Los predios afectados si son enajenados o gravados se transmiten con la servidumbre. Si el predio es transferido una vez impuesta la servidumbre quien adquiere el predio lo adquiere con las limitaciones que derivan de la servidumbre.

De otro lado, al ser accesoria de la concesión, la servidumbre no puede ser transferida independientemente de la concesión, pudiendo transferirse sólo en caso de cambio de titular de la concesión, al nuevo titular de la concesión para la cual fueron establecidas.

Vimos que en el caso de la servidumbre civil es característica su *vocación de perpetuidad*. Esto se da también en el caso de la servidumbre eléctrica pues la servidumbre dura mientras dure la necesidad para la concesión.

En el caso de la servidumbre eléctrica lo que se limita al propietario es el derecho a usar y disfrutar el bien, pues se le prohíbe construir sobre la faja de servidumbre impuesta para conductores eléctricos subterráneos, o, efectuar obras, o mantener plantaciones debajo de las líneas, ni en la zona de influencia de los electroductos.

A través de la imposición de este derecho real se limita los derechos que sobre el mismo tiene el propietario. Si bien en principio como hemos señalado, la servidumbre no se opone a la existencia del derecho de propiedad, sino que coexiste con el derecho de propiedad, en la práctica es frecuente que las limitaciones que impone una servidumbre eléctrica puedan tener un efecto muy cercano al de una expropiación de la zona del predio que está sujeta a la limitación. Sin embargo, la legislación ha optado para el caso de actividades eléctricas no por la expropiación, sino por un derecho de servidumbre que teóricamente coexiste con el del propietario. Se establece así, que el titular de la servidumbre debe compensar por el daño que causa al titular del predio la servidumbre. Es claro que si la servidumbre conlleva que un predio pierda toda utilidad para el propietario, la compensación será cercana a la compensación de una expropiación, pues el único derecho que mantendrá el propietario sobre su predio será un derecho expectativo a recuperarlo si la servidumbre se extingue.

4. ALCANCES DE LA SERVIDUMBRE

La existencia de la servidumbre da al concesionario derecho a la ocupación de la superficie del suelo, subsuelo y/o de sus aires, necesarios para la instalación de las Subestaciones de transformación y para la instalación de

las estructuras de sustentación de conductores eléctricos, así como de la faja de los aires o del subsuelo en el que éstos se encuentren instalados.

Las servidumbres de electroducto que se impongan para los sistemas de transmisión ya sean aéreos y/o subterráneos comprenden la ocupación de la superficie del suelo, subsuelo y/o de sus aires, necesarios para la instalación de las subestaciones de transformación, para la instalación de las estructuras de sustentación de conductores eléctricos, así como de la faja de los aires o del subsuelo en el que éstos se encuentren instalados.

La delimitación de la zona de influencia del electroducto, en caso de ser aéreo, está representada por la proyección sobre el suelo de la faja de ocupación de los conductores cuyo ancho se determinará, en cada caso, de acuerdo a las prescripciones del Código Nacional de Electricidad y demás Normas Técnicas.

La constitución de la servidumbre de electroducto no impide al propietario del predio sirviente que pueda cercarlo o edificar en él, siempre que las construcciones no se efectúen debajo de la línea de alta tensión y su zona de influencia y deje el medio expedito para atender a la conservación y reparación del electroducto, respetando las distancias mínimas de seguridad establecidas por el Código Nacional de Electricidad para tal efecto.

El titular de la servidumbre estará obligado a construir y conservar lo que fuere necesario para que los predios sirvientes no sufran daño ni perjuicio por causa de la servidumbre. Además, tendrá derecho de acceso al área necesaria de dicho predio con fines de vigilancia y conservación de las instalaciones que haya motivado las servidumbres, debiendo proceder con la precaución del caso para evitar daños y perjuicios, quedando sujeto a la responsabilidad civil pertinente.

5. FORMA DE IMPONER LAS SERVIDUMBRES

La servidumbre eléctrica si bien puede ser constituida por acuerdo entre las partes constituye un derecho de los concesionarios de la actividad eléctrica y puede en consecuencia también generarse administrativamente.

No olvidemos que el motivo por el cual se establece el derecho del Concesionario a obtener una servidumbre, es la necesidad de garantizar la prestación del servicio público de electricidad. Siendo indispensable garantizar la instalación de la infraestructura para el servicio público y el tránsito de las líneas, la Ley establece el derecho del Concesionario que requiere pasar por predios públicos a transitar por ellos y el del concesionario que tiene que pasar por predios privados a obtener una servidumbre.

Hay dos formas de establecer una servidumbre eléctrica. Una convencional o no forzosa por acuerdo entre las partes y otra forzosa. La ley no prevé la

posibilidad de obtener una servidumbre por prescripción por lo que descartamos esta forma de obtener una servidumbre para las concesiones eléctricas.

La forma convencional es por acuerdo directo entre el concesionario y el propietario del predio. Los concesionarios que celebren convenios de servidumbre convencional para el desarrollo de las actividades eléctricas, pueden solicitar al Ministerio el reconocimiento de la misma. La extinción de la servidumbre así reconocida se regirá por las normas legales que regulan el instrumento de su constitución. En todo caso, son de aplicación a la servidumbre convencional las normas de seguridad establecidas en la Ley, el Reglamento y en las normas técnicas pertinentes. (artículo 220 del Reglamento).

De acuerdo al artículo 111° de la Ley el imponer la servidumbre con carácter forzoso así como modificar las establecidas es atribución del Ministerio de Energía y Minas.

Es importante indicar que la Ley reconoce como derecho a los concesionarios de electricidad el de solicitar y obtener servidumbres para sus actividades. En consecuencia, si el concesionario solicita la servidumbre de acuerdo al procedimiento, cumpliendo con los requisitos legales y técnicos establecidos en la norma, el Estado debe otorgar la servidumbre.

El único caso expresamente previsto en la Ley (en el artículo 114), que impide al Estado imponer una servidumbre de electroducto, es cuando la servidumbre que se solicita recae sobre predios que se encuentran en zonas urbanas específicamente si se da sobre edificios, patios y jardines.

Como hemos indicado las normas de la Ley de Concesiones Eléctricas regulan solo las servidumbres que tienen derecho a solicitar al estado los concesionarios de servicio eléctrico. El artículo 110 de la Ley establece que las servidumbres para la ocupación de bienes públicos y privados, se constituirán exclusivamente con arreglo a las disposiciones de la Ley. En consecuencia las formas de obtener una servidumbre serán exclusivamente las que establece esta ley.

Cabe indicar que el derecho de establecer una servidumbre al amparo de la presente Ley obliga a indemnizar el perjuicio que ella cause y a pagar por el uso del bien gravado. Esta indemnización se fija por acuerdo de partes. A falta de acuerdo de partes la fija el Ministerio de Energía y Minas a través de la valorización que efectúe una institución especializada.

Las servidumbres otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas tienen la misma vigencia que las concesiones para las cuales se otorgan.

6. PROCEDIMIENTO PARA IMPONER UNA SERVIDUMBRE

En términos generales y sin entrar a detalles, la solicitud para la imposición de una servidumbre se presenta ante el Ministerio de Energía y Minas consignando los datos relativos a la naturaleza y tipo de servidumbre, duración, justificación técnica y económica, identificación de los afectados, descripción de la situación de los terrenos y aires a afectar, memoria descriptiva y planes de servidumbres solicitadas, y copia del acuerdo que el concesionario haya suscrito con el propietario del predio por ser gravado y de los recibos de pago correspondientes, de ser el caso.

La solicitud es puesta en conocimiento del propietario del predio sirviente quien deberá exponer su opinión dentro del plazo establecido.

Este puede presentar oposición debidamente fundamentada, debiendo en este caso acompañar la información que crea conveniente a su derecho. Si el concesionario se allana o no absuelve la oposición planteada dentro del término el Ministerio expedirá la correspondiente Resolución. La oposición puede abrirse a prueba y en este caso el Ministerio podrá solicitar al OSINERG los informes que resulten necesarios para mejor resolver la oposición formulada.

La oposición sólo será procedente si se sustenta en aspectos técnicos o en el incumplimiento de las normas de seguridad.

La Resolución del Ministerio, imponiendo o modificando servidumbres, sólo puede ser contradicha judicialmente, en lo referente al monto fijado como indemnización. Una vez consentida o ejecutoriada la resolución administrativa que establezca o modifique la servidumbre, el concesionario deberá abonar directamente o consignar judicialmente, a favor del propietario del predio sirviente, el monto de la valorización respectiva, antes de la iniciación de las obras e instalaciones.

Una vez efectuado el pago, el Ministerio de Energía y Minas dará posesión de la parte requerida del predio sirviente al concesionario solicitante, a fin de que cumpla el propósito para el que se constituye la servidumbre. Una vez determinado el monto a indemnizar, según lo establecido en el artículo precedente, el petionario deberá abonarlo directamente o consignarlo judicialmente a favor del propietario del predio sirviente, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a la suscripción del acuerdo o a la notificación que efectúe la Dirección.

Si vencido el plazo el concesionario no cumpliera con efectuar el pago, perderá el derecho a la servidumbre. Efectuado el pago oportunamente, el concesionario podrá, en caso de oposición del propietario o conductor del predio sirviente, hacer uso del derecho concedido con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de iniciar las acciones legales a que hubiese lugar.

7. EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

La declaración de extinción de una servidumbre corresponde al Ministerio de Energía y Minas a pedido de parte o de oficio. Cabe declarar la extinción de las servidumbres cuando:

- El concesionario no lleve a cabo las instalaciones u obras respectivas dentro del plazo señalado al imponerse la misma;
- El propietario conductor del predio sirviente demuestre que la servidumbre permanece sin uso por más de doce meses consecutivos;
- Se destine la servidumbre a fin distinto para el cual se solicitó o,
- Se dé término a la finalidad para la cual se constituyó la servidumbre.

7.1. Matices administrativos de la servidumbre eléctrica

A pesar de tener su origen en el derecho civil vemos la servidumbre eléctrica tiene una intensa carga de carácter administrativo pues supone obligaciones tanto del titular de la concesión como del propietario del predio materia de servidumbre.

Esto se da incluso cuando la servidumbre eléctrica se establece en forma convencional, pues este tipo de servidumbre genera, mas allá de las obligaciones que establezcan las partes, una serie de obligaciones generales frente al estado.

Por el lado de las los Concesionarios de Electricidad, el artículo 31 de la Ley establece que los concesionarios de generación, transmisión y distribución están obligados a cumplir con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y demás normas técnicas aplicables.

Por otro lado los propietarios del predio sirviente también tienen obligaciones directas impuestas por la ley. Es así que la ley señala directamente que no pueden construir sobre la faja de servidumbre impuesta, ni efectuar obras de ninguna clase y/o mantener plantaciones cuyo desarrollo supere las distancias mínimas de seguridad, debajo de las líneas ni en la zona de influencia de los electroductos, definida en el inciso c) del artículo 220 del Reglamento.

Vemos pues que esta carga de obligaciones directas impuestas por la ley es propio exclusivamente de la servidumbre eléctrica y la distancia de su origen civil.

Así, si la servidumbre se otorgó sobre un terreno en el que no existían construcciones, quienes hayan construido y/u ocupen la franja de servidumbre lo hacen en forma ilegal, pues aún cuando tengan título de posesión o de propiedad, el predio está sujeta a las limitaciones de la servidumbre. Es

preciso indicar que si bien el concesionario tiene la obligación frente al estado, de mantener la faja de servidumbre libre de ocupantes, existe una restricción legal que afecta también directamente al predio sirviente, que se traduce en una prohibición de construir y que es oponible por ley erga omnes (a todos) sin importar quién sea el poseedor o propietario del predio.

Si la servidumbre se otorgó cuando ya se había construido, se debería suponer que la restricción implicaba la obligación de que el propietario abandonare las construcciones. Se entiende que en este caso la compensación debió incluir la reparación por haber perdido construcciones.

La Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en adelante la Ley Marco, establece entre las funciones de los Organismos Reguladores la función fiscalizadora y sancionadora (artículo 3 de la Ley Marco). Estas funciones deben ser ejercidas por los reguladores con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos.

En el ámbito de competencia de OSINERGMIN, se dispone que este organismo sea el fiscalizador de las actividades que desarrollan las empresas de los subsectores de electricidad e hidrocarburos y del cumplimiento de las normas del sector eléctrico por toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado.

Vemos así que si bien se el Titular de la Concesión es responsable frente al Estado y frente a terceros, respecto del cumplimiento del Código Nacional de Electricidad, también si el incumplimiento es originado por violaciones causadas por terceros, estos deben responder por su infracción.

En suma, OSINERGMIN supervisa que las concesionarias y los terceros cumplan con el Código Nacional de Electricidad y normas sobre seguridad al instalar sus equipos y líneas y al efectuar construcciones respectivamente.

8. COROLARIO

La servidumbre eléctrica es una institución importada del derecho civil y adaptada para las necesidades de la industria eléctrica. Mantiene importantes características de la servidumbre civil, pero con un fuerte componente administrativo y con particularidades que la convierten en una institución distinta, que requiere de una regulación específica, como la que le establece nuestra regulación en la Ley de Concesiones Eléctricas y sus reglamentos.

Equidad, propiedad horizontal y tutela judicial

MANUEL LÓPEZ-MEDEL BASCONES (*)

SUMARIO: 1. Introducción. Planteamiento de la cuestión de hecho: Excusa por el Presidente de la Comunidad de Propietarios. 2. Nulidad por falta de motivación y de congruencia, y, por tanto, por lesión de la tutela judicial efectiva de amparo constitucional. 3. Nulidad por infracción de las normas del juicio de equidad en materia de excusa del Presidente de la Comunidad de Propietarios (artículo 17.3ª Ley de Propiedad Horizontal). 4. Alteración de la configuración y apreciación de la equidad y del juicio de equidad en la legislación sobre propiedad horizontal. 5. Jurisprudencia menor sobre procesos de propiedad horizontal y equidad.

1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE HECHO: EXCUSA POR EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS

El procedimiento de jurisdicción voluntaria conocido por determinado Juzgado de Primera Instancia español, que ya a ser analizado en las presentes páginas, que representan una colaboración al Libro Homenaje al recordado profesor y doctor peruano don Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, concierne o fue debido a una solicitud formulada por parte interesada, sobre excusa para el cargo de Presidente de la Comunidad de Propietarios, condición para la que fue nombrado por acuerdo de su Asamblea General Ordinaria, en sesión celebrada al efecto.

Las argumentaciones analizadas se reflejaron en el pertinente recurso de apelación, formulado de acuerdo con los artículos 458 y ss. de la Ley de enjuiciamiento Civil-LEC, contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia, desestimatorio de la excusa planteada.

Debe señalarse que en la sesión citada de la Comunidad de Propietarios, la persona nombrada como Presidente y solicitante de la excusa, no estuvo presente ni tampoco representado por otro vecino copropietario, como resulta del Acta de dicha reunión, lo que le impidió claramente exponer a los vecinos

(*) Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, España.

reunidos las razones que le impedían para aceptar el cargo de Presidente. Además, existían, como alegó el interesado, otros vecinos copropietarios residentes en el municipio que todavía no habían ejercitado el cargo de Presidente. Tal circunstancia negativa –ausencia en la reunión– motivó que, necesariamente, en evitación de caducidad de la acción de excusa, se presentara la solicitud de excusa, en el Juzgado correspondiente al inmueble, en el plazo legal correspondiente de un mes, expresando con claridad los motivos que le impedían el ejercicio del cargo, ausentes de toda arbitrariedad, de otro lado.

La solicitud de excusa se formuló por la parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.2 y el artículo 17.3^a de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y por las razones expuestas al efecto, centradas en la falta de residencia habitual del nombrado solicitante en el municipio donde se encuentra sita la finca. En ese escrito, junto a las diversas razones, y a la aportación de sus respectivos documentos justificativos, se invocaba el interés superior de la Comunidad de Propietarios de referencia, y su necesario funcionamiento, que podrían quedar alterados o menguados por el nombramiento de un Presidente, no residente en la ciudad en la que se encontraba la finca y con domicilio y trabajo habitual en otra ciudad, situada a unos treientos kilómetros de la finca.

El artículo 13.2 citado, tras establecer la regla general del carácter obligatorio del cargo del Presidente, añade a continuación: *“si bien el propietario designado podrá solicitar su relevo al juez dentro del mes siguiente a su acceso al cargo, invocando las razones que le asistan para ello”*.

Lo normal, en la práctica de las Comunidades de vecinos, es tener cierto conocimiento de la persona que va a ocupar el cargo del Presidente, tal vez por vía de turno rotatorio, u otra fórmula estatutaria (inexistente en el caso de esta Comunidad de Propietarios), pero la ausencia en la reunión fue empleada con habilidad por los vecinos presentes, para designarle “por unanimidad” Presidente, sin posibilidad, pues, de poder esa misma reunión alegar los motivos que fueran. Señala MAGRO SERVET¹, que *“el legislador ha entendido, por un lado, que pueden existir propietarios que por su actividad profesional o por otras circunstancias particulares pueden verse imposibilitados para el ejercicio de la presidencia de su comunidad, por lo que deben alegar y motivar las razones que le impiden la asunción de esta responsabilidad [...]”*.

El Auto apelado, dictado por el Juzgado de Primera Instancia, con fecha 29-7-2004, contiene un único fundamento de Derecho: su párrafo primero se limita a expresar la competencia territorial del Juzgado, de conformidad

¹ *El nombramiento de los Presidentes de las Comunidades de Propietarios. Análisis del artículo 13 LPH, Cuadernos Propiedad Horizontal-PH, Sepin, mayo, 1999, núm. 192.*

con los artículos 13.2 y 17.3^a LPH; su párrafo segundo es del siguiente tenor: *“de conformidad con lo anterior se aceptan los razonamientos del Presidente de la Comunidad de Propietarios de calle Mayor 42 de Daroca saliente y, en consecuencia, resolviendo en equidad, se desestima la excusa planteada, por lo que se declara la validez del acuerdo por el que se nombró Presidente de la Comunidad a D [...]”*.

Como se expresará posteriormente, en diversas consideraciones de orden jurídico, se apela dicho Auto, por ausencia de motivación y de congruencia de la resolución apelada, por defectos de las diversas actuaciones procedimentales, en particular por la falta de vista de la totalidad de los contradictores, y por la desafortunada apreciación por el juzgador de instancia, tanto de la habilitación para el uso de la equidad, como de los presupuestos de procedibilidad del procedimiento objeto de la apelación.

Ya en el escrito de preparación de la apelación, se indicó: *“que no encontrando esta parte ajustado a Derecho y a Equidad el Auto [...] se impugna la totalidad de sus pronunciamientos del mismo, así como su parte dispositiva, ... con infracción, además, de normas y garantías procesales, por falta de motivación y audiencia de contradictores [...] lo que se señala y denuncia en este momento a efectos del artículo 459 de la LEC”*.

En cualquier caso, antes de argumentar los motivos de impugnación, conforme a la legislación procesal y sustantiva correspondiente, ciertamente escasísima, y dada la naturaleza o configuración especial de este proceso de equidad (GARRIAGA ARIÑO titula una de sus recientes obras, *“Los supuestos juicios de equidad en la ley de propiedad horizontal”* Marcial Pons, Madrid, 2003), como procedimiento de jurisdicción voluntaria, debe subrayarse lo siguiente:

“Posiblemente lo que merezca las mayores críticas es, tanto el hecho de que el requisito de procedibilidad exigido en este caso sea, escuetamente, la concurrencia de razones que “asistan” al Presidente electo para solicitar la cesación en sus funciones, como que el ejercicio de tal facultad se encuentre sometido a un plazo de caducidad de un mes desde el momento de acceso al cargo. Esta última circunstancia no hace más que revelar a las claras el incorrecto fundamento en el que el legislador ha basado la creación de este expediente. El mismo, lejos de configurarse como un mecanismo encaminado a solventar de forma rápida las crisis de operatividad de las Comunidades de Propietarios ante situaciones de vacancia sobrevenida del cargo presidencial, se revela de esta forma como un expediente que, en clara contradicción con la cacareada obligatoriedad de dicho cargo, se encamina, sin embargo, a establecer excepciones a la misma, sin, por otra parte, especificar cuáles puedan ser éstas. Esto es, en el supuesto de excusa, ab initio, se desposee a la Junta de facultades soberanas de decisión que a la misma pertenecen, encomendándoselas al juez; siendo así que, además el único legitimado activamente para iniciar el expediente vulnerador de la soberanía del máximo órgano formativo de la voluntad de la Comunidad es, precisamente, el órgano ejecutivo de la misma, o, mejor dicho, el comunero particular revestido de ese cargo ejecutivo que representa la presidencia”.

2. NULIDAD POR FALTA DE MOTIVACIÓN Y DE CONGRUENCIA, Y, POR TANTO, POR LESIÓN DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Ya el interesado solicitante de equidad, en el escrito limitado a anunciar el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con el artículo 457 LEC, expresó la falta de motivación del mismo como uno de los motivos de apelación, en relación a las normas y garantías procesales.

De otro lado, en el escrito del interesado dirigido al Juzgado de Primera Instancia competente, donde se denunciara la falta de indicación expresa en el Auto apelado de los recursos procedentes contra el mismo, en relación al artículo 248.4 LOPJ, ya se expresaba que la circunstancia de tratarse de una resolución centrada en la equidad, no sólo no concede al juzgador un mero arbitrio libérrimo, sino que en ningún caso puede constituir una lesión de la tutela judicial efectiva. (En materia de arbitraje, los laudos, aunque se trate de arbitrajes de equidad, han de ser motivados, según el artículo 37.4 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre).

GARRIGA ARIÑO² insiste en estas ideas, al expresar que *“el hecho de que una decisión tenga que ser adoptada en equidad, a nuestro modo de ver, no sólo no impide la motivación de la resolución sino que, por el contrario, los mayores poderes conferidos al juez exigen que en estos supuestos el mismo deba cuidar especialmente este aspecto para que no pueda haber la más mínima duda acerca del acierto y justicia de su decisión. Debemos pues concluir que en ningún caso se puede entender al juez liberado de su obligación de motivación, y ello, no sólo porque la misma constituya una exigencia encaminada a favorecer el ejercicio del derecho a los recursos, sino porque, a nuestro modo de ver, la motivación cumple una segunda función, al menos, de la misma enjundia que ésta. Mediante la obligación de motivación, indirectamente (aprovechando el miedo del juez a que su decisión pueda ser anulada en fase de recurso), se está facilitando al mismo el mecanismo para volver a considerar las razones que le han llevado a una solución concreta. Por tanto, la motivación facilita el trabajo judicial al posibilitar que el mismo, en el proceso de redacción de su decisión, descubra errores o incoherencias que le obliguen a replantearse la solución internamente querida”*.

Pues bien, resulta de todo punto que el Auto apelado es carente de toda motivación, en los términos que se exponen en esta consideración, de conformidad con la jurisprudencia mencionada y rotunda. Se reproduce de nuevo el párrafo segundo del fundamento de derecho único: *“de conformidad con lo anterior se aceptan los razonamientos del Presidente de la Comunidad de Propietarios de calle [...] de [...] saliente y, en consecuencia, resolviendo en equidad, se desestima*

² Obra citada anteriormente, pp. 234-235.

la excusa planteada, por lo que se declara la validez del acuerdo por el que se nombró Presidente de la Comunidad a D. [...]”. Así se desprende lo siguiente:

- No se comprende el alcance de los términos “*de conformidad con lo anterior*”, cuando antes no exista más que una regla de competencia territorial obvia.
- En el antecedente de hecho segundo, tras señalar que se dio plazo al Presidente saliente y a la propia Comunidad para alegaciones, se indica: “*trámite que ha sido evacuado en tiempo y forma con el resultado que obra en autos*”; resultado que no se contiene en el propio Auto, como debiera haber sucedido, no siendo forma adjuntar al mismo Auto, una copia del escrito de alegaciones del Presidente saliente, además de no existir vista o comparecencia.
- El Auto no entra a valorar de ninguna forma las diversas razones expuestas por el solicitante y apelante, en atención a sus obligaciones personales, profesionales y laborales en otro municipio, y demás expuestas, ni del mismo se pueden desprender los razonamientos que conducen al juez a adoptar su decisión, lo que impide o dificulta la propia labor del presente recurso y la de su resolución por la Audiencia Provincial competente.
- Al contrario de la buena práctica procesal, el juzgador da por aceptados los razonamientos del Presidente saliente, sin dedicar a rebatir o entrar a fondo en las diversas causas de excusa alegadas por el promotor de la misma, ni dedica un comentario, crítica de las mismas, y además, dando por buena, cuando no debe serlo, como se expondrá más adelante, un escrito del Presidente saliente, que al propio tiempo dice serlo en nombre de la Comunidad, lo que no puede ser admitida esta supuesta representación del citado Presidente saliente, respecto de la total Comunidad, de la que era un simple copropietario. Y después de toda lo anterior, no llevando a cabo ninguna labor de ponderación en términos de equidad y de justicia a las razones expuestas por el solicitante, el párrafo segundo del fundamento jurídico primero acaba “*y en consecuencia, resolviendo en equidad...*”, cuando esta equidad debiera estar presidiendo toda la actuación inicial, concurrente y final de expediente.
- En definitiva, el Auto no contiene ningún proceso lógico-jurídico-equitativo que conduce a su fallo, siendo más bien exposiciones contradictorias, irrazonables o irrazonadas³.

³ Sobre este particular se invocan las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8-7-1997 (ref. Ar. 1997/6013), de 15-2-1995 (ref. Ar. 1995/851), de 20-6-1992 (ref. Ar. 1992/5411), de 7-3-1992 (ref. Ar. 1992/2006), de 4-4-1991 (ref. Ar. 1991/2637), de 17-10-1990 (ref. Ar. 1990/7977), de 6-9-1995 (ref. Ar. 1995/6674), de 7-6-1995 (ref. Ar. 1995/4634), de 27-4-1989 (ref. Ar. 1989/3266), y de 6-10-1988 (ref. Ar. 1988/7387.)

En este contexto debe recordarse que la necesidad de la motivación viene impuesta directamente en el artículo 120.3 CE, sin que a tal principio se puedan establecer excepciones. El artículo 248.2 LOPJ declara la necesidad de que los autos serán siempre fundados, y que contengan en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos.

De un modo más pormenorizado y extenso, la vigente LEC establece en su artículo 208.2, que *“los autos y sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo”* (en relación al artículo 209, respecto de las sentencias).

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han establecido que la vulneración por los órganos jurisdiccionales del deber de motivar los autos y las sentencias vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de los litigantes. Como señala CARRERAS DEL RINCON⁴, *“la doctrina jurisprudencial pone en relación directa la exigencia contenida en el artículo 120.3 CE con el artículo 24.1, y a la vez extiende la obligación constitucional de motivación dispuesta por el primero de los preceptos tan sólo para las sentencias, también a los autos”*.

Así, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional de 27-2-1996, número 32/1996, se refiere a la motivación de los autos: *“en la perspectiva constitucional propia del recurso de amparo, que en la unidad que integran los dos autos aquí impugnados, falta la motivación necesaria par expresar “los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión” (STC 153/1995), es decir, la ratio por virtud de la cual el tema debatido [...] se decidía en un sentido desestimatorio de la impugnación formulada por el ahora recurrente, lo que implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que, como se ha dicho, la motivación se integra dentro de su contenido constitucionalmente protegido”*.

La fundamentación de la motivación, como escribe CARRERAS es doble:

a) Nace de la necesidad de que los litigantes puedan tener un conocimiento preciso de los razonamientos que han conducido al órgano jurisdiccional a adoptar una decisión de si aceptan aquellos razonamientos o bien deciden impugnarlos; y en este último caso poder fundar su impugnación con una base razonable, en cuanto estarán en condiciones de rebatir o discutir las razones expuestas por el juzgador. (p. 403).

⁴ *Comentarios a la doctrina procesal civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del justiciable*, Marcial Pons, 2002, p. 403).

La sentencia del Tribunal Constitucional de 25-3-1996, número 46/1996, establece: “[...] fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción”⁵.

b) La exposición razonada de los motivos que han conducido a una decisión determinada posibilitará o cuando menos facilitará que el tribunal que haya de resolver el posible recurso pueda conocer también en qué se fundó el órgano que dictó la resolución recurrida, y se encuentre en condiciones adecuadas par valorar si el fallo fue o no acertado a juicio del tribunal que resuelva el recurso. (p. 404).

Se invocan, igualmente, sobre esta materia de motivación, las sentencias del Tribunal Constitucional números 264/1988, de 22-12-1998, 55/1987, 131/1994, y 13/1995. Y en definitiva, reproducidos el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 2-6-2004, ponente JIMENEZ SÁNCHEZ: “no se trata de exigir un razonamiento pormenorizado sobre cada uno de los argumentos esgrimidos, sino de que, conforma al contenido del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales, resulta exigible que el órgano judicial exteriorice las razones por las que rechaza las pretensiones y alegaciones esenciales de las partes. En el cumplimiento de esta exigencia radica la diferencia entre una resolución que proporciona la debida tutela judicial efectiva y otra puramente voluntarista, en la que, precisamente porque no se exteriorizan los razonamientos del órgano judicial, es imposible fiscalizar si la resolución respeta o no el canon genérico de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad y del error patente propio del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Además de esta ausencia de motivación de esta resolución apelada, puramente “voluntarista”, que hemos querido abundar por su implicación constitucional, manifestamos también que el Auto apelado no responde tampoco a la exigencia y principio de congruencia con la pretensiones de las partes, con fundamento en el principio dispositivo del proceso civil en cuanto son los litigantes, y en especial en el presente caso la solicitante de excusa, quienes determinan el ámbito de lo que en el pleito se discute y se debate; quienes

⁵ Esta idea de “la motivación como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad”, puede también verse en las sentencias del Tribunal Constitucional 153/1995, de 24-10-1995, y las números 159/1989, 109/1992, 22 /1994 y 28/1994.

deciden cuál es el contenido del proceso civil, y qué es lo que pretender obtener a través de él, son los litigantes, no el órgano. Todo lo cual se invoca, con fundamento en el artículo 216 LEC y 218 LEC. La exigencia de la congruencia de las resoluciones judiciales con las pretensiones de las partes forma también del contenido del derecho a una tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE⁶.

3. NULIDAD POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DEL JUICIO DE EQUIDAD EN MATERIA DE EXCUSA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (ARTÍCULO 17.3ª LPH)

Con posterioridad al escrito de excusa, el interesado, compareció ante el Juzgado, a fin de ratificarse en la solicitud inicial de excusa, aportando nuevos documentos complementarios, y en particular la relación de propietarios de viviendas, locales y trasteros de la Comunidad de Propietarios. En la Diligencia de Ordenación citada, se requirió al solicitante, además de para ratificarse, “para que indique nombre y dirección de los propietarios que forman la comunidad de vecinos de la Comunidad de Propietarios con el fin de convocarlos a la vista”, la cual, no se llegó a celebrar, no obstante su previsión. Junto al acta de ratificación firmada en el Juzgado de Primera Instancia, se aportó un escrito, para su remisión al juzgador principal del lugar del inmueble, dando cumplimiento íntegro a todo lo exhortado por éste.

En particular, resultaban como copropietarios, a efectos del procedimiento de excusa y vista o comparecencia, diversas personas (además del solicitante) personas, algunos de los cuales, figuran como titulares de más de una finca.

No obstante, el Juzgado de Primera Instancia competente, únicamente, llegó a citar a uno sólo de los copropietarios. Se debió citar a la Comunidad de Propietarios. Según resulta de determinada Providencia del Juzgado de Primera Instancia competente, del escrito inicial de excusa y del posterior en cumplimiento del exhorto, se da traslado únicamente a una persona o vecino, que resultó ser el Presidente saliente, y a la propia Comunidad para que, a su vista y plazo de cinco días, aleguen por escrito lo que a su derecho convenga.

Recibido por esta parte el Auto del Juzgado de Primera Instancia competente, que procedió a desestimar la solicitud de excusa, el interesado denunció la ausencia de instrucción o indicación de recursos susceptibles de interposición, contra aquél, invocando el artículo 24 de la Constitución Española, y el artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁶ Entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 101/1998, de 18-5-1998, 183/1991, de 30-9-1991, 220/1997, de 4-12-1997, 211/1988, de 10-11-1988.

Efectivamente, y de un lado, el Presidente saliente manifiesta (párrafo primero) comparecer “en nombre propio y en representación de la Comunidad de Propietarios [...], en calidad de Presidente saliente que lo fue hasta fecha [...]”. Por otra parte, en el párrafo tercero, se indica: “Que entiende este Presidente saliente, y la propia Comunidad, que los argumentos aducidos por [...] no le excusan en absoluto para el ejercicio del cargo”. En definitiva, tuvo alegar tal Presidente saliente, como copropietario-Presidente saliente-cesado, pero no atribuyéndose la representación de la Comunidad, y en tal sentido tal actuación debe rechazarse.

Configurado el procedimiento del artículo 17.3ª LPH, como expediente de jurisdicción voluntaria con decisión sobre el fondo de la cuestión en atención a criterios equitativos, debe recalarse que ni la persecución de un objetivo contingente, como es el de la máxima celeridad en la resolución, ni el hecho de encontrarnos en jurisdicción voluntaria, son razones que, necesariamente, tengan que desembocar en la simplificación procedimental de su tramitación. Si bien una característica definitoria de la jurisdicción voluntaria, es la inexistencia de un procedimiento común a toda ella, sí son claras otras notas significativas: además de la citada simplificación, la preponderancia de la oralidad frente a la escritura, la necesaria concentración, y la inmediación.

Del párrafo tercero de la norma tercera del artículo 17 y de la norma segunda del artículo 13 de la LPH, se desprende que, para la resolución de estos expedientes, se precisa cumplir con los siguientes requisitos procedimentales mínimos (GARCÍA ARIÑO)⁷: iniciación a instancia de persona interesada; citación de “contradictores”; celebración de comparecencia; y resolución sobre el fondo de la cuestión atendiendo a criterios de equidad, al margen de posibles pruebas.

Necesariamente se debe llamar a determinadas personas a la comparecencia (“[...] oyendo en comparecencia a los contradictores previamente citados [...]”), según dispone el artículo 17.3ª LPH. Podrán tomar parte en la comparecencia: eventualmente, el solicitante del expediente (artículo 1814 LEC de 1881), los terceros, que por propia iniciativa o nombrados en el escrito de solicitud inicial, haya el juez tenido a bien citar por considerar que en los mismos concurría un interés legítimo; los terceros que no obstante no encontrarse en el supuesto anterior, el juez, estimare conveniente citar a comparecencia (artículo 1813 LEC de 1881), los terceros contradictores a los que el párrafo tercero de la norma tercera del artículo 17 LPH obliga a citar de forma necesaria. Según GARCÍA, “La peculiaridad que supone la citación de “contradictores” necesaria, es que el incumplimiento de la misma tiene que tener como consecuencia la nulidad

⁷ Obra citada, p. 177.

absoluta del procedimiento”, (pág. 205 de la obra citada *“Los supuestos juicios de equidad [...]”*), lo cual se sostiene por el solicitante.

Confirmando los criterios anteriores, cabe mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 24-9-1992: *“las resoluciones judiciales en equidad –laudos– que recaen sobre cuestiones de la competencia de la Junta de Propietarios están previstas para suplir el acuerdo de ésta sólo en relación con las cuestiones que pueden decidirse por mayoría y siempre que en las actuaciones judiciales haya habido citación no sólo de la Comunidad, sino de los partícipes contradictores; pero no hay análogo previsión para que en vía de equidad sean suplidos por el Juez aquellos acuerdos en que se exige la unanimidad”*.

En el supuesto de designación por votación de la Asamblea, podremos entender que contradictores cuya citación se hace necesaria serían todos los propietarios que votaron a favor de la elección del Presidente.

No obstante lo anterior, al *concepto de contradictor* se le ha de dar una interpretación amplia comprensiva, que incluya también a los ausentes a la Junta (FUENTES LOJO, MUÑOZ GONZÁLEZ, ARROYO LOPEZ-SORO). (A efectos de los antecedentes parlamentarios de la reforma de la LPH, que fuera operada por la Ley 8/1999, cabe recordar la enmienda número 26, del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, que proponía un párrafo segundo del artículo 12, del siguiente tenor: *“El Juez, oyendo a los propietarios y tras examinar los elementos de la convicción que en su caso aportasen, aprobará el motivo de relevo alegado [...]”*).

Esta tesis de amplitud también la apoya MAGRO SERVET (p.18): *“El primer problema que se plantea este apartado es definir que se entiende por contradictores a la hora de citarlos, junto al propietario designado a la comparecencia que establece este artículo. Una primera opción nos llevaría a entender que se debería citar a los propietarios que se opusieron a aceptar las causas de excusa que hubiere alegado el propietario que no deseaba aceptar el nombramiento. Ahora bien, como puede darse el caso de propietarios elegidos por sorteo o turno rotatorio que no hubiesen asistido a ninguna junta deberíamos entender que cuando la ley habla de contradictores se está refiriendo a todos los propietarios de la Comunidad”*.

Desde esta perspectiva, la posibilidad de oposición por parte de los contradictores llamados a la audiencia o comparecencia constituye un vehículo eficaz mediante el cual, los comuneros exteriorizan de forma individual una voluntad que les ha sido vetado manifestar a través de la Junta, coadyuvando así con el juez a desentrañar la veracidad de las alegaciones del Presidente, y, en definitiva, a salvaguardar la supuesta voluntad legislativa de considerar el desempeño del cargo como una carga ineludible. Por ello, a efectos de la comparecencia de interesados en este expediente, la postura mantenida ex-

trajudicialmente por un comunero en la elección del Presidente que pretende cesar en el cargo no puede vincular al mismo en relación a la postura que el mismo adopte durante la eventual tramitación de expediente. Esto es, en la comparecencia, cada comunero podrá mantener la postura que tenga por conveniente sin que se le pueda entender vinculado por un previo posicionamiento extraprocesal, ya que el mismo nada tiene que ver con las circunstancias que puedan haber llevado al Presidente a solicitar su excusa.

4. ALTERACION DE LA CONFIGURACIÓN Y APRECIACIÓN DE LA EQUIDAD Y DEL JUICIO DE EQUIDAD EN LA LEGISLACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Como ya se expresara por el solicitante en el escrito de preparación del recurso de apelación, la circunstancia de tratarse –la resolución apelada– de una resolución judicial –en forma de Auto– centrada en la equidad, de conformidad con el párrafo final del artículo 17 LPH, no sólo concede al juzgador un mero arbitrio libérrimo, sino que en ningún caso puede suponer una lesión en la tutela judicial efectiva, consagrada en el artículo 24 de la Constitución Española, por infracción de las normas del procedimiento de excusa del indicado párrafo final y del artículo 13.2 LPH, y además, por falta de motivación de la resolución jurisdiccional recurrida en apelación.

El artículo 3.2 del Código Civil establece que la equidad deberá ponderarse en la aplicación de las normas. Pero equidad e interpretación no constituyen conceptos plenamente equiparables. La equidad es un criterio de juicio (básicamente valorativo) que opera fuera del ámbito de la norma (aunque habilitado por ésta), y que, mediante la indagación de los concretos hechos concurrentes en el supuesto enjuiciado, debe encaminarse a corregir o integrar las imperfecciones de la misma en su aplicación a la resolución de aquél. Como señala CASTAN TEBEÑAS⁸, *“lo que hay es que esta equidad interpretativa se suele presentar en la práctica no como propia aplicación de un ministerio de equidad, sino embebida en la interpretación racional, lógica o teleológica... Significa –la llamada equidad interpretativa– que el juez está obligado en presencia de un texto positivo a adoptar (lo que desde 1974 se contiene en la fórmula “se ponderará”), en tanto su sentido no sea claro e inequívoco, la interpretación lógica que corresponda a la justicia”*.

Los juicios de equidad, como los juicios de Derecho, son una de las formas en que se puede presentar el juicio jurisdiccional, y en ellos los juicios de valor asumen siempre una importancia esencial en detrimento de los juicios lógicos e históricos. Como expresa GARRIGA ARIÑO, en su obra *“Los supuestos juicios de equidad en la ley de propiedad horizontal”* (Madrid, 2003), *“este juicio de equidad*

⁸ En la obra *La formulación judicial del derecho y el arbitrio de equidad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1953.

no constituye un juicio simple. La decisión equitativa, constreñida por el ámbito y extensión de la habilitación que el ordenamiento jurídico conceda a la discrecionalidad decisoria judicial, en todo caso requiere de un previo juicio por parte del juez sobre ese particular, así como una investigación y fijación de los hechos controvertidos. El juicio de equidad constituye, por tanto, un juicio complejo”.

El juicio sobre los hechos adquiere una importancia crucial. Por ello, al depender la decisión concreta, en gran medida, del juicio valorativo del juez, el exacto conocimiento de los hechos objeto del debate se hace, si cabe, más necesario que en el juicio de Derecho. Y, así, debe subrayarse que en los autos, ahora apelado, el juzgador no ha tenido conocimiento suficiente de las circunstancias diversas y concurrentes alegadas en el escrito inicial de promoción de la excusa, no ha tendido al superior interés comunitarios, que el propio legislador español ha considerado objeto de salvaguardia, no ha podido recabar un juicio previo sobre el alcance y veracidad de los motivos alegados; ha oído exclusivamente al Presidente saliente de la Comunidad, cesado en su cargo el mismo día -11-3-2004- en el solicitante fue elegido Presidente de la Comunidad, dando por buenas sin más sus alegaciones, no ocupándose en el Auto de llevar a cabo una valoración de las causas o motivos alegados; no recabando de los restantes copropietarios o de la propia Comunidad o Administrador de Fincas la determinación de todos y cada uno de los presidentes anteriores, que hubiera demostrado que también existen de facto otros vecinos, de viviendas, locales y trasteros, del inmueble que no habían ejercido el cargo hasta la fecha.

En definitiva, el juzgador de instancia no configurado la equidad como “el gran factor de aproximación del derecho a la vida” (CASTAN TOBEÑAS), como religada a los principios generales de justicia (DE CASTRO), proyectados al caso concreto.

Como escribe VALLET DE GOYTISOLO⁹, “la equidad se apoya (tal cual debe siempre ser) en algún principio general de derecho, los cuales tienen “carácter informador del ordenamiento jurídico, como dice el artículo 1.4 CC. Siendo así la equidad, nunca descansará exclusivamente en sí misma –pues entonces sería tanto como una equidad cerebrina o meramente sentimental–, pues siempre se apoya en algún principio más o menos general informador del propio ordenamiento jurídico”. Igualmente señala (pág. 120): “en modo alguno cabe considerar que se conceda al juez un mero arbitrio libérrimo, ni que se le permita una actuación intuitiva no contrastada”, como sucede en el Auto apelado.

⁹ Discurso sobre *La interpretación según el Título Preliminar del código Civil*, Discurso leído el 18-11-1996. En la apertura del curso 1996-1997, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1996, p. 10.

De otro lado, respecto de las causas alegadas por la parte en su escrito inicial de excusa, se destaca en este momento la nueva orientación de la doctrina (LOSCERTALES, Magro), de un lado, en la configuración y articulación de la primacía del interés superior de la Comunidad de propietarios, y de otro lado, en la configuración de la obligatoriedad del nombramiento del Presidente de la Comunidad de Propietarios en régimen de propiedad horizontal, no como una obligación *propter rem*, de las enumeradas en el artículo 9 LPH, que nacen a cargo del sujeto por el hecho de ser titular del piso o finca, sino como un efecto o circunstancia legalmente prevista por decisión de la Junta de propietarios de una condición y de un cargo de existencia obligatoria según la LPH (como sucede con la obligatoriedad de los cargos de miembro de Jurado o de vocal o presidente de la junta electoral, según la legislación sobre jurado y las normas sobre régimen electoral general).

5. JURISPRUDENCIA MENOR SOBRE PROCESOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y EQUIDAD

También, algunas sentencias de Audiencias Provinciales consultadas destacan, en procesos específicos de equidad en materia de propiedad horizontal, entre otras cosas, los siguientes extremos:

a) *“la decisión judicial está encaminada a suplir la falta de acuerdo de los propietarios buscando en lo posible el mayor y más equitativo beneficio para los intereses de la Comunidad en su conjunto. (sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 26-6-2001, número 328/2001, rec. 287/2001), revocando parcialmente la sentencia de primera instancia, que también añade lo siguiente: “esta Sala se encuentra legitimada para entrar a conocer sobre una apelación interesada además por ambas partes en el litigio, máxime cuando se aprecian pronunciamientos en la sentencia de equidad del Juez de instancia que merecen ser sustituidas por otras más “equitativas” y por tanto más beneficiosas a la vista de las circunstancias para el adecuado y pacífico funcionamiento de la Comunidad de Propietarios”.*

b) Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz de 5-2-2000, rec. 338/1999, sobre nombramiento en equidad de Presidente y Secretario de la Comunidad, pone de manifiesto que las razones expuestas por el juzgador de instancia en los fundamentos deben ser equitativas.

Igualmente la doctrina última viene admitiendo, en aras siempre a la situación de hecho, las circunstancias de la finca y el sentido común, como ejemplo de causa suficiente para la excusa del cargo de Presidente de una Comunidad de Propietarios, la “ausencia en lugar distante” (VENTURA TRAVESET¹⁰, indica:

¹⁰ *Derecho de Propiedad horizontal*, Bosch, 2000, p. 458), y en la obra *“Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal después de la reforma de 6 de abril de 1999 y de la nueva Ley de Enjuicia-*

“habría que estar al caso concreto [...]. Creemos, de todas formas, que será causa [...] no residir en la localidad donde estuviera ubicada la finca”).

LOSCERTALES¹¹ apunta: *“En mi opinión sería suficiente [...] residir en localidad lejana a la finca, es decir, cualquier hecho objetivo que impida un desarrollo normal de sus funciones, aparte de que es conveniente señalar que a nadie se le podrán pedir responsabilidades por actuaciones carentes de negligencia, que es el concepto básico a tener en cuenta, por lo que sería absurdo que una Comunidad, conociendo la situación, pretendiera que un Presidente que vive a 500 kilómetros de distancia, por decir ejemplos válidos, esté en posición de decidir y comprobar el mal servicio de calefacción, o del ascensor, o de cualquier servicio común. Me parece que es aplicable el principio de la culpa in eligendo, de tal manera que tan responsable o más es el que designa a una persona para un puesto sabiendo de sus limitaciones, como el propio nombrado”*.

c) El caso concreto expuesto en el punto primero del presente trabajo, sobre la desestimación de excusa planteada por el Presidente de la Comunidad de Propietarios nombrado por la Asamblea General, residente fuera del municipio del lugar del inmueble en régimen de propiedad horizontal, fue resuelto por la Audiencia Provincial de Zaragoza, mediante Auto –que no Sentencia– de fecha 14-3-2005, dictado en el recurso de apelación, autos de jurisdicción voluntaria 57/2004. En este pleito se planteaban dos cuestiones de naturaleza procesal:

- *Sobre la recurribilidad de los Autos de los Juzgados de Primera Instancia, en procedimientos de equidad*. En este punto, la materia no es pacífica. Algunas resoluciones judiciales se muestran proclives a una tesis favorecedora de la revisión de la decisión del juez *a quo*, por el tribunal *ad quem*, al entender que la nueva redacción de la Ley de Propiedad Horizontal, por Ley 8/1999, al suprimir en el artículo 17.3 lo previsto en el precedente artículo 16.3, sobre el carácter ejecutivo e inapelable de la decisión judicial en equidad, supondría una voluntad tácita de la ley, en aquel sentido de admitir la apelabilidad de aquella decisión. Así se expresan el Auto y la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 15-4-2000 y 26-6-2001, respectivamente, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 2-12-2003, si bien esta última de forma dubitativa al razonar en aquel sentido pero de forma provisional, pues dice *“a falta por el momento de una doctrina jurisprudencial al respecto”*.

La Audiencia de Zaragoza disiente de la tesis precedente en los siguientes términos: *“Si se observa con detenimiento la redacción del artículo 16 de la precedente redacción de la LPH 49/1960, se observa que en las normas segunda y tercera del mismo se recogen dos supuestos en los que procede acudir al denominado “juicio de*

miento de 7 de enero de 2000”. Tomo I, J.M. Bosch Editor, 2000, p. 468,

¹¹ *Propiedad horizontal. Comunidades y urbanizaciones*. 4º edición, Sepin, p. 179.

equidad”: Cuando las mayorías de determinados acuerdos no pudieran obtenerse por los métodos ordinarios y cuando un acuerdo se considerara gravemente perjudicial para los propietarios que representen la cuarta parte, al menos de las cuotas de participación. Sin embargo, la irrecurribilidad sólo se predica expresamente respecto a este segundo supuesto. No en atención, por lo tanto, a la naturaleza del procedimiento, sino a la materia sobre la que recaerá el juicio de equidad. Por lo tanto, el hecho de que el actual 17.3º no hable de la irrecurribilidad de la resolución judicial no es sino un trasunto literal del antigua 16, segunda. Sin embargo, la materia objeto de enjuiciamiento se recoge en el artículo 13.2 de la ley actual y allí con claridad palmaria se establece que “el juez, a través del procedimiento establecido en el artículo 17.3º, resolverá de plano lo procedente [...]”. No cabe duda de que ese tenor (“de plano”) hace referencia a la irrecurribilidad de la decisión que recaiga sobre el relevo del presidente de la comunidad. Amén de que el hecho de que el fundamento de la resolución judicial sea en “equidad” apoyaría –según un amplio sector doctrinal– la imposibilidad de recurso y, por ende, de revisión de los resuelto por el “juez a quo”.

- Sobre la posible indefensión por falta de motivación de la resolución del Juzgado de Primera Instancia y ausencia de la “comparecencia” a que se contrae el artículo 17.3 de la Ley de Propiedad Horizontal. Esta materia resulta más interesante, por su relevancia y amparo, si bien la Audiencia Provincial, en lugar de entrar en una valoración y decisión concreta sobre ese punto, apuntó que “la posible nulidad que hubiera podido derivarse de la no celebración de la “comparecencia” a que se refiere el artículo 17.3 deberá resolverla el órgano que dictó la resolución de fondo, como previene el artículo 241 L.O.P.J”., lo que provoca la vuelta a la instancia a quo, para un pronunciamiento puntual sobre la alegada nulidad del Auto comentado, en sus hechos, en el punto primero de esta colaboración.

Novedades del matrimonio en el Derecho Civil español

RAMÓN DURÁN RIVACOBIA (*)

SUMARIO: 1. Breve trayectoria histórico-normativa. 2. El matrimonio entre personas del mismo sexo. 2.1. Contexto constitucional. 2.2. Expresión legal de la iniciativa. 2.3. La filiación como elemento jurídico diferenciador de los matrimonios entre personas de distinto e igual sexo. 2.4. La posible filiación en los matrimonios entre personas de idéntico sexo. 2.4.1. Adopción por matrimonios homosexuales y su polémica. 2.4.2. La reforma de la Ley de fecundación asistida para el matrimonio entre mujeres. 2.4.3. Licencia del veto a las gestaciones por sustitución. 3. La separación y el divorcio: Inminencia y automatismo. 4. La convivencia more uxorio. 4.1. La tesitura legal de las parejas estables en España. 4.2. El problema conflictual en su vigencia. 4.3. Paradójica disolución causal. 5. Addenda: la iniciativa sobre la elevación de la edad mínima para contraer.

Me cupo la fortuna de conocer al Prof. Dr. D. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE gracias a la intervención que tuve junto con él y el Prof. BULLARD en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, en el transcurso de la Reunión Internacional “Contratación en masa y defensa del consumidor en el umbral del Siglo XXI”, que tuvo lugar en Lima 23 de agosto de 1999. Su trato exquisito y la profundidad de su pensamiento me rememoró a mi maestro, el Prof. Dr. D. Amadeo DE FUENMAYOR, y tantos otros insignes académicos que marcaron una época y un estilo personal y científico inigualable. Resulta una iniciativa que honra a sus discípulos la organización de tan sentido acto de homenaje, que, no por justo, deja de constituir un hecho digno de agradecimiento por quienes nos nutrimos de su envidiable magisterio.

1. BREVE TRAYECTORIA HISTÓRICO-NORMATIVA

(*) Catedrático de Derecho Civil y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, España.

Tras la profunda modificación del Código Civil español en materia de familia (año 1981), con motivo de las necesarias adecuaciones constitucionales del vetusto panorama legal en la disciplina, en el año 2005 se ha emprendido una reforma de enorme calado el matrimonio en España.

El texto previo provino de la versión operada en el año 1958 y tuvo como fundamento el sistema de matrimonio civil subsidiario –solo podían contraerlo quienes no profesaran la religión católica, si bien su puesta en práctica evolucionó hasta el sistema optativo puro de tipo latino–, el veto del divorcio y el régimen de filiación que discriminaba claramente con arreglo al origen legítimo o no de la prole, según las pautas heredadas del *Code Napoleon* y contra la más flexible tradición histórica española desde la Leyes de Toro (año 1505).

A partir de la Constitución española de diciembre 1978, como digo, mediante leyes ordinarias –11/1981, de 13 de mayo, *de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*; y 30/1981, de 7 de julio, *por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*– se cambiaría en sustancia el sistema matrimonial. A mi juicio, ahora para el matrimonio canónico es latino en la etapa de la celebración, con arreglo a lo pactado con la Santa Sede gracias a los Acuerdos Jurídicos (enero de 1979), pues no contempla para este modelo expediente civil alguno, y protestante respecto a la disolución, por cuanto el divorcio se aplica “*cualquiera que sea la forma de celebración*”. Además, del divorcio vincular, se introducen normas de administración y disposición conjunta por los cónyuges de los bienes matrimoniales en comunidad (sociedad legal de gananciales), contemplando asimismo el régimen voluntario de participación, y la disciplina del orden económico-matrimonial primario, a la vez que se establecía la igualdad en la filiación con independencia de su origen.

Esta evolución es muy significativa y resulta llamativo que algún Catedrático de Derecho Constitucional¹ considere que rechazaba el Código Civil el matrimonio de homosexuales por puro anacronismo: habida cuenta que data del Siglo XIX, requería una urgente armonización constitucional. Sorprenden ciertos olvidos sobre una Ley del año 1981 y tan representativa como la del divorcio. “No es cierto lo que se dice sobre el desfase de nuestro Código Civil, debido al momento de su promulgación. La regulación del Código actualmente vigente con respecto al matrimonio no es la de 1889, sino que es de 1981, y fue precisamente introducida por el legislador para adecuar el Código a nuestra Constitución”². Ahora bien, a la vista de la Exposición de Motivos de la Ley

¹ Cfr. PÉREZ ROYO. *El País*. 22 de enero y 6 de febrero de 2005.

² BERCOVITZ. *El matrimonio de los homosexuales*. En: “Aranzadi, Civil”, N° 15, 2004.

13/2005, de 1 de julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, esa parece ser la pauta errónea mantenida: *“la regulación del matrimonio en el Derecho Civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales. Su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889. En este contexto, el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial”*. Cualquiera diría que semejante *lapsus* parece intencionado, pues la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio, con tal solo una semana de intervalo recupera la memoria: *“la Constitución de 1978 contiene en su artículo 32 un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos. –La Ley 30/1981, de 7 de julio, modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, así como el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio, de conformidad con los entonces nuevos principios–. Ello suponía promover y proteger la dignidad de los cónyuges y sus derechos, y procurar que mediante el matrimonio se favoreciera el libre desarrollo de la personalidad de ambos. A tal fin, la ley habría de tener en consideración que, sistemáticamente, el derecho a contraer matrimonio se configuraba como un derecho constitucional, cuyo ejercicio no podía afectar ni, desde luego, menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos en el matrimonio, y que, por último, daba lugar a una relación jurídica disoluble, por las causas que la ley dispusiera”*.

Los actuales cambios operados afectan en sustancia sobre la disciplina matrimonial, por lo que a esta cuestión me ceñiré, aun cuando contiene algunas disposiciones anexas de menor relieve y, sobre todo, accesorias respecto a la materia que aquí nos ocupa.

En la primera de las leyes modernas de modificación del Código Civil español se plantea la permisión del matrimonio entre homosexuales. Con ello se aborda la llamada *reforma del modelo de familia*. Sin perjuicio de las modificaciones legales más o menos discutibles que se quieran introducir en los instrumentos y cauces de convivencia, aquí nos topamos con el intento de cambiar la propia naturaleza de las cosas sobre la que opera el ordenamiento jurídico.

2. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

El reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo se consigue a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*. Su estudio requiere una breve introducción acerca del panorama constitucional español en el asunto.

2.1. Contexto constitucional

El artículo 32.1 de la Constitución española establece que *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”*. Frente a ciertas interpretaciones que consideraban que dicho inciso solo garantizaba que cualquier hombre y cualquier mujer tuvieran trato igualitario en su matrimonio, al margen de las relaciones mutuas que pudieran emprender –es decir, que más que identificar a los componentes del matrimonio, aseguraba el equilibrio de sus derechos conyugales con independencia del sexo de los contrayentes–, los criterios más seguros y mayoritarios estaban muy en la línea de la nitidez del texto constitucional, habida cuenta que sólo este derecho contempla el protagonismo de hombre y mujer. Bien miradas las cosas, sostener dicha exégesis también permitiría el matrimonio poligámico, pues el texto constitucional contempla el género, pero no el número. Nada obstaría contra la igualdad en un matrimonio múltiple de varios cónyuges del mismo sexo. Afortunadamente, a mi juicio, no se ha llegado a dicho extremo, pero la hermenéutica no es a menudo un instrumento neutro en el campo jurídico.

En efecto, como aduce la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 21 de enero de 1988, *“no hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial. Y este concepto tradicional es el que recogen, sin duda alguna, las normas vigentes en España”*. *“El hecho de que el artículo 32-1 de la Constitución proclame que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión “entre sí”, la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo”*. *“El artículo 32 es el único que se preocupa de precisar que “el hombre y la mujer” son los titulares del ius nubendi, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como “todos”, “toda persona”, “se garantiza”, “se reconoce”, “tienen derecho””*.

En suma, *“como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no existe un derecho constitucional a contraer matrimonio (o unión civil de análoga significación) para las personas del mismo sexo, “todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional””* (Auto del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2004).

Las consecuencias de un hecho tan palmario resultan esclarecedoras. En el panorama de las instituciones jurídicas españolas de mayor prestigio –el Consejo de Estado³, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁴ y el Consejo General del Poder Judicial⁵– existe unánime defensa del carácter heterosexual del matrimonio, asimismo contemplado en la Constitución. Igualmente, alega la doctrina científica las poderosas razones que impiden empresas tan arriesgadas como abrir el matrimonio a personas del mismo sexo. No me refiero sólo a la postura pacífica mantenida tras la reforma operada en el Código Civil en el año 1981 por causa de su adecuación constitucional, sino también a las opiniones vertidas acerca del cambio presente. Al margen de las opciones políticas y mentalidades que cada uno asuma, existe amplia identidad de criterio. Aparte de los autores que más previsiblemente se oponen a la iniciativa⁶, la controversia es amplia y abarca prácticamente toda la gama del espectro ideológico, como también sucede con las opciones políticas y sociales⁷.

DÍEZ-PICAZO aduce, con su habitual maestría, que “tanto en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos como el artículo 32 de la Constitución se presta una garantía institucional a una institución muy concreta como es el matrimonio, que es contraído por un hombre y una mujer y que tiene una función institucional como es la creación o fundación de una familia. Porque carecen de tal perfil institucional, no hay razón alguna para fomentar otro tipo de uniones, sin perjuicio de encontrar para ellas soluciones justas”. Es decir, “los datos de procreación y matrimonio, nos colocan en el buen camino de encontrar el sustrato último de la idea de familia y por ello es derecho de familia”, mientras que “otro tipo de uniones que las personas establezcan entre sí, tienen un carácter asociativo, y haciendo abstracción de la procreación, no pertenecen al ámbito del derecho de familia”⁸.

Tales ideas también son suscritas por el *Informe* la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, a cuyo juicio, “la función social del matrimonio consiste en ser el momento fundacional de una familia entendida como pro-

³ Cfr. *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, de 16 de diciembre de 2004. En adelante *Dictamen*.

⁴ Cfr. *Informe que emite acerca del proyecto de modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, aprobado por el Pleno de Académicos de Número en Sesión del día 21 de febrero de 2005. En adelante, *Informe*.

⁵ Cfr. *Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, de 26 de enero del año 2005. En adelante, *Estudio*.

⁶ V. gr. ALBALADEJO, DE LOS MOZOS o GARCÍA CANTERO. Estos últimos en AAVV., *La reforma del modelo de familia en el Código Civil español*, Madrid, 2005.

⁷ Cfr. JOSPIN, en *Le Journal du Dimanche*, 16 de mayo de 2004.

⁸ Prólogo a ROCA I TRÍAS, *Familia y cambio social (de la “casa” a la persona)*, Madrid, 1999, pp. 20 y ss.

genie. Es verdad que el ordenamiento reconoce variantes matrimoniales sin fundación de familia, o lo que es lo mismo sin la progenie. Ocurre así en los matrimonios de personas de edad avanzada o en los casos de esterilidad por regla general. Mas las excepciones confirman la regla general". Asimismo, se reafirma en el *Dictamen* de Consejo de Estado que, "como ha afirmado el Tribunal Constitucional, no existe un derecho constitucional a contraer matrimonio (o unión civil de análoga significación) para las personas del mismo sexo, "todo lo contrario al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional" (Auto 222/1994, de 11 de julio)". Es decir, "el artículo 32 <CE> reconoce un derecho constitucional al matrimonio entre hombre y mujer y no lo reconoce, en cambio, a las parejas del mismo sexo". Esas mismas palabras han sido asumidas en declaraciones públicas por la mayoría de los miembros de la Ponencia Constitucional de 1978. Por lo que "abrir el matrimonio a las personas homosexuales ofrece serias y muy fundadas dudas sobre la constitucionalidad" a juicio del *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial.

La ley que autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo fundamenta su iniciativa sobre la base de otras normas y principios constitucionales. "Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta".

Sin embargo, el reconocimiento del matrimonio entre homosexuales no admite su exclusivo análisis desde la perspectiva de los derechos individuales; y, ello, por dos motivos. El primero sería que, bajo dicho único prisma de promover las distintas afectividades, también ofendería el matrimonio monogámico. No se diga que las fórmulas múltiples en sus protagonistas atentan contra la igualdad de sexos, porque puede concebirse tanto la poliandria como la poligamia; y, además, nada impide que sean todos los contrayentes múltiples del mismo sexo, lo que ahora se prohíbe, a mi juicio sin excesiva lógica fuera del dato antropológico que se deroga para el matrimonio homosexual. En realidad, admitir estos matrimonios atañe al conjunto, a todos, porque se cambia la esencia del vínculo básico de la especie humana⁹. Es cierto que la Constitución española reconoce al libre desarrollo de la personalidad como

⁹ Cfr., en contra, SALVADOR CODERCH. *Igualdad de sexo y matrimonio*. En: "El País", 6 de septiembre de 2010; a favor, ARECHEDERRA ARANZADI, *El matrimonio es heterosexual*, en "Actualidad Aranzadi Civil", 24 de febrero de 2005, pp. 7 y ss.

uno de los fundamentos “*del orden político y de la paz social*”, pero sólo en el marco del “*respeto a la ley y a los derechos de los demás*” (artículo 10.1 CE).

Respecto de lo segundo, ya el Centro Directivo expresó que “la diferencia de tratamiento entre la unión heterosexual y la homosexual obedece a motivos objetivos, razonables y fundados”. Además existen argumentos constitucionales suplementarios, como que, con arreglo a su artículo 10.2, “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España*”. Pues bien, en el capítulo de los Textos Internacionales, a juicio del Informe de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 provoca –en virtud de su artículo 16, 1: “*los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*” – que “la extensión del matrimonio a las parejas homosexuales sería inconstitucional”. A esta misma tesis se suma “el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 12) o en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 (artículo 23.2)”.

Sin perjuicio de que, con toda verdad, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005 recoja “*la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994, en la que expresamente se pide a la Comisión Europea que presente una propuesta de recomendación a los efectos de poner fin a la prohibición de contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, y garantizarles los plenos derechos y beneficios del matrimonio*”, tampoco “es menos cierto que el mismo Parlamento aprobó el 14 de diciembre de 1994 la Resolución sobre la protección de las familias y unidades familiares al final del Año Internacional de la Familia en la que se descartó el párrafo que pretendía incluir como familia a las parejas homosexuales (cfr. DOCE C/18, de 23 de enero de 1995)” (Estudio del Consejo General del Poder Judicial). Ahora bien, el escaso valor jurídico de tales instrumentos, son más bien programáticos, les resta mucho relieve comparados con los textos anteriores.

En fin, como sugiere BERCOVITZ, “no es cierto que la modificación que se pretende sea compatible con la redacción actual del artículo 32.1 de nuestra Constitución”¹⁰. Sin embargo, la reciente Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional, de 6 de noviembre, ha resuelto, por mayoría y con votos

¹⁰ *Op. y loc. Cit.*

particulares en contra, la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Los argumentos utilizados en su favor, a mi juicio, resultan jurídicamente muy discutibles, pero no es el momento, por razones de concisión, de abordarlas con profundidad.

2.2. Expresión legal de la iniciativa

Habida cuenta que no existía en España el necesario consenso social en cuanto al matrimonio de homosexuales (sería bueno admitir que cuando en la experiencia comparada se ha sometido el asunto a *referendum* popular fue desestimado) y como quiera que tampoco concurrían la mayorías políticas necesarias para variar la Constitución, se abordó la reforma del Código Civil, en suma una ley ordinaria, para promover la iniciativa en este punto.

Hay que reconocer que dicha forma de actuar resulta significativa e incluso contraproducente, porque, según lo dispuesto en el artículo 44 del Código Civil, *“el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”*. Es decir, contiene la esencia de cuanto también dispone la Constitución. Sin embargo, se introduce un segundo inciso que contradice de lleno al primero: *“el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*.

A esa idea responde la Ley 13/2005. Su Exposición de Motivos arranca muy decididamente, con fórmulas magistrales: *“los efectos del matrimonio, que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes”*. Sic: efectos únicos, en su integridad, respetando la configuración objetiva del matrimonio, en todos los ámbitos y al margen del sexo de los contrayentes. Con arreglo a este principio, BERCOVITZ aventura que *“se echa en falta una disposición adicional que prevea que todas las referencias al marido y a la mujer o esposa, al padre y a la madre, contenidas en preceptos legales se entiendan realizadas al o a los cónyuges, así como a los padres (¿y a las madres?) respectivamente”*¹¹.

Parcialmente conducen a esta conclusión, en el plano nominal al menos, dos Órdenes del Ministerio de Justicia español dictadas en complemento de la ley. La primera, de 8 de febrero del año 2006, establece que, para impedir tratamientos inadecuados en matrimonios homosexuales, los cónyuges se designen por letras, de modo que no se hable ya de hombre y mujer, marido y esposa, sino de Cónyuge A y B. Por idénticos motivos, en las adopciones de matrimonios homosexuales, se tratará de Progenitor A y B por padre y madre,

¹¹ *Ibidem.*

según la Orden fechada el 6 de marzo de 2006, que también sirve para las filiaciones reconocidas para los matrimonios entre mujeres.

Sin embargo, ha de reconocerse que la iniciativa de obviar la diferencia de sexos en el matrimonio es sólo válida en el terreno ideológico. La propia ley no tiene otro remedio que reconocer las limitaciones antropológicas que obran en el supuesto, y asume que “*subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales*”. Parece descubrir en el penúltimo párrafo de la Exposición de Motivos el dato de que sólo los auténticos matrimonios, los heterosexuales, están abiertos a propagar la vida. No es un tema secundario, de relieve más bien superfluo, resulta el *quid* de la cuestión, pues gracias a dicha causa siempre han merecido el *favor iuris*.

Una cosa es que se otorgue reconocimiento a las parejas homosexuales, y otra muy distinta su elevación al *status* de matrimonio, que comporta hechos de una extraordinaria relevancia jurídica y social. Por encima de todos, destacan los efectos relativos a la filiación. Aquí radica el fin, origen y sentido de su categoría ontológica, compartida de forma casi universalizada, incluso al punto de que su nombre proviene de la unión de *matris munus* (rol de madre). El *consortium omnis vitae* que reclamaba MODESTINO para fundar una familia. El matrimonio, sin eufemismo de ninguna especie, constituye la fuente principal de procreación¹². La fecundidad humana reclama estructuras estables que permitan el mejor desarrollo y protección de los nuevos seres, lo que resulta una básica exigencia de la especie y de paso señala el más importante fundamento del Derecho. Ahora bien, si destruimos las raíces antropológicas en que se basa el matrimonio, acto seguido la filiación sufrirá paralelo embate. A tales efectos, las parejas humanas no son equivalentes con independencia de su opción sexual. La heterosexual engendra hijos y la homosexual no. Luego lo abusivo es entonces pretender un trato único para realidades distintas, máxime cuando la diferencia es precisamente uno de los eslóganes de la reivindicación homosexual. Como expresó el ilustre civilista que presidía las Cortes en el discurso de presentación del texto constitucional, “la igualdad en el Derecho no es como la igualdad de los objetos materiales, <que> consiste en su identificación, en su semejanza”¹³.

Lejos de mantener una deseable neutralidad en este marco, recientes decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado imponen

¹² Cfr. SERRANO ALONSO. *El nuevo matrimonio civil*. Madrid, 2005.

¹³ HERNÁNDEZ GIL. En: “*Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*”, IV, Madrid, 1980, p. 4.945.

pautas muy discutibles en la disciplina para favorecer al matrimonio homosexual. Un ejemplo elocuente constituye la Resolución de 29 de julio de 2005, que plantea si el matrimonio contraído por españoles del mismo sexo en el extranjero antes de la reforma por Ley 13/2005, de 1 de julio, que lo autoriza en España, son válidos. Poderosas razones relativas a la irretroactividad de la Ley obstan a su mantenimiento, mas el Centro Directivo entiende que “igualmente se ha de reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado ante autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2005”, pues “no puede oponerse a lo anterior la falta de eficacia retroactiva de las Leyes que no dispongan lo contrario (cfr. artículo 2 núm. 3 CC), ya que el problema no es el de una aplicación retroactiva de la nueva norma, sino el del reconocimiento actual de una institución antes desconocida en España, la del matrimonio de personas del mismo sexo”. Es muy discutible que pueda el *favor matrimonii* entre personas del mismo sexo permitir semejante licencia de los principios básicos del ordenamiento jurídico.

En idéntica línea, la propia Resolución también permite la posibilidad de un matrimonio entre personas extranjeras del mismo sexo en España, sin perjuicio de que con arreglo a su ley personal quede prohibida dicha hipótesis. No tendría sentido alguno que se aceptara este modelo vedado en su ordenamiento propio, como si fuera un simple modo de contraer, máxime cuando no se autoriza por ninguna de las leyes personales de los contrayentes. Con todo, el Centro Directivo acepta “el supuesto de los matrimonios celebrados entre extranjeros del mismo sexo residentes en España, incluso en el caso de que ninguna de sus respectivas Leyes nacionales permitan tales matrimonios”. Los argumentos utilizados para solventar los evidentes obstáculos jurídicos de la idea no pueden ser más audaces, pues a su entender “el Encargado del Registro Civil español no debe operar, desde el punto de vista de las funciones que tiene atribuida, como “guardián” del sistema legal extranjero por lo que no debe negar la posibilidad de contraer matrimonio en España a personas del mismo sexo por la sola razón de que en el país del que son nacionales los cónyuges, dicho matrimonio no producirá efectos”. La simple ocurrencia de que la prohibición de la hipótesis en los respectivos Derechos personales de los contrayentes, y la ineficacia que de tal fenómeno resulta, constituya un hecho baladí causa verdadero asombro. La sorpresa crece todavía cuando ahonda en su desarrollo, pues “resulta patente el paralelismo y similitud con los supuestos en que esta Dirección General ha invocado la excepción del orden público para excluir la aplicación de Leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre personas de distinta religión (“*disparitas cultus*”) o de aquellas otras que, por no reconocer un cambio legal de sexo judicialmente declarado, impiden el matrimonio de un transexual extranjero por persona de su mismo sexo cromosómico, pero distinto sexo legal, similitud que debe

conducir a acoger la misma solución de la exclusión en la aplicación de la Ley extranjera en el caso ahora considerado por razones de analogía". No parece razonable aducir que la prohibición de matrimonios por motivo de la disparidad de cultos que pertenece a culturas jurídicas muy rudimentarias y se opondrían al principio de orden público dictado en virtud de la libertad de culto, sea ni por asomo asimilable a un modelo de matrimonio ente personas del mismo sexo, prácticamente desconocido en el entorno jurídico más avanzado. Constituye una exageración insostenible pretender que "la diversidad/ identidad de sexos está ligada a la propia concepción del matrimonio, forma parte constitutiva de su propia naturaleza institucional, por lo que no se ha de abordar el problema desde la perspectiva de la capacidad matrimonial, lo que podría suponer la apreciación de un vicio de nulidad no convalidable por falta de capacidad en tales matrimonios. Buena prueba de que tal planteamiento no es el correcto es la de que si se repasan exhaustivamente las causas de nulidad del matrimonio recogidas en el artículo 73 del Código Civil no se encontrará en dicho elenco ninguna vinculada a la identidad de sexos de los contrayentes". No hay que reparar mucho en la Historia del Derecho en relación con la categoría de la inexistencia para conocer el alcance de tales afirmaciones. En fin, pretender que la permisón del enlace de personas del mismo sexo integra la naturaleza institucional del matrimonio es la mejor prueba de que una cosa es aceptar el matrimonio de homosexuales y otra definir su esencia misma por dicha circunstancia. Se ha pasado, por asombroso que parezca, del que nada cambia en el fondo y se trata de recoger la reivindicación de algunos sectores minoritarios de la población, a que nada sea igual después de la reforma. Tal parece que se fomenta una especie de turismo matrimonial transfronterizo entre personas del mismo sexo.

2.3. La filiación como elemento jurídico diferenciador de los matrimonios entre personas de distinto e igual sexo

El propósito de la identificación entre los matrimonios al margen de la identidad sexual de los cónyuges resulta imposible, pues el propio legislador, en un arranque de lucidez, se muestra consciente de las limitaciones reales de sus propósitos de reforma, que chocan con elementos antropológicos incontestables, por mucho que se opongan poderosas fuerzas ideológicas.

La distinción entre hombre y mujer ahora descartada para el matrimonio, se mantiene sin embargo de manera básica en orden a la descendencia. Es conocido que la filiación matrimonial –esquema ordinario y deseable para el entramado jurídico y sociológico– se determina de forma mayoritaria mediante las llamadas presunciones de paternidad, a partir de la vigencia del

principio *mater semper certa est*, si quiera sea limitado¹⁴. En síntesis, constante matrimonio, el marido se presume padre del hijo de su mujer (cfr. artículos 116 y 117 CC) y “*aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*” (artículo 118 CC). Incluso con arreglo al artículo 136 del propio Código Civil español, “*el marido podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil*”, por mucho que las pruebas biológicas posteriores señalen a otro progenitor. Este precepto ha recibido una interpretación claramente correctora, y al alza, del Tribunal Constitucional español a partir de las Sentencias del Plenario 138 y 156/2005 de 26 de mayo y 9 junio, respectivamente. Luego el axioma de que “*la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí*” (artículo 108 CC), se mantiene sólo para los matrimonios heterosexuales, capaces de suyo de albergar hijos comunes por naturaleza.

El dato tiene una enorme trascendencia que no cabe desconocer. La gran mayoría de la filiación en las sociedades avanzadas es matrimonial y se determina gracias a las presunciones establecidas en el Derecho, sobre un fenómeno tan cierto y exclusivo de la heterosexualidad como la generación compartida por hombre y mujer unidos en matrimonio. Esta certeza estadística deviene casi absoluta en el terreno de los valores. Pocos negarán que resulta óptimo, por motivos de permanencia y estabilidad características de los núcleos familiares, que las criaturas nazcan al amparo de instituciones garantistas de su completo desarrollo armónico en los distintos aspectos de la personalidad. Un hecho tan paladino resiste, sin embargo, la pretendida indiferencia del sexo de los cónyuges. Los matrimonios homosexuales no pueden determinar la filiación matrimonial por presunciones de actos que nunca generarán nuevos individuos y así debe reconocerlo la ley al margen de pretensiones ideológicas que acerca de la disciplina matrimonial se deseen imponer.

La famosa equivalencia de “*análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual*” (artículo 16.1 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de *Arrendamientos Urbanos*), que venía empleándose por el ordenamiento jurídico español se desvela como un eufemismo muy políticamente correcto, pero no por ello exacto, ni aceptable. No hay similitudes que ignoren la orientación sexual, al menos para el matrimonio y la familia. La técnica de completa igualdad que propugna la Ley 13/2005 resulta simple y a la vez escasa. BERCOVITZ lo denuncia, porque “*las cosas se complican algo cuando*

¹⁴ Cfr. DURÁN RIVACOBA. *El anonimato del progenitor*. En: “*Aranzadi Civil*”, mayo de 2004, pp. 15 y ss.

se trata de extender ese régimen matrimonial único, con independencia del sexo de los cónyuges, a las relaciones de filiación (patria potestad), en las que hay que prever la posibilidad de que los cónyuges homosexuales tengan hijos comunes, aunque los mismos no sean (no pueden ser) fruto de su relación sexual”¹⁵.

2.4. La posible filiación en los matrimonios entre personas de idéntico sexo

2.4.1. Adopción por matrimonios homosexuales y su polémica

Con todo, cabe imaginar fórmulas hábiles para que los matrimonios homosexuales consigan descendencia, que, sin ser común, haga sus veces. El primer recurso son las adopciones. No contempla la Ley 13/2005 ninguna norma que así lo establezca, simplemente deriva del contexto matrimonial en que se desenvuelve. La cuestión ha sido causa de un amplio debate sobre su oportunidad y conveniencia. El *Dictamen* del Consejo de Estado y el *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial critican severamente la medida, que tachan de aventurada y fruto de la improvisación, sin respaldo científico que le sirva de aval. A la postre, mientras las innovaciones no cuenten con suficiente apoyo, tampoco deberían ser probadas en población que por diversas razones sufre la carencia del abandono previo, como así se ha hecho. Además, el beneficio único de los menores aconseja operar con la cautela debida y no someterles a experimentos sociales de riesgo.

La circunstancia resulta llamativa, en punto y hora que nuestro Derecho impide las adopciones por parejas homosexuales no casadas. Cuando el Código Civil prohíbe adoptar por más de una persona –salvo los matrimonios (cfr. artículo 175.4 CC) y las uniones *more uxorio* de distinto sexo (cfr. disposición final 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de adopción: “*las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal*”)- no discrimina o previene por motivo de conducta sexual, sino a causa de los roles familiares, confusión de figuras de padre y madre, ya sean quienes pretenden adoptar hermanos, amigos sin relación erótica, parientes o personas ligadas por vínculos de distinta especie del afectivo. Ahora las parejas de hecho homosexuales tampoco podrán tampoco adoptar, lo que sí constituye un flagrante atentado contra la igualdad que se predica entre ambos tipos de situaciones. Es un enigma el silencio de los promotores sociales de la iniciativa del matrimonio homosexual al respecto.

¹⁵ *Op. y loc. Cit.*

En el fondo, el problema de la adopción es más de óptica, de concepto, que de régimen. No existe un derecho a adoptar. Es una medida supletoria del desamparo familiar que padecen ciertos individuos. Remedio del abandono, para quienes sí tienen derecho a ser adoptados. Antes la figura servía más bien a los adoptantes, permitiendo una descendencia acorde con la categoría de personas escogidas o el modo de asegurar el destino de un patrimonio. Una evolución saludable de su disciplina permitió contemplar el único fundamento de las adopciones en el bien de la criatura. Como alega el *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial, “el interés del menor es el principio rector de la adopción (artículo 176.1 del Código Civil, artículo 21 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y, en general, el Convenio de la Haya sobre la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional)”, concluyendo que “la filiación adoptiva tiene como modelo la filiación biológica, por lo que la adopción conjunta por una pareja homosexual es contraria a la protección integral que los poderes públicos (también el legislativo) deben asegurar a los hijos (artículo 39.2 de la Constitución), precisamente por ser contraria al interés del menor”. En todo caso, habida cuenta que la mayoría de las adopciones que se realizan en España proceden del ámbito internacional, sería oportuno reconocer que los países de origen obstan en su inmensa mayoría (Latinoamérica, Países del Este de Europa, China, India, etc.) las adopciones por matrimonios homosexuales. Con ello, se hará de peor condición a los menores compatriotas, a la vez que corre riesgo la práctica de adopciones internacionales de mayor vigencia. Parece poco prudente y justo dicho panorama.

El extraño automatismo de matrimonio por personas del mismo sexo y su libre acceso a las adopciones no cuenta con firme apoyatura en Derecho comparado. Así es, entre las escasísimas legislaciones que admiten el matrimonio homosexual alguna no permite adopción por ellas; aunque otras, sin reconocer dicho vínculo, aceptan que los homosexuales adopten en pareja. Son aspectos que deberían haberse abordado de manera independiente. Por el contrario, la fórmula escogida en España supone mimetizarse por completo en el esquema matrimonial, sin distinción ninguna. Entonces, las adopciones por matrimonios homosexuales devienen un verdadero “efecto colateral” como se critica por el *Dictamen* del Consejo de Estado y “vía indirecta” en el *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial.

2.4.2. La reforma de la Ley de fecundación asistida para el matrimonio entre mujeres

Junto al remedio adoptivo, existe otra fórmula para conseguir un sucedáneo de descendencia común por parejas homosexuales. En este caso, sólo

cabría para matrimonios de mujeres. Ello constituye un buen ejemplo de que ni tan siquiera son iguales los matrimonios con independencia del sexo de los partícipes, sino que incluso cuando sean los cónyuges homosexuales, tampoco es lo mismo si son hombres o mujeres. Un rasgo tan elocuente debería ser indicio suficiente para reconocer las carencias objetivas de una ley basada en una igualdad ficticia.

La fórmula que se ha desvelado apta con el fin de que ciertas parejas homosexuales alcancen descendencia, si bien de mujeres y en una sola de las partícipes, proviene de las técnicas de fecundación asistida. Podría pensarse que, al menos en este campo, el sexo del cónyuge no progenitor sería irrelevante, sobre todo si el ordenamiento permite la llamada fecundación de mujer sola [*“la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual”* (artículo 6.1, pfo. 2, Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*)]. El vínculo con el varón queda eliminado y entonces el obstáculo de su inexorable protagonismo pierde jurídicamente sentido. Al margen de la valoración que semejante posibilidad merezca, tampoco parecen suceder así las cosas. Esa sencilla uniformidad conseguible gracias a la sustitución de “mujer” y “hombre” por “cónyuges” no resulta tan eficaz como se pretende. Buen ejemplo se ofrece por la citada *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, cuyo artículo 6.3 establece para la fecundación artificial que *“si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente”*. La razón es obvia. Como se aplican las normas comunes a la filiación, con arreglo al artículo 8.1 de la Ley (bajo la rúbrica de *“Determinación legal de filiación”*), entonces *“ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*. En esta sede, como ya sucediera en la de la filiación ordinaria, el hecho de que nazca un hijo de uno de los cónyuges homosexuales, en este caso de mujeres necesariamente, no lo hace matrimonial. Se rompe de nuevo el vínculo de matrimonio y filiación. Pese a todas las apariencias que se introduzcan, no cabe desconocer que, por esencia y naturaleza, los matrimonios homosexuales no producen descendencia de suyo. Cuando una de las esposas (habrá dos) logre inseminarse con éxito, aunque no exista padre legal, habida cuenta del anonimato del donante, no puede sustituirse por ficción tan fuerte como la que convirtiese a una mujer en progenitor masculino. Si dicha coyuntura se resuelve así –único reconocimiento de la madre– para la fecundación artificial, no encuentro explicación que permita romper este principio para las adoptivas, en las que se mantiene la ficción con dos madres o padres en su caso,

al margen de la distorsión que puedan sufrir los adoptados en su correcto desarrollo afectivo y familiar.

Con todo de forma subrepticia y sorprendente, como si de una materia inconfesable se tratara, la Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, ha procedido, extramuros de su coordenadas legales y objeto, a la reforma del artículo 7 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida* (en adelante, LTRA). Introduce un novedoso número 3, a cuyo tenor, “*cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”. La norma es trasunto del artículo 118 del Código Civil, según el cual “*aun faltando la presunción de paternidad del marido por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges, podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos*”, pero en este caso se permite por la sola voluntad de la esposa y sin requerir a la madre consentimiento de ninguna especie, lo que constituye un abuso intolerable. Buena prueba es que si la fecundada por técnicas de reproducción asistida no desea que su esposa determine la filiación a su favor no tendrá otro remedio que abandonar el hogar provocando una separación fáctica que impida el hecho.

Varias preguntas asaltan a su vista. Primera, si el hijo será matrimonial o no, pues la osadía de permitir que, por regla general, conste un hijo con dos madres resulta ya tan extraordinaria que pretender ahora su carácter matrimonial ralla el absurdo. Sin embargo, a tenor del artículo 108, párrafo 1, del Código Civil español surgen dudas razonables. En principio no, porque reza: “*la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí*”. Es decir, sigue distinguiendo entre padre y madre, y esta circunstancia se salva *expressis verbis* en la Ley que permite matrimonios por personas del mismo sexo, según hemos dicho. Además, el artículo 112, párrafo 1, de idéntico Cuerpo legal establece que “*la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la ley no dispusiere lo contrario*”. La retroactividad resulta imposible porque no hay padre y madre, sino la filiación determinada respecto de dos personas del mismo sexo, pero nunca masculinas, luego no existe padre a menos que retorzamos el tenor de la biología y de la ley hasta extremos insospechados. Es aquí donde la sustitución de padre y madre por progenitor A y B, y marido y mujer por cónyuge A y B alcanza todo su vigor. La criatura será hija del progenitor A por vía de

fecundación asistida y del progenitor B por el cauce de su voluntad, en virtud de ser cónyuge B del cónyuge A, también progenitor A biológico.

Prestemos atención a otros fenómenos concurrentes en la reforma que, aparte de realizada sin preaviso en la Exposición de Motivos de una Ley que no tiene nada que ver con este objeto, es oportunista, precipitada e incoherente con el sistema general de la norma que modifica, por cierto promulgada tan solo 10 meses antes. Todo ello es un monumento de cuanto debería evitar un legislador diligente. Sin embargo, las mayores dificultades constan en el modo de hacer compatibles las disposiciones generales para este supuesto de matrimonio de lesbianas. Con arreglo al artículo 7.1 LTRA, *“las filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los siguientes tres artículos”*. Lo más llamativo es que la gran excepción no está en tales preceptos, sino en el reproducido nuevo número tres del artículo 7 que añade la reforma. Ya se ve que los remedos parciales y por sorpresa no son oportunos en el quehacer normativo.

En efecto, según el artículo 8.1 LTRA, *“Determinación legal de la filiación”, “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”, hasta el punto que “la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”* (artículo 8.3 LTRA). Es decir, la norma solo es aplicable al supuesto de matrimonio heterosexual. Luego para el homosexual, necesariamente femenino, solo puede aplicarse la disposición del artículo siguiente, a cuyo tenor, *“no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”* (artículo 9.1 LTRA). Me refiero, como es natural, al primer inciso. No puede determinarse la filiación. Es decir, que integra lo que a su tiempo denominé como un nuevo tipo de filiación, la no determinable, compuesta por este caso de falta del consentimiento del varón o marido, el del exceso de plazo hábil para fecundar *post mortem* (*“12 meses siguientes a su fallecimiento”*) y otros supuestos descritos en el Código Civil, del estilo de las filiaciones incestuosas cuando, determinado uno de los progenitores, el juez no permita identificar al otro por el bien del menor (cfr. artículo 125 CC).

En todo caso, queda de manifiesto que la simple reforma del artículo 7 LTRA con el añadido del nuevo tercer número resulta escasa e incompatible con el resto de la ley, que permanece incólume, pero sobrevenidamente in-

compatible con aquélla. Incluso su soporte lingüístico evidencia el entramado normativo que se apareja para reconocer algún forzado atisbo de filiación en el seno de los matrimonios homosexuales. Se denominan Progenitor A y Progenitor B dentro del Registro Civil, en superación del imprescindible padre y madre que dicta la naturaleza. Sin embargo, atendiendo a la exactitud de los términos, ni tan siquiera cuando se quiera conceder el *status* de padre o madre, según el caso de matrimonios masculinos o femeninos, serán progenitores. Tales tipos de matrimonios resultan por hipótesis incapaces de tener prole conjunta. Ya se sabe que definir dos madres o dos padres constituye un completo sinsentido, aunque se imponga por ficticio reconocimiento jurídico en el plano legal, pero, desde luego, nunca progenitores, con o sin letras asignadas para la diferencia, porque ni lo son, al menos ambos, ni podrán nunca serlo. Así, la Ley de Reproducción asistida se refiere a “*la mujer progenitora*” frente al marido, que será padre legal, pero no progenitor, pues hay donante del espermatozoide.

En su virtud, se ha estudiado la muy variada tipología de filiación que puede albergarse con tales uniones. Hijos matrimoniales, sean por fecundación natural o artificial, de anterior vínculo de alguna o ambas de las “esposas”; hijos por naturaleza obtenidos de relaciones con un tercero constante matrimonio homosexual, que no serán nunca matrimoniales, se adopten o no por el otro cónyuge femenino; hijos por fecundación artificial, en las mismas condiciones anteriores; hijos de la otra mujer, ya sean gracias a fecundación natural o asistida, que se adopten [...] Es un elenco ilustrativo de cómo la filiación en tales casos supone una variedad que se ajusta mejor al exclusivo deseo de las progenitoras y no al beneficio de los menores. La prole permanece al albur de los exclusivos intereses de los progenitores, con merma de su prioritaria protección.

Por último, existen poderosísimas razones que avalan esta restricción, ahora frívolamente superada, de modo tan incorrecto en el fondo, como en subrepticio en las formas. Teniendo en cuenta el alto grado estadístico de rupturas que tales parejas registran, sería una osadía que se confiara por igual el destino de la criatura entre quien es madre y la que, sin participar en modo alguno en su generación, tiene atribuida este papel por la mera relación sentimental con aquélla, vínculo ahora roto y propicio para toda clase de maniobras que repercutirán en el hijo artificialmente concebido y más artificiosamente tenido por “común” de ambas. Otro ejemplo más de que no todo da igual. Como alega el *Estudio* del Consejo General del Poder Judicial, “las consecuencias son a todas luces contraproducentes, pues en la lógica de un matrimonio entre personas del mismo sexo la descendencia siempre se basaría en la extra-matrimonialidad de la filiación, tanto en el caso de unio-

nes entre mujeres como, con mayor razón, entre hombres. La cuestión que suscita tal panorama salta por sí misma, el interés de una minoría ¿puede llevarse hasta el extremo de subvertir las relaciones de paternidad y filiación?, el interés del menor ¿debe condicionarse a ese interés puramente subjetivo? No parece aconsejable que el régimen jurídico de la paternidad y la filiación pueda basarse en tales fundamentos”.

Todo ello deja de manifiesto que se ha roto la unidad jurídica del matrimonio, que como institución queda escindida según la orientación sexual de los cónyuges. El contraído entre homosexuales masculinos no puede determinar filiación conjunta, salvo adoptiva; por su lado, el heterosexual sigue las normas generales; mientras el de mujeres admite la determinación de la filiación por mera voluntad de una de las esposas que no será madre por esencia. Superada la unidad del matrimonio, queda en evidencia que la intervención se vuelve pura en el plano ideológico, pero jurídicamente insostenible.

2.4.3. Licencia del veto a las gestaciones por sustitución

Recientemente se ha producido un nuevo hito en la materia, que protagoniza la novedosa y discutible doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la descendencia obtenida mediante gestación por sustitución en matrimonios homosexuales. Es de advertir que se avecina una polémica en este punto, pues el Centro Directivo, pese a su antiguo prestigio técnico, no deja de ser un órgano administrativo, que no impide acudir a los Tribunales, lo que ha hecho el Ministerio Fiscal, logrando una sentencia de primera instancia contraria.

El supuesto de partida viene ofrecido por un matrimonio de varones españoles que acuden al procedimiento de gestación por sustitución permitido en California –donde, por cierto, el matrimonio entre personas del mismo sexo se impide gracias a dos consultas populares consecutivas–, aunque se prohíba este procedimiento en el Derecho español. En efecto, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, *sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, establece que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda en pie la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales (cfr. artículo 10.1 LTRA).

El asunto reviste caracteres indudables de fraude de ley –se amparan los protagonistas en un matrimonio permitido en su ley nacional española, pero vetado en California, para lograr aquí una descendencia gracias a un

contrato de vientre de alquiler prohibido en España, y luego imponer en su propio país la filiación así obtenida-, pero la Resolución de 18 de febrero de 2009 permite inscribir los hijos como de dicho matrimonio, amparándose para ello en el *favor filii* de ambas criaturas así concebidas. En su respaldo, el propio Centro Directivo publica con fecha de 5 de octubre de 2010 una Instrucción al respecto. La causa que le impulsa es atender “a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”. Dice ser en concreto el mayor interés del menor y de la gestante que renuncia en el acto a su maternidad. Sucede sin embargo, que los hijos representan en este caso un simple mecanismo para mantener la paternidad de dos varones, lo que constituye un imposible metafísico forzado así, a la vez que se permite la garantía de unos supuestos derechos a la madre que simplemente se niegan para las españolas.

El texto pretende que “la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo”. Nada menos cierto, salvo en el plano meramente formal. La Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de septiembre de 1999 declara sobrevenidamente inconstitucional el mecanismo que permitía desconocer a la prole no matrimonial por las madres, que antes se autorizaba en determinadas condiciones. La propia Dirección General en su Resolución (2ª) de 8 de noviembre de 2001, lo reafirma: “el Tribunal Supremo declara que este sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes”. Mas ahora se desdice de la forma más insólita, pues en la presente Instrucción aduce que “la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores”.

Esta más que asombrosa doble vara de medir introduce un evidente cauce de fraude de ley, que los Tribunales deberán juzgar oportunamente, como ha

hecho la Audiencia Provincial de Valencia en este caso, mediante Sentencia 949/2011, de 23 de noviembre, prohibiendo el acceso a Registro Civil de la filiación obtenida mediante contrato de gestación por sustitución, tras el recurso presentado por el Fiscal. No es deseable proteger conductas prohibidas para los nacionales gracias a su acceso a mecanismos internacionales, salvo que se admita la quiebra del principio de igualdad de los ciudadanos y el respeto a la Ley como fundamento del orden social y político en un Estado de Derecho. No admite duda, según mi modo de ver, que la presencia de un matrimonio entre personas del mismo sexo impulsa semejante práctica, antes obstaculizada para los heterosexuales. Casi podría decirse que aquí se inaugura un nuevo capítulo del llamado turismo reproductivo, a la búsqueda de la mejor opción para quienes tengan la suficiente capacidad económica y escasos escrúpulos jurídicos respecto de la equivalencia respecto de sus conciudadanos.

3. LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: INMINENCIA Y AUTOMATISMO

En cuanto a las llamadas crisis conyugales, o patología del matrimonio, el punto de partida, marcado en la ley de 7 de julio de 1981, contemplaba un sistema de acceso consecutivo. La separación era un fenómeno previo al divorcio y se planteaba sobre la base del acuerdo de los cónyuges tras 1 año de matrimonio, o por iniciativa de uno solo mediante la concurrencia de diversas causas sin rasgo de imputabilidad, y contemplando como cláusula de cierre su libre ejercicio por simple cese de la convivencia conyugal a lo largo de tres años. El cese de la convivencia –“efectivo”, pero “compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente”. “La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga” (antiguo artículo 87 CC)–, también permitía acceder al divorcio a partir del año en que se presentase la demanda de separación, tras un bienio mediando determinadas circunstancias o después de un quinquenio libremente.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 considera, sin embargo, que dicho panorama constituía “un complejo y tenso proceso”, donde aún podían advertirse rasgos “del antiguo modelo de la separación-sanción”. Es llamativo que tal cosa se afirme cuando la ley previa expresamente rechazó dicho sistema, pero el propósito resulta diáfano. En consecuencia, “la reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”. “Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa

alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación". Constituye un verdadero enigma que se califique como derecho la facultad de no continuar casado, pues el único derecho que contempla la Constitución es el de casarse, que implica el de no casarse a la fuerza, pero ignora el de "no continuar casado". Este capítulo de incoherencias lógicas alcanza su culmen cuando el propio texto reconoce "el derecho a contraer matrimonio según los valores y principios constitucionales. De acuerdo con ellos, esta Ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial". Resulta inconcebible que un derecho a contraer se afiance sobre la base de la libertad de disolución, como no se refiera a conseguir nuevo matrimonio.

"En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común". "Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición". Esa es la clave del nuevo sistema inaugurado. No existen causas para demandar el divorcio, que se impone irremediamente a la otra parte, incluso al punto de que no puede juez alguno rechazar la solicitud, hasta el extremo de que la doctrina especializada se ha planteado si hay verdadero proceso de divorcio cuando es automático y sin defensa de ninguna especie¹⁶.

La idea claramente rupturista de la ley se plasma en su cita de la mediación. Omite que dicho recurso resulta muy adecuado para la superación del conflicto, más que para el tratamiento de su inevitabilidad. Así, lo contempla sólo en orden a resolver sus efectos y no en cuanto a sus causas: "con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral".

Por si fuera poco este automatismo, los plazos a que se sujeta la facultad disolutoria resultan sorprendentemente breves, por cuanto "para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante

¹⁶ Cfr. TAPIA, *El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?* En: "Aranzadi Civil", N° 7, 2006, pp. 15 y ss.

justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación". No en vano se ha definido en España esta iniciativa como *Divorcio Express*. Tal parece que tres meses de matrimonio previo constituye un lapso casi ridículo, y no digamos ya de otras posibilidades más exiguas, para una decisión de tanta envergadura, que debe adoptarse con la necesaria consciencia y madurez. Sobre todo implica también introducir en el institución social más relevante un alto grado de precariedad, que no aporta suficientes visos de certeza y permanencia jurídica. En este sentido, resulta poco menos que absurdo mantener en el artículo 45 del Código Civil español que no pueda contraerse a plazo, ni condicionadamente, ni mediando modo, pues responden estas exigencias a vestigios de un rigor en el matrimonio acorde con un tesitura de seriedad jurídica por completo superada.

El esquema legal en que se vierten tales principios responde muy eficazmente a su presupuesto. Con arreglo al artículo 81 del Código Civil español, *"se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio"* –lo que también se aplica para el divorcio, según el artículo 86: *"se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81"* –: *"1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código"*. La hipótesis cumple con el requisito del trimestre previo de matrimonio, y el acuerdo de los cónyuges en el proceso, que se plasma en la propuesta del convenio regulador. Este instrumento es un pacto acerca de las circunstancias todavía pendientes de mayor relieve. Así, contempla medidas sobre el ejercicio de la patria potestad, cuidado y visitas de los hijos, incluidos los abuelos como beneficiarios; uso del ajuar y vivienda familiar (para la que se sigue una disciplina muy semejante a la italiana); alimentos –tema en el que, con sabia previsión hoy cumplida, la disposición adicional única de la Ley 15/2005 establece que *"el Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial"* –, pensión de alguno de los cónyuges y contribución a las cargas del matrimonio; y liquidación del régimen económico si es de comunidad. Tales acuerdos, *"serán aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges"* (artículo 90 CC), adoptando cuantas garantías sean menester para su efectivo cumplimiento.

Si no existe aquiescencia de los cónyuges en cuanto a la separación o divorcio, el artículo 82.2 contempla incluso un plazo menor al establecido de un trimestre previo de matrimonio *"cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio"*. La propia redacción del precepto es, a mi juicio, mejorable, como la reincidencia sobre la libertad, que indudablemente queda comprometida con el vínculo matrimonial, y la disyuntiva entre cónyuge, hijos y otros miembros del matrimonio, que no resulta muy comprensible, a no ser que integre a los hijos no comunes que convivan con los esposos, que no pertenecen al matrimonio, sino a la unidad familiar si se desea. En tales casos, *"a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación"*. Estas disposiciones quedan establecidas en el nuevo y prolijo artículo 92 del Código Civil español, que incluye capítulos paralelos a cuanto el convenio regulador establece, si bien se concretan otras circunstancias, como el derecho de audiencia de los hijos o la posible privación de la patria potestad mientras haya motivo fundado en la causa.

Bien miradas las cosas, este régimen bifronte resulta ficticio, porque tiende a uno solo en la práctica. Si el plazo es idéntico y no existen causas, da igual que insten la demanda uno, con o sin el consentimiento mutuo, o ambos. Luego la exigencia del convenio regulador resulta también superflua, pues exista o no las condiciones del ejercicio quedan incólumes y tampoco varían. Si el legislador hubiera deseado primar el sistema de convenio, hubiera debido hacerlo contemplando plazos diversos, como antaño.

En materia del régimen jurídico aplicable a los hijos destaca el posible derecho de visita y comunicación otorgados a los abuelos [cfr. artículo 90 B) CC] que pueden hacer muy complicada la mejor asunción por los menores de un proceso tan convulso como el derivado de las crisis familiares, al multiplicar los polos de influencia. Igualmente ocurre con la guarda y custodia compartida decretada por el juez sin consentimiento de los padres (cfr. artículo 92.8 CC), cuya negativa distorsionará su normal y pacífico desarrollo (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre). Ambas constituyen medidas acaso imprudentes en el escenario para el que se contemplan, sobre todo la segunda, que recibió numerosas descalificaciones de los expertos, sometidas a oídos sordos. La Exposición de Motivos alega que *"se pretende reforzar con esta Ley la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad"*, con olvido que dicha función jurídica, derecho-deber, muchas veces escapa del esquema pactista, pues, como muy bien contempla el nuevo texto de artículo 92.1 del Código Civil español, *"la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos"* y las medidas

que se adopten en la materia se ven guiadas por el exclusivo beneficio de los menores.

Un sistema tan abrupto, que no contempla ningún tipo de causa, es algo incoherente con la constante alusión a problemas de violencia doméstica. Primero, porque induce a pensar que no es sino el matrimonio el causante de tal anomalía de conducta, cuando estudios rigurosos muchas veces indican que más bien se ocasionan en un entorno de convivencia fáctica. Más parece doméstica que machista esta visión del maltrato. Además, encubre un hecho incontestable, como es que un comportamiento inadecuado por uno de los cónyuges ha de conceder algún tipo de potestad en el otro, que corrija siquiera sea parcialmente la injusticia a favor de la víctima. No se trata de promover un sistema de sanción, pero en ese escenario la imputabilidad resulta manifiesta y ha de traducirse de algún modo, lejos de las falsa equidistancias. Porqué no introducir mecanismos rectificadores del sistema general, como el prevenido para la invalidez en el segundo párrafo del artículo 95 del Código Civil: *“si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte”*.

A la fórmula de automatismo en el divorcio corresponden algunas medidas correctoras en el plano económico por quien padezca un deterioro en las condiciones previas. A eso se denomina la pensión compensatoria, que concede la ley a favor del *“cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia”* (artículo 97 CC). En este punto, se acoge la corriente jurisprudencial que rechazaba ser éste un sucedáneo de seguro de por vida. Por eso, ahora se contempla con ordinario carácter temporal o incluso su prestación única. Es curioso que aquí se aproxime mucho a la indemnización que causa la nulidad del matrimonio sin culpa de la víctima (cfr. artículo 98 CC). Como si el matrimonio fracasado se considerase nulo, y habida cuenta de la expulsión de la culpa, por naturaleza putativo.

Esa minusvaloración del matrimonio como institución jurídica se registra tanto en el plano de las ideas, como en el de la práctica. Una vez admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, hasta su propia definición se hace dificultosa. La unión más íntima y estable posible que se pueda jurídicamente predicar entre un hombre y una mujer, queda en el pasado. Más bien, ahora se aproxima mucho a la mera relación de afectividad formalmente constituida

entre de dos personas con independencia de su sexo. Si a eso añadimos un sistema de disolución a partir, en el mayor de los plazos, de tres meses de matrimonio y sin causa de ninguna especie, comprenderemos en qué destino acaba el vínculo matrimonial. A su vez, el recurso a la nulidad del matrimonio ha perdido casi por completo su anterior relieve. Tampoco le ha hecho justicia su aplicación calamitosa por la jurisprudencia, como ejemplifica la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1989¹⁷. La visión limitada del matrimonio como *ius connubi* también produjo distorsiones en la Dirección General de los Registros y del Notariado, como permitir matrimonios entre oligofrénicos o de personas seniles, si bien la tendencia viene corrigiéndose, dotando de mayores garantías al estado civil que se inaugura. Igualmente, se registra un crecimiento sensible de las simulaciones matrimoniales como cauce de asignación de nacionalidad (cfr. el significativo caso de la RDGRN de 22 de noviembre de 1995) ligadas a procesos inmigratorios. Por último, resulta llamativa su aproximación a la disciplina de las parejas estables, aunque reciben éstas paradójicamente modelos de ruptura más rígidos que los del mismo matrimonio.

4. LA CONVIVENCIA MORE UXORIO

4.1. La tesitura legal de las parejas estables en España

Piénsese que la primitiva reivindicación acerca de las parejas estables consistía en garantizarles algunos elementos básicos concernientes a las relaciones de justicia generadas, una vez finalizase la convivencia, siempre que hubiera ésta lucrado injustamente a uno de los partícipes. Así sucedía por entregarse a las tareas comunes el otro, ya fuera en atención a la prole común o al hogar de una forma más intensa, que le hubiese privado de oportunidades económicas. Los instrumentos arbitrados fueron reconocer instituciones testamentarias a su favor, superando el óbice primitivo de inmoralidad; consentir donaciones remuneratorias, con claro sesgo de *favor iuris* en cuanto a la forma solemne de ser encubiertas; aplicar la doctrina correctora del enriquecimiento injustificado, haciendo partícipe de las ganancias a quien se sacrifica por el interés común; admitir una comunidad de bienes tácita, cuya liquidación le beneficiara; e incluso, solo en un único supuesto, el Tribunal Supremo aplicó por analogía las normas de la sociedad legal de gananciales.

Todo ello en parejas que no desearan, gracias a una especie de objeción de conciencia sobre la forma de matrimonio, contraerlo, ni someterse a su proce-

¹⁷ Cfr. DURÁN RIVACOBA. *El matrimonio en intervalo lúcido*. En: "Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo", II, editorial Bosch, Barcelona, 1993, 22 pp. 1251 y ss.

dimiento disolutorio. Creían que la simple autonomía privada era suficiente vínculo, cuya finalización no requiere tampoco decreto judicial de ninguna clase. A esta tendencia se vino a unir la protesta de quienes no podían contraer matrimonio por prohibición legal, sobre todo los homosexuales. Sin embargo, las voces más sonoras del colectivo promovieron un verdadero vuelco a su interés, planteando el matrimonio como meta.

Una vez conseguido el propósito, se desvela que las primeras reivindicaciones, lejos de ser atendidas, se ven ahora en verdadero riesgo, a pesar del valor que cada grupo asume, sus verdaderas dimensiones sociales y hasta estadísticas, si se quiere. La escasa recepción práctica que ha obtenido el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a las amplias expectativas que produjo su aprobación, son pruebas manifiestas de un intento más ideológico que jurídico (cerca del 1,5% de los matrimonios celebrados desde su aprobación).

Incluso se ha insinuado que la regulación sobre reconocimiento jurídico de las uniones *more uxorio* atraviesa por momentos de grave incertidumbre, ya que, si todo ciudadano puede contraer matrimonio, pierden sentido, salvo para los recalcitrantes. Constituiría un episodio paradigmático de qué manera la parte resulta capaz de consumir al fenómeno entero. El tránsito de la pareja entendida como expresión auténtica y libre del amor –sin ataduras legales, pero unidos por los sentimientos–, a la establecida sin otro remedio, en franca disidencia con los clásicos elementos legales mínimos exigibles para los cónyuges (v. gr., la heterosexualidad). Este proceso no sólo agota el presupuesto de partida, sino que acaba por reconducir el esquema jurídico del matrimonio al de la simple convivencia, cuya vertiente alternativa parecía ser.

Un breve repaso de los argumentos empleados no ha mucho a favor del fenómeno de la uniones *more uxorio* haría enmudecer de asombro a un observador imparcial del panorama que se avecina. Utilizado el instrumento para sus particulares fines, se abandona luego a su suerte; y, aún más grave, se desnaturaliza la institución receptora para lograr su acomodo contra los intereses de la inmensa mayoría. En efecto, diluir la esencia del matrimonio supone, a mi juicio, un daño para quienes ya lo contrajeron o están en condiciones de hacerlo y para el conjunto de la sociedad.

En España no se ha realizado legislación estatal sobre las parejas estables como fenómeno conjunto. Ello ha conducido al sistema de disposiciones autonómicas diversas en su contenido y modelos de aplicación. Incluso desde la perspectiva de la competencia, muy difícilmente puede mantenerse que tuvieran título jurídico suficiente las Comunidades Autónomas para emprender sus iniciativas legales, habida cuenta que, con arreglo a la Constitución española, es competencia exclusiva del Estado la “*legislación civil, sin perjuicio*

de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial” (artículo 149.1.8ª CE).

En cuanto a las distinciones materiales de derechos que cada legislación comporta, diré que, según lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley del Parlamento catalán 10/1998, de 15 de julio (primicia entre las disposiciones autonómicas *sobre uniones estables*, integrada hoy en el Libro II, Título III, Capítulo IV del Código Civil de Cataluña, artículos 234-1 al 234-14), las parejas heterosexuales y homosexuales alcanzaban distinto relieve. Primero, para su prueba, que se facilitó en las segundas mediante su “*acreditación*”, gracias a la mera “*escritura pública otorgada conjuntamente*” (artículo 21), y producían “*sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia*”. Es decir, que, como “*la unión estable homosexual*” dependió que sus integrantes “*manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista*” (artículo 19, *in fine*), el hecho de la verdadera convivencia quedó muy rebajado en la práctica. Piénsese las consecuencias del asunto a la vista de la legítima especial establecida en el artículos 34 y 35 de dicha ley, una suerte de cuarta trebeliánica sólo para esta hipótesis y no para la más ordinaria de los heterosexuales. Si un progenitor de vecindad civil común, sometido al esquema del Código Civil general (cfr. artículo 14 CC), declara en escritura pública su convivencia homosexual con un catalán, ¿puede alguien sostener de veras que los derechos legitimarios de sus hijos pueden sufrir merma por semejante coyuntura declarada? En el actual horizonte normativo, la integración en el Código Civil de Cataluña de las disposiciones relativas a las parejas estables (cfr. Ley 25/2010 del Parlamento de Cataluña, de 29 de julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia) unifican ambos regímenes antes previstos, pero manteniendo la legítima especial (cfr. artículo 234-14 CCC), con lo que no pierde un ápice de vigor el argumento.

4.2. El problema conflictual en su vigencia

Respecto a su aplicabilidad respectiva, el panorama se confunde más todavía. Quizás olvidando que la pareja viene compuesta por dos, y que cada uno conserva su estatuto personal en el perfil jurídico de sus relaciones, se diseñan pautas independientes para cada uno, que fomentan posibles solapamientos de leyes para connacionales.

Un ejemplo ilustrará el problema. Conforme al artículo 2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, *de parejas de hecho*, “*las disposiciones de esta Ley serán de aplicación a las parejas que, al menos, uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía, y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho*”. Un sólo individuo, y su simple residencia habitual, sirve unilateralmente para elegir las normas sobre la unión estable de ambos; pero, ¿qué ocurre con el otro protagonista?, ¿en virtud de qué raro prejuicio debe perder el derecho a su propio estatuto y quedar sometido a esta ley? Sería ridículo y hasta sangrante que cuanto se ha ganado para los cónyuges se pierda en leyes de uniones *more uxorio*, máxime cuando pretenden establecer principios supremos de igualdad en la convivencia estable de dos personas y al margen de su sexo. Esta característica igualitaria, que algún relieve parece tener en materia de convivencia íntima, resulta *ex lege* ignorada si el simple lugar de residencia de un único partícipe atrae al otro de manera irremisible a la *lex loci* (como si se tratase de cosas). Ya no se discrimina por razón del sexo de alguno de los intervinientes, sino por su nacimiento, residencia, estatuto, vecindad, etc. Cabe decir que cuando dos conviven y uno reside de modo habitual en Andalucía es que lo harán ambos. En absoluto puede aceptarse la idea, pues el emparejamiento no se determina, ni tan siquiera se mide, por la residencia común, y menos por la duración en que suceda, sino por los vínculos de afecto y su intensidad. El Código Civil relaja dicha obligación, aunque se presuma (cfr. artículo 69 CC), de vivir juntos para el matrimonio y no queremos ahora instaurarla para la convivencia estable. Además, nada impide que, aún viviendo ambos en tierras andaluzas, pueda operar distinta ley por razón de otras circunstancias de cada partícipe, incluso del propio residente andaluz. Como quiera que son distintas realidades las de la vecindad civil y administrativa, cabe residir en una Comunidad conservando la condición civil correspondiente a otra, que no se ha perdido, ya sea por obra de la propia voluntad declarada, o del tiempo transcurrido, menor de la década imprescindible (cfr. artículo 14.5 CC).

En efecto, la ya vista ley catalana dispuso su vigencia si “*como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña*”. Tratándose de dos, aquí mínimo equivale a máximo, mientras no se autorice la poligamia o afines uniones colectivas. En un ejercicio de verdadero equilibrio jurídico, esta regla se hace compatible con la más amplia y opuesta, que fija la territorialidad del Código Civil catalán, y, por tanto, de su Derecho privado¹⁸. Asimismo sucede con la Ley del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de

¹⁸ Recordemos que por Ley 29/2002, de 30 de diciembre del Parlamento autonómico, se aprueba “*la estructura y sistemática del Código Civil de Cataluña*”, cuyo ámbito de aplicación responde a la “*Territorialidad*” (artículo 111-3, con numeración importada del Código ho-

julio, de igualdad jurídica de las parejas estables, cuyo artículo 2.3 establece que sus normas se aplican “cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”. Ergo, en plena ceremonia de la confusión, ya tenemos tres posibles leyes concurrentes para una pareja estable residente con habitualidad en Andalucía, compuesta por un partícipe de vecindad civil navarra y el otro catalana. Tres disposiciones distintas en pleno aplicables, con derechos distintos y a menudo incompatibles, como los sucesorios.

Algún matiz distinto añade, sin embargo, la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, pues, aunque comienza como las otras hipótesis forales clásicas, a las que pertenece –“para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears”–, su artículo 2.2 termina con una enigmática fórmula, y “exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta”. No seré yo quien niegue las excelencias del modelo, que, por vez primera, contempla la posibilidad de que las uniones fácticas puedan seguir siéndolo si así lo deciden los protagonistas, quedando libres de cualquier tipo de atadura legal cuando lo deseen, pues para eso eligen no casarse. Sin entrar ahora en profundidades ajenas al objetivo de mi estudio, pero que bien merecerían algún grado de reflexión por los legisladores, anuncio aquí que, con el actual sistema, se produce la verdadera perversión de hacer casi obligatorio para tales parejas un vínculo jurídico pseudomrimonial, tanto se quiera como si no. Cabe preguntarse qué pasará con las uniones tan fácticas como de hecho; es decir, aquellas que se resistan a inscribir o a someterse a los nexos legales urdidos, pues sería un auténtico absurdo aplicarles por analogía estas normas cuando su renuencia en este sentido es más que palpable. Supondría un notorio retroceso para las libertades, impropio del Derecho civil, donde reina la voluntad de los ciudadanos sobre otro tipo de consideraciones imperativas.

Retomando el hilo de los conflictos de normas surgidos en las leyes autonómicas sobre parejas estables, a veces la *vis atractiva* de las reglas en esta materia se quiere llevar al extremo –más que abusivo, arrogante– de la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo, a tenor de cuyo artículo 2.2, es aplicable a las “parejas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad” (artículo 2.2). Fíjense bien que se atribuye una vigencia plena sin reparo en el estatuto personal del otro conviviente, cuyos derechos se ignoran y casi desprecian. Incluso su

landés): “el derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad” [norma literalmente recogida en el Título Preliminar (cfr. artículo 14.1) del nuevo Estatut de Autonomía].

formulación en términos de contraponer Euskadi frente al resto del mundo constituye un dato elocuente sobre la consideración nacional propia que se reivindica y acepta en tales episodios menores. Luego con la simple vecindad administrativa de uno solo en el País Vasco basta. Ello asombra todavía más tratándose de Autonomía dotada de normas forales, supuesto que prefiere de ordinario la pauta de la vecindad civil, como vimos en Cataluña, Baleares y Navarra. Quizás el hecho radica en que amplios sectores de la Comunidad Vasca, curiosamente los urbanos, donde más incide la circunstancia, quedan fuera del paraguas foralista. El dato es más que significativo para conocer con certeza el alcance de los fenómenos de referencia. El genuino Derecho foral, de corte conservador y agrario, de contenido sucesorio –recoge numerosas reservas, como las troncales, cuya esencia es familiar– y de régimen económico del matrimonio, resulta completamente extraño a estos nuevos asuntos jurídicos protagonizados por el reconocimiento de parejas estables al margen del sexo de sus componentes. Principios tan elementales en la disciplina, del estilo de quien *casa para casa*, son ajenos en su espíritu y praxis a estas leyes de uniones fácticas. La mezcla ideológica de temas con incompatible procedencia y sentido produce verdaderas quimeras jurídicas, como ésta.

Por eso mismo, el sistema de la vecindad administrativa, empadronamiento e incluso la residencia efectiva y habitual son más características de los ordenamientos de nuevo cuño, y con carácter autonómico pleno, sin vestigio foral previo. Ello arrastra evidentes limitaciones, pero también ofrece indudables ventajas, siquiera sea el de la certidumbre sobre su alcance. Al supuesto de residencia propio de Andalucía ya visto, cabe sumar también el del empadronamiento acogido en la Ley de las Cortes Valencianas 1/2001, de 6 de abril, por la que se regula *las parejas de hecho*, que “*será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana*” (artículo 1.3), con análogo alcance del visto para el País Vasco. Aún así, en este campo persisten las diferencias, porque ciertas disposiciones se contentan con uno sólo de los partícipes, pero hay alguna más rigurosa. Posiblemente para reducir en algunos extremos la multiplicación de posibles conflictos, exige que ambos miembros estén empadronados en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Sería el caso de Ley del Parlamento de Canarias 5/2003, de 6 de marzo, *de regulación de las parejas de hecho*, cuyo artículo 2.2. requiere para su vigencia que “*los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias*”; y también el de Asturias (cfr. Ley 4/2002, de 23 de mayo, *de parejas estables*).

El colmo en esta problemática de los conflictos de leyes representa el caso de la Ley de las Cortes de Aragón 6/1999, de 26 de marzo, *sobre parejas*

estables no casadas (integrada hoy en el Código Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, como Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas) cuyo artículo 1 determinaba que *“será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal”*. Es decir, pese a ser una de las pioneras, aun contando con notables antecedentes, del estilo de la Ley catalana, elude incluso comprometer el punto de conexión que fije a quiénes pueda referirse. Imaginemos esta última norma en blanco con los anteriores criterios entre sí acumulables y el balance será catastrófico desde la óptica de la seguridad jurídica.

Aunque constituya una hipótesis tendente al absurdo, pero no imposible, pensemos en Fermín, de originaria condición civil navarra, que mantiene por motivos sucesorios, está empadronado en el País Vasco a efectos electorales; a causa de trabajo fija su residencia en Andalucía, donde conoce a Nuria de vecindad civil catalana, que conserva, pese a estar empadronada en la vecina Valencia. Ambos inauguran una relación estable durante su estancia veraniega en el Pirineo Aragonés, donde inscriben su pareja. Naturalmente, hablo de idénticos protagonistas (al margen de las muy amplias posibilidades de fraude que se brindan), porque con arreglo a una norma común en las leyes de parejas estables, en la que tomo el ejemplo de la de Asturias, *“a los efectos de la presente Ley no se reconocerá la existencia de otra pareja estable mientras no se hubiera producido la disolución de la anterior mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado”* (artículo 4.4).

El hecho de impedir varias relaciones afectivas coetáneas, siendo algo muy razonable, resulta ilógico a la vista del fundamento en que se basan las legislaciones de parejas estables. Así, tomando como ejemplo el caso de Asturias, su Exposición de Motivos justifica que *“corresponde por tanto a los poderes públicos asegurar que toda agrupación familiar, determinada socialmente por las notas de convivencia y afectividad, se produzca en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, de tal modo que los ciudadanos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les permita el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad sin que de esta opción se puedan derivar consecuencias discriminatorias”, “eliminando todo tipo de discriminación basada en cualquier condición o circunstancia personal o social”*. En suma, *“el artículo 39 de la norma fundamental impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, sin que en el mismo exista referencia alguna a un modelo de familia determinado ni predominante, por lo que su determinación exigirá la interpretación de dicho concepto de manera consecuente con la realidad social actual, de manera que no puedan derivarse consecuencias discriminatorias del modelo de familia que de*

manera libre y legítima los ciudadanos tengan a bien adoptar". Por consiguiente, no hay motivo para excluir con estos datos modelos de convivencia plurales, o pseudopoligámicas en el sentido más amplio del término, pues la libertad y el libre desarrollo afectivo puro y simple no permite su exclusión. No lo aduzco porque reivindique, ni mucho menos, semejante modelo, que me parece inconveniente y muy deficitario desde la perspectiva del fundamento antropológico, sino porque manifiesta muy a las claras la inconsistencia del argumento legal.

4.3. Paradójica disolución causal

El capítulo de la disolución resulta otro ejemplo luminoso de la falta de armonía en el respectivo *status* legal de las parejas estables y el matrimonio en España. Como quiera que las leyes autonómicas fijaron su atención sobre las normas conyugales anteriores a las modificaciones del año 2005, la última reforma del Código Civil –que marca un plazo tipo, e incluso de máximos, de tres meses para emprender acción de divorcio, sin causa de ninguna especie (cfr. artículo 85 CC)– deja huérfanas de analogía en que se fundaron las previsiones y requisitos jurídicos sobre la disolución de la convivencia estable. A tal propósito, la ley asturiana establece un conjunto de supuestos, algunos coherentes y automáticos –como “*la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes*” [artículo 4, N° 1.b)], “*mutuo acuerdo*” [artículo 4, N° 1.c)], “*voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro*” [artículo 4, N° 1.a)]– y otros de peor encaje dentro del sistema, como el “*matrimonio de uno de sus miembros*” [artículo 4, N° 1.d)].

En efecto, me parece producto de la pura inercia consentir sin debate alguno ciertas causas de disolución de la parejas estables realmente llamativas. Por mor de la lógica, si el matrimonio disuelve la unión fáctica, tampoco debería permitirse que la inaugurasen *ex novo* personas casadas. Es un completo desatino aceptar que un matrimonio disuelva la convivencia *more uxorio*, pero que sea ésta compatible con matrimonio anterior. Lo que no impide de inicio tampoco puede *a posteriori* obstaculizar. En este sentido, que la pareja estable y el matrimonio guardan entre sí relaciones de analogía es un dato legal irrefutable desde las primeros reconocimientos jurídicos del fenómeno, pero ahora se avanza más, y tal parece que sea una etapa previa o preparatoria. Es cierto que las leyes autonómicas intentan evitar el dislate impidiendo las parejas de personas casadas con terceros. Buen ejemplo es el caso de Asturias, cuyo artículo 3 contempla el concepto de “*pareja estable*”, compuesta por dos personas “*siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona*”. La duda estriba en averiguar qué se comprende por “*vínculo matrimonial*”, si es una fórmula literaria de matrimonio,

y equivalente a él, o bien significa cosa en parte distinta. En esta línea, otras legislaciones paralelas se contentan con exigir separación judicial [cfr. artículo 3.1.b Ley extremeña; artículos 2.1.b) Leyes matritense y canaria; artículo 4.4.b) Ley cántabra; artículo 3.2.b) Ley andaluza; y artículo 2.1.c) Ley valenciana]. Lo mismo sucede con la incompatibilidad de varias parejas estables superpuestas por el mismo protagonista, pues mientras la generalidad se ciñe –como en Asturias– a señalar el hecho, tampoco faltan las que sólo contemplan las inscritas [cfr. artículo 2.1.d) Ley balear y artículo 4.4.c) Ley cántabra], lo que me parece mucho más razonable. Sin embargo, en este punto, algunas leyes autonómicas incurren, a mi juicio, en una exageración intolerable cuando establecen que la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la respectiva Comunidad “*tendrá carácter constitutivo*”. Cabe preguntarse acerca de qué constituye, pues la pareja se define por vínculo análogo al conyugal, siempre que voluntariamente decidan los partícipes someterse a la inscripción (cfr., *v. gr.*, artículo 1 Ley extremeña; artículo 3.1 Ley vasca; y artículo 1.2 Ley valenciana). No sé si tales relaciones meramente fácticas admiten circunstancias externas constitutivas distintas de los sentimientos de los partícipes. A eso me refiero con la crítica de buscar una excesiva institucionalización a lo que no lo admite, ni a menudo se desea por los protagonistas. Sería una delirante paradoja que cuanto comenzó como la reivindicación más auténtica del *amor libre y sin papeles*, acabe convertido en un proceso burocratizado hasta el punto de precisar estampillas, sellos e incluso Registros oficiales.

La cuestión de la supuesta incompatibilidad de las parejas estables entre personas con vínculo matrimonial previo y no disuelto con otro partícipe se desarrolla de forma directa en el nuevo Libro II del Código Civil de Cataluña, que recoge ahora las antiguas normas sobre uniones *more uxorio*. Su Preámbulo resulta muy elocuente: “*se amplía, además, el ámbito subjetivo de aplicación de la normativa, incluyendo a las parejas estables formadas por personas que no podrían contraer matrimonio entre sí porque uno de ellos continúa casado con otra persona. Se estima que, tratándose de una regulación fundamentalmente dirigida a resolver los problemas derivados del cese de la convivencia, un tratamiento desigual no tiene justificación. Quiere evitarse, asimismo, que un número muy importante de parejas queden fuera de la regulación –según algunas estimaciones, en torno a un 30% de las parejas heterosexuales existentes en Cataluña y un número indeterminado de parejas homosexuales– y que las consecuencias de la ruptura deban determinarse acudiendo a una doctrina jurisprudencial de perfiles demasiado imprecisos*”. Tampoco encuentra mucho motivo que se contemple la disolución gracias a los “*demás los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública*” [artículo 4, N^o 1.f) de la Ley asturiana]. Me siento incapaz de predecir su alcance práctico a la vista de la gran amplitud de las hipótesis típicas que se contemplan, al extremo de reconocer el simple “*cese efectivo de la convivencia por un período superior a un*

año" [artículo 4, N° 1.e) de la Ley asturiana], máxime cuando se impide "*la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición*" (artículo 5.1 de la Ley asturiana). Esta causa, como la mayoría, es firme prueba de la escasa sintonía entre las diversas leyes, que alcanza elementos tan básicos como incluir junto a la muerte de uno de los partícipes de la pareja, también su declaración de fallecimiento; y algunas circunstancias más, que unas contemplan y otras olvidan.

En cuanto al periodo de la simple separación extintiva, la variedad es síntoma indiscutible del desorden. La mayoría de las leyes autonómicas de parejas estables incluyen la previsión de un año –cfr. artículo 12 Cataluña; artículo 6 Aragón; artículo 12 Andalucía; artículo 4 Navarra; artículo 12 Cantabria; artículo 5 Extremadura; y artículo 8 Baleares–, pero tampoco faltan disposiciones que, incluyendo el plazo, reducen su periodo a la mitad –cfr. artículo 6 Valencia; artículo 6 Madrid; y artículo 9 Canarias–, e incluso la Ley del País Vasco ignora este motivo de disolución en su artículo 18. Sin embargo, esta última causa es llamativa, porque si "*los miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto, en su caso, el documento público que hubieren otorgado o a cancelar la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho que hubieran promovido*" (artículo 4.2 de la Ley asturiana) esta carga deriva en la voluntad expresa de disolver al menos por uno de los convivientes, ya establecida en otro inciso de idéntico precepto y número anterior, máxime cuando se facilita el hecho gracias a la completa libertad probatoria en la materia (cfr. artículo 4.3 de la Ley asturiana). Ello aparte, resulta reiterativo de forma parcial con el número 5 del mismo precepto, que observa "*la disolución de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro*".

En todo caso, reconozcamos que prever un sistema de disolución causal para la pareja estable cuando el Código Civil lo ignora en el matrimonio, y con unos plazos mayores que los requeridos a éste, resulta un absurdo insostenible, por exigir a la mera convivencia más que a la figura oficializada. Igual sucede con los elementos de capacidad requeridos para su constitución, que contemplan personas mayores o emancipadas (por ejemplo, según el artículo 3 de la Ley asturiana, pareja son "*dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona*"), olvidando que autoriza el Código Civil el matrimonio a partir de los 14 años con dispensa judicial (cfr. artículo 48 CC).

5. ADDENDA: LA INICIATIVA SOBRE LA ELEVACIÓN DE LA EDAD MÍNIMA PARA CONTRAER

Recientemente, una propuesta del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad ha planteado el debate acerca de la edad mínima para contraer. Aun reconociendo la escasa incidencia en España de los matrimonios precoces (a partir de los 14 años, con un impacto de apenas 30 bodas anuales), se cuestiona la viabilidad de su elevación a los 16 años mínimos. Tras “16 años mínimos”, sigue así: “Esta iniciativa se ha visto refrendada en el II Plan Estratégico de Infancia y Adolescencia” del actual Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales, y aprobado por el Consejo de Ministros en abril de 2013, que incluye la inminente reforma del Código Civil en este sentido”.

La iniciativa surge a raíz del informe que, con fecha de octubre de 2010, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas –encargado de vigilar la práctica de los derechos de la infancia en cada uno de los Estados firmantes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989– aconsejó a España subir la edad mínima para casarse. Así lo precisaba en sus “*Observaciones finales sobre la aplicación de los derechos de los niños*”: “El Comité recomienda al Estado Parte que revise su legislación con el fin de aumentar la edad mínima para contraer matrimonio con el permiso del juez a los 16 años, para que sea sólo en casos excepcionales”. La exigencia de dispensa judicial y el carácter extraordinario del supuesto conduce al ámbito de la emancipación. Tener 16 años cumplidos y licencia del juez *ad casum* claramente apunta en dicha dirección. Además, el escenario resulta muy proclive al Código Civil español, que veda el matrimonio a quienes no hayan alcanzado todavía la emancipación, si bien por obra de la inercia del sistema previgente se contamine dicho panorama con algunos elementos anacrónicos que introducen de forma subrepticia una prohibición por causa de la edad ya extinguida.

En efecto, el dato tiene una indudable relevancia jurídica, por cuanto plantea uno de los debates más encendidos en el seno jurídico del matrimonio: el que atañe al problema de la edad para casarse. Bien miradas las cosas, el Derecho español no contempla una edad específica para contraer matrimonio y liga su válida existencia con un concreto estado civil de la persona. El artículo 46.1 del Código Civil prohíbe la celebración a quienes no sean al menos emancipados. Sin embargo, mantiene algunos vestigios históricos (cfr. antiguo artículo 83 CC en su versión originaria) que registraban una específica edad para contraer, siguiendo la estela del Código de Justiniano, en relación con la etapa núbil: 14 para varones y 12 para mujeres¹⁹. Una de las más des-

¹⁹ El Derecho canónico, que constituye un referente muy acentuado para la regulación del

tacadas incoherencias es que, si bien la edad mínima no consta de suyo como requisito para casarse, continúa en sede de dispensas²⁰, aun cuando no haya óbice por minoridad, sino a causa de falta de la emancipación. Así es, el artículo 48, párrafo 2, del Código Civil establece que “el Juez de Primera instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores”²¹. Esto explica la paradoja de que, siendo la emancipación un requisito del vínculo (cfr. artículo 46.1 CC), el artículo 316 del propio Código por el contrario lo contemple como efecto de contraerse, pues “el matrimonio produce de derecho la emancipación”. El principio elemental de la lógica –que combate la *contradictio in terminis*– impide que a un mismo tiempo algo sea causa y consecuencia de idéntico fenómeno. Por eso, si se promueve que la edad mínima no baje de los 16 años, resultaría oportuno derogar este último precepto, salvo que contenga la posible relevancia civil de las dispensas eclesiásticas sobre la edad en los matrimonios canónicos al propósito de su inscripción en el Registro Civil²².

Por tanto, sería oportuno destruir un posible nexo estricto entre matrimonio y edad concreta para contraerlo. En todo caso, sería innecesario para conseguir el propósito contenido en las Observaciones del Comité aconsejando subir la edad mínima para casarse. Requerida la emancipación –que se alcanza de suyo a partir de los 16 años (cfr. artículos 317, 320 y 321 CC)– y derogado el inciso de la edad en el artículo 48, párrafo 2, junto al efecto emancipatorio del matrimonio del artículo 316, ambos del Código Civil, como acabo de proponer, se asegura que no contraiga nadie por debajo de la edad mínima recomendada, cualquiera que sea el modelo escogido para emanciparse. La fórmula

matrimonio en las legislaciones civiles, elevaría este límite a partir del Código de 1917 a 14 y 16 años respectivamente para mujeres y varones (canon 1083§1 CIC). El criterio fue luego reiterado en la Codificación de 1983, aunque todavía perduren alusiones a la pubertad (cfr. canon 1096§2 CIC). Este tránsito de la edad núbil a la de madurez imprescindible justifica el trato desigual entre sexos, que no resulta discriminatorio, en la medida que reconoce la distinta evolución en el primer desarrollo de mujeres y hombres, a favor de las primeras.

²⁰ También en otros episodios, como el artículo 121 CC: “el reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”. La minoría en edad de suyo no veda el matrimonio, sino ausencia de la emancipación debida.

²¹ La consulta de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ponen fin a los recursos sobre tales dispensas resulta ilustrativa. Se autoriza por lo común cuando concurre anuencia de los padres respetuosa con la libre decisión de los menores, madurez en los contrayentes y un proyecto serio de vida en común. Por tanto, aunque de ordinario suceda, no siempre se justifica por el solo embarazo de la novia (cfr. RRDGRN de 25 de enero y 28 de marzo de 1985).

²² Cfr. DURÁN RIVACOBA. *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico*. Madrid, 1988.

comporta varias ventajas. En primer término, asegura que los padres puedan tener un adecuado trámite de audiencia si es el caso de oponerse. Cuando permanezcan conformes, con emancipar “*por concesión de quienes ejerzan la patria potestad*”, que “*requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta*”, bastaría para el matrimonio en ciernes. Su carácter voluntario e irrevocable aporta gran seguridad jurídica, máxime cuando “*se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro*” (artículo 317 CC). En virtud de todo ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha establecido que mientras los progenitores asientan al matrimonio de su hijo menor no necesitan pedir dispensa de ninguna especie, sino proceder a su inmediata emancipación por el cauce visto. No conviene acudir al auxilio del juez cuando de los actos propios puede seguirse igual efecto.

En el caso de que los padres no consientan, o alberguen dudas sobre dicho enlace, cabe acceso a la instancia judicial competente, que “*podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia de los padres*” (artículo 321 CC). Es lo cierto que ahora se asocia esta posibilidad con tres hipótesis concretas, pero bien valdría la última –“*cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad*”–, pues matrimonio y ejercicio de la patria potestad sobre los cónyuges resultan incompatibles por vía de la emancipación²³, que “*habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor*” (artículo 323, *in initio*, CC).

En defecto de padres, hipótesis que causa la tutela del menor, el ordenamiento español apareja el beneficio de la mayor edad, concedido por “*el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal*”, para el “*mayor de dieciséis años que lo solicitar*” (artículo 321 CC). Aquí no existe audiencia del representante, pues el interés del menor se personifica en el Ministerio Fiscal, que tiene por su propio estatuto confiado dicho cometido de forma orgánica.

Por otra parte, dicho esquema permitiría reconducir a sus estrictos términos la eficacia de la llamada emancipación de hecho, que favorece “*al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos*” (artículo 319 CC). Esta coyuntura es revocable, lo que no aporta la certidumbre mínima para el matrimonio que se proyecta; y fáctica, por lo que tampoco garantiza su firmeza; y, además, solo reputa como emancipado a todos los efectos a quien la demuestre. Pueden las normas, si se considera oportuno, establecer cuantas analogías tengan por conveniente, pero el Código Civil exige la emancipación en sentido institucional y no similares circunstan-

²³ Buena prueba registra el artículo 157 CC: “*el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez*”. Luego, a contrario, la emancipación les libera del auxilio de sus propios progenitores.

cias, por muy paralelas que se juzguen. El hecho de que se vertebre mejor el vínculo entre la emancipación y el matrimonio favorecerá la certeza en tales situaciones hoy en día debatidas, con clara mayoría en mi contra.

Luego el panorama de cambio nos ofrece otras perspectivas para que la disciplina del matrimonio civil gane cohesión y consiga mayores grados de coherencia. Según creo, constituye una buena oportunidad de replantearse figuras básicas, como la dispensa, la emancipación, la convalidación del matrimonio, el principio *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* y otras cuestiones de no menor enjundia. Mas vayamos por partes.

Como digo, no juzgo viable reintroducir la edad mínima para contraer, aunque sea más elevada que antaño. Considero mejor el actual sistema, pero también optimizado. El requisito del matrimonio es la emancipación (cfr. artículo 46.1 CC). Como quiera que se gana ésta por la mayor edad (cfr. art 314.1 CC) de seguro a partir de los 18 años queda expedita la boda. Es lo cierto que la emancipación aúna dos facetas complementarias. La primera representa la salida de la patria potestad estricta, por eso así se denomina, en cuyo capítulo encaja bien la mayor edad. Sin embargo, igualmente significa un concreto estado civil, que *“habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”*, mas con notorias limitaciones: *“hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos, sin el de su curador”* (artículo 323 CC). La capacidad de los mayores desborda, como es lógico, dichos límites. En consecuencia, la identificación entre ambos fenómenos resulta un equívoco considerable.

En correspondencia con lo anterior, y al margen de las limitaciones en la capacidad de obrar de los emancipados, uno de los principios que guían la disciplina del matrimonio y sus materias conexas, como su régimen económico, viene descrito por el adagio *“habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia”*²⁴. Sus episodios más representativos constituyen la capacidad en las capitulaciones *–“el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse podrá otorgar capitulaciones, pero necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación”* (artículo 1329 CC)– y en las donaciones *propter nuptias*: *“el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, también puede en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio, con la autorización de sus padres o del tutor”* (artículo 1338 CC). Ambos deberían desaparecer, resolviendo no pocas

²⁴ El capacitado para casarse también lo está para los posibles pactos anexos al matrimonio. Una especie concreta del principio según el cual *quien puede lo más puede lo menos*.

incógnitas que atesoran²⁵, si se aplica en sus justos términos la equivalencia entre la emancipación y el derecho a contraer, pues no habrá por hipótesis de partida menores no emancipados capaces para el matrimonio.

No obstante, la Constitución española contempla que “*la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo*” (artículo 32.2 CE). Pudiera objetarse a mi argumentación que, hasta cierto punto, sustrae dicha esta reserva, en la medida en que los cambios que propugno no contienen una edad específica para contraer. Ahora bien, del inciso citado no se deriva un mandato directo para introducir un impedimento por causa de la edad de los contrayentes, sino que con la referencia inmediata y constante que sobre los 16 años hacen las normas de la emancipación bastaría. De lo contrario, el vigente sistema devendría inconstitucional de idéntica manera.

Otro de los capítulos a revisar con motivo de la reforma que se auspicia es el concerniente a la convalidación del matrimonio contraído por los menores. Con arreglo al artículo 75 del Código Civil, “*si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor, sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal*” y “*al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla*”. Como quiera que se impulsa la elevación de la edad para reprimir en cierta medida los matrimonios de conveniencia urdidos por los progenitores y con escaso ámbito de decisión de los futuros cónyuges, conviene acotar de forma terminante los efectos convalidatorios. La reválida del matrimonio de los menores constituye una práctica muy asentada en los ordenamientos de corte latino, por influencia del *favor matrimonii* que acuñó la doctrina canónica. Sin embargo, su expresión en los actuales términos del Derecho español peca de abstracta. Frente a fórmulas previas, que aludían a reválida con alcance “*ipso facto*” (artículo 83.1º, pfo. 2, CC en su redacción originaria) de tenor *ex nunc*, ahora elude calificar la circunstancia, lo que alienta su eficacia *ex tunc*. Un craso error, a mi juicio. Es lo cierto que la nulidad del matrimonio ha quedado reducida casi a pavesas con el denominado *divorcio express* y sin causa motivadora, según hemos visto, pero eso no debería justificar modelos inadecuados, por mucho que vean muy menguada su práctica. Estimo que debería establecerse un mecanismo revalidatorio más seguro, producto de añadir al artículo 75 del Código un tercer párrafo con el siguiente contenido: “*Los efectos del matrimonio así revalidado tendrán lugar a partir del momento en*

²⁵ Cfr. DURÁN RIVACOPA. *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*. En: “*Anuario de Derecho Civil*”, 1991, I, pp. 97 y ss.

que con arreglo la ley hubiera podido contraerse, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 79 del presente Código”²⁶.

En esta misma línea también opera la dispensa ulterior del obstáculo, que, conforme al artículo 48, párrafo 3, del Código Civil convalida el matrimonio “desde su celebración”. Considero que debería nuevamente introducirse la matización anterior y circunscribir sus efectos a la época en que pudiera contraerse de forma lícita en España. No cabe convalidar con efectos anteriores los óbices de orden público que *a posteriori* se remueven, una vez superados. Piénsese las bodas acordadas por los ascendientes en la infancia de los cónyuges, propias de algunas costumbres que ahora se reciben por vía de inmigración. Los contrayentes mantienen dicho enlace por deseo de los padres, que lo han diseñado gracias a razones bien ajenas a las que imperan en occidente, características de alianzas de familias, dotes u otras circunstancias ya superadas en nuestro entorno. No tendría sentido alguno que se convalidase desde la tierna edad en que se contrajo. En cualquier caso, si se unen los destinos del matrimonio y la emancipación, más que dispensas ulteriores cabe contemplar concesiones sobrevenidas de la última que revalidarían el primero a partir de su constancia.

Con todo, dos argumentos empecen el éxito de la iniciativa que procura el incremento en la edad mínima de los contrayentes. La primera es que se busque a desmano una excelencia cuando previamente se ha desprovisto al matrimonio en Derecho español del armazón jurídico e incluso antropológico que lo acompaña. Una vez admitido completamente al margen del sexo de los cónyuges y con una duración de tres meses para emprender el divorcio (en el más exigente de los supuestos), cuya simple denuncia sin causa de ninguna especie da lugar a su decreto, no tiene mucho sentido ponerse ahora exquisitos en cuanto a la edad mínima para contraer. Asimismo, esta tendencia rigurosa contrasta con el nuevo *status* del menor en el Derecho español. En efecto, conforme al artículo 162 del Código Civil, ya no se concibe una categoría única y común para todos los menores, incapaces de obrar casi por completo según la interpretación *a contrario* del artículo 322 del propio Código: “el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”. Ahora, cada menor podrá emprender los actos que sin óbice legal y conforme a sus especiales dotes de madurez sea capaz de conducir solo a buen término. Por eso, el artículo 162.1 del Código Civil excluye de la patria potestad de los progenitores “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus

²⁶ Es decir, el matrimonio putativo: “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”.

condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". Además, por lo común se contempló que los dos actos más relevantes de la vida jurídica privada de los individuos –matrimonio y testamento– podrían realizarse a partir de los 14 años, pero en determinadas condiciones de intervención del juez y del notario respectivamente²⁷. Sin embargo, soy de los partícipes de la idea de que no resulta exagerado instituir definitivamente la emancipación como requisito del matrimonio, lo que aportará también un juicio *ad casum* de madurez en los menores, acompañando mejor la certeza conyugal a los nuevos tiempos con el mínimo de 16 años en los contrayentes.

Ojalá la reforma que se preconiza permita establecer mayores dosis de coherencia en nuestro sistema legal del matrimonio civil, siempre y cuando se formule de la manera más adecuada, lo que ya he tratado de argüir. Con todo, no ha sido ésta la causa justificadora de la medida, que aún no se ha consolidado, pero entra en estudio de los expertos. Las declaraciones de la Ministra del ramo en la presentación de la iniciativa ligó su motivo con la edad en que se admiten determinadas decisiones de gran trascendencia, como en el aborto, a partir de los 16 años. Sucede, sin embargo, que incomprensiblemente allí la voluntad y hasta el conocimiento de los padres resultan hurtados de forma insólita, mientras aquí se contempla no solo su parecer, sino además autorización judicial, en su caso, para emanciparse.

²⁷ El artículo 663.1 CC declara incapaces para testar a "los menores de catorce años de uno y otro sexo", mas "el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad" (artículo 688 CC).

Indivisión sucesoria

AUGUSTO FERRERO COSTA (*)

SUMARIO: 1. Copropiedad. 1.1. Derechos. 1.2. Deberes 2. Clases de indivisión. 2.1. Forzosa. 2.2. Voluntaria. 3. Efectos. 4. Casos especiales. 4.1. Patrimonio familiar. 4.2. Derecho de la habitación del cónyuge. 4.3. Usufructo del cónyuge.

Un día un cliente me pidió una reunión en mi Estudio para revisar un contrato. Llegué a mi oficina con cierto retraso. Estaba presente también la otra parte acompañada de su abogado. No hubo presentación, y no supe con quien estaba tratando. Las opiniones del profesional me impresionaron por su gran calidad.

Empero, sobre todo, me impactó su modestia; un caso luminoso de humildad. Al despedirnos, me dio su tarjeta y descubrí con sorpresa que se trataba nada menos que del eminente jurista Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, a quien conocía solamente por sus publicaciones y su prestigio. Me disculpé por no haberle rendido los honores del caso.

Años más tarde integré con él un Tribunal Arbitral y pude comprobar su sapiencia y conocimiento jurídico, además de su bonhomía. Consagró su vida al Derecho de los Contratos y escribió sobre él todos los lineamientos que hoy lo distinguen.

Me complace compartir con la comunidad jurídica este merecido homenaje a un egregio jurista.

1. COPROPIEDAD

Se ha analizado cómo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 660, “desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Estos resultan así propietarios proindivisos de los bienes comunes de la herencia

(*) Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ex Decano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, socio del Estudio Ferrero Abogados.

en proporción a la parte a la que tengan derecho. “Se entiende que es objeto de esta comunidad la misma masa de la herencia en su conjunto, pero esta masa no constituye un objeto de derecho unitario, tal comunidad sólo puede concebirse haciéndola recaer sobre los particulares bienes relictos. Cada uno de los herederos, sin embargo, no tiene sobre ellos un derecho parciario independiente, y no debe impulsar a crearlo así el modo de expresarse de la ley”¹.

El Libro de Sucesiones determina las reglas que rigen esta copropiedad en el artículo 844 y siguientes; determinando el artículo 845 que en lo que no estuviera previsto en éstos, regirán las disposiciones relativas a copropiedad normadas en el Libro de Derechos Reales.

La indivisión tiene una connotación de propiedad colectiva, siendo incentivada en los sistemas que fomentan este tipo de propiedad. Otros, como el francés, tienden por lo contrario a la partición. En el Perú, el sistema ha sido ecléctico, normándose ampliamente tanto la indivisión como la partición.

Veamos los derechos y deberes que se derivan de la copropiedad.

1.1. Derechos

Los derechos inherentes a la copropiedad son los siguientes:

- a) El copropietario goza del derecho de disposición respecto de su cuota ideal (artículo 977), pudiendo así enajenar su parte o gravarla. Para disponer del bien objeto de la copropiedad se requiere la decisión unánime de los copropietarios (artículo 971, inciso 1).
- b) En beneficio común, está facultado a reivindicar, conservar y proteger el bien, estando facultado a interponer acciones y defenderse de las mismas, con arreglo a ley (artículo 979).
- c) El derecho de retracto que le confiere el artículo 1599, inciso 2, para subrogarse en el lugar del comprador, y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa, debiendo el retrayente reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados (artículo 1592).
- d) Si un copropietario practica, sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto (artículo 978).

¹ BINDER, Julius. *Derecho de Sucesiones*. Traducido de la segunda edición alemana y anotado conforme al Derecho español por José Luis LACRUZ BERDEJO. Barcelona, Editorial Labor, 1953, p. 249.

- e) A usar el bien y a servirse de él, siempre que no altere su destino ni perjudique el interés de los demás (artículo 974).

1.2. Deberes

Asimismo, los copropietarios tiene los siguientes deberes:

- a) Indemnizar a los demás cuando usan el bien parcial o totalmente con exclusión de ellos (artículo 975).
- b) Responder proporcionalmente por los gastos de las mejoras necesarias y útiles, las cuales pertenecen a todos los copropietarios (artículo 980).
- c) Concurrir, en proporción a su parte, a los gastos de conservación y al pago de los tributos, cargas y gravámenes que afecten al bien común (artículo 981).
- d) A sanear en caso de evicción, en proporción a la parte de cada uno (artículo 982).

En cuanto a la administración de la propiedad indivisa, debe señalarse que las decisiones para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él, deben ser unánimes, y aquéllas referidas a los actos de administración ordinaria, por mayoría absoluta, computándose los votos por el valor de las cuotas, decidiendo el juez por la vía incidental, en caso de empate (artículo 971). Cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien si no está establecida la administración convencional o judicial y mientras no sea solicitada alguna de ellas (artículo 973). La administración judicial de los bienes comunes se rige por el Código Procesal Civil (artículo 972). En el caso de la indivisión sucesoria, corresponde al albacea administrar la herencia, o al apoderado común nombrado por todos los herederos o al administrador judicial, conforme lo dispone el artículo 851.

2. CLASES DE INDIVISIÓN

Son las siguientes:

2.1. Forzosa

Es aquella que existe por mandato de la ley, cual es el caso de los bienes comunes que constituyen la sociedad de gananciales o los bienes del patrimonio familiar, o por la naturaleza de las cosas que son indivisibles como ocurre con los pasajes y servicios comunes a dos o más inmuebles, las áreas comunes en la propiedad horizontal y las paredes medianeras.

2.2. Voluntaria

Esta puede ser dispuesta por el testador o convenida por los herederos.

- a) *Testador*: De acuerdo al artículo 846, éste puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades, a excepción de las explotaciones agrícolas y ganaderas que se rigen por la ley de la materia. En la reforma del Código Civil hemos planteado ⁽²⁾ la extensión de este plazo a diez años y la posibilidad de que sea por toda o parte de la herencia, sin excepción alguna. Esta voluntad no es irrestricta, pues de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 850, el juez puede ordenar, a petición de cualquiera de los herederos, la partición total o parcial de los bienes hereditarios antes del vencimiento del plazo de la indivisión, si sobrevienen circunstancias graves que la justifiquen.
- b) *Herederos* : Conforme lo autoriza el artículo 847, los herederos pueden pactar la indivisión total o parcial de la herencia hasta por un plazo de cuatro años. El pacto se presume que es por cuatro años cuando no se consigna plazo, y es susceptible de renovación en forma indefinida (artículo 993). También puede ponerse fin a la indivisión en aplicación del artículo 850 citado, que a su vez concuerda con el artículo 993, el mismo que reitera que si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo.

3. EFECTOS

El artículo 848 expresa que la indivisión surte efectos contra terceros solo desde que es inscrita en el registro correspondiente, tenor que resulta innecesario por ser una repetición literal del artículo 993, ubicado en el subcapítulo de pacto de indivisión.

En los casos de indivisión, se pagará la porción de los herederos que no la acepten (artículo 849). Este artículo debe interpretarse como aplicable tanto a la indivisión que impone el testador como a aquella que es convenida por los herederos, a diferencia de uno análogo en el Código derogado (artículo 785), que estaba circunscrito a la primera.

En los casos que se han planteado, la copropiedad se extingue, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 992, por las siguientes razones:

- 1) División y partición del bien común.
- 2) Reunión de todas las cuotas partes en un solo propietario.

² Propuestas de Reforma del Código Civil planteadas por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de la ley de reforma del Código Civil según Ley N° 26394 y 26673, Separata Especial, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de abril de 2006, p.12.

- 3) Destrucción total o pérdida del bien.
- 4) Enajenación del bien a un tercero.
- 5) Pérdida del derecho de propiedad de los copropietarios.

4. CASOS ESPECIALES

Singularmente, la constitución del patrimonio familiar, el derecho de habitación vitalicio y gratuito del cónyuge y el usufructo por el cual puede éste optar constituyen tres casos especiales de indivisión.

4.1. Patrimonio familiar

Denominado en el antiguo Código hogar de familia, consiste en afectar la casa habitación de la familia o un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio, al disfrute de los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente. Tiene la calidad de inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

Como la constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad, al morir el propietario ésta se transfiere a los sucesores, quienes no son necesariamente los mismos que los beneficiarios. Así, unas personas tendrán el derecho de propiedad y otras el usufructo, pues el patrimonio familiar no se extingue al fallecimiento del propietario. Los sucesores se verán impedidos no sólo de enajenar el bien, sino también de efectuar la partición sobre el mismo. En efecto, ésta implica una suerte de permuta, pues cada uno de los copropietarios cede el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican (artículo 983). Ello implica, como lo ha señalado Lanatta³), que hay un aplazamiento respecto a la partición de un inmueble sobre el cual se ha constituido el patrimonio familiar. Y es que la permuta resultaría violatoria de la norma que declara que el patrimonio familiar es inalienable. Al respecto, el artículo 716 del Código Civil italiano declara expresamente que en la división de los bienes hereditarios no se puede comprender los bienes que constituyen el patrimonio familiar antes de que desaparezca su razón de existir.

La indivisión termina con la extinción del patrimonio familiar, la cual conforme al artículo 499, es declarada por el juez en los siguientes casos:

- a) Cuando todos los beneficiarios dejan de ser tales.

³ LANATTA GUILHEM, Rómulo E. *Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil*, Lima, Editorial Desarrollo, 1981, p. 89.

- b) Cuando, sin autorización del juez, los beneficiarios dejan de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo.
- c) Cuando, habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez, a pedido de los beneficiarios, lo declara extinguido.
- d) Cuando el inmueble fuera expropiado y transcurrido un año no se hubiere constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio familiar.

4.2. Derecho de la habitación del cónyuge

El cónyuge tiene un derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la casa-habitación en que exista el hogar conyugal, que le confiere el artículo 731, y la reciente Ley 30007 ha extendido este derecho sucesorio a las uniones de hecho, a cuyos miembros se les aplicará este derecho (artículo 4), considerándolos herederos forzosos (artículo 5).

Como el artículo 732 destaca que mientras la casa-habitación esté afectada por este derecho tiene la condición legal de patrimonio familiar, todo lo expuesto al analizar esta institución en relación a la indivisión es aplicable al derecho de habitación del cónyuge y de los miembros de las uniones de hecho mencionados. Como el ejercicio de este derecho significa que el cónyuge o éstos no son propietarios del total del inmueble, la afectación con él lleva consigo que los titulares de la nuda propiedad puedan proceder a la partición del bien una vez extinguido el derecho, tal como lo proclama el artículo 732; lo cual ocurre en caso que el cónyuge sobreviviente contraiga nuevo matrimonio, viva el concubinato o muera.

4.3. Usufructo del cónyuge

Cuando el cónyuge o los miembros citados concurren con hijos y demás descendientes, puedan optar por el usufructo de la tercera parte de la herencia, siempre que no ejerzan el derecho de habitación citado, tal como lo prevé el artículo 823.

Al igual que en el derecho de habitación, mientras la casa-habitación en que existió el hogar conyugal esté afectada al usufructo, tendrá la condición legal de patrimonio familiar (artículo 732). Debe tenerse en cuenta que, a diferencia del derecho de habitación que excluye cualquier derecho hereditario sobre otros bienes, el usufructo es sobre la tercera parte de toda la herencia; es decir, se ejerce sobre todos los bienes que constituyen ésta.

Esta disposición es nueva en nuestro ordenamiento, pues si bien es cierto que el Código derogado facultaba al cónyuge a optar por el usufructo de la cuarta parte de la herencia (artículo 766), no le otorgaba en caso alguno la condición de patrimonio familiar (hogar de familia con el antiguo Código) a la casa-habitación u otro bien.

Este derecho sólo se extingue por renuncia o muerte del cónyuge.

La delación

CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE (*)

SUMARIO: 1. *Presentación.* 2. *Introducción.* 3. *¿Qué es la delación?* 4. *Ámbito de aplicación.* 5. *Capacidad para el ejercicio del derecho.* 6. *Modelos de delación.* 7. *Clases: Aceptación y renuncia.* 7.1. *Aceptación, características, formas.* 7.1.1. *Aceptación de la herencia.* 7.1.2. *Características.* 7.1.3. *Formas de aceptación.* 7.2. *Renuncia de la herencia, características (artículo 675).* 8. *Efectos de la renuncia.* 9. *Colación.* 9.1. *Operaciones a seguir.* 10. *Plazo para el ejercicio del derecho de opción, artículo 673.* 10.1. *El silencio.* 11. *Impugnación de la renuncia por los acreedores del sucesor renunciante (artículo 676).* 11.1. *Plazo para el ejercicio de la acción revocatoria o de ineficacia de la renuncia (artículo 676).* 11.2. *Alternativas que plantea la sentencia firme que declare fundada la demanda artículo 676 según la naturaleza de los bienes.* 11.3. *Destino del remanente artículo 676.* 12. *Naturaleza jurídica de la acción impugnatoria de la renuncia.* 12.1. *¿Es una acción personal o real?* 12.2. *¿La impugnación de la renuncia se ejercita mediante una acción revocatoria, subrogatoria o de ineficacia?* 12.3. *¿Qué debe probar el acreedor del renunciante?* 13. *Trasmisión del derecho de opción (artículo 679).* 13.1. *Ámbito de aplicación del artículo 679.* 13.2. *Requisitos del transmitente.* 13.3. *Requisitos del transmitido.* 14. *Semejanzas y diferencias entre la aceptación y renuncia de la herencia.* 14.1. *Semejanzas.* 14.2. *Diferencias.*

1. PRESENTACIÓN

Conocí a Manolo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en donde al igual que yo desempeñábamos labores docentes en nuestra Facultad en la que nos formamos, de la cual egresamos aún cuando en distintas épocas no muy distantes entre sí. Tuve también, ocasión de tratarlo cuando yo desempeñé funciones como juez en el Poder Judicial por espacio mayor de 30 años, y él asistía a los Tribunales de Justicia en ejercicio de sus funciones como ilustre abogado.

Finalmente, cuando fui invitado por él, para integrar el Consejo Superior de Arbitraje en Lima durante varios años. Todas estas circunstancias me han llevado a conocerlo en sus dimensiones como persona, como profesional

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

dotado de grandes cualidades, como maestro y como jurista. Un verdadero ejemplo a seguir, digno de toda nuestra admiración, respeto y afecto. Vivirá en nuestro recuerdo.

2. INTRODUCCIÓN

La muerte constituye un fenómeno natural de la persona humana que trae como consecuencia la inmediata apertura de un proceso hereditario cuya finalidad es la transmisión del patrimonio del causante a sus beneficiarios porque al morir dejó de ser sujeto de derecho trayendo como resultado inevitable que sus relaciones jurídicas queden sin titular. El ordenamiento legal provee los medios necesarios para que esa extinción sea cubierta automáticamente mediante normas legales las cuales tienen la categoría de orden público porque son imperativas, necesarias y de valor absoluto siendo del caso recordar como lo hace el profesor Lanatta en su obra "Anteproyecto de Reforma del Código Civil de 1936" que el artículo 145 del Tratado de Derecho Internacional Privado de la Habana de 1928 establece que la apertura de la sucesión hereditaria se da en el mismo momento de la muerte del causante y que esta norma declarativa es de orden público. El Perú suscribió este Tratado siendo ratificado posteriormente por el Congreso de la República.

Estas normas de orden público son mínimas porque regulan materias puntuales como las que se refieren al momento de la transmisión sucesoria, la intangibilidad de la legítima, el orden sucesorio de acuerdo al grado de proximidad de los llamados a heredar, el derecho del Estado como heredero, entre otras.

Esta transmisión automática acontece por la ruptura de la relación jurídica patrimonial al desaparecer el sujeto de la misma. Pero esta transmisión *ipso iure* está sometida a una condición legal: la aceptación por parte del sucesor que puede ser heredero o legatario porque a nadie se impone la herencia contra su voluntad. Una máxima medieval al respecto dice: "*N'est heritier qui ne veut*".

Con la apertura de la sucesión se abre el camino para los sucesores llamados, pero tiene carácter provisional, mientras no ejerciten el derecho de opción. La aceptación consolida el derecho hereditario del transmitido, porque fija de modo definitivo la posición jurídica del heredero frente a la herencia.

La aludida transmisión pasa por un proceso hereditario en el que hay cuatro fases que acontecen sucesivamente constituyendo por así decirlo, como la columna vertebral de la aludida transmisión *mortis causa*. Ellas son:

- 1) Apertura: Se da con la muerte del causante.
- 2) Vocación: Llamamiento de la persona del destinatario de la herencia y en consecuencia, la asignación de ésta a su favor, que puede ser hecho por el

testador vía testamento o por falta o deficiencia de ésta, a través de la ley vía declaratoria de herederos cuya competencia está librada al juez del último domicilio del causante o del notario público de la provincia conforme a la ley 26662 modificada parcialmente por las Leyes 26687 y 26987. Es la entrada en consideración jurídica de la designación de herederos efectuada por el testador o por la ley. Tiene lugar al abrirse la sucesión. Ahí alcanza relevancia jurídica.

3) Delación: Es el concreto ofrecimiento de la herencia que la ley establece a favor de aquellas personas que han sido “llamadas” y que además, son “hábiles” para heredar al causante, a fin de que “puedan” ejercitar el derecho de “opción” que es alternativo y que depende “exclusivamente de ellos” para aceptar o renunciar la herencia que ha sido puesta a su disposición. Tiene lugar cuando el sucesor designado puede hacer suya la herencia mediante la aceptación.

Sólo los “herederos llamados” que reúnan los requisitos para heredar (existencia, capacidad, no ser indignos ni haber sido desheredados y que tengan mejor derecho que otros) están en situación de ejercitarlo.

La herencia no se “imponer” a nadie contra su voluntad. Una máxima medieval señalaba al respecto, que “no hay herencia sin aceptación” (N'est heritier qui ne veut). Esta regla constituye hoy un principio generalizado. En muy pocas legislaciones del mundo se denomina delación, como por ejemplo en Chile, Ecuador y Colombia. Se le conoce más bien como aceptación y renuncia en la mayoría de ellos como en Francia, España, Italia, Alemania, Brasil, Méjico, Perú, Argentina, etc.

4) Adjudicación definitiva de la herencia a los sucesores.

3. ¿QUÉ ES LA DELACIÓN?

Es un negocio jurídico unilateral librado a la sola voluntad del sucesor. La ley exige una cierta capacidad y subordina generalmente la voluntad a una exteriorización y puede hacerse por medio de un mandatario.

Abierta la sucesión, la herencia se trasmite al sucesor sin solución de continuidad, pero con el derecho de rehusarla porque contra su voluntad no se puede consumir la transmisión.

Es el poder jurídico que la ley concede como derecho personal, al sucesor hábil, para que frente a una *sucesión hereditaria abierta* manifieste libremente, su decisión de aceptar o renunciar al título de sucesor con lo que consolida definitiva e irreversiblemente su título de sucesor (heredero a legatario), y fija asimismo su condición de propietario de los bienes hereditarios o caso contrario, es considerado como si nunca hubiera sido heredero y por tanto, sin ningún derecho a la herencia porque el efecto de la delación es “retroactivo”;

se retrotrae al mismo momento de la apertura de la sucesión, siendo ésta la oportunidad, en que opera la trasmisión ipso iure de la herencia a los sucesores del causante, pero esta trasmisión automática como señalamos anteriormente, es provisional porque está supeditada a una condición legal: la aceptación o renuncia de la herencia por parte del propio sucesor. Sólo con la aceptación por parte del sucesor queda confirmada irreversiblemente dicha trasmisión. La titularidad del heredero será entonces permanente. La importancia que la delación tuvo en el Derecho Romano ha venido disminuyendo en el tiempo porque actualmente el sucesor no responde ilimitadamente por las deudas insolutas del causante que fue la causa de su origen, salvo en el caso eventual que prevé el artículo 662 del Código Civil.

La delación es la vocación hereditaria puesta en movimiento permitiendo al sucesor la adquisición definitiva de la herencia.

Según LÓPEZ DE CARRIL, entre la vocación y la delación existen 5 diferencias a saber:

- a) La primera implica la muerte del causante "*de modo necesario*", mientras que la segunda no puede darse sin la correspondiente "*vocación*".
- b) La primera depende del testador o de la ley. En cambio la segunda depende exclusivamente de la voluntad del "*sucesor llamado*", porque es un derecho personal concedido por la ley.
- c) Puede haber vocación sin delación (caso del declarado indigno: como no es "*idóneo*" no puede ejercitar al derecho de delación). En cambio no puede haber delación sin vocación.
- d) La primera es una "*realidad jurídica*" que proviene del testamento o de la ley; en cambio la segunda es una "*posibilidad jurídica*" que viene del propio sucesor.
- e) La primera califica al sucesor; en cambio el ejercicio de la delación fija la posición jurídica del sucesor.

El proceso concluye con la adquisición "*definitiva de la herencia*" de modo retroactivo e irreversible. ¹

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La delación como derecho de opción se encuentra regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera del Código Civil, la cual contiene disposiciones co-

¹ LÓPEZ DEL CARRIL, Julián, *Unidad y Pluralidad Sucesoria*. En: *Libro Homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima. Cultural Cuzco, Editores. 1986. pp. 331-333.

munes a toda clase de Sucesiones. Por tanto resulta aplicable tanto a los casos de sucesión testamentaria como de sucesión intestada o legal.

Son sujetos de este derecho tanto herederos como legatarios, así lo establece el artículo 674 del Código Civil. El que puede renunciar herencias y legados, también puede aceptarlas salvo que haya mantenido silencio durante el plazo legal, situación en la que se le tiene por aceptado.

5. CAPACIDAD PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO

Capacidad legal para aceptar o renunciar (artículo 674): Esta disposición es declarativa. Es menester dos requisitos:

El primero es el relativo a la capacidad civil plena que debe tener el sucesor porque el acto jurídico de la opción necesita que sea capaz más aún si la opción conlleva la facultad de disposición (artículo 42 y 46).

Además es menester que dicho sucesor tenga la libre disposición de sus bienes. Por lo tanto no tendrán capacidad los incursos en procesos de quiebra, los declarados interdictos y los menores incapaces. En tales casos intervendrán sus representantes legales, de conformidad con los artículos 448 incisos 4 y 9, artículos 532 y 568 del Código Civil. Eduardo Zannoni señala que "el principio general es que pueden aceptar o renunciar la sucesión todos los que gozan de capacidad para disponer de sus bienes"². Este criterio se encuentra generalizado en la legislación contemporánea.

6. MODELOS DE DELACIÓN

Hay dos modelos:

- Romano
- Germánico

Romano: "*Hereditas non aditio, non trasmititur*" herencia no aceptada (adir) no transmitida (trasmititur).

Sólo cuando el sucesor manifiesta su voluntad de aceptación de una herencia es cuando recién le es transmitida. Mientras no fuera aceptada la herencia permanecía en situación de "*herencia vacante*". En este modelo actualmente hay dos momentos. En el primero el "*llamado*" a heredar, con la muerte del causante, se convierte automáticamente en "*heredero provisional*" y en el segundo, con el "*ejercicio de la delación*" consolida de modo "*definitivo e*

² ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las Sucesiones*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina, 1982, p. 299-300.

irreversible” su calidad de sucesor y propietario de la herencia; caso contrario, no será considerado como si nunca lo hubiera sido.

Germánico: La adquisición de la herencia se alcanzaba *“ipso iure”* en el mismo momento de la muerte del causante, a favor de sus sucesores sin solución de continuidad. No había dos momentos.

El ejercicio de la delación fija definitivamente como heredero, *“si accepta”*; no así si renuncia a ella. En ambas alternativas, el efecto se retrotrae al mismo momento de la muerte del causante.

Según Emilio F. VALVERDE³ en el antiguo derecho germano faltó el concepto de la adición de la herencia entrando el heredero en la posesión de los bienes hereditarios sin necesidad de ningún acto especial de aceptación porque conforme al derecho germano los bienes pertenecían colectivamente a toda la familia y por eso no había necesidad de aceptar la herencia. De no ser así habría debido admitirse que alguien pudiese declarar la voluntad de tener para sí lo que era suyo. Es pues diferente a la posición del derecho romano.

7. CLASES: ACEPTACIÓN Y RENUNCIA

7.1. Aceptación, características, formas

7.1.1. Aceptación de la herencia

Acto jurídico en virtud del cual el *“llamado”* a heredar manifiesta su voluntad de asumir los derechos y obligaciones que derivan de su calidad de sucesos (heredero o legatario)

Si rechaza el ofrecimiento, es considerado como si nunca hubiera tenido aquella calidad sucesoria porque sus efectos son retroactivos.

La aceptación no confiere la calidad de heredero que tiene el sucesor por su propia vocación hereditaria sino que confirma este título personal y consolida irrevocablemente el dominio de los bienes transmitidos. Por eso cobra sentido aquella reflexión de que *“la aceptación es la renuncia del derecho de renunciar”*.

Conforme al derecho romano no se admitió el encargo mediante mandato. En cambio para la doctrina francesa y la mayoría de legislaciones contemporáneas no hay óbice legal alguno que lo impida.

7.1.2. Características

³ VALVERDE F. Emilio. *Derecho de Sucesiones en el Código Civil Peruano*, Lima, Perú, 1951 Editorial Talleres Gráficos del Ministerio de Guerra, 5 de mayo de 1951, p. 259.

a) Derecho personal establecido por la ley. Es derecho propio, y no derivado. No recepticio. La adquisición de este derecho opera ipso iure, sin la necesidad de acto alguno del sucesor. En cambio la asignación requiere de aceptación.

Acto jurídico unilateral: manifestación de voluntad por agente capaz destinado a crear efectos jurídicos.

Una vez que ha sido diferida la asignación recién se adquiere el derecho de delación por derecho propio, no es derivado. La asignación deriva del causante. El derecho de opción nace en la delación, excepcionalmente el derecho de opción es derivado, cuando se da el derecho de transmisión de la opción en el caso que regula el artículo 679 del Código Civil, o sea cuando el derecho de aceptar o renunciar a la herencia de quien fallece antes del vencimiento del plazo legal para hacerlo, en cuya situación se transmite a sus herederos. Este es el caso de una sucesión no por derecho propio ni por representación sucesoria sino de sucesión de la delación o de transmisión de la delación. Empero, la transmisión de la delación sólo se verifica si los herederos del primer llamado aceptan la herencia.

Es pues un acto libre y voluntario. La respuesta del sucesor, no implica la existencia de un contrato en la transmisión de la herencia. La saisine (transmisión de puro derecho) de la propiedad y de la posesión no concuerda con la noción del contrato, porque la transmisión es "*automática*" (*opera de pleno derecho*) y la aceptación no tiene otra virtualidad que "*confirmarla*". ¿Por qué? Porque la institución de heredero por el causante y la aceptación por el instituido, no tienen nada en común con la oferta y la aceptación ya que no pueden coexistir "*ambas*" simultáneamente, es decir instituyente (el causante) e instituido (el sucesor) porque "*el fallecimiento del causante*", es el presupuesto necesario para que tenga lugar la sucesión del instituido. No hay pues, concierto de voluntades conjugadas y sucesivas, como en cualquier contrato, sino en todo caso, voluntades coincidentes, pero superpuestas en el tiempo.

En nuestro Código Civil existen dos excepciones en las que la aceptación no es libre: Artículos 662 y 830: heredero que dispone u oculta dolosamente bienes hereditarios y además el Estado que hereda cuando no hay herederos testamentarios o legales, no procediendo por su parte renuncia alguna.

b) Es acto indivisible y simple como es la calidad de sucesor (no admite modalidades condición, plazo cargo). Es por eso un derecho personal pero no personalísimo.

Si dejase de serlo, los terceros acreedores del causante quedarían sujetos a la arbitraria decisión del sucesor quien por su sola voluntad como señala Emilio Valverde, en su obra anteriormente citada, podría dejar insolvente el

patrimonio transmitido al rehusar la parte gravada u onerosa del mismo. El derecho a la herencia proviene del título de sucesor que es uno e indivisible; si no fuera indivisible, el sucesor podría aceptar el activo de la herencia y renunciar al pasivo. En tal situación ¿quién asumiría la obligación de pago de las deudas insolutas del causante? Nadie. El artículo 661 establece que corresponde a los herederos.

c) Es intransferible porque es un derecho personal. Sólo resulta enajenable la asignación. El derecho de opción en sí no puede ser transferida por un acto voluntario. Empero si es transmisible en el caso del artículo 679 del Código Civil.

Es además simple, es decir que la aceptación no puede ir acompañada de modalidad alguna por su naturaleza y finalidad dado que de no serlo convertiría en incierta la transmisión lo cual redundaría en detrimento de los acreedores de la sucesión generando inseguridad jurídica. Si se impusieran las modalidades en el acto de la delación deben considerarse por no puestas porque afectan su esencia.

Como fundamento de esta cualidad, existen razones de seguridad jurídica y de protección por los acreedores del causante y de los propios sucesores que necesitan saber la posición jurídica del sucesor para adoptar las medidas legales que impidan la oportuna satisfacción de sus derechos, para evitar eventuales fraudes.

Fornieles citado por E. Valverde⁴ dice: “Es un viejo principio que se funda en la necesidad de que los acreedores y cuántos tengan algún derecho que hacer valer contra la sucesión se hallen desde el principio frente a personas ciertas con quien entenderse. Ya es bastante el perjuicio de la muerte del causante y de la división de las deudas cuando son varios los herederos para añadirles complicaciones nuevas de una aceptación parcial o condicional”.

La doctrina en cuanto a la indivisibilidad de la aceptación admite una excepción: cuando una misma persona ha sido instituida por el testador como heredero y asimismo como legatario, de una misma sucesión, no habría óbice para que acepte la herencia que le corresponde como heredero y renuncie a la que le corresponde como legatario porque en este caso los derechos respectivos, provienen de dos títulos diferentes dentro del testamento. El de heredero y el de legatario.

d) Irrevocabilidad (artículo 677)

Sus efectos son irreversibles por la naturaleza y finalidad de la institución pues de lo contrario se abrirían las puertas a la inseguridad jurídica. Una vez

⁴ VALVERDE F. Emilio. Op. Cit. p 274.

efectuada, no puede ser revocada; sólo podría invalidarse si adoleciera de algún vicio de consentimiento. Así, cobra sentido la máxima romana: "*Semel heres, Semper heres*". La calidad de heredero es perpetua.

e) Transmisibilidad (artículo 679)

Como ya dijimos éste es un caso de excepción en que el derecho de opción deriva del derecho del transmitente.

Muerto el heredero antes del plazo legal que tenía sin haber llegado a aceptar o renunciar la herencia de su causante, este derecho personal de delación "*no caduca*". En tal caso este derecho, respecto de la herencia de aquél integrará la herencia de éste (del transmitente) y entonces, sus herederos, (del transmitente) al aceptar esta herencia adquieren "*además*", el derecho de opción respecto de la herencia del causante originario, o sea que "*en la herencia del transmitente*" (az hereditario) existen dos sucesiones:

- 1) La herencia propiamente dicha (del transmitente).
- 2) El derecho de opción respecto de la herencia del causante originario.

Los herederos del transmitente al aceptar la herencia del causante adquieren también el "*derecho de opción*" respecto de la herencia del causante originario. En cambio, si renuncian a la herencia del transmitente, no podrán ejercitar el derecho de opción respecto del causante originario porque es un derecho que deriva de aquél. Cabe una tercera alternativa: dichos herederos (del transmitente) podrán también aceptar la herencia de éste y renunciar al derecho de opción respecto de la herencia del causante originario, porque este derecho "*deriva*" como señalamos, del derecho a la herencia del transmitente.

f) Retroactividad artículo 677

Independientemente de la fecha del ejercicio del derecho de opción, el título personal del sucesor se adquiere "*provisionalmente*" en el mismo momento de la muerte del causante, la aceptación consolida esta situación, y fija definitivamente la posición jurídica de éste frente a la herencia.

g) Es actual: Artículos 678, 1405 y 1532

Sólo puede ejercitarse este derecho a partir de la muerte del causante y dentro del plazo de tres meses si el heredero está en el territorio de la República o de seis si se encuentra en el extranjero y no hubiera renunciado a ella.

Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa. Es un plazo de caducidad y no de prescripción (artículo 2005). La caducidad no admite interrupción ni suspensión de plazos. No hay aceptación ni renuncia de herencia futura; ¿Por qué? Porque antes de la muerte de éste, no hay causante, no hay herencia ni hay sucesores. Entonces ¿con qué derecho se podría aceptar o renunciar si no

hay herencia ni título sucesorio alguno? El título sucesorio es necesario tenerlo para poder ejercitar los derechos sucesorios. Esta es la razón. La aceptación o renuncia a una herencia futura carece de todo valor jurídico. Carece de eficacia.

Hay diferencias entre la prescripción y la caducidad. Por la primera se extingue la acción pero no el derecho; sólo procede hacerse valer por acción de parte y admite interrupción y suspensión del plazo (artículos 1989, 1992, 1994 y 1996).

En cambio respecto de la segunda extingue la acción y el derecho, además procede por acción de parte y de oficio y no admite interrupción ni suspensión salvo cuando sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículos 2003, 2005 y 2006).

h) Delegable

Cabe el ejercicio del derecho por poder. No hay norma legal que lo prohíba. *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”* (artículo 2 inciso 24 letra (a) de la Constitución Política del Estado peruano).

Por eso es que se puede afirmar que el derecho de opción es personal más no personalísimo.

7.1.3. Formas de aceptación

- a) Expresa (artículo 672)
- b) Tácita (artículo 672)
- c) Legal (artículo 673)
- d) Forzosa (artículos 662 y 830)

a) Expresa (Art.672): Puede constar con instrumento público o privado. Es la manifestación clara y precisa por la que se acepta la herencia. La ley no impone forma obligatoria.

No se exige una formalidad esencial sin probatoria porque nada justifica, cuando su importancia ha decaído, se exija para su validez el empleo irrestricto de la escritura pública o de acta otorgada ante un juez y que luego deba de protocolizarse como sí lo exige el artículo 675 cuando se trata de la renuncia.

La aceptación expresa no es obligatoria pero resulta útil porque permite fijar definitivamente la posición jurídica del sucesor así como ejercitar los derechos hereditarios inmediatamente sin dificultad alguna.

b) Tácita (artículo 672): En esta forma, la voluntad de aceptación se infiere indubitablemente con la realización de actos o de una suerte de comportamiento como cuando una persona entra en posesión de los bienes hereditarios que

le corresponde o cuando efectúa como heredero pagos a los acreedores del causante con bienes de la herencia, o cuando interviene en procesos judiciales que el causante promovió. En total, los actos presuntivos deben ser positivos.

Sin embargo, es menester considerar que la realización de actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia practicados por los herederos mientras no haya vencido el plazo del artículo 673, no importan aceptación ni impiden la renuncia (artículo 680).

c) Legal (artículo 673): En un caso de caducidad forzosa, pero del derecho de opción en sí, mas no del derecho de aceptación. Si vencido el plazo no renunció el sucesor, y mantuvo silencio, entonces la ley considera que ha existido aceptación, porque el sucesor al morir el causante, tiene esta calidad y por eso se le ofrece una herencia, quiere decir, que la ley le reconoce este derecho y por tanto lo que puede perder es el derecho de opción pero no implica una renuncia a su derecho de aceptar porque para considerarlo así, sería necesario un pronunciamiento formal y expreso del interesado. El silencio no puede interpretarse como una renuncia.

Planiol y Ripert, los hermanos Mazeaud y Rocco entre otros, consideran que en determinadas circunstancias debe considerarse como una manifestación de voluntad. Esto es la tesis contenida en el artículo 142 de nuestro Código Civil: *“el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”*.

d) Forzosa (artículos 662 y 830): Es un caso de aceptación obligatoria de la herencia. Nuestro ordenamiento legal prevé dos casos:

Primer caso: (artículo 662) Constituye una suerte de sanción cuando el heredero oculta dolosamente bienes hereditarios, o simula deudas o dispone indebidamente de esos bienes en perjuicio de los acreedores del causante. Es un caso de sanción moral cuando el heredero asume actitudes dolosas, que afectan el derecho de los acreedores de la sucesión.

En tales situaciones pierde el derecho a renunciar porque de no prohibírsele la ley podría hacerlo lo cual afectaría el derecho de los otros coherederos y de los acreedores de la sucesión y lo beneficiaría en cambio. Por eso el precitado artículo 662 señala que pierde el beneficio otorgado en el artículo 661. Establece este precepto una justificada medida de protección. Esta conducta fraudulenta trae consigo dos consecuencias: a) Pierde el derecho a renunciar y b) Queda obligado a asumir con su propio peculio las obligaciones insolutas del causante que excedan el valor de la herencia.

Segundo caso: es el que prevé el artículo 830 o sea cuando el causante no ha dejado sucesores testamentarios ni legales en cuyo caso el juez adjudicará la herencia al Estado a través de los organismos correspondientes. En tal si-

tuación queda obligado como heredero a asumir el pago de las obligaciones hasta el valor de la herencia.

7.2. Renuncia de la herencia, características (artículo 675)

Es el acto jurídico solemne mediante el cual el sucesor expresa de modo solemne su voluntad de apartamiento de su calidad de heredero y del correspondiente derecho hereditario. Es un acto jurídico, unilateral, gratuito, indivisible, simple, expreso, solemne y retroactivo.

Debe ser hecha por escritura pública o en acta otorgada ante el juez que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. La formalidad esencial del acto se justifica por su trascendencia frente a los coherederos y al de los acreedores de la sucesión.

El acta debe ser obligatoriamente protocolizada. Es decir, debe ser incorporada al protocolo notarial, el cual, según el artículo 36 de la Ley del notariado es la colección ordenada de registros sobre la misma materia en la que el notario extiende los instrumentos públicos protocolares con arreglo a ley.

Como sabemos, integran el protocolo notarial los siguientes registros (artículo 37 de la Ley del Notariado):

- a) Escrituras públicas
- b) Testamentos
- c) Actas de protesto
- d) Actas de transferencia de bienes muebles registrables
- e) Otros que la ley determine

Los efectos de la renuncia son más graves y trascendentales que la aceptación de la herencia, porque el heredero renunciante, pierde su calidad personal de heredero y como consecuencia, su derecho a la herencia que pudo corresponderle. Por eso, es que la ley exige que sea manifestada expresamente y de modo solemne, es decir que de no observarse, las formalidades señaladas, la renuncia no tendrá efecto alguno (artículos 144 y 675).

Eduardo ZANNONI en su obra citada ⁵ al respecto expresa “la exigencia de la escritura pública obedece a la necesidad de dar publicidad al acto. Sin embargo, la renuncia efectuada judicialmente cumple mejor sus propósitos que la declaración efectuada por escritura pública porque ésta puede ser desconocida por terceros”.

⁵ ZANNONI, E. Op. Cit. p. 292-293.

8. EFECTOS DE LA RENUNCIA

Sus efectos más importantes son:

- 1) El heredero renunciante es considerado como si nunca lo hubiese sido y pierde conjuntamente su título personal como sucesor y su derecho sobre la herencia que pudo corresponderle. En tal caso, si no tiene descendientes, la cuota del renunciante acrecerá la cuota hereditaria del coheredero de igual grado (artículo 774). El efecto es *ex tunc*, es decir, se retrotrae al mismo momento de la muerte del causante, por que es en ese momento que el heredero adquiere su título sucesorio provisionalmente.
- 2) Si el renunciante tiene descendientes entonces la cuota del renunciante “*no acrece*” en beneficio de los coherederos del mismo grado de parentesco que el renunciante, sino que corresponderá a éstos, sus descendientes, por representación sucesoria, quienes la recibirán por stirpe o sea que la cuota que pudo corresponder al renunciante (se le llama representado) será dividida en tantas partes como fuere el número de descendientes más próximos en grado que tenga (representantes) artículo 681. El acrecimiento es atributo propio del heredero por la universalidad del título que detenta como deriva de la norma contenida en el artículo 774 del Código Civil. En cambio tratándose de los legatarios el derecho de acrecer constituye una excepción. artículo 775.
- 3) El renunciante no podrá colacionar porque la colación es un derecho y una obligación sólo para los herederos forzosos. El heredero forzoso que renunció a la herencia ya no es heredero forzoso, dejó de serlo, porque este es efecto de la renuncia. Con la renuncia el título de heredero dejó de tener tal título, es considerado como un tercero. (artículo 841 y 842)

9. COLACIÓN

Consiste en agregar a la herencia líquida o herencia neta el valor de los bienes que el causante dió gratuitamente a las personas que el momento de su muerte tengan la calidad de herederos forzosos para imputárselas en la posición hereditaria que les corresponderá a fin de mantener la igualdad de las cuotas entre los coherederos que concurren a la sucesión hereditaria.

Así por ejemplo “X” al morir le sobreviven como herederos forzosos sus hijos “A” y “B”. En vida “X” donó a su hijo A 30 mil soles. La herencia neta ascienda a 90 mil soles.

Primera alternativa: Si no medió dispensa de colación (artículo 832), el valor de la donación será agregada a los 90 mil soles. O sea, que como resultado de la colación el monto a partir entre los 2 únicos herederos será de 120 mil soles, cantidad que será dividida en 2 partes iguales: 60 mil para cada uno de los coherederos. Así entonces la colación ha cumplido su objetivo: lograr la

nivelación de las cuotas. De los 90 mil soles de la herencia neta corresponderá 30 mil soles a "A" que agregado a los 30 mil soles de donación que recibió de su padre cuando éste vivía da como resultado 60 mil soles. Los otros 60 mil soles de la herencia neta corresponderá al hijo "B". Se ha imputado en la porción hereditaria de "A" el valor de la donación que recibió.

Segunda alternativa: En el mismo caso anterior con la diferencia que ahora la donación que "X" otorgó a su hijo "A" fue con dispensa de colación (artículo 832). En tal situación la operación exige un mayor desarrollo de conformidad con los artículos 1629 y 832 la donación sólo será válida cuando el causante deja herederos forzosos, cuando su valor no excede la cuota de libre disposición porque la legítima que es un derecho inherente a todo heredero forzoso es intangible cualitativamente y cuantitativamente.

Pongamos un ejemplo: "A" tiene 2 hijos "B" y "C" que le sobreviven. "A" donó a su hijo "B" 30 mil soles y la herencia neta que dejó asciende a 90 mil soles.

9.1. Operaciones a seguir

a) Reconstrucción ficta del patrimonio hereditario

90 mil soles (herencia neta) +
30 mil soles (donación)
120 mil soles

b) Determinación de la legítima y de la cuota de libre disposición

120 mil soles / 3 = 40 mil soles.

Se divide 120 mil soles entre 3 porque la legítima que corresponde a los hijos son las dos terceras partes de la herencia y el tercio restante constituye la parte de la libre disposición (artículos 723, 724, 725 y 733)

Si 120 mil soles entre 3 da 40 mil soles. Significa que la legítima asciende a 80 mil soles y la cuota de libre disposición es el otro tercio, o sea 40 mil soles.

c) Imputación de la donación a la cuota de libre disposición

Para comprobar si el valor de aquella excedió o no. Si excedió resultará inválida por ser inoficiosa, pero sólo en cuanto al exceso.

S/. 40.000 (cuota de libre disposición)

S/. 30.000 (valor de la donación)

S/. 10.000 (Hay más bien un exceso que se adicionará al valor de la legítima)

- d) Adición del valor restante de la cuota de libre disposición
 S/. 80.000 (Legítima)
 S/. 10.000 (Valor restante de la cuota de libre disposición)
 S/. 90.000 (Monto que será repartido entre los coherederos)
- e) Conclusión
 "A" = S/. 45.000 + S/. 30.000 = S/. 75.000
 "B" = S/. 45.000 = S/. 45.000
 S/. 120.000

Esta materia guarda estrecha relación con la delación, particularmente con la renuncia de la herencia que haga el heredero forzoso, porque la colación es un derecho y una obligación del heredero forzoso como señalan los artículos 831 y 843 del Código Civil. De modo que si un heredero forzoso que concurre con otros herederos forzosos y renuncia a la herencia, después de haber recibido del causante cuando éste vivía una donación, la consecuencia es doble, dejará de ser heredero forzoso y no colacionará pero tendrá que devolver lo recibido en cuanto exceda la porción disponible del causante (artículos 842 y 1629 Código Civil). Sí colacionará en caso de representación el heredero representante, lo que hubiera recibido del causante, el representado (artículo 841)

- a) Por la colación se computa (agrega) el valor de las donaciones recibidas por el heredero forzoso de parte del causante cuando éste vivía al valor de la herencia neta. Aquellas son consideradas como un adelanto de la herencia, de modo que a la muerte del causante (que es la persona que donó) le serán deducidas de la cuota hereditaria del heredero forzoso que fue beneficiado con la donación, el valor de éstas a fin de que todos los herederos forzosos que concurren a una sucesión hereditaria reciban iguales cuotas. En la colación hay tres operaciones: computación (suma), imputación (resta) y compensación (división).
- b) El objeto de la colación consiste pues en computar para nivelar las cuotas hereditarias de los herederos forzosos.

Ejemplo: Juan es padre de Luis y José. Juan dona 30 mil soles a su hijo Luis. A la muerte de Juan (padre de Luis y José) la herencia neta, asciende a 60 mil soles ¿Cómo se colaciona para que ambos hijos reciban iguales cuotas hereditarias? Es menester para tal efecto hacer una reconstrucción ficta del patrimonio hereditario para determinar si las donaciones recibidas exceden o no la cuota de libre disposición.

Se suma 30 mil soles (valor de la donación) a los 60 mil soles, al valor de la herencia neta: 90 mil soles. La mitad de esta cifra (45.000) corresponderá a

Luis y la otra parte (45.000) a José. Como Luis recibió a manera de anticipo 30.000 entonces de la herencia neta sólo recibirá 15.000 (se le imputa), mientras que a José le corresponderá recibir 45.000 (se le compensa). Si Luis renunciara a la herencia pierde su derecho a la legítima hereditaria que pudo corresponderle pero no colacionará porque sólo se obliga a herederos forzosos. Sólo tendría que reducir el valor de la donación que recibió de su padre en la medida que el exceso hubiera afectado el valor de la legítima de los demás coherederos.

- c) La colación implica computar en la masa hereditaria partible o sea en la herencia neta (después de pagadas las obligaciones del causante) el valor de las donaciones hechas en vida por el causante en beneficio de alguna persona que a la muerte de aquél, tenga éste la calidad de heredero forzoso y que concurra con otros herederos forzosos de igual clase e imputar en la propia porción hereditaria del heredero beneficiado, ese "valor" para compensar a los demás coherederos que no fueron beneficiados con donaciones por parte del causante, "con bienes hereditarios equivalentes", a los que fueron donados al colacionante, es decir, al heredero beneficiado.
- d) La renuncia a la legítima no exime al heredero renunciante de devolver lo recibido en cuanto exceda la porción disponible (artículo 1629).

El heredero forzoso renunciante por la renuncia, se convierte en un tercero en la sucesión hereditaria y por tanto, si el causante hubiera dejado además otros herederos forzosos que sí aceptaron la herencia, a éstos les corresponderá la propia legítima que como sabemos es intangible cualitativa y cuantitativamente. Por lo tanto, si las donaciones recibidas por el renunciante excedieron la cuota de libre disposición tendrá que reintegrar a éstos el exceso porque ha afectado el valor de la legítima que corresponde a todos ellos por igual la cual es "intangible" (artículos 725, 726, 733 y 1629).

- e) Conforme al artículo 841 del Código Civil en los casos de representación sucesoria, los descendientes del renunciante colacionan lo recibido en donación (anticipo de herencia) por su representado. Debemos recalcar que estas donaciones no son herencia pero se reputan "fíctamente" para los efectos de computar y así determinar si su valor excedió o no la cuota de libre disposición que es un complemento de la legítima con la diferencia de que la cuota de libre disposición es tangible mientras que la legítima es intangible ¿Por qué deben computarse esas donaciones a la herencia líquida o herencia partible? Para determinar el valor de la cuota de libre disposición en el caso concreto y saber así si la donación dada en anticipo de herencia excedió el valor de la cuota disponible. Ésta es la única forma

lógica y viable es hacerlo con una sola medida: la existente en el momento de la muerte del causante que es cuando se abre la sucesión.

Si no llegase a colacionar, la estirpe del renunciante (sus descendientes) saldría favorecida con el anticipo de herencia a costa del perjuicio de los demás herederos forzosos que concurren a la herencia, porque se produciría un “*desnivel en el reparto*”, lo cual contradice la finalidad de la colación.

- f) Si el renunciante es un legatario, entonces el legado “*caduca*” conforme a los artículos 674, 677, 772 y 815 inc. 4º salvo dos casos de excepción: sustitución artículo 740 y cuando se trata de legatarios de un bien común artículo 775. En estos casos, la renuncia del legatario beneficiará al otro legatario que estableció el testador como señala el artículo 740 o en el caso de que el legatario renunciante hubiera sido instituido con otro legatario respecto de un mismo bien común sin determinación de partes o en partes iguales, tal renuncia determinará el acrecimiento en beneficio del otro colegatario.
- g) No responde por las deudas de la sucesión porque el artículo 661 señala que es obligación de los herederos y el heredero renunciante con su renuncia dejó de serlo (artículos 674 y 677).
- h) No hay consolidación total o parcial de las deudas o créditos respecto de la sucesión porque al renunciar como heredero, resulta ahora un tercero artículo 880. La consolidación de deudas tiene como marco la existencia de herederos o de legatarios (artículo 880).
- i) El heredero que renuncia a su derecho hereditario y que a su vez es legatario de una misma sucesión, puede retener este último título y exigir lo que le corresponde recibir como tal siempre que el valor del legado se encuentre dentro de la cuota de libre disposición porque la “*indivisibilidad*” de la aceptación como de la renuncia, es en función del título hereditario. En el presente caso como se trata de dos títulos sucesorios diferentes del mismo causante, no hay óbice para que acepte uno y renuncie, si quiere, al otro título.

10. PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN, ARTÍCULO 673

“Artículo 673.- Presunción de aceptación de herencia

La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa.”

Generalmente los llamados a la sucesión hereditaria manifiestan su voluntad cuando el causante ha muerto porque es desde ese momento en que la

sucesión se abre, lo cual es propio. No pocas son las veces en que los sucesores no exteriorizan su voluntad de aceptación o de renuncia inmediatamente, casos para los que la ley, frente al silencio establece un plazo para hacerlo, caso contrario, se considera al sucesor como aceptante. Vencido tal plazo perdió su derecho a renunciar.

La inercia del sucesor que guarda silencio importa la renuncia del derecho a renunciar. Esta es la tesis romana del derecho justiniano afirma E. Valverde⁶. Este plazo es de caducidad y se toma en cuenta desde la fecha de la muerte del causante. Algunas legislaciones como la de Suiza, artículo 567 del Código Civil, consideran que el plazo debe computarse desde que el sucesor toma conocimiento de la apertura de la sucesión. El Código Civil Alemán, artículo 1944 regula el plazo en al mismo sentido.

El plazo que señala nuestro Código Civil es de caducidad por las siguientes razones:

1. Porque opera de oficio o a petición de parte (artículo 2006).
2. Porque no admite interrupción sin suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994 inciso 8.
3. Porque extingue el derecho y la acción (artículo 2003).
4. Porque la institución de la delación por su trascendencia en el orden sucesorio es de interés público. Interesa al Estado y a la sociedad el correcto destino de los patrimonios hereditarios por consideraciones de seguridad jurídica y por resguardo además del interés de los acreedores tanto de la sucesión como de los propios herederos. Fija definitivamente la posición jurídica del sucesor y consolida su vocación sucesoria.

Consideramos conveniente la reforma del artículo 673, la cual quedaría redactada en la siguiente forma:

Artículo 673: La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses si el sucesor no renuncia.

- a) En la sucesión testamentaria, contando desde que el sucesor tuvo conocimiento oficial de que lo es, y
- b) En la sucesión intestada, contando desde el día siguiente al de la fecha en que la resolución declaratoria de herederos quedó firme.

Este plazo no se interrumpe por ninguna causa.

¿Desde qué momento puede ejercitarse el derecho de opción?

⁶ VALVERDE. E. Op. Cit. p. 271.

Concordando los artículos 660, 673, 678, 679 y 1405 resulta claro que el punto de partida del término que establece el artículo 673, es a partir de la fecha de la muerte del causante, porque la delación sucesoria sólo es viable a partir de la apertura de la sucesión, porque sin el hecho de la muerte del causante no hay sucesión ni tampoco herencia susceptible de transmisión. Pero resulta necesario en nuestro concepto el conocimiento de la muerte del causante por parte de los sucesores.

¿Quién puede ejercitar este derecho de aceptación o de renuncia?

Será el sucesor idóneo, el sucesor que esté premunido del título personal que lo acredite porque la delación implica, el ejercicio de un derecho sucesorio y no lo podrá realizar de por sí cualquier sucesor que lo invoque, si no va premunido del correspondiente título que puede provenir del testamento o de la sucesión legal o intestada a través del procedimiento declarativo de herederos, porque sin ese título sucesorio no podría inscribirse la aceptación o renuncia en los registros públicos.

Es por eso que consideramos deficiente el tratamiento legal artículo 673. Encontramos más coherencia en otras legislaciones extranjeras.

Así por ejemplo, el artículo 567 del Código Civil de Suiza.

“El plazo para repudiar es de 3 meses. Dicho plazo para los herederos legales desde el día en que tienen conocimiento de la muerte del causante a menos que ellos prueben no haber conocido sino más tarde su calidad de heredero; para los instituidos, desde el día en que han sido notificados oficialmente de la disposición hecha a su favor.”

De igual modo el artículo 1944 del Código Civil Alemán:

- a) La representación sólo puede realizarse dentro de seis semanas.
- b) El plazo comienza en el momento en que al heredero obtiene conocimiento de la adquisición provisional y de la causa del llamamiento. Si el heredero está llamado por disposición por causa de muerte, no empieza el plazo antes de la notificación de la disposición. Al curso del plazo se aplican las disposiciones existentes para la prescripción de los artículos 203 y 206.
- c) El plazo se incrementa a seis meses si el causante ha tenido su último domicilio solamente en el extranjero al comienzo del plazo.

El profesor argentino Borda considera que para que el plazo legal en la delación produzca sus efectos en preciso que el heredero (conozca su vocación hereditaria, lo cual como expresamos anteriormente, implica necesariamente la existencia previa de “vocación sucesoria” la cual se formaliza con el título personal vía testamento o sucesión legal sin el cual el sucesor no podrá ejercitar los derechos que la ley le reconoce.

Para que el sucesor pueda ejercitar el derecho de delación según estas legislaciones foráneas es menester:

- a) Que haya muerto el causante (muerte biológica o presunta judicialmente declarada)
- b) Que los sucesores es decir tanto herederos como legatarios -porque también asiste a todos ellos este derecho- hayan sido "llamados a heredar" lo cual implica la necesidad de un "acto jurídico formal" y que reúna todos los requisitos esenciales para heredar.
- c) Que los "llamados" hayan conocido de la muerte del causante así como de sus correspondientes "llamamientos"

¿Cómo podría ejercitarse una acción sin conocimiento del derecho respecto del cual existe un plazo legal de extinción?

Sin el cumplimiento de estos requisitos no es posible su ejercicio. Así entonces el artículo 673 de por sí no es viable. Sólo puede servir para indicarnos el plazo para ejercitar este derecho de opción -aceptar o renunciar- pero debe precisarse como señala en nuestro proyecto de modificación, que el plazo corre a partir de la fecha en que el sucesor haya tenido conocimiento oficial de la muerte del causante, y del llamamiento testamentario o legal.

El artículo 673 sanciona la inacción del sucesor por el silencio mantenido con la renuncia al derecho a renunciar.

10.1. El silencio

Manuel de la Puente⁷ en total coincidencia con Colin y Capitant, Carrasco, Bofia y León Barandarián, expresa que el silencio no es ni puede ser un expresión de voluntad, si aún indirecta, ya que precisamente es "carencia" de manifestación. No quiere significar que quien calla no tiene una voluntad en determinado sentido, sino que teniéndola o pudiéndola tener, no quiere expresarla. Concluye señalando que en realidad es un no opinar. En el fondo, está desprovisto de todo significado jurídico, lo cual creemos, es cierto. Sin embargo, hay situaciones en donde no es admisible que el ordenamiento jurídico se mantenga impasible, resultando entonces necesario conceder al silencio por excepción un determinado significado. Significará una aceptación o una renuncia determinadas circunstancias. Entonces el silencio tendrá una determinada significación, sin que pueda calificársela como manifestación presunta, porque resultaría incorrecta. Esta es la tesis de Planiol y Ripert, los

⁷ DE LA PUENTE, Manuel. *Estudios de Derecho Privado*. Tomo I, Editorial Cuzco, Lima Perú, 1983, pp. 231-234.

hermanos Mazeaud y Rocco entre otros que nuestro Código Civil ha asumido conforme resulta del artículo 142:

Artículo 142.- El silencio

El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

11. IMPUGNACIÓN DE LA RENUNCIA POR LOS ACREEDORES DEL SUCESOR RENUNCIANTE (ARTÍCULO 676)

“Artículo 676.- Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, estos pueden impugnarla dentro de los tres meses de tener conocimiento de ella, para que sea declarada sin efecto en la parte en que perjudica sus derechos. La resolución que declare fundada la demanda dispondrá, según la naturaleza de los bienes, su administración judicial o su venta en pública subasta, para el pago de las deudas del renunciante. El remanente si lo hubiera, se transmite a los herederos o a quienes favorezca la renuncia.

La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo.”

Nadie puede discutir el derecho que le asiste al sucesor para renunciar una herencia, pero este derecho no es ni puede ser absoluto. Tiene un límite, no puede afectar injustificadamente el derecho de sus propios acreedores cuando con la renuncia el renunciante deudor, se pone en la imposibilidad de solventar sus obligaciones crediticias. Importaría tal conducta un caso de fraude no en la causa necesariamente sino en todo caso en el resultado. Es por eso que el artículo 676, reconoce el legítimo derecho de tales acreedores del renunciante para impugnar la eficacia del acto de renuncia a la herencia pero sólo en cuanto afecta el valor de estas acreencias, quedando el remanente si lo hubiere, para los otros herederos a quienes favorezca la renuncia. Es preciso señalar que la acción revocatoria o de ineficacia de la renuncia en cuanto afecta el derecho de estos acreedores sólo beneficia a quienes hayan interpuesto la acción.

El remanente que pudiera resultar no revierte al deudor (heredero renunciante) pasará a sus descendientes si los tiene, por representación sucesoria en los casos que la ley prevé o subsidiariamente a los coherederos del renunciante por aplicación del derecho de acrecimiento o de sustitución según los casos ¿Por qué no revierte al heredero renunciante? Porque la renuncia es válida jurídicamente, ya que ha sido efectuada cumpliendo con todos los requisitos esenciales. Sólo es ineficaz parcialmente respecto de sus efectos.

11.1. Plazo para el ejercicio de la acción revocatoria o de ineficacia de la renuncia (artículo 676)

Tres meses de tener conocimiento de ella para que sea declarada sin efecto en la parte que perjudica sus derechos. En este caso, el plazo de 2 años que

señala el artículo 2001 inciso 4º, no funciona porque la norma legal especial, artículo 676, prevalece sobre la general. Es un plazo de prescripción y no de caducidad. Si fuera de caducidad, la norma legal lo habría señalado. Cabe por tanto la interrupción y la suspensión de los plazos.

11.2. Alternativas que plantea la sentencia firme que declare fundada la demanda artículo 676 según la naturaleza de los bienes

- a) Su administración judicial o,
- b) Su venta en pública subasta para el pago de las deudas del renunciante

Corresponde al juez de la causa determinar la forma de ejecutar la sentencia evitando en todo caso aplicar la medida más gravosa para el demandado.

11.3. Destino del remanente artículo 676

Si lo hubiera, se trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia. Hemos señalado anteriormente la razón de esta consecuencia al declararse fundada la demanda de ineficacia de la renuncia porque ésta es válida en su esencia y por tanto irreversible.

12. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DE LA RENUNCIA

12.1. ¿Es una acción personal o real?

Es personal porque no la puede ejercitar sino sólo aquél que tiene con el renunciante, una relación obligacional que puede surgir de un contrato o eventualmente de una relación extracontractual civil: acto ilícito civil o de una sentencia condenatoria. La acción impugnatoria nace de un crédito, que procura proteger la única garantía personal que tiene el acreedor como en estos casos, que origina la acción prevista en el artículo 676 y que incide sobre el patrimonio del deudor renunciante. No es un deudor privilegiado cuyo crédito esté respaldado con garantía de derecho real (prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención). Esta posición es asumida por Josserand, Castán Tobeñas, León Barandiarán, Manuel de la Puente, Fernando Vidal entre muchos autores.

12.2. ¿La impugnación de la renuncia se ejercita mediante una acción revocatoria, subrogatoria o de ineficacia?

No creemos que corresponda la acción subrogatoria porque ella implicaría suplir la inacción del titular, en este caso la inacción del sucesor deudor para aceptar, pero la renuncia ya ha sido efectuada, es ya un hecho realizado. Entonces no cabe la sustitución en el derecho de aquél que ya la ejercitó.

El Doctor A. Ferrero ⁸ en su obra "Derecho de Sucesiones", al respecto dice que no procede esta acción porque se trata de un hecho consumado: la renuncia y por tanto el derecho a subrogarse ya no existe. Asimismo, respecto de la acción Pauliana tampoco procedería porque se refiere a los actos de disposición a título gratuito practicados fraudulentamente por el deudor insolvente y su finalidad es para alcanzar la anulabilidad de los mismos.

No es tampoco un caso de nulidad ni de anulabilidad el acto jurídico de la renuncia porque el acto contiene todos los requisitos esenciales para su validez, ni contiene vicios de consentimiento ni tampoco se trata necesariamente de un caso de fraude en su causa sino mas bien en su resultado. Por tanto el demandante no tiene sino que probar en la acción de ineficacia, que el sucesor renunciante es su deudor y que ha renunciado y que por esa renuncia no puede pagarle las deudas pendientes. No tiene que probar la intención fraudulenta.

12.3. ¿Qué debe probar el acreedor del renunciante?

- a) Que el sucesor de una herencia ha hecho renuncia de su derecho hereditario.
- b) Que el actor es acreedor del renunciante.
- c) Que la acción ha sido interpuesta dentro del plazo de tres meses computados desde que el accionante tomó conocimiento de la renuncia.
- d) Que el sucesor por la renuncia está imposibilitado de cubrir su deuda.
- e) Es un plazo de prescripción y no de caducidad porque el artículo 676 no lo señale expresamente como si lo hace en los casos señalados en los artículos 274, inciso 3, 276 y 339 del Código Civil entre otros. Pero fundamentalmente estamos frente a una exclusiva situación de interés privado.

No corresponde probar la existencia del fraude porque es eventual, no es condicionante para la procedencia de la acción; en todo caso el fraude es en el resultado y no en la causa como ha quedado establecido ¿a quiénes protege esta acción? A los acreedores del sucesor renunciante. Corresponde a los acreedores de fecha anterior a la renuncia más no a los posteriores porque no se da el perjuicio a causa de aquella.

Empero hay dos situaciones de excepción que permitirían también la misma protección a saber:

⁸ FERRERO, Augusto. *Derecho de Sucesiones*. 4ª. Edición, Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima Perú, 1993, p. 263.

- a) Si la suma prestada posteriormente a la fecha de la renuncia sirvió para extinguir un crédito anterior por efecto de la subrogación que transmite al nuevo acreedor todos los derechos que el antiguo podría ejercitarla.
- b) Cuando la causa del crédito posteriormente ajustado se remonta a una época anterior a la renuncia.

Corresponde entonces ejercitar la acción revocatoria o de ineficacia de la renuncia no del acto mismo, sino en cuanto a su resultado en la medida que afecta el derecho de los acreedores del renunciante.

A partir del Código Civil de Italia de 1942 la acción pauliana o revocatoria es considerada como una acción de ineficacia: esa es su naturaleza específica.

El artículo 2901 del C.C. de Italia ha considerado como una acción de ineficacia los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origina perjuicio a sus derechos cuando concurren las condiciones siguientes:

“Que el deudor conociese el perjuicio que el acto originaba a los derechos del acreedor o tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, el acto estuviese dolosamente preordenado a fin de perjudicar su satisfacción.

Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero fuese conocedor del perjuicio y, en el caso del acto anterior, al nacimiento del crédito, fuese partícipe de la pre-ordenación dolosa y en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito fuere partícipe de la pre-ordenación dolosa.

A los efectos de la presente norma las prestaciones de garantías, aún por otras deudas, son consideradas actos a título oneroso, cuando son simultáneos al crédito garantizado.

No está sujeto a revocación el cumplimiento de una deuda vencida. La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de renovación.”

El efecto de la acción revocatoria en la legislación comparada es hacer inoponible la renuncia únicamente al acreedor que la acciona. El acreedor ejerce todos los derechos del heredero renunciante porque es un caso típico de acción personal. Criterio parecido a nuestro Código en esta materia encontramos en los siguientes Códigos Civiles de Latinoamérica: Bolivia, artículo 1021 incisos 1 y 2; Ecuador artículo 1283, Colombia artículo 1295; Uruguay artículo 1066 y México artículo 1023.

13. TRANSMISIÓN DEL DERECHO DE OPCIÓN (ARTÍCULO 679)

El mencionado precepto legal expresa: *“El derecho de aceptar o renunciar la herencia se transmite a los herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha de la muerte del primer llamado”.*

Manuel Somarriva Undurraga⁹ al respecto señala que el derecho de opción se transmite cuando después de deferida la asignación fallece el asignatario habiendo mantenido silencio dentro del plazo legal que tenía para ejercitarlo, el cual no venció.

Roca Sastre al ocuparse del derecho de transmisión lo define como aquel derecho que tiene los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura, y en virtud del cual aquellos hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia o sea, el *Ius delationis* atribuido a éste¹⁰.

En el Derecho romano al principio el heredero que muere antes de aceptar la herencia no transmitía este derecho, por el carácter personalísimo que tenía el derecho de opción. Posteriormente fue abriéndose este criterio a través de determinadas excepciones, como cuando el transmitente dejaba como herederos a sus propios descendientes.

Lo que transmite el *ius transmissionis* es el derecho a adquirir mediante la opción que la ley le reconoce la herencia del causante originario, por eso su naturaleza jurídica no es patrimonial sino personal.

Es necesario precisar que en esta institución concurren tres elementos: el causante originario, el transmitente que puede ser un heredero o un legatario y finalmente el transmitido que debe ser heredero del anterior.

El transmitente puede ser también un legatario y su derecho no caduca en este caso porque no se encuentra dentro de las situaciones del artículo 772 del Código Civil, ya que su deceso ha sido posterior al del causante y no ha perdido el derecho de opción que tenía respecto de la herencia del causante originario porque falleció antes del vencimiento del plazo situado en los artículos 673 y 679.

Por eso creemos que el texto modificatorio del actual artículo 679 debería quedar así:

“El derecho de aceptar o renunciar a la herencia de quien fallece antes del vencimiento del plazo legal para hacerlo, se transmite a sus herederos. En tal caso, el plazo del artículo 673 corre a partir de la fecha del fallecimiento del primer sucesor llamado.

Si son varios los coherederos del primer llamado, pueden aceptarla unos y renunciar otros, pero los que acepten deben hacerlo por el todo de la sucesión”.

⁹ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Indivisión y partición*. Bogotá, Temis, 1981, pp. 27-30.

¹⁰ ROCA-SASTRE, Muncunill Luis. *Derecho de Sucesiones*. Edit Bosch SA, Barcelona 1994. Tomo III. p. 331.

Consideramos que en el texto actual de este dispositivo legal existe un vacío ¿Qué ocurre cuando son varios los coherederos a quienes el transmitente transmite el derecho de opción respecto a la herencia del causante originario? Pero además, no califica debidamente a esta institución legal.

En la legislación comparada se encuentra solución a este problema.

En el artículo 3316 del Código Civil Argentino se señala lo siguiente:

“Toda persona que goza del derecho de aceptar o de repudiar una herencia, transmite a sus sucesores el derecho de opción que le correspondía. Si son varios los coherederos pueden aceptarla los unos y repudiarla los otros pero los que la aceptan deben hacerlo por el todo de la sucesión”.

Es una solución razonable y necesaria dado que no serían aplicables las reglas de la representación sucesoria por ser completamente diferente al caso. En la representación sucesoria se requiere como causa la premoriencia del representado y en la transmisión de la delación el transmitente ha muerto después que el causante y antes del vencimiento del plazo por el ejercicio del derecho de delación.

A esta figura se le denomina *“derecho de transmisión del derecho de opción”*, o *“Ius Transmissione”* la cual se encuentra regulada por el artículo 679 del Código Civil.

13.1. Ámbito de aplicación del artículo 679

Esta norma legal se encuentra en la Sección Primera del Libro Cuarto del Código Civil. Es un caso especial de delación la cual guarda cierta semejanza con la representación sucesoria pero esencialmente difieren entre sí, como veremos más adelante.

La Sección Primera como sabemos, contiene normas de aplicación general o sea que esta Institución funciona tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión legal o intestada, conforme a los artículos 674, 677 y 773 del Código Civil.

El derecho de opción o de delación alcanza al heredero como al legatario. En esta Institución existe un causante originario, un sucesor (transmitente que muere sin que haya vencido el plazo para ejercitar el derecho de opción y mantuvo silencio) y herederos del transmitente (a quien se le denomina: transmitido).

El transmitido debe ser siempre un heredero del transmitente porque constituye el fundamento del derecho de transmisión. Se adquiere este derecho de opción a la herencia del causante originario por estar comprendido dentro de la universalidad de la herencia del transmitente que ha fallecido con posterior-

ridad al causante originario; esta universalidad de la herencia, es transmitida a los herederos (artículo 679 y 735). Es por eso que el precipitado artículo 679 señala que el derecho de opción se transmite a los herederos ¿Herederos de quién? Del transmitente, porque al morir el transmitente ha transmitido a sus herederos (trasmitidos) un haz hereditario que tiene dos componentes:

- a) La herencia propiamente dicha del transmitente (es patrimonial).
- b) El derecho de opción respecto de la herencia del causante originario, el cual es de naturaleza personal.

13.2. Requisitos del transmitente

- 1) Que el fallecimiento del transmitente haya sido posterior al de su causante originario y que el fallecimiento de aquél (del transmitente) haya acontecido antes del vencimiento del plazo legal que tenía para ejercitar su derecho de opción, no habiéndolo hecho. Mantuvo silencio.
- 2) Que el transmitente sea heredero o legatario del primer causante (causante originario) y que hubiera sido hábil para heredarlo.

13.3. Requisitos del transmitido

- 1) Debe ser necesariamente un heredero del transmitente y no un legatario, porque como heredero es titular de la universalidad de la herencia del transmitente.
- 2) Siendo hábil para heredar al transmitente, debe haber aceptado la herencia de éste, porque el fundamento del derecho de transmisión es que la facultad de decisión sobre el derecho de opción respecto de la herencia del primer causante (causante originario) se encuentra comprendido en la universalidad de la herencia del transmitente, de modo pues que, si el trasmitido renuncia a la herencia del transmitente en la que está incluido el derecho de opción respecto de la herencia del causante originario, entonces no podrá aceptar la herencia de éste.

En cambio, si acepta la herencia del transmitente, puede aceptar o renunciar a la herencia del primer causante (causante originario) porque el derecho del transmitido deriva del derecho del transmitente.

En esta figura que regula el artículo 679 hay pues dos sucesiones: la del causante originario y la del transmitente. Hay también dos derechos de delación que funcionan con independencia aunque relativamente. La herencia propia del transmitente y dentro de ella, el derecho personal de opción respecto de la herencia del causante originario. Para adquirir el derecho de delación de la primera herencia (del causante originario) es indispensable haber adquirido

previamente mediante la aceptación, la herencia del transmitente y sólo lo puede alcanzar su heredero.

Hay independencia en estas sucesiones porque:

- a) Los objetos de una y otra son diferentes.
- b) Los sujetos llamados a una y otra sucesión son igualmente diferentes. Así los transmitentes *“pueden ser herederos o legatario”*.

En cambio, los transmitidos *“tienen que ser necesariamente herederos”* del transmitente. No admite legatarios, porque lo que se transfiere al transmitirlo no es un legado sino toda la herencia del transmitente y su titular para recibirla, sólo puede ser un heredero.

- a) La fuente de esta figura puede ser testamentaria o legal, porque es un derecho que alcanza a toda clase de sucesores.
- b) Es indispensable que el transmitido adquiera la herencia del transmitente sucesivamente, mediante la aceptación para que pueda ejercitar el derecho de opción respecto de la primera herencia (la del causante originario).

Si renuncia a la herencia del transmitente no podrá aceptar la herencia del causante originario

- a) Por esta independencia de sucesiones, el transmitido que adquiere como heredero la herencia del transmitido, previa aceptación, en la cual está incluido el derecho de opción de la herencia del primer causante, puede repudiar la herencia de éste (causante originario). Pero si renuncia el transmitido a la herencia propia del transmitente, no podrá aceptar la herencia del causante originario, porque en el as hereditario del transmitente ésta incluirá la herencia del causante.

14. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA ACEPTACIÓN Y RENUNCIA DE LA HERENCIA

14.1. Semejanzas

- 1) Constituyen un derecho personal establecido por la ley; no deriva del derecho de la sucesión hereditaria, pero no son personalísimos porque el titular puede ejercitarlo a través del mandato.
- 2) Son facultativos
- 3) Fijan definitivamente la situación personal del sucesor así como la posición jurídica frente a la herencia.
- 4) Son retroactivas.
- 5) Son títulos, irreversibles y no admiten modalidad alguna.

- 6) En casos dados procede la representación sucesoria.
- 7) Cabe la colación.
- 8) Procede en toda clase de sucesiones.
- 9) Sólo resulta operante en las sucesiones abiertas es decir que no procede tratándose de la aceptación y de la renuncia de herencia futura (artículos 678,1405 y 1532).

14.2. Diferencias

- 1) La aceptación y la renuncia son actos jurídicos unilaterales y no recepticios, por tanto voluntarios, salvo en el caso de excepción relativo a la renuncia cuando el heredero cometió los actos dolosos que señala el numeral 662, situaciones en las que queda privado del derecho a renunciar y su responsabilidad se extiende más allá de la responsabilidad restringida como la que corresponde a los demás herederos según el artículo 661.
- 2) La aceptación no exige formalidad esencial para su validez, mientras que sucede lo contrario con la renuncia porque conforma al artículo 675 debe ser efectuada en escritura pública o en acta otorgada ante el juez que corresponde conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad. Además, el acta deberá ser obligatoriamente protocolizada. Se explica esta exigencia por la trascendencia que lleva implícita.
- 3) En la aceptación no hay colación. En la renuncia el renunciante no queda obligado a colacionar, porque la colación es un derecho y una obligación exclusiva de los herederos forzosos y el renunciante con esta decisión deja de serlo para convertirse en un tercero frente a la sucesión hereditaria. (artículos 831, 841, 842 y 843). Pero en este caso el heredero forzoso renunciante al quedar convertido en un tercero solo quedará obligado a reintegrar a la herencia neta, el valor del exceso de las donaciones recibidas en vida por el causante, en cuanto hubieran sobrepasado el valor de la cuota de libre disposición dado que habrían afectado el valor de la legítima que como ya hemos señalado es intangible cuantitativa y cualitativamente (artículo 1629).

Pero en este caso los representantes del renunciante si colacionan por el valor de las donaciones realizadas en favor del representado por parte del causante. (artículo 841) Se justifica esta obligación porque el objeto de la representación sucesoria es permitir que los representantes ocupen el lugar y grado del representado para que reciban el correspondiente quantum hereditario que habría recibido aquél, pero tomándose en consideración que los representantes por derecho de representación no pueden recibir

ni más ni menos que el valor de la cuota correspondiente a las personas que heredan de modo inmediato por cabeza.

- 4) El renunciante es considerado como si nunca lo hubiera sido siendo de aplicación la representación sucesoria en los casos que prevén los artículos 681 y 683.
- 5) Si antes de la renuncia, el renunciante ejerció los actos de administración en el artículo 680, los cuales importan aceptación tácita, tal situación no lo exime de rendir cuenta de la misma.
- 6) Producida la renuncia ya no procede la compensación de sus deudas o sus créditos respecto de la sucesión por ser ya un extraño. No procederá la consolidación según los artículos 880 y 1300.
- 7) El renunciante tampoco queda obligado al pago de las deudas de la herencia, porque sólo incumbe a los herederos. Artículo 661.
- 8) Finalmente, la aceptación no modifica la situación jurídica del sucesor más bien la confirma, consolida su derecho hereditario adquirido con la muerte del causante. En cambio la renuncia por el contrario, modifica sustancialmente esa situación, lo convierte inexorablemente en un tercero.

El Ojo de Thundera: Cuando se ve más allá de lo evidente. La compensación y los créditos inembargables

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA (*)

El presente ensayo está dedicado a la memoria de Manuel de la Puente y Lavalle sabio jurista y extraordinaria persona. Johann Kaspar Lavater decía: “Si quieres ser sabio, aprende a interrogar razonablemente, a escuchar con atención, a responder serenamente y a callar cuando no tengas nada que decir”.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La compensación en el Código Civil. 2.1. La compensación legal. A) Los presupuestos de la compensación legal. B) ¿Cómo opera la compensación legal? Modalidades operativas y perfiles procesales. C) Pluralidad de créditos compensables: la imputación de la compensación. D) La compensación respecto a los terceros. E) La compensación voluntaria o convencional. 3. La reciprocidad de las obligaciones en el caso. 3.1. Relación obligatoria generada en virtud el contrato de tarjeta de crédito entre la señora González Espinosa y el BCP. 3.2. Relación obligatoria generada en virtud el contrato de depósito de ahorros entre la señora González Espinosa y el BCP. 4. Créditos incompensables de acuerdo al Código Civil. 4.1. Créditos incompensables por voluntad de las partes. 4.2. Créditos incompensables por disposición legal. 5. ¿Crédito incompensable? 5.1. La prohibición de la compensación en la restitución de bienes depositados. 5.2. La prohibición de compensar el crédito inembargable.

1. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, Sala de Defensa de la Competencia No. 2, mediante Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI (Expediente 270-2008/CPC) de fecha 29 de enero de 2010, revocó la Resolución No. 1423-2008/CPC del 23 de julio de 2008, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor, en el extremo que declaró infundada

(*) Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

la denuncia de la señora María Aurora Gonzáles Espinosa (en adelante señora Gonzáles Espinosa) contra el Banco de Crédito del Perú (en adelante BCP) por infracción del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 716 y reformándola, se declaró fundada dicha denuncia, al haberse verificado que el BCP: (i) Realizó la compensación de la deuda de la denunciante mediante cargos en su cuenta de pago de haberes por montos que superaron el límite permitido por Ley; y, (ii) Bloqueó la referida cuenta injustificadamente (en adelante la Resolución).

El presente ensayo pretende analizar algunos aspectos de la Resolución desde la óptica del Derecho Civil.

2. LA COMPENSACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

La compensación es un modo de extinción de la relación obligatoria distinto del pago y más particularmente un modo satisfactivo. La extinción de la obligación por compensación presupone que dos sujetos estén entre ellos recíprocamente obligados, siendo por tanto cada uno acreedor y, al mismo tiempo, deudor frente al otro. En tal caso las dos obligaciones son pasibles de ser extinguidas por las cantidades correspondientes: la extinción es total si las dos deudas son de igual valor, es sólo parcial cuando ellas tienen diferente monto, quedando en este caso en vida, por el monto excedente, la obligación que tiene el monto superior.

La compensación es, en general, la neutralización (neutralizar = anularse recíprocamente) de dos obligaciones “recíprocas”, hasta dentro del límite de su concurrencia. Como señala BIANCA la compensación “...es en general la elisión de dos obligaciones recíprocas hasta el límite de su concurrencia”¹.

Veamos un ejemplo: *Primus* le debe a *Secundus* 5,000 por la renta de un arrendamiento y al mismo tiempo *Secundus* le debe a *Primus* 8,000 por determinados servicios que éste le ha prestado, la compensación produce el efecto de liberar a *Primus* de su deuda y reducir la deuda de *Secundus* a 3,000.

Como bien lo advierten CARINGELLA y DE MARZO no sólo se extinguen las obligaciones, sino se realizan contemporáneamente los créditos y afirman al respecto, que tal doble efecto ha llevado a parte de la doctrina italiana a considerar la compensación como una causa de extinción satisfactiva, puesto que se tiene, por un lado la realización del derecho de crédito considerado interés primario, y por el otro, a través de la liberación de la deuda, la satisfacción de un interés sucedáneo².

¹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. 4 L'Obbligazione. Milano: Giuffrè, 1993, p. 778.

² CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. Op. Cit., p. 347.

Para ser más precisos, a través de la elisión de las recíprocas posiciones creditorias, cada una de las partes realiza el propio derecho de crédito adquiriendo el valor económico de la liberación de la propia deuda³.

Fundamento de la compensación

BIANCA niega que el fundamento de la compensación sea el principio de la interdependencia de las obligaciones, para el autor italiano el fundamento se encuentra en el principio de la economía de los pagos, dirigido a evitar que las partes sean constreñidas una contra la otra a ejecutar prestaciones para realizar un resultado económico directamente realizable mediante la extinción de las recíprocas pretensiones⁴. Mediante la compensación las partes evitan un intercambio superfluo de pagos y reducen la prestación debida al saldo entre el “debe” y el “haber”.

CARINGELLA y DE MARZO señalan que la *ratio* de la compensación está, de un lado en la exigencia de economizar los medios jurídicos pues no tiene sentido un doble pago donde sea posible obtener los mismos efectos sin realizar alguna prestación; por otro lado, en la función de garantía de la posición acreedora (con la compensación automática se previene el riesgo que el acreedor cumplidor no reciba de la contraparte lo que le es debido)⁵.

De acuerdo con ANGELONI: “Bajo el perfil funcional, la compensación garantiza el respeto del principio de economía de los actos jurídicos, evitando que en presencia de las deudas recíprocas, se haga necesario el cumplimiento de dos autónomos y separados actos de cumplimiento cuyo resultado económico puede ser más ágilmente realizado por las partes a través de la recíproca liberación de las respectivas obligaciones”⁶.

Para RAGAZONI “la extinción de los recíprocas deudas-créditos se fundamenta especialmente en las exigencias de simplificación, evitando el inútil empleo de medios de pago y, en general, inútiles contrapuestas actividades de cumplimiento, también ejecutivas, perjudiciales para la rapidez de los negocios y del comercio”⁷.

No obstante, como lo advierte PETRONE la doctrina italiana más reciente, basada en la tradición jurídica alemana, evidencia un ulterior fundamento

³ ANGELONI, Giulio. “La compensazione”. En: Op. Cit., p. 288. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L’Obbligazione*. Op. Cit., p. 778.

⁴ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L’Obbligazione*. Op. Cit., p. 779.

⁵ CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. Op. Cit., p. 347.

⁶ ANGELONI, Giulio. “La compensazione”. En: *Diritto Civile. Diretto da Nicolò Lipari e Pietro Rescigno*. Volume III: *Obbligazioni*. Tomo I: *Rapporto Obbligatorio*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 287.

⁷ RAGAZONI, Diego. “La Compensazione”. En: *Le obbligazioni. Diritto sostanziale e processuale. A cura di Pasquale Fava*. Tomo II. Milano: Giuffrè, 2008, p.892.

de carácter equitativo, dado en la eliminación, por la parte más solícita para cumplir, del riesgo de no recibir la prestación de la contraparte que deviene insolvente; en tal sentido, la compensación tendría también una función de tutela preventiva; dicho de otro modo, la compensación tendría la naturaleza de instrumento de autotutela privada⁸.

DÍEZ-PICAZO señala que “la compensación encuentra su razón de ser en la conveniencia de simplificar la operación de cumplimiento, sustituyendo dos o más pagos con efectiva transferencia de fondos por una simple operación aritmética. Desde este punto de vista, la compensación encuentra un amplio campo de aplicación entre personas o entidades que poseen reiteradas y diferentes operaciones de negocios y permite sustituir múltiples pagos por un saldo al cierre del periodo”. No obstante, para el autor español “...la raíz última de la compensación, desde el punto de vista jurídico, no se encuentra tanto en la simplificación de las operaciones o en la evitación de la transferencia material para el pago, cuanto en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Así se dice que es contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido (*dolo facit qui petit quod rediturus est*). [...] el que paga primero se expone al fraude o a la insolvencia de quien debe pagar después”⁹.

De acuerdo con el Código Civil la compensación puede ser legal o convencional.

2.1. La compensación legal

La compensación legal está disciplinada por el artículo 1288 del Código Civil y opera cuando entre dos personas existen relaciones obligatorias recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas.

A) Los presupuestos de la compensación legal

“Artículo 1288.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcanzan, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”.

Los presupuestos que aparecen recogidos en el artículo citado son:

- 1) Reciprocidad de las obligaciones.
- 2) Obligaciones fungibles y homogéneas

⁸ PETRONE, Marina. *La compensazione tra autotutela e autonomia*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 10.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Quinta edición. Madrid: Civitas, 1996, p. 102.

- 3) Liquidez
- 4) La exigibilidad

1) Reciprocidad de las obligaciones.- Presupuesto esencial para que opere la compensación es la reciprocidad de las obligaciones referidas a relaciones obligatorias diferentes, en cuanto la compensación postula siempre la existencia de relaciones obligatorias contrapuestas entre dos sujetos diversos. Las relaciones obligatorias pueden tener fuentes distintas o pueden derivarse de una misma fuente siempre que, en este último caso, no sean entre ellas sinalagmáticas.

En efecto, otro requisito señalado en la constante jurisprudencia italiana¹⁰, es el de la autonomía de las relaciones a los cuales las deudas y los créditos de las partes se deben referir. Consecuentemente no se reconoce la compensación entre créditos y deudas objeto de obligaciones sinalagmáticas nacidas de la misma relación contractual. La operatividad de la compensación provocaría la elisión de las recíprocas obligaciones, incidiendo en la eficacia del negocio, contrastando la función consistente en el asegurar efectivamente a cada una de las partes la prestación convenida.

Esto explica el por qué en tales hipótesis sólo se reconozca la llamada "compensación atécnica" o "impropia", si el respectivo crédito o deuda tienen origen en una única relación entre las mismas partes se resolverá en una simple determinación contable de "debe" y "haber" como ocurre en el contrato de cuenta corriente bancario.

Para fines de la compensación son relevantes las relaciones entre las partes sustanciales. En tal sentido, el deudor no puede oponer en compensación su crédito personal frente al representante. El deudor principal no puede oponer en compensación al acreedor el crédito del fiador.

Sin embargo, hay casos en los que la compensación puede ser opuesta por sujetos que, si bien interesados en la extinción, no se encuentran directamente en una relación de reciprocidad respecto al acreedor¹¹. Así, conforme al artículo 1885 del Código Civil, el fiador puede oponer en compensación al acreedor el crédito del deudor principal. Asimismo, el Código Civil lo extiende al tercero que garantiza una obligación ajena conforme al artículo 1291:

"El garante puede oponer la compensación de lo que el acreedor deba al deudor".

¹⁰ RAGAZONI, Diego. "La Compensazione". En: Op. Cit., pp. 894 y ss.

¹¹ Para algunos autores en estos casos no hay una excepción al principio de reciprocidad. Un tema distinto es el relativo a la legitimidad de oponer la causa extintiva. Sólo en presencia de créditos recíprocos es posible la compensación y nacerá también la legitimación del tercero (fiador o garante) para oponerla.

La doctrina italiana, comentando la segunda parte del artículo 1247 del *Codice Civile*¹², extiende la posibilidad de oponer la compensación, no sólo al tercero que constituye la garantía, sino al tercer adquirente del bien hipotecado o prendado¹³.

Una derogación al presupuesto de la reciprocidad se da también en la cesión de créditos, donde el deudor cedido puede oponer al cesionario los créditos propios surgidos frente al cedente, salvo que hubiera consentido que el acreedor ceda su derecho (artículo 1292 del Código Civil).

En el Código Civil italiano, una tercera hipótesis que deroga el principio de la necesaria reciprocidad de las relaciones obligatorias se encuentra en el artículo 1302 que señala:

“Cada uno de los deudores solidarios puede oponer en compensación el crédito de un codeudor sólo hasta la concurrencia de la parte de éste último.

A uno de los acreedores solidarios el deudor puede oponer en compensación aquello que le es debido por otro de los acreedores, pero solo para la parte de éste”.

El primer párrafo del artículo citado se refiere a un supuesto de solidaridad pasiva y atribuye la legitimación de oponer la compensación también al codeudor que no tenga algún crédito frente al acreedor. La *ratio* de esta norma es evitar una pluralidad de inútiles acciones: si no existiera dicha norma, el codeudor requerido para el pago por el acreedor sería constreñido a pagar el total de la deuda para después, en vía de subrogación, requerir al codeudor la parte que le corresponde y éste le opondría la compensación que le hubiera podido oponer al acreedor original. Así, legitimando a cada codeudor a oponer la compensación limitado a la parte de la deuda que le corresponde al codeudor en las relaciones internas, se produce una simplificación de las relaciones jurídicas y más equitativa repartición del riesgo de insolvencia del acreedor¹⁴.

La misma exigencia de simplificación responde también el segundo párrafo del artículo 1302 del *Codice Civile* que se refiere a una hipótesis de solidaridad activa.

El Código Civil no tiene una norma similar al artículo 1302 del Código Civil italiano. De acuerdo con OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE el Código Civil ha acogido el modelo francés, según el cual un deudor solidario no puede oponer en compensación lo que el acreedor deba a sus codeudores¹⁵. El último párrafo del artículo 1294 del *Code* señala al respecto:

¹² *“El fiador puede oponer la compensación de la deuda que el acreedor tiene frente al deudor principal. El mismo derecho espera al tercero que ha constituido una hipoteca o prenda”.*

¹³ ANGELONI, Giulio. *“La compensazione”*. En: Op. Cit., p. 300.

¹⁴ *IBID.*, p. 301.

¹⁵ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *“Tratado de las Obligaciones”*. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Vol. XVI. Tercera Parte. Tomo IX. Lima: Pontificia Universidad

“(...).

*Le débiteur solidaire ne peut pareillement opposer la comepnsation de ce que le créancier doit à son codébiteur*¹⁶.

Sin perjuicio de lo señalado debe tenerse en cuenta el artículo 1192 del Código Civil que dispone:

“A cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérsele las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores o deudores”.

Al hablar de excepciones el artículo 1192 del Código Civil lo hace, no en su sentido técnico o procesal, sino en un sentido más amplio que incluye la “defensa de fondo”.

Las excepciones (“medios de defensa de fondo”) pueden ser de dos clases:

- a) **Excepciones subjetivas o personales.**- son “aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias personales de uno de los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho estrictamente personal”¹⁷.

Se ubican en esta categoría¹⁸:

- 1) Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio constitutivo para uno solo de los deudores (ejemplo: incapacidad de ejercicio de uno de los deudores);
- 2) Las derivadas de modalidades existentes para uno o alguno de ellos (ejemplo: existencia de un plazo en la obligación de uno de los deudores).

Las “excepciones personales” se distinguen, a su vez, en “excepciones inherentes a la persona” (ejemplo: incapacidad) y en “excepciones personales *strictu sensu* como aquella que se deriva de modalidades distintas para cada uno de los deudores. O, como las distingue HINESTROSA: 1) “puramente personales” (ejemplo: la incapacidad) y 2) “simplemente personales” (por ejemplo, la relación obligatoria con modalidades distintas)¹⁹.

Católica del Perú, 1999, p. 115.

¹⁶ “El deudor solidario no puede del mismo modo oponer la compensación de lo que el acreedor debe su codeudor”.

¹⁷ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Quinta Edición. Madrid: Civitas, 1996, p. 212. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 715.

¹⁸ SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General*. Tercera edición, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1935, p. 369.

¹⁹ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 351.

- b) **Excepciones objetivas, comunes o reales.**- Son aquellos casos en los cuales el derecho de rehusar la prestación aparece fundado en circunstancias comunes a todos los obligados o, si se prefiere, un derecho de rehusar la prestación que encuentra su fundamento en un hecho común.

Se ubican en esta categoría²⁰:

- 1) Aquéllas que determinan la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico constitutivo aplicable a todos los sujetos (ejemplo: la prestación es originariamente física o jurídicamente imposible);
- 2) Las causas de extinción de la relación (ejemplo: el pago);
- 3) Las modalidades que afectan la obligación con relación a todos los deudores solidarios (ejemplo: si el acto está sujeto a condición suspensiva).

BIANCA, comentando el Código Civil italiano, señala: “Las excepciones se distinguen en comunes y personales. Excepciones comunes son aquellas que tienen como objeto causas de invalidez, extinción e inexigibilidad que inciden sobre todas las relaciones obligatorias. Excepciones personales son en cambio aquellas que se refieren exclusivamente a la relación del deudor o del acreedor individual. Las causas de invalidez pueden constituir objeto de excepciones personales cuando, por ejemplo, se fundan en la incapacidad de ejercicio o en un vicio del consentimiento del codeudor individual. Excepciones personales son también aquellas que se fundan en las diversas modalidades de la prestación. Al codeudor individual, por ejemplo, podrían haberse acordado un plazo para el pago más largo o el beneficio de excusión”²¹.

A diferencia del Código Civil, el artículo 1.148 del Código Civil español distingue tres tipos de excepciones: 1) las que se derivan de la naturaleza de la obligación (nuestras excepciones comunes); 2) las que le son personales al deudor en cuestión (las puramente o estrictamente personales); y 3) las que personalmente corresponden a los demás deudores (las simplemente personales). En este sentido CAFFARENA LAPORTA señala: “En resumen, para nosotros en materia de excepciones oponibles hay que distinguir tres tipos: las reales, las personales y las puramente personales. Las primeras son “aquellas que se deriven de la naturaleza de la obligación” en el lenguaje del Código, pertenecen a todos los deudores y afectan a la totalidad de la deuda. Las segundos pertenecen al deudor en cuya persona se da el hecho de cual derivan, pero se permite a los codeudores servirse de ellas por la parte o cuota en que aquél participa de la deuda. Las terceras derivan también de hechos concernientes

²⁰ SALVAT, Raymundo. Op. Cit., p. 367.

²¹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 715.

a un solo deudor, tan sólo a éste los codeudores utilizarlas frente al acreedor de ninguna manera”²².

De acuerdo con OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE la excepción de compensación tiene carácter personal²³. En nuestra opinión esta afirmación merece algunas precisiones.

Siendo una causa de extinción de las obligaciones, la compensación califica como una excepción común en los términos del artículo 1192 del Código Civil y, por tanto, cualquiera de los codeudores puede deducir como excepción la extinción de la obligación mediante compensación que ha sido opuesta por el codeudor. Veamos un ejemplo. D₁, D₂ y D₃ deben solidariamente 600 a A. Asumamos que A debe a D₁ 600 en virtud de una relación obligatoria distinta. A requiere a D₁ el pago de 600 y D₁ opone la compensación extinguiendo la obligación. Posteriormente A se dirige contra D₂ y éste puede deducir como excepción la extinción de la obligación mediante compensación, lo cual se confirma con el artículo 1188 del Código Civil²⁴.

Una cosa distinta es que siendo la reciprocidad de las obligaciones un presupuesto esencial para que opere la compensación, el codeudor no puede oponer al acreedor la compensación del crédito del que es titular otro codeudor frente a él. Para que ello ocurra, se requiere una norma expresa como es el caso del artículo 1302 del Código Civil italiano.

2) La fungibilidad y la homogeneidad.- Para que opere la compensación se requiere que las deudas recíprocas tengan por objeto una suma de dinero o una determinada cantidad de bienes fungibles²⁵ del mismo género, es decir, que sean homogéneos. La homogeneidad indica una relación de equivalencia cualitativa entre los bienes objeto de las prestaciones que son intercambiables para la satisfacción de los intereses de los recíprocos acreedores, la fungibilidad supone la pertenencia de los bienes a un género más o menos amplio donde estos tienen notas y características comunes.

Ejemplo: si *Primus* le debe a *Secundus* 30 Kg de arroz extra y a su vez *Secundus* le debe a *Primus* 50 Kg de la misma clase de arroz, procede la compensación.

²² CAFFARENA LAPORTA, Jorge. *La solidaridad de deudores. Excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derechos Reunidas, 1980, p. 53.

²³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “*Tratado de las Obligaciones*”. En: Op. Cit., p. 115.

²⁴ Las relaciones internas se regulan conforme a la segunda parte del artículo 1189 del Código Civil.

²⁵ Todo individuo de la misma especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse los unos por los otros.

Para la compensación no basta que se trate de deudas de bienes fungibles, pues no es posible que opere la compensación si *Primus* le debe a *Secundus* 50 Kg de arroz extra y *Secundus* le debe a *Primus* 80 Kg. de azúcar. Si bien se trata de bienes fungibles, se requiere que sean homogéneos.

Así, es posible una compensación de deudas pecuniarias contraídas en la misma moneda (ambas deudas en nuevos soles; ambas deudas en dólares de los Estados Unidos de América) o pagaderas en la misma moneda (una deuda en nuevos soles con una obligación en dólares de los Estados Unidos de América respecto de la cual el deudor goza de la facultad de pagarlo en nuevos soles conforme al artículo 1237 del Código Civil).

No es posible la compensación entre una deuda de suma de dinero y una deuda de cosa fungible, aunque el valor de ella pueda ser determinado objetivamente. Tampoco es posible entre prestaciones de hacer.

3) Liquidez.- Para que pueda haber lugar a la compensación legal es necesario que las dos obligaciones sean ambas líquidas. La deuda es líquida cuando es existente y su monto es determinado o determinable mediante simples operaciones aritméticas.

La incertidumbre sobre el monto de la deuda impide la compensación pues torna incierta la medida en la cual las recíprocas posiciones acreedoras deberían extinguirse.

Intrínseco al requisito de la liquidez está la certeza del crédito. Son líquidas aquellas obligaciones que son claras e indiscutidas respecto a su existencia y además son determinadas en su cuantía, como aquellas en las que la determinación de la cuantía hace necesaria una simple operación aritmética²⁶.

4) Exigibilidad.- La compensación presupone que las deudas sean exigibles, es decir que el acreedor pueda pretender el inmediato cumplimiento del crédito. Esto satisface la exigencia que el acreedor obtenga mediante la compensación, la satisfacción que no habría podido obtener mediante el cumplimiento²⁷.

Tal requisito excluye del fenómeno de la compensación legal las obligaciones sujetas a condición suspensiva y las obligaciones sujetas a plazo todavía no vencido. La exigibilidad también se encuentra excluida por la *exceptio inadimpleti contractus* (excepción de incumplimiento), que justifica el retardo en el incumplimiento impidiendo la condena del deudor y la utilización del crédito a fines de la compensación²⁸.

²⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Op. Cit., p. 540.

²⁷ RAGAZONI, Diego. "La Compensazione". En: Op. Cit., p. 898.

²⁸ Loc. Cit.

Respecto a la prescripción no encontramos en el Código Civil una norma similar al segundo párrafo del artículo 1242 del Código Civil italiano que establece

“(…)

La prescripción no impide la compensación, si no se había producido cuando se verificó la coexistencia de las dos obligaciones”.

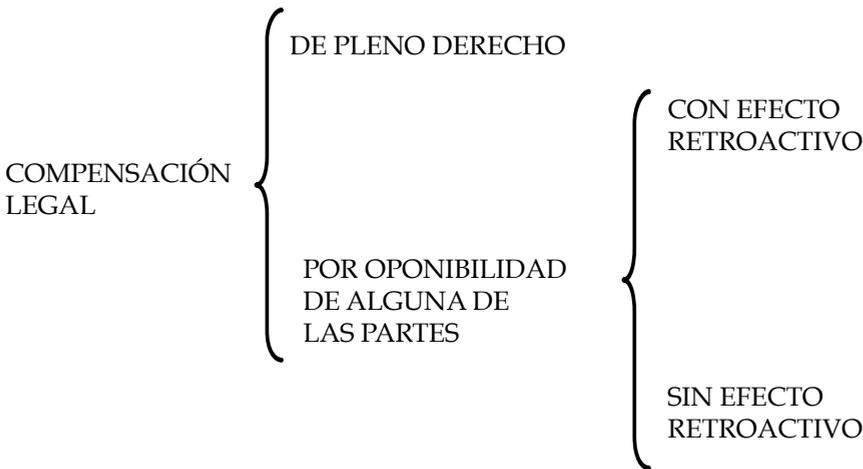
De acuerdo con el texto transcrito la compensación no es impedida por la prescripción, si ésta no se había aún producido cuando se verificó la coexistencia de las dos obligaciones. En sentido contrario, no es posible oponer la compensación si la prescripción se verifica antes de la coexistencia de las obligaciones.

La exigibilidad no está impedida al verificarse la prescripción después del perfeccionamiento de los presupuestos de la compensación; en tal sentido, si al momento de la coexistencia de los créditos, los mismos eran líquidos y exigibles y sucesivamente se produce la prescripción de uno de los créditos, su titular no pierde el poder de valerse de la compensación.

En el caso peruano, como veremos, la compensación opera desde que se opone, en tal sentido, la prescripción no impide la compensación si no se había producido cuando se produjo la oposición.

B) ¿Cómo opera la compensación legal? Modalidades operativas y perfiles procesales

Compensación legal: *modus operandi*



- 1) Para ciertas legislaciones la compensación legal opera de pleno derecho (*ope legis*) en cuanto se dan los presupuestos legales establecidos en la ley.
- 2) Para otras legislaciones la compensación requiere que se den los presupuestos pero corresponde a los sujetos invocarla (*ope exceptionis*). Y en este supuesto, en algunas legislaciones, una vez invocada la compensación sus efectos se retrotraen al momento en que se dan los presupuestos establecidos en la ley (*ex tunc*) o, en otros casos, sus efectos operan desde que opone (*ex nunc*).

Respecto a los efectos de la compensación el artículo 1242 del Civil italiano establece lo siguiente:

“La compensación extingue las dos obligaciones desde el día de su coexistencia. El juez no puede declararla de oficio.

La prescripción no impide la compensación, si no se había producido cuando se verificó la coexistencia de las dos obligaciones”.

RAGAZONI que el procedimiento extintivo consta de dos elementos: uno objetivo, la coexistencia de las obligaciones recíprocas con los presupuestos de la compensación y, uno subjetivo, la oposición²⁹.

CARINGELLA y DE MARZO en Italia señalan que frente a la norma citada que establece el efecto extintivo al momento en la cual las obligaciones de hecho coexisten, los intérpretes se han cuestionado respecto a las concretas modalidades operativas de dicho efecto extintivo y, por tanto, si la extinción deriva de la coexistencia en sí de las obligaciones; o bien del acto de oponer la compensación; o, mejor dicho, si la oposición es una simple acto con el cual se requiere de declarar la extinción *ope legis* ya verificada o si, en cambio, el acto de oponer la compensación sea un elemento constitutivo de la *fattispecie* extintiva³⁰.

De acuerdo con una primera tendencia de la doctrina italiana (la tradicional), basada en la interpretación literal de la norma, la eficacia extintiva se produce *ipso iure*, desde el día de la coexistencia de las obligaciones. La oposición de la compensación por una de las partes en un proceso es entendida como una manifestación de voluntad de valerse de un efecto ya producido, la sentencia es, por tanto, meramente declarativa de un efecto ya producido.

Una segunda tendencia en la doctrina italiana, partiendo del hecho que la extinción automática al momento de la coexistencia de las obligaciones no se conjuga con la no declaración de oficio por parte del juez sancionada por

²⁹ IBID., p. 899.

³⁰ CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. Op. Cit., p. 350. En el mismo sentido ANGELONI, Giulio. “La compensazione”. En: OP. Cit., p. 294.

el artículo 1942, considera que la coexistencia de las contrapuestas situaciones deudoras no produce la extinción pero hace surgir una situación de “mera compensabilidad”. Para que dicha situación potencial de paso al fenómeno extintivo es necesario el ejercicio por parte del deudor al cual se le requiera el pago, del derecho potestativo de oponer la compensación. Esto significa que de la coexistencia no deriva la extinción *ipso iure*, sino el nacimiento, a favor de las partes, del poder de paralizar cualquier demanda de cumplimiento con la proposición de la excepción que produce el efecto extintivo.

No obstante, en cualquier caso, aún en la segunda tendencia, los efectos del acto de oponer la compensación, aún si constitutivo, se retrotraen al momento en el cual se verifica la coexistencia, así que en el plano práctico, dicha tendencia no difiere sustancialmente de la tendencia tradicional.

De acuerdo con el artículo 112 del Código Procesal Civil italiano la compensación legal es una de las excepciones que puede ser propuesta por las partes; en tal sentido, quien quiere valerse de ella tiene la carga de oponerla. Quien es demandado por el pago de una deuda deberá sufrir la condena por el total si no opone en el proceso la compensación del propio crédito frente al demandante.

La compensación legal: perfiles procesales

BIANCA señala respecto a la excepción de compensación que “la excepción es aquí entendida en sentido amplio como manifestación del intento de la parte de hacer valer procesalmente la compensación. Puede por tanto tratarse de la excepción cual simple defensa procesal contra la pretensión creditoria del actor; puede también tratarse de la reconvencción con la cual el demandado ejercita su pretensión creditoria frente al demandante” y luego añade: “La excepción es superflua luego del reconocimiento de la compensación hecho en el juicio por el mismo demandante”³¹.

Así el autor italiano plantea los siguientes supuestos³²:

- A es demandado por B por el pago de 100; aquél se opone alegando que su deuda ha sido compensada con su crédito de 100.
- A es demandado por B por el pago de 100; aquél reconviene contra B, alegando que éste último le debe 150, y pretendiendo el pago de la diferencia.

³¹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 496 y 497. En términos del Código Procesal Civil peruano cuando BIANCA habla de excepción lo hace en el sentido de defensa de fondo y no de defensa de forma.

³² *Ibid.*, p. 497.

- A demanda a B asumiendo que éste le debe 150, teniendo en cuenta la compensación con una deuda propia de 100, A pretende que B le pague 50.

De acuerdo con el Código Procesal Civil peruano la compensación no es una excepción. Veamos. Como señala MONROY GÁLVEZ “si el demandado, en ejercicio de su derecho de contradicción, quisiera defenderse del proceso iniciado en su contra, puede manifestar su derecho de defensa en tres modalidades distintas que, para efectos de su uso, no son excluyentes, queremos decir que el uso de una de ellas no descarta el de las otras”³³. Esas modalidades son: (i) la defensa de fondo; (ii) la defensa previa; y (iii) la defensa de forma.

Según MONROY GÁLVEZ “La defensa de fondo consiste en el cuestionamiento directo que el demandado hace del derecho o de los hechos en los que el demandante sustenta su demanda. Dicho de otra manera, es la contradicción de la pretensión intentada en su contra”³⁴.

En cuanto a la defensa previa “consiste en el cuestionamiento que el demandado hace a la oportunidad en que se ha iniciado el proceso, atendiendo a que el demandante debía haber realizado un acto previo, configurante de una especie de requisito para el ejercicio válido del derecho de acción por el demandante”³⁵.

Finalmente, última modalidad es la defensa de forma; es decir, la excepción. MONROY GÁLVEZ respecto a la excepción señala: “...cuando una persona interpone una excepción en realidad lo que está haciendo es denunciar que en el proceso no existe o existe, pero de manera defectuosa, un Presupuesto procesal o que no existe o existe, pero de manera defectuosa, una Condición de la acción. Eso y no otra cosa es la excepción, su ligazón con los dos institutos antes desarrollados es indisoluble [...]”³⁶.

Como se desprende nítidamente la compensación no es una excepción en los términos expresados por MONROY GÁLVEZ; de hecho basta con revisar el artículo 446 del Código Procesal Civil para constatar que no se encuentra dentro del listado de las excepciones que pueden ser deducidas en el ordenamiento procesal civil peruano.

³³ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano”. En: *La formación del proceso civil peruano* (Escritos Reunidos). 2ª edición. Lima: Palestra, 2004, pp. 359-360.

³⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil peruano”. En: *Op. Cit.*, p. 360.

³⁵ *Loc Cit.*, p. 360.

³⁶ *IBID.*, p. 368. Los presupuestos procesales “son los requisitos para la existencia de una relación jurídica procesal [...]” (*Ibid.*, p. 362). Las condiciones de la acción “son los elementos indispensables para que el órgano jurisdiccional pueda expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo (*Ibid.*, 366).

De acuerdo con OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE, en opinión que no compartimos, “cuando la compensación se invoca dentro de un proceso judicial, ésta se opone como defensa previa, pero siguiendo el trámite de una excepción”³⁷. Los autores nacionales se remiten al artículo 455 del Código Procesal Civil que señala:

“Las defensas previas como el beneficio de inventario, el beneficio de excusión y otras que regulen las normas materiales, se proponen y tramitan como excepciones”.

No hay duda que puede oponerse la compensación vía reconvencción, pero sólo en la medida que se cumplan con la condición establecida en el tercer párrafo del artículo 445 del Código Procesal Civil que señala³⁸:

“(…)

La reconvencción es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente.

(…)”.

En tal sentido, sólo será procedente la reconvencción si la pretensión en ella contenida fuese conexa a la relación jurídica invocada por la demanda.

En el caso de un arbitraje, oponer la compensación vía reconvencción, tendría también una limitación cuando el crédito que se opone no se deriva de un contrato que contenga un convenio arbitral.

Ahora bien ¿Puede la compensación ser opuesta como defensa de fondo? En nuestra opinión la compensación siempre puede ser opuesta como defensa de fondo. Vemos un ejemplo: A demanda a B para que le pague 100. Supongamos que A le debe a B 80. B se defenderá afirmando que no le debe A 100 sino sólo 20, en la medida que la deuda original de 100 se extinguió parcialmente por compensación.

Si bien no existe en nuestro ordenamiento una norma expresa como el artículo 1242 del Código Civil italiano, consideramos que los legitimados para oponerla son sólo las partes sustanciales y los casos de excepción previstos en las normas jurídicas, por tanto, en nuestra opinión, en el ordenamiento jurídico peruano el juez no puede declararla de oficio. Una posición distinta

³⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “*Tratado de las Obligaciones*”. En: Op. Cit., p. 101. Sin embargo los autores también señalan, refiriéndose a la compensación opuesta en un proceso judicial que “este tipo de compensación es la que opone el deudor demandado en juicio para el cumplimiento de una prestación; así, en su contestación a la acción o en su demanda reconvenccional, alega un crédito que a su vez tiene respecto del demandante” (Ibid., p. 93).

³⁸ Modificado por la Disposición Modificatoria Única del Decreto Legislativo N° 1070.

tienen OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE³⁹ quienes afirman: “Si bien ninguno de los litigantes solicita ni alega la compensación, el juez hace uso de su poder jurisdiccional para decretarla, declarando previamente la existencia de dos obligaciones recíprocas”⁴⁰.

Efectos de la compensación en el Código Civil

Para OSTERLING PARODI en la legislación nacional la compensación “solo opera desde que se opone una obligación a la otra, sin otorgarle efectos retroactivos a la fecha de coexistencia de ambos créditos”⁴¹. De acuerdo con el ponente del Libro de las Obligaciones se habría optado por la teoría alemana: “Al interesado puede convenirle la subsistencia de su crédito. Nadie está obligado a cobrar lo que no se le paga; la ley no tiene porqué imponer el pago de los créditos que no se reclaman”⁴².

El artículo 388 del Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) señala:

“La compensación se produce con la declaración frente a la otra parte. La declaración es ineficaz si se emite bajo una condición o una determinación de tiempo”.

Respecto al momento en que ocurre la compensación OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE señalan: “En nuestro sistema jurídico, la compensación se produce cuando alguno de los sujetos de la relación obligatoria, o ambos, optan por invocarla. En consecuencia, parece lógico que su eficacia se verifique a partir de entonces y no antes. La retroactividad podría deteriorar las relaciones económicas que las partes desean que subsistan. Sólo ellas saben si deben o no oponer la compensación” y luego concluyen “Por tal razón, en nuestro ordenamiento no funciona la compensación con efectos retroactivos desde la coexistencia de ambos créditos”⁴³.

El artículo 1242 del Civil italiano establece, como hemos visto, que “La compensación extingue las dos obligaciones desde el día de su coexistencia [...]”, en cambio, el artículo 1288 del Código Civil “Por la compensación se extinguen

³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las Obligaciones”. En: Op. Cit., pp. 94 y ss.

⁴⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las Obligaciones”. En: Op. Cit., p. 95-96. Sin embargo los autores también señalan: “Nadie más que las partes directamente involucradas, quienes detentan obligaciones recíprocas, puede oponerla; como vimos, ni el juez ni el árbitro pueden declararla de oficio [...]” (Ibid., p. 126).

⁴¹ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. 8ª edición. Lima: Grijley, 2007, p. 207.

⁴² Ibid., p. 208.

⁴³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. “Tratado de las Obligaciones”. En: Op. Cit., p. 43. Sin embargo los autores, refiriéndose a la compensación legal en sede extrajudicial señalan: “En este caso, al operar la compensación en forma automática desde el instante en que coexisten las deudas recíprocas que se ajustan a los requisitos de ley [...]” (Ibid., p. 90).

las obligaciones [...], desde que hayan sido opuestas la una a la otra". Es evidente que de acuerdo al Código Civil la compensación opera desde que se da el presupuesto subjetivo: la oposición y siempre que al darse esté presente el presupuesto objetivo: la coexistencia de las obligaciones recíprocas con los presupuestos legales de la compensación.

Si no se opone la compensación, el pago que se realice no es repetible.

Oposición de la compensación en sede extra proceso

En cuanto a la modalidad de la manifestación de voluntad de valerse de la compensación, la doctrina italiana considera que no sólo puede ser manifestada en sede procesal sino también fuera del proceso, a través de una declaración extrajudicial seria y cierta. En tal sentido, se ha sostenido por PERLINGIERI que cuando la manifestación de valerse de la compensación ha sido manifestada extrajudicialmente, el juez, una vez instaurado el proceso y probada tal declaración, puede de oficio declarar la compensación, debiendo lo dispuesto en el artículo 1242 del *Codice Civile* entenderse limitado al caso en el cual el poder de compensar no hubiera sido ejercitado⁴⁴.

Compensación directa

HINESTROSA señala como un supuesto particular la figura de la compensación directa, sin intervención judicial, por parte de las entidades financieras⁴⁵ a la que se encuentran autorizadas, en el caso peruano, conforme al artículo 132 de la Ley No. 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros u Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante Ley General del Sistema Financiero).

c) Pluralidad de créditos compensables: la imputación de la compensación

De acuerdo con el artículo 1293 del Código Civil, en presencia de una pluralidad de obligaciones compensables resulta de aplicación, cuando quien opone la compensación no manifiesta expresamente a cuál la imputa, los criterios legales de imputación del pago.

El artículo 1293 del Código Civil señala:

"Cuando una persona tuviera respecto de otra varias deudas compensables, y no manifestara al oponer la compensación a cuál la imputa, se observarán las disposiciones del artículo 1259".

⁴⁴ RAGAZONI, Diego. "La Compensazione". En: Op. Cit., p. 901.

⁴⁵ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Op. Cit., p. 805.

A su vez el artículo 1259 del Código Civil dispone:

“No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente”.

Si bien el artículo 1259 no lo señala entre varias deudas la imputación deberá hacerse respecto a la vencida. Según MOISSET DE ESPANÉS, “parece contrario a la lógica que la ley disponga que la imputación del pago, en caso de silencio de las partes, se efectúe a deudas que todavía no son exigibles”⁴⁶.

Entre varias deudas vencidas o si todas las deudas son “no vencidas” entonces se aplicarán los criterios legales de imputación señalados en el artículo 1259.

De acuerdo con el artículo 1259 del Código Civil, cuando no se ha expresado a que deuda debe hacerla imputación, se aplica el pago a la menos garantizada. Se refiere a las garantías en sentido técnico: reales o personales. La mayor o menor garantía se determina sólo en base a la formal preeminencia del título. Ejemplo: entre un crédito quirografario y un crédito garantizado con “garantías personales”, el primero es menos garantizado; entre un crédito garantizado con “garantías personales” y otro con “garantías reales” el primero es menos garantizado.

Entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor. Se estima que son más onerosas las que llevan intereses, o entre varias que llevan intereses, las que paguen una tasa más alta; la existencia de cláusulas penales es otro índice de onerosidad y, como se ha resuelto por la jurisprudencia argentina, deberá entenderse que una obligación que se encuentra en estado de ser reclamada por vía ejecutiva es más gravosa que aquéllas sometidas a la vía ordinaria⁴⁷.

Entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua ¿Qué debe entenderse por mayor antigüedad? ¿Debe tomarse en consideración la fecha de nacimiento de la relación obligatoria, o la del vencimiento de la obligación?

Somos de la opinión que deberá imputarse a la deuda que primero hubiera vencido y si varias hubieran vencido simultáneamente, a la más antigua de nacimiento (artículo 784 del código civil portugués)⁴⁸.

⁴⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. “Imputación del pago en el Código Civil peruano de 1984”. En: *Revista de Derecho Privado*. Febrero, 2000, p. 116.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁸ *Loc. cit.*

Respecto al tema el artículo 1249 del Código Civil italiano señala:

“Cuando una persona tiene frente a otra más obligaciones compensables, se observan para la compensación las disposiciones del segundo párrafo del artículo 1193”.

BIANCA comenta este artículo y señala: “En tema de compensación legal la ley no prevé la imputación por voluntad de las partes. La eventual compensación hecha por el deudor o por el acreedor es irrelevante pues, a falta de un acto de pago o de un acto extintivo susceptible de aceptación, ninguna de las dos partes tiene el poder de modificar en su propia ventaja los efectos legales de la compensación. Las partes pueden modificar tales efectos de común acuerdo, pero se recurre entonces a la compensación voluntaria”⁴⁹.

RAGAZONI opina que el artículo 1249 del *Codice Civile* tiene carácter dispositivo y, en tal sentido, las partes podrían adoptar criterios de imputación distintos al artículo 1193⁵⁰.

D) La compensación respecto a los terceros

De acuerdo con el artículo 1294 del Código Civil:

“La compensación no perjudica los derechos adquiridos sobre cualquiera de los créditos”.

Así, por ejemplo, la compensación no se verifica en perjuicio de los terceros que han adquirido un derecho de usufructo⁵¹ o de prenda (garantía mobiliaria)⁵² respecto de uno de los créditos. Tampoco puede ser compensado un crédito embargado⁵³.

De acuerdo con CARINGELLA y DE MARZO comentando el artículo 1250 del Código Civil italiano los derechos de los terceros deben ser anteriores a la compensación⁵⁴.

La compensación no puede ser hecha valer cuando la garantía mobiliaria o el usufructo a favor del tercero han sido constituidos anteriormente al momento en el cual se opone la compensación y siempre que la constitución de la garantía mobiliaria o del usufructo haya sido notificada al deudor. Así, por ejemplo, *Primus* debe a *Secundus* 200, *Secundus* ha constituido usufructo sobre el crédito a favor de *Tertius*. Por otro lado *Secundus* debe a *Primus* 100. *Primus*

⁴⁹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., pp. 499-500.

⁵⁰ RAGAZONI, Diego. “*La Compensazione*”. En: Op. Cit., p. 908.

⁵¹ Artículo 1019 del Código Civil.

⁵² Artículo 16 Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria.

⁵³ HINESTROSA, Fernando. Op. Cit., p. 814.

⁵⁴ En el mismo sentido ANGELONI, Giulio. “*La compensazione*”. En: Op. Cit., p. 302.

requiere a *Secundus* el pago de los 200, si *Secundus* opone la compensación a *Primus*, ésta no produce efectos extintivos por cuanto perjudicaría a *Tertius*.

La compensación que ha sido opuesta con anterioridad a la notificación o al efectivo conocimiento del deudor, en cambio, producen el efecto extintivo.

E) La compensación voluntaria o convencional

El artículo 1289 del Código Civil establece:

“Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurren los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente”.

La compensación voluntaria o convencional es aquella que se realiza por acuerdo de las partes prescindiendo de los requisitos de la compensación legal previstos en el artículo 1288 del Código Civil. Tiene el mismo fundamento de la compensación legal: simplificar las relaciones obligatorias y la economía de los cumplimientos.

Como resulta de la norma citada la compensación voluntaria es de dos tipos, según que la misma sea sucesiva o anterior a la verificación de la coexistencia de las obligaciones recíprocas. En otras palabras, la convención puede disciplinar las condiciones de la compensación para obligaciones y créditos ya existentes o que se prevé puedan surgir en el futuro.

El primer tipo de compensación, previsto en el primer párrafo del artículo 1289, se refiere a la hipótesis en la cual, respecto a relaciones obligatorias ya existentes, el acuerdo de las partes está dirigido a superar la falta de una de las condiciones requeridas para la compensación legal (ausencia de los requisitos de fungibilidad, homogeneidad, liquidez).

El segundo tipo de compensación (*pactum de compensando*), previsto en el segundo párrafo, está dirigida a predisponer un mecanismo preventivo del cual las partes se valen para compensaciones futuras. Esta consiste por tanto en un contrato con el cual las partes establecen anticipadamente las cualidades que las obligaciones recíprocas deberán tener para que se verifique la compensación. Se trata de un acuerdo que se encuadra dentro de los contratos normativos preventivos y las futuras compensaciones que se podrán derivar tendrán efecto *ex tunc*⁵⁵ desde el día en el cual coexistan de hecho dos obligaciones con las características determinadas convencionalmente.

De acuerdo con BIANCA la compensación voluntaria está dentro de la categoría de los contratos extintivos. “Ella puede estar dirigida a extinguir

⁵⁵ Ex tunc = “desde entonces”. Ex nunc = “desde ahora”.

determinadas relaciones obligatorias o bien puede fijar las condiciones necesaria y suficientes para que se produzca el efecto compensatorio entre las partes (pacto de compensación futura)⁵⁶.

Para CARINGELLA y DE MARZO es la voluntad de los sujetos la que da lugar a la *fattispecie* compensativa a través de la estipulación de un contrato extintivo desde el momento de la celebración del contrato y no desde la coexistencia de las obligaciones como ocurre con la compensación legal o, desde el momento que determinen las partes, sin necesidad de oponerla. De acuerdo con RAGAZONI la inmediatez del efecto extintivo, hace que no sea necesaria la declaración de valerse de la compensación, pudiendo el juez declarar de oficio la extinción, bastando la demostración de la existencia de dicho acuerdo⁵⁷.

El artículo 1252 del Código Civil italiano señala:

“Por la voluntad de las partes puede haber lugar a la compensación aún si no concurren las condiciones previstas por los artículos precedentes.

Las partes pueden también establecer preventivamente las condiciones de tal compensación”.

Según CARINGELLA y DE MARZO la tesis que prevalece considera que la libertad derogación de las partes frente a las prescripciones legales, no puede superar el límite estructural de la compensación, antológicamente dado por la reciprocidad y tampoco es posible pactar contra las prohibiciones establecidas por el legislador para tutelar el orden público⁵⁸. En tal sentido, es convencionalmente pueden ser obviadas todas las demás condiciones para la compensación como la liquidez y la homegenidad. Por tanto es posible una compensación voluntaria respecto de obligaciones con prestación de hacer.

Tanto el artículo 1289 del Código Civil y el artículo 1252 del *Codice Civile* (último párrafo) asignan a las partes la facultad de establecer preventivamente las condiciones para la compensación, en este caso el acuerdo no extingue por compensación sino que pone las bases para la futura compensación.

De acuerdo con BIANCA el contrato puede remitir a una de las partes la facultad de compensar. Esta hipótesis es tradicionalmente conocida como “compensación facultativa”. “En ella se distingue el pacto de futura compensación y el acto unilateral mediante la cual la parte produce el efecto extintivo”⁵⁹.

Para determinar en qué momento se produce el efecto extintivo debe determinarse la común intención de las partes. A falta de una distinta indicación tal efecto

⁵⁶ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 509.

⁵⁷ RAGAZONI, Diego. “*La Compensazione*”. En: Op. Cit., p. 920.

⁵⁸ CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. Op. Cit., p. 356.

⁵⁹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 509-510. También CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. Op. Cit., p. 357.

debe entenderse producido inmediatamente o bien al momento en el cual concurren las condiciones previstas por las partes para la compensación, si se trata de un pacto de compensación futura. En la compensación facultativa el efecto extintivo se determina con el ejercicio del poder compensatorio comunicado a la otra parte⁶⁰.

Para BIANCA la compensación voluntaria no presupone necesariamente la reciprocidad de las relaciones⁶¹. En las hipótesis de “obligaciones en cadena” pueden darse supuestos de compensaciones plurilaterales dirigidas a extinguir las obligaciones que cada una de las partes tiene frente a la otra parte. Por ejemplo: A debe 100 a B; B debe 100 a C; C debe 100 a A. Las tres partes acuerdan la extinción de sus obligaciones por compensación⁶².

La compensación voluntaria también puede constituir el instrumento para evitar una controversia o finalizarla, ingresando al esquema de la transacción⁶³.

Si bien el Código Civil español guarda silencio respecto a la compensación convencional la doctrina por unanimidad afirma la admisibilidad de la compensación por pacto⁶⁴.

3. LA RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES EN EL CASO

En el caso que nos ocupa encontramos dos relaciones obligatorias:

- 1) Relación obligatoria generada en virtud el contrato de tarjeta de crédito entre la señora Gonzáles Espinosa y el BCP; y,
- 2) Relación obligatoria generada en virtud el contrato de depósito de ahorros⁶⁵ entre la señora Gonzáles Espinosa y el BCP.

3.1. Relación obligatoria generada en virtud el contrato de tarjeta de crédito entre la señora Gonzáles Espinosa y el BCP

Sin pretender profundizar sobre el contrato de tarjeta éste, que es el tipo contractual base, comprende tres tipos contractuales específicos: el contrato

⁶⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 510.

⁶¹ Ibid., p. 511. En contra de esta opinión ANGELONI para quien la reciprocidad de las obligaciones constituye y presupuesto indefectible de cada tipo de compensación, sea legal o convencional (ANGELONI, Giulio. “*La compensazione*”. En: Op. Cit., p. 309).

⁶² BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 511.

⁶³ Artículo 1302 del Código Civil, segundo párrafo. RAGAZONI, Diego. “*La Compensazione*”. En: Op. Cit., p. 920.

⁶⁴ Ver al respecto MIGUEL SANCHA, Carolina. *La compensación convencional*. Barcelona: Bosch, 1999.

⁶⁵ En la Resolución se indica que la señora Gonzáles Espinosa era titular de una cuenta de ahorros.

de cuenta de crédito mediante tarjeta, el contrato de tarjeta de compra y el contrato de tarjeta de débito⁶⁶.

El contrato de cuenta de crédito mediante tarjeta es aquel “mediante el que una persona (la entidad emisora y/o gestora de la tarjeta) se obliga frente a otra (el titular de la tarjeta) a poner a su disposición una cierta cantidad de dinero, que pagará a determinadas personas – los establecimientos – durante un plazo o plazos preestablecidos, previa utilización de un documento – la tarjeta de crédito – que la propia entidad facilita, y a la prestación de otros servicios; y el titular de la tarjeta se obliga a reembolsar las sumas de dinero dispuestas, intereses y a pagar una cuota por su utilización, en los términos y modos que se pactan, y a su correcta utilización”⁶⁷.

La entidad contratante que es la que emite y gestiona la tarjeta (Diner’s, American Express) o la que gestiona una tarjeta (Visa, Master Card) contrae frente al titular de la tarjeta, entre otras, la obligación de conceder un crédito. Esto supone entonces que una de las obligaciones del titular de la tarjeta es la de devolver aquellas sumas de las que dispuso mediante la tarjeta en la forma y momentos pactados.

En las tarjetas gestionadas por entidades de crédito es consustancial a las mismas la exigencia de que el titular de la tarjeta sea, a la vez, titular de una cuenta bancaria en dicha entidad. Así, los pagos o reembolsos convenidos se realizan mediante adeudo en la cuenta o cuentas mantenidas por el titular de la tarjeta. El tipo puede ser una cuenta corriente o también puede vincularse un depósito de ahorro⁶⁸.

La señora González Espinosa debe al BCP, como consecuencia del contrato de tarjeta de crédito, la suma de S/. 1590.66. En tal sentido, el BCP tiene la condición de acreedor y la señora González Espinosa la de deudor.

3.2. Relación obligatoria generada en virtud el contrato de depósito de ahorros⁶⁹ entre la señora González Espinosa y el BCP

El artículo 229 de de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y seguros (en adelante Ley del Sistema Financiero) señala:

“Los depósitos de ahorro tienen las siguientes características:

⁶⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *El pago mediante tarjetas de crédito*. Madrid: La Ley, 1990, p. 34.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 50.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁹ En la Resolución se indica que la señora González Espinosa era titular de una cuenta de ahorros.

1) Pueden ser constituidos por personas naturales o jurídicas, inclusive por analfabetos o incapaces. Los depósitos constituidos por menores de edad se registrarán por lo dispuesto en el Código del Niño o del Adolescente.

2) Constan de libretas o de otros documentos en donde se anote las fechas y los montos de las imposiciones y de los retiros, así como los intereses abonados por el periodo convenido.

3) No son transferibles.

4) Los retiros proceden al solo requerimiento del titular, su representante legal o apoderado, a menos que se haya pactado plazo o limitado su número en un periodo dado".

En un depósito de ahorros la entidad financiera, entre otras, tiene la obligación de devolver al depositante la suma depositada al solo requerimiento de éste⁷⁰.

La señora Gonzáles Espinosa tiene una suma de dinero depositada en el BCP. En tal sentido, el BCP tiene la condición de deudor y la señora Gonzáles Espinosa la de acreedor. Como puede apreciarse, se trata de una obligación con prestación de dar con función restitutoria; es decir, el BCP está obligado a restituir las sumas de dinero depositadas en la cuenta de la señora Gonzáles Espinosa cada vez que ésta lo requiera.

En tal sentido, en el caso que analizamos se dan los presupuestos de la compensación legal previstos en el artículo 1288 del Código Civil: existen obligaciones recíprocas, liquidadas⁷¹, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas (dinero).

De acuerdo con lo expresado en las resoluciones el BCP procedió a la compensación de ambas relaciones obligatorias. Veamos entonces algunos aspectos que deben ser analizados.

4. CRÉDITOS INCOMPENSABLES DE ACUERDO AL CÓDIGO CIVIL

Los créditos uncompensables lo pueden ser: por voluntad de las partes o por disposición legal.

4.1. Créditos uncompensables por voluntad de las partes

El artículo 1246 del Código Civil italiano (inciso 4) establece que la compensación se verifica cualquiera que sea el título de una o de la otra deuda, salvo "renuncia a la compensación hecha previamente por el deudor". Esta

⁷⁰ Circular B 1848-90-SBS

⁷¹ La Resolución Final N° 1423-2008/CPC de la Comisión de Protección al Consumidor señala que "[...] la señora Gonzáles ha aceptado ser titular de una obligación frente al Banco en su escrito de denuncia, no habiendo observado el monto deudor informado por el Banco por lo que se debe convenir la existencia de tal deuda".

renuncia anticipada a la compensación puede ser tácita y puede tener por objeto créditos futuros, siempre que sean determinados o determinables. La compensación puede ser opuesta sólo por la parte que no renuncia.

La renuncia anticipada a la compensación puede ser incluida en contratos por adhesión o en cláusulas generales de contratación, pero en tal caso es considerado como cláusula vejatoria (o abusiva) cuando se le impone a quien no las ha redactado la limitación de oponer excepciones⁷².

De acuerdo con RAGAZONI, para fines del efecto preclusivo, la renuncia debe ser necesariamente recíproca entre los deudores-acreedores, para que ninguno de ellos puede oponer la compensación. La renuncia unilateral de uno de ellos no impide al otro oponer la compensación al momento del requerimiento de pago. En tal sentido, el autor italiano señala "... a los fines de la preclusión de la operatividad de la compensación, o se tendrán dos renunciaciones unilaterales recíprocas o en el caso, un verdadera y propia convención entre los dos acreedores-deudores"⁷³.

La renuncia puede ser tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia; es decir, de actos o hechos incompatibles con la voluntad de conservar el derecho.

¿Qué ocurre en el Código Civil?

"Artículo 1288.- Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcanzan, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo".

De acuerdo con la última parte del artículo 1288 del Código Civil procede la exclusión convencional de la compensación mediante acuerdo del acreedor y del deudor.

No obstante también es posible la renuncia a la compensación. Es posible la preventiva renuncia del deudor de oponer la compensación (esta renuncia deja a la otra parte el derecho a exigir el pago). No obstante en este caso esta renuncia no obliga al acreedor (éste si podría oponer la compensación).

OSTERLING PARODI y CASTILLO FREYRE señalan: "Siendo facultativa la compensación, es evidente que también puede ser objeto de renuncia"⁷⁴ y luego

⁷² Artículo 1341 del Código Civil italiano. En tal sentido, en el Código Civil italiano, como cláusula vejatoria requiere la específica aprobación por escrito del adherente. Respecto al Código Civil ver el artículo 1398.

⁷³ RAGAZONI, Diego. "La Compensazione". En: Op. Cit., p. 914.

⁷⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Tratado de las Obligaciones". En: Op. Cit., p. 126.

añaden “La renuncia puede manifestarse expresa o tácitamente”⁷⁵. Para los autores nacionales se puede renunciar a la compensación por acuerdo bilateral o mediante declaración unilateral⁷⁶.

En tal sentido, la compensación no opera para ninguna de las partes cuando éstas la excluyen de común acuerdo (o renuncian recíprocamente) o, no opera, respecto a la parte que renuncia a la compensación.

4.2. Créditos incompensables por disposición legal

“Artículo 1290.- Se prohíbe la compensación:

- 1) *En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.*
- 2) *En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.*
- 3) *Del crédito inembargable.*
- 4) *Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley”.*

De acuerdo con BIANCA la regla de la compensabilidad tiene límites en prohibiciones de ley que buscan asegurar una directa satisfacción del interés creditorio en consideración de su especial relevancia. Estos límites conllevan la inoponibilidad de la compensación⁷⁷.

a) **En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.**

La prohibición tiene carácter sancionatorio y constituye la aplicación del principio por el cual quien ha cometido una despojo debe, antes que nada, restituir la cosa sustraída removiendo las consecuencias del ilícito.

b) **En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato**⁷⁸.

ANGELONI señala: “No es clara, en cambio, la relevancia de la prohibición fijada frente al crédito por la restitución de cosas depositadas o dadas en comodato; puesto que la relación sólo puede tener objeto cosas determinadas, la compensación tendría que resultar ya excluida por falta del requisito de fungibilidad”⁷⁹.

Si tenemos en cuenta que el comodato se refiere a bienes no consumibles parecería entonces que la compensación ya estaría excluida en virtud del artículo 1288 del Código Civil cuando exige bienes fungibles. Lo mismo puede decirse del depósito, salvo en el caso que éste se refiera a bienes fungibles (depósito irregular).

⁷⁵ Ibid., p. 127.

⁷⁶ Ibid., p. 129.

⁷⁷ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 488 - 489.

⁷⁸ Ver al respecto MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa. *La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato*. Barcelona: Bosch, 1994.

⁷⁹ ANGELONI, Giulio. “*La compensazione*”. En: Op. Cit., p. 306.

BIANCA al respecto señala: "En cuanto objeto del depósito o del comodato sea una cosa específica faltaría el presupuesto de la homogeneidad de los créditos. La previsión normativa está referida a la hipótesis en las cuales el derecho del depositante se convierte en una pretensión resarcitoria o indemnizatoria"⁸⁰.

DÍEZ-PICAZO, comentando el primer párrafo del artículo 1.200 del Código Civil español señala que "la interpretación de este precepto suscita evidentes dificultades. La doctrina clásica consideraba que la prohibición se refiere a aquellos casos en los cuales la compensación es opuesta frente a la obligación de restituir la cosa depositada o la cosa dada en comodato. Sin embargo, con mejores argumentos se señaló que la imposibilidad de que, en un caso como el descrito, se produzca la compensación legal sin necesidad de una especial previsión legal, ya que se enfrentarían una deuda genérica y una de cuerpo cierto, cuya compensación es imposible por aplicación del artículo 1.196, 2. Es verdad que existe la posibilidad de compensación en el depósito irregular de dinero o de cosa fungible, pero es también cierto que, como señala la STS de 19 de septiembre de 1987, en este caso no hay propiamente depósito, dado que la propiedad de lo entregado pasa al dominio del depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de la cantidad"⁸¹.

De acuerdo con el artículo 1728 del Código Civil "*Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva*". Como puede apreciarse estamos frente a un préstamo de uso que se contrapone al mutuo que es un préstamo de consumo. En el caso del comodato el bien que se entrega es un bien no consumible.

Conforme con el artículo 1814 del Código Civil "*Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante*".

En el caso del depósito si es factible que los bienes depositados sean fungibles. Como señala OSCÁRIZ MARCO "En una sociedad económicamente tan desarrollada como la de nuestros días, constituyen un fenómeno corriente, abundante y de gran magnitud por el movimiento económico que representan, la operaciones, sobre todo mercantiles, de entrega de cosas fungibles - en muchas ocasiones también percederas e incluso consumibles - para su guarda por otro"⁸². Cuando se entregan en depósito bienes fungibles y el depositante

⁸⁰ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'Obbligazione*. Op. Cit., p. 490.

⁸¹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Op. Cit., p. 548-549.

⁸² OZCÁRIZ MARCO, Florencio. *El contrato de depósito. Estudio de la obligación de guardia*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 105.

permite al depositario use el bien (artículo 1829 del Código Civil)⁸³ o cuando lo que se entrega en depósito es dinero, se habla de depósito irregular.

Tanto en el comodato como en el depósito regular faltaría el requisito de la fungibilidad, por tanto, bastaría la aplicación de las reglas generales previstas en el artículo 1288 del Código Civil para excluirla. En tal sentido la prohibición prevista en el numeral 2 del artículo 1290 del Código Civil declara no compensable lo incompensable. Sólo tendría sentido la prohibición tratándose de un depósito irregular.

b) **Del crédito inembargable.**

De acuerdo con RAGAZONI “la prohibición se inspira en la exigencia de asegurar una particular tutela a algunos créditos, en consideración a las necesidades a los cuales están destinados o de la particular situación jurídica que los ha determinado [...] en efecto, la excepción de la compensación opuesta contra el crédito inembargable implicaría, la extinción, con la consecuente preclusión del titular del crédito de satisfacer el propio interés”⁸⁴.

No son compensables los créditos inembargables, es decir, principalmente, los créditos asistenciales; dentro de ciertos límites los créditos laborales que son los créditos derivados de relaciones de trabajo subordinados⁸⁵; y, los créditos alimentarios conforme con lo establecido en el artículo 487 del Código Civil⁸⁶.

ANGELONI al respecto señala: “Tratándose de créditos instrumentales a la satisfacción de una exigencia primaria de la vida y que presuponen un estado de necesidad del deudor se retiene que en esta caso la prohibición de la compensación tenga carácter absoluto y no pueda ser derogado ni siquiera por el mismo titular del derecho, el cual, por lo demás, teniendo la necesidad de sobrevivir, no trae ninguna utilidad de la extinción de una deuda suya frente a quien está obligado a brindarle alimentos”⁸⁷.

RAGAZONI, en cambio, sostiene que teniendo en cuenta la *ratio* de la disposición, se acepta que la compensación podría ser legítimamente opuesta sólo por el titular del crédito privilegiado⁸⁸.

En caso de inembargabilidad parcial, la compensación opera dentro de los límites en el cual el crédito es embargable.

⁸³ Cuando se entregan bienes fungibles pero no se permite al depositario el uso del bien estamos frente a un depósito regular (IBID., p. 42).

⁸⁴ RAGAZONI, Diego. “*La Compensazione*”. En: Op. Cit., p. 913.

⁸⁵ Inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

⁸⁶ “Artículo 487.- El derecho de pedir alimentos es intransmisible, irrenunciable, intransigible e incompensable”.

⁸⁷ ANGELONI, Giulio. “*La compensazione*”. En: Op. Cit., p. 306.

⁸⁸ RAGAZONI, Diego. “*La Compensazione*”. En: Op. Cit., p. 913.

La doctrina italiana comentando el artículo 1246 del *Codice Civile* considera que son derogables las prohibiciones legislativas que no sean de orden público y de interés social siempre que al hacerlo no se lesione los intereses de terceros. Se ha señalado al respecto que sólo la hipótesis del numeral 5 del artículo 1246 es inderogable y que las hipótesis de los numerales 1,2 y 3 son dictadas en exclusivo interés individual, así del propietario despojado, del depositante⁸⁹.

RAGAZZONI señala: “En el campo de la compensación voluntaria, se define compensación facultativa la compensación que se verifica cuando una de las partes renuncia unilateralmente a oponer un impedimento – puesto en su interés – a la compensación legal o convencional, haciendo posible la vicisitud extintiva”⁹⁰. Es el caso de la renuncia al plazo de cumplimiento, la aceptación del importe de la prestación determinado unilateralmente por la contraparte o la renuncia para oponer una de las prohibiciones establecidas en el artículo 1246 del *Codice Civile* que no sean inderogables⁹¹.

Veamos el siguiente ejemplo: *Primus* ha entregado en depósito a *Secundus* 6,000. A su vez *Primus* debe a *Secundus* 6,000 en virtud de un contrato de mutuo. Si *Primus* reclama a *Secundus* la devolución de los 6,000 y *Secundus* opone en compensación la obligación de restitución derivada del contrato de depósito resulta claro que *Primus* podrá oponer el impedimento previsto en el inciso 2 del artículo 1290 del Código Civil. Pero si *Secundus* reclama a *Primus* el pago de 6,000 derivado del contrato de mutuo ¿puede *Primus* oponer la compensación? Creemos que sí. Adviértase que nada impediría que *Primus* reciba de *Secundus* los 6,000 depositados e inmediatamente, con dicho monto, efectuar el pago de la obligación derivada del mutuo ¿por qué entonces *Primus* no podría recurrir a la compensación? En nuestra opinión las prohibiciones establecidas en el inciso 1, 2 y 3 del Código Civil están establecidas en interés del propietario despojado, del depositante (o del comodante) o del titular del crédito inembargable. Por tanto, la compensación podría ser legitimamente opuesta sólo por el titular del crédito privilegiado y además éste también podría renunciar a oponer el impedimento a la compensación.

⁸⁹ Ibid., p. 920.

⁹⁰ Ibid., p. 921.

⁹¹ Ibid., p. 922.

5. ¿CRÉDITO INCOMPENSABLE?

5.1. La prohibición de la compensación en la restitución de bienes depositados

De acuerdo con el numeral 2) del artículo 1290 del Código Civil se prohíbe la compensación en la restitución de bienes depositados. Por tanto, en principio, el BCP no podría compensar.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, el artículo 132 de la Ley del Sistema Financiero, el cual establece:

“En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente, la atenuación de los riesgos para el ahorrista:

(...)

11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho”.

Por lo tanto, el inciso 2 del artículo 1290 del Código Civil tiene claramente una excepción prevista al inciso 11 del artículo 132 de la Ley del Sistema Financiero.

5.2. La prohibición de compensar el crédito inembargable

a) La renuncia unilateral a oponer un impedimento

Como hemos señalado las prohibiciones establecidas en el inciso 1, 2 y 3 del Código Civil están establecidas del titular del crédito “privilegiado” (del propietario despojado, del depositante, del comodante o del titular del crédito inembargable), en tal sentido, en nuestra opinión es perfectamente posible que la parte en cuyo interés se establezca el impedimento oponga la compensación y también que renuncie a oponer un impedimento a la compensación que se le opone.

En la Resolución se dice que:

“En su defensa el Banco señaló que los referidos descuentos se hicieron como compensación de la deuda vencida de la tarjeta de crédito de la señora Gonzáles, que ascendía al monto total de S/ 5 453,00, para lo cual se encontraba facultado de acuerdo a los términos del contrato de dicha tarjeta:

CONDICIONES GENERALES DE LAS CUENTAS CORRIENTES, DE AHORRO, PLAZO FIJO, CTS, Y DE LAS TARJETAS BANCARIAS, EN EL BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ

(...)

2.- El Banco queda expresamente facultado por el cliente para que, sin necesidad de previo aviso, pueda proceder respecto a cualesquiera de sus cuentas, depósitos o valores, a:

(...)

b. Cargar cualquier obligación directa o indirecta se [sic] le adeude, aún de aquellas cedidas o endosadas al Banco por terceros acreedores del Cliente, y/o las que éste haya garantizado; sea por capital, intereses, comisiones, tributos o gastos. Asimismo podrá retener y aplicar a los adeudos cualquier suma o valor que tenga en su poder o reciba a favor del cliente por cualquier concepto y en cualquiera de sus Oficinas, Filiales o Subsidiarias, en el país o en el exterior”.

¿Puede considerarse que en la Condición General citada la señora González Espinosa renunció a oponer el impedimento previsto en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil? En nuestra opinión dicha renuncia debería aparecer de manera expresa cosa que no ocurre en el presente caso.

Sin perjuicio de lo señalado advertimos que se trata de una Cláusula General de Contratación (CGC) y el artículo 1392 del Código Civil dispone:

“Las cláusulas generales de contratación son aquellas 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”.

Como señala DÍEZ-PICAZO: “Las condiciones generales cumplen una función económica plausible, porque sólo uniformando el contenido contractual es posible una racionalización de las operaciones comerciales, que permita la contratación en masa con la consiguiente reducción de los costos y facilitación de las prestaciones”⁹².

De conformidad con el Código Civil las CGC pueden requerir aprobación previa por la autoridad administrativa. El artículo 1394 del Código Civil establece que “el Poder Ejecutivo señalará la provisión de bienes y servicios que deben ser contratados con arreglo a Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por la autoridad administrativa”. Como señala DE LA PUENTE Y LAVALLE “la aprobación administrativa requiere un examen detenido de las cláusulas generales, no sólo para evaluar que ellas son idóneas, por su operatividad, para el tráfico masivo de bienes y servicios, sino también para comprobar que no son lesivas de los legítimos intereses de los consumidores [...]”⁹³.

⁹² DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Primero. Quinta edición. Madrid: Civitas, 1996, p. 368.

⁹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil”. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Volumen XI. Primera Parte, Tomo III. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991, p. 157.

Este control *ex ante* por la autoridad administrativa supone, como señala DE LA PUENTE Y LAVALLE, la comprobación por la autoridad que las CGC redactadas unilateralmente por el predisponente no son lesivas de los legítimos intereses del adherente.

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley N° 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en materia de Servicios Financieros señala:

“La Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones identificará en el universo de los contratos que las empresas sujetas a los alcances de la presente Ley celebran con los usuarios, aquellas estipulaciones que deban ser necesariamente sometidas a aprobación administrativa previa y obligatoria.

La aprobación administrativa tendrá por finalidad establecer el equilibrio contractual necesario entre las empresas y los usuarios, garantizar la operatividad del servicio financiero y el respeto de los derechos de los usuarios”.

Por tanto si la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones hubiera aprobado una CGC que contuviera una renuncia a oponer el impedimento previsto en el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil, entenderíamos que ésta sería válida. No obstante, parece que deberá admitirse que sobre el control administrativo pueda darse un control judicial, de tal manera que a través de un control *ex post* a la celebración del contrato, el juez determine, utilizando los criterios de “vejatoriedad” antes señalados, que una cláusula considerada no abusiva por la autoridad administrativa si lo es para la autoridad judicial.

Respecto a las CGC no aprobadas administrativamente el artículo 1398 del Código Civil señala:

“En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato”.

El artículo citado reduce el espacio reservado para la autonomía privada, prohibiendo que se establezcan determinado tipo cláusulas. Esta norma pretende reestablecer el equilibrio entre las partes prohibiendo cláusulas abusivas o vejatorias en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Las “cláusulas abusivas” o “cláusulas vejatorias” son las cláusulas que, a pesar de la buena fe, determinan a cargo del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato.

Esta definición resalta dos criterios de la “vejatoriedad”: el significativo desequilibrio⁹⁴ y la contravención a la buena fe objetiva.

Como señala ROPPO: “la cláusula crea “desequilibrio” cuando modifica, dañando al consumidor, las recíprocas posiciones contractuales de las partes como son definidas por el derecho dispositivo (parámetro del nivel de “equilibrio” de las mismas posiciones). No basta sin embargo cualquier desequilibrio, sino un desequilibrio “significativo” [...]”⁹⁵.

Tres criterios pueden ser aplicados en el juicio de “vejatoriedad”:

- 1) Debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o del servicio objeto del contrato;
- 2) Debe tenerse en cuenta las circunstancias existentes al momento de su conclusión; y
- 3) Debe tenerse en cuenta las otras cláusulas del mismo contrato o de otro conexo o del cual depende. Al respecto ROPPO señala: “una cláusula, en sí y por sí fuente de desequilibrio, puede no obstante, ser considerada no vejatoria si resulta reequilibrada por otra cláusula del mismo contrato o de otro contrato conexo con aquél bajo juicio, que dispongan significativas ventajas para el consumidor”⁹⁶. En tal sentido las “vejatoriedad” no debe ser observada en una lectura aislada de la cláusula, sino en la lectura de todo el contrato, así una cláusula podría ser abusiva o vejatoria vista aisladamente pero no si es vista sistemáticamente. Así, en el mismo sentido, MARQUES LIMA en Brasil señala: “La actividad del intérprete para reconocer una cláusula abusiva es crucial y debe concentrarse en la visión dinámica y total del contrato”⁹⁷.

Como ya se dijo, el Código Civil regula las cláusulas vejatorias en el artículo 1398, aplicándose dicha norma tanto a los contratos celebrados por adhesión⁹⁸ y en las CGC no aprobadas administrativamente⁹⁹. Si bien es cierto

⁹⁴ De acuerdo con ALPA: “El “desequilibrio” presenta dos caracteres: debe ser “significativo”, y debe referirse a derechos y obligaciones de las partes, es decir, tener naturaleza “jurídica”, no económica” (ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 225). También se refiere al desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes MARQUES LIMA, Cláudia. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4ª edicao. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

⁹⁵ ROPPO, Vincenzo. ROPPO, Vincezo. *Il Contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 913.

⁹⁶ Ibid., p. 914.

⁹⁷ MARQUES LIMA, Cláudia. Op. Cit., p. 149.

⁹⁸ Ver artículo 1390 del Código Civil.

⁹⁹ Ver artículo 1392 del Código Civil.

la norma alcanza a los contratos de consumo, no necesariamente debemos identificar al adherente con el consumidor ni al predisponerte con el proveedor¹⁰⁰.

De acuerdo con el artículo 1398, se consideran cláusulas vejatorias aquellas que establezcan, a favor del predisponerte: 1) exoneraciones o limitaciones de responsabilidad¹⁰¹; 2) facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo¹⁰²; 3) de prohibir al adherente oponer excepciones; y 4) prorrogar o renovar tácitamente el contrato. Como bien lo advierte ESPINOZA ESPINOZA: “se plantea como un problema el carácter de la relación de las cláusulas vejatorias contenidas en el artículo 1398, vale decir, si se trata de una disposición de *numerus apertus* o *numerus clausus*”¹⁰³.

Para DE LA PUENTE Y LAVALLE: “Dado que el artículo 1398 del Código Civil peruano sigue el mismo sistema que el segundo párrafo del artículo 1341 del Código Civil italiano, o sea que hace una enumeración de casos sin precederlos por una regla general, es plausible entender que tal enumeración es limitativa”. Más adelante añade: “Además, el citado artículo 1398, al establecer que no son válidas determinadas estipulaciones de los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, constituye una norma de excepción al principio general contenido en el artículo 1354 sobre la libertad de determinar el contenido del contrato. En estas condiciones, como el artículo IV del Título Preliminar de dicho Código dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, el elenco de cláusulas vejatorias contenido en el artículo 1398, dado su carácter excepcional, no es susceptible de aplicación analógica”¹⁰⁴. No obstante, luego advierte: “Sin embargo, el hecho de que el citado artículo no

¹⁰⁰ En el mismo sentido ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: *Estudios sobre el Contrato en General. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)*. Lima: Ara editores, 2003, pp. 546-547.

¹⁰¹ De acuerdo con DE LA PUENTE Y LAVALLE “la norma contenida en el artículo 1398 relativa a la exoneración o limitación de responsabilidad se refiere, sin duda, a la derivada de culpa leve, pues de otra manera tal norma sería absolutamente innecesaria” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Op. Cit.*, p. 204).

¹⁰² En este caso la cláusula sólo puede ser considerada abusiva si introduce formas de “receso” o de desestimiento y de resolución diferentes a las consideradas por la ley. Así, por ejemplo, la cláusula resolutoria expresa no tienen carácter abusivo puesto que la facultad resolutoria, como consecuencia del incumplimiento, está previsto en el Código Civil (Ver CINTIOLI, Fabio. *Il Contratto in Generale. Problema attuali ed orientamenti di giurisprudenza*. Volume Primo. Milano: Giuffrè, 2003, p. 417-418. En el mismo sentido BIANCA, Massimo. BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 3 Il Contratto*. Milano: Giuffrè, 1998, pp. 354-355.

¹⁰³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Op. Cit.*, p. 542.

¹⁰⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil”. En: *Op. Cit.*, p. 210.

sea susceptible de aplicación analógica a cláusulas distintas de las expresadas en él, no excluye su aplicación por interpretación extensiva”¹⁰⁵.

ARIAS SCHREIBER señalaba al respecto: “En el artículo 1398 se han tenido en cuenta aquéllas situaciones que son, a nuestro entender, las más notorias; pero admitimos la posibilidad de que puedan haber otras análogas y que no han sido consideradas en el texto”¹⁰⁶.

Para ESPINOZA ESPINOZA: “en materia de cláusulas vejatorias predisuestas en contratos por adhesión y en cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, el código civil nos ofrece un elenco ejemplificativo, por cuanto el mismo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Constitución”¹⁰⁷.

En nuestra opinión el artículo 1398 del Código Civil establece una “lista negra”, en tal sentido, las cláusulas ahí señaladas se consideran abusivas o vejatorias *per sé*. No obstante, si aceptamos que dicho elenco no es taxativo y que podrían considerarse otras cláusulas entonces, creemos que para determinar la “vejatoriedad” de las cláusulas debería tenerse en cuenta los criterios de “vejatoriedad”.

Creemos que una renuncia unilateral a oponer un impedimento previsto en el artículo 1290 del Código Civil incorporada en una CGC no aprobada administrativamente calificaría como cláusula vejatoria.

b) Crédito salarial y remuneración percibida

La Resolución hace referencia al inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil, es decir, que la compensación no procedería porque estaríamos frente a un crédito inembargable.

Adviértase que el artículo 1290 del Código Civil señala que se prohíbe la compensación del “crédito” inembargable. De acuerdo con el artículo 657 del Código Procesal Civil¹⁰⁸ un “crédito” se embarga mediante retención.

“Artículo 657.- Cuando la medida recae sobre un derecho de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado por ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez.

¹⁰⁵ Ibid., p. 211.

¹⁰⁶ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Ángela ARIAS SCHREIBER MONTERO y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis*. Tomo I. Lima: Librería Studium, 1986, p. 152.

¹⁰⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. Cit., p. 543.

¹⁰⁸ Modificado por el Decreto Legislativo N° 1069.

Si el poseedor de los derechos de crédito, es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión.

Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención”.

El Código Procesal Civil establece cuáles son los bienes calificados como inembargables. En efecto, de acuerdo el artículo 648 del Código Procesal Civil son inembargables, entre otros:

6. *“Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte.*

(...)”.

En tal sentido el “crédito salarial” sólo es inembargable cuando no exceden de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Se trata de un supuesto de inembargabilidad parcial.

Como hemos señalado el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil habla de “crédito inembargable” y ello es lógico puesto que la compensación sólo se refiere a obligaciones-créditos. La remuneración¹⁰⁹ sólo será crédito en cuanto se hubiera devengado y no pagado (crédito salarial); es decir, mientras sea debida por el empleador al trabajador, por cuanto una vez pagada deja de ser crédito.

En la Resolución se señala:

“Así, de un análisis sistemático de las normas, es posible afirmar que el derecho de compensación no procede respecto de bienes inembargables, en particular, respecto de las remuneraciones con las limitaciones que la Ley establece. Dicha interpretación es unánime a nivel doctrinal, así, Raúl Ferrero Costa señala que no son compensables los créditos inembargables, como los créditos por alimentos y parcialmente, las remuneraciones y pensiones”.

En tal sentido, corresponde hacer algunas precisiones. FERRERO COSTA, citado en la Resolución en efecto, afirma que son incompensables los “créditos inembargables” y luego señala que los supuestos de inembargabilidad comprenden, entre otros, las remuneraciones¹¹⁰. Sin embargo, entendemos que deben concordarse las dos expresiones, en tal sentido, para que una

¹⁰⁹ El artículo 6 del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR establece: *“Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición [...]”.*

¹¹⁰ FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. 3ª edición, 2ª reimpresión. Lima: Grijley, 2004, p. 282.

remuneración tenga la naturaleza de crédito debe haberse devengado pero aún no pagado.

No cabe duda, entonces, que si, por ejemplo, el empleador hubiera efectuado un préstamo al trabajador, cuando éste le requiera el pago de su remuneración no podría oponerle la compensación con el crédito salarial del que es titular el trabajador.

Ahora bien, en el caso materia de análisis ¿Cuáles son las obligaciones recíprocas que se compensan? Pues como hemos visto son:

- 1) La relación obligatoria generada en virtud el contrato de tarjeta de crédito entre la señora González Espinosa y el BCP; y,
- 2) La relación obligatoria generada en virtud el contrato de depósito de ahorros¹¹¹ entre la señora González Espinosa y el BCP.

Como puede observarse, en estricto, no habría una compensación con un “crédito salarial” el cual es inembargable.

Sin embargo, otro hecho que debe tenerse en cuenta para el análisis es que el empleador de la señora González Espinosa efectuaba el pago de sus remuneraciones mediante “depósito en cuenta”.

a) El pago mediante “depósito en cuenta”

c.1) El pago al tercero

El despliegue de la plena eficacia, solutoria y satisfactiva, del acto de pago exige la concurrencia de una serie de requisitos que se refieren a los sujetos, al objeto y a las circunstancias de tiempo y de lugar¹¹².

- 1) Desde el punto de vista de los sujetos, la regularidad del pago presupone la legitimación de la persona que lleva a cabo el pago (*solvens*) y en la persona que lo recibe (*accipiens*).
- 2) Desde el punto de vista del objeto, son requisitos del pago: la identidad, la integridad y la indivisibilidad.
- 3) Desde el punto de vista de las circunstancias de tiempo y de lugar, el pago exige que el tiempo y el lugar en que se realice sean exactos o por lo menos adecuados.

¹¹¹ En la Resolución se indica que la señora González Espinoza era titular de una cuenta de ahorros.

¹¹² En este sentido DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Volumen Segundo. Op. Cit., p. 478.

El requisito subjetivo del pago es la legitimación. La legitimación de quien ejecuta la prestación (legitimación para cumplir) y de quien la recibe (legitimación para recibir).

La legitimación para cumplir designa la competencia del sujeto para ejecutar la prestación. La legitimación para recibir la competencia del sujeto para aceptar la prestación con efecto liberatorio para el deudor¹¹³.

La noción de legitimación no debe ser confundida con la de titularidad de la relación obligatoria. La titularidad de la relación obligatoria es la pertenencia de las posiciones de deuda y de crédito. La legitimación es el poder de actuar las posiciones de deuda o de crédito¹¹⁴.

El artículo 1224 del Código Civil establece quienes son los legitimados para recibir el pago.

“Artículo 1224.- Sólo es válido el pago que se efectúe al acreedor o al designado por el juez, por la ley o por el propio acreedor, salvo que, hecho a persona no autorizada, el acreedor lo ratifique o se aproveche de él”.

Legitimadas para recibir la prestación son las personas indicadas por el acreedor, es decir los sujetos que el acreedor designa como destinatarios del pago fuera de una relación de representación. Por ejemplo: en el contrato el acreedor declara que la suma de dinero podrá ser depositada en una determinada cuenta corriente o en una cuenta de ahorros en un banco también determinado¹¹⁵.

Hay dos hipótesis respecto del pago al tercero¹¹⁶:

- 1) Hipótesis de legitimación para recibir el pago en sustitución del acreedor; y,
- 2) Hipótesis de legitimación para recibir el pago alternativa.

El primer supuesto (legitimación para recibir sustituta) el deudor se encuentra obligado a efectuar el pago exclusivamente al tercero, es el caso, por ejemplo, del pago al representante legal en el caso que el acreedor fuera incapaz. En este caso la atribución patrimonial efectuada a favor del acreedor no produciría efectos de pago. En el segundo supuesto, el deudor se encuentra obligado a efectuar el pago al acreedor o al tercero. La indicación de pago no supone que el acreedor pierda legitimación para recibir el pago.

Como lo advierten CARINGELLA y DE MARZO “el pago efectuado al representante se distingue de aquel en favor del sujeto indicado por el hecho que, en

¹¹³ En este sentido BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione*. Op. Cit., p. 274.

¹¹⁴ Loc. Cit.

¹¹⁵ Ibid., p. 299.

¹¹⁶ SCHLESINGER, Piero. *Il pagamento al terzo*. Milano: Giuffrè, 1961, p. 15.

el primo caso el acreedor no tiene ninguna relación con el deudor en cuanto el representante está provisto de poder de representación sobre la base de la cual el pago es efectuado; en el segundo caso, in cambio, el acreedor debe dirigirse al deudor para comunicare el nombre del indicado al pago¹¹⁷.

De acuerdo con BIANCA la indicación de pago puede ser expresa o tácita, “una tácita autorización al cobro es reconocida tradicionalmente en la hipótesis en la cual el acreedor proporcione al tercero de un recibo ya firmada¹¹⁸. Tal hipótesis se encuentra prevista en el Código Civil, en el artículo 1226, el cual establece que “el portador de un recibo se reputa autorizado para recibir el pago [...]”.

La indicación de pago puede ser calificada como una autorización hecha al deudor para que efectúe el pago a una determinada persona distinta del acreedor y, al mismo tiempo, la indicación de pago confiere a la persona indicada la autorización de recibir el pago con efecto liberatorio del *solvens*.

El indicado no puede pretender, ni judicial ni extrajudicialmente, el cumplimiento. Tampoco puede actuar en nombre del acreedor por cuanto la indicación de pago no supone un poder de representación. El indicado sólo está limitado a recibir la prestación y realizar actos conexos¹¹⁹.

El indicado es una persona extraña a la relación obligatoria y, de acuerdo con BIANCA, podría incluso ignorar la indicación (ejemplo: “en caso de no encontrarme deje el dinero a mi vecino”), en tal caso sería una carga del deudor tomar la iniciativa apropiada para que el indicado reciba el pago como mandatario, depositario, etc.¹²⁰.

Frente al deudor el indicado no tiene el deber o la carga de aceptar la prestación. El deudor puede liberarse pagando al indicado y puede hacerle el ofrecimiento de pago, y si el indicado rehúsa recibir el pago, las consecuencias de la mora no recaen en el deudor.

Debe distinguirse la indicación de pago de la novación subjetiva por delegación¹²¹. Por la indicación de pago el acreedor autoriza al deudor a efectuar el pago a un tercero, mientras que en la delegación el deudor (con el asentimiento del acreedor) delega a un tercero a ejecutar el pago. En la indicación de pago el tercero está legitimado para recibir en la delegación, el tercero asume la

¹¹⁷ CARINGELLA, Francesco y DE MARZO, Giuseppe. *Manuale di diritto civile. II. Le Obligazioni*. Op. Cit., p. 276.

¹¹⁸ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 4 L'obbligazione*. Op. Cit., cita 77, p. 300.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 301.

¹²⁰ *Loc. Cit.*

¹²¹ “Artículo 1281.- La novación, requiere, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor”.

obligación de pagar; vale decir, el tercero se convierte en deudor en la nueva relación obligatoria.

c.2) El pago mediante “depósito en cuenta”

El supuesto más común de pago al tercero es el pago mediante “depósito en cuenta”. El ingreso en cuenta puede ser:

- 1) Mediante la entrega en efectivo de signos monetarios, provocándose un ingreso directo en la cuenta corriente o en la cuenta de ahorros del beneficiario.
- 2) Mediante “transferencia bancaria”, consistente en una orden dada por un cuentacorrentista y dirigida a la entidad bancaria para que se produzca un traspaso de una determinada cantidad dineraria de la cuenta de la que el transferente es titular a otra cuenta, la del beneficiario, dando lugar a un ingreso en esta última en forma indirecta.

Si bien nada impide que las partes acuerden este medio de pago ¿qué ocurre cuando dicho pago se realiza sin acuerdo previo? ¿Es la entidad bancaria “persona autorizada” para recibir el pago en nombre del acreedor de acuerdo con el artículo 1224 del Código Civil?

Si no hay previo acuerdo entre el acreedor y el deudor la entidad bancaria sería una persona no autorizada, el pago no sería eficaz salvo que el acreedor lo ratifique o se aproveche de él.

Si la repudiación de un ingreso efectuado en cuenta no fuese expresa, habría de interpretarse el silencio como una aquiescencia a aceptar como eficaz forma de pago el ingreso en cuenta realizado, siempre que el acreedor tenga conocimiento del pago.

El rechazo o acto de rehusarlo deberá hacerse mediante una manifestación expresa siempre que esté en situación que se lo permita, tenga justificación y se haga oportunamente, esto es, dentro del tiempo adecuado.

En tal sentido, cuando el empleador, con el consentimiento del trabajador, deposita en cuenta la remuneración, se entiende que se ha efectuado el pago a un tercero, extinguiéndose el “crédito salarial”. El tercero (la entidad financiera), en este caso, tiene un contrato de depósito de ahorros con el trabajador (es decir recibe el pago como depositario), por tanto, el tercero (la entidad financiera), en virtud de dicho contrato, se convierte en deudor del trabajador.

¿Puede sostenerse que el crédito del cual es titular el trabajador frente al tercero (la entidad financiera) es un crédito inembargable? La obligación de restitución de la entidad financiera (deudor) frente al trabajador-acreedor se deriva del contrato de depósito o de cuenta corriente, no es pues, un “cré-

dito salarial". En tal sentido habría que descartar que resulte de aplicación el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil como sostiene el Tribunal en la Resolución bajo análisis.

La remuneración depositada ¿mantiene la condición de remuneración y por tanto de inembargable?

En la Resolución se señala:

"Para el usuario de entidades financieras, el crédito está constituido por los fondos de las cuentas que el Banco mantiene en su poder, respecto de los cuales tiene derecho a compensar. Así, las entidades financieras son deudoras respecto de los fondos de las cuentas de ahorro de titularidad de los usuarios, toda vez que el dinero depositado en ellas no es de propiedad del Banco [...]" (el subrayado es nuestro).

La Resolución incurre en un serio error conceptual pues considera que la entidad financiera "posee"¹²² el dinero depositado en la cuenta de ahorros de los usuarios, en otras palabras, asume que se trata de un depósito regular cuando, en realidad, se trata de uno irregular.

El depósito irregular tiene por objeto dinero o cosas fungibles. El dinero o las cosas fungibles ingresan al patrimonio del depositario. Al incorporarse al patrimonio del depositario nace la lógica facultad para el propietario - el depositario - de usar el dinero o la cosa conforme a sus intereses. Finalmente el depositario tiene la obligación de restituir, no la misma cosa depositada, sino una suma similar¹²³.

En el mismo sentido GARRIGUES señala: "Cuando el depositario hace suya la cosa recibida, limitándose su obligación a la de devolver una cantidad igual (*tantundem*), se dice que el depósito se convierte en irregular. En el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. En el depósito de cosas fungibles (depósito irregular) el depositario adquiere su propiedad y puede consumirlas, devolviendo al final del depósito otro tanto de la misma especie y calidad. La adquisición por el depositario de la propiedad de la cosa depositada es la nota característica de la figura irregular del depósito. Y justamente porque el derecho del depositante se convierte en un derecho de crédito, el depósito bancario de dinero constituye una operación de crédito pasivo"¹²⁴.

Como indica OZCÁRIZ MARCO citando a SIMONETTO: "El contrato de depósito irregular va a dar origen a una obligación de dar, precisamente el *tantundem*,

¹²² En este sentido la Resolución también se refiere a "[...] los activos del deudor que aquéllas mantengan en su poder [...]" (el subrayado es nuestro).

¹²³ OZCÁRIZ MARCO, Florencio. Op. Cit., p. 32 y siguientes.

¹²⁴ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV. Bogotá: Temis, 1987, pp. 138-139.

pero no siendo la restitución otra cosa que el pago de una deuda de cantidad. La obligación de guardar, propia del depósito regular, no puede recaer sobre este *tantumdem* por dos razones [...]: en primer lugar porque el mismo “se especifica y se transfiere en propiedad al depositante sólo en el momento de la restitución y hasta entonces o es *genus illimitatum* o pertenece en plena propiedad al deudor, el cual no puede ser obligado a custodiar una cosa propia; en segundo lugar, la custodia del *tantumdem* privaría a la facultad de uso de las cosas de todo contenido económico, frustrando, por consiguiente, la función de la institución llamada a realizar”. De este modo, las normas relativas a la responsabilidad del depositario en la guarda, no son aplicables al depósito irregular [...]”¹²⁵.

Por lo expuesto en nuestra opinión en el caso bajo análisis se compensó dos obligaciones: la generada en virtud el contrato de tarjeta de crédito entre la señora Gonzáles Espinosa y el BCP; y la generada en virtud el contrato de depósito de ahorros entre la señora Gonzáles Espinosa y el BCP. En tal sentido, reiteramos, no resultaba de aplicación el inciso 3 del artículo 1290 del Código Civil.

d) La Sentencia del Tribunal Constitucional

La Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente No 0691-2004-AA/TC de fecha 28 de junio de 2004, que no tiene carácter vinculante, estableció que no se permite “el embargo de cuentas bancarias -cuando se acredite que corresponden al pago de haberes-, desconociendo el artículo 648, inciso 6), del Código Procesal Civil [...]”.

En tal sentido el Tribunal Constitucional ha extendido las reglas de la inembargabilidad parcial del “crédito salarial” a la cuentas bancarias donde el empleador realiza el depósito de las remuneraciones, y entendemos que ello es así sin distinguir cuando se trata de una cuenta abierta con carácter exclusivo para el pago de remuneraciones o cuando se habilita una cuenta ya existente.

No obstante, en nuestra opinión, de mantenerse el criterio establecido por el Tribunal Constitucional, cuando se habilita una cuenta ya existente para el pago de remuneraciones, la extensión de la regla de la inembargabilidad parcial deberá mantenerse siempre que exista la posibilidad de identificar lo que se ingresó como remuneración.

¹²⁵ SIMONETTO citado por OZCÁRIZ MARCO, Florencio. Op. Cit., p. 37.

La mora

FELIPE OSTERLING PARODI (*)

MARIO CASTILLO FREYRE (**)

SUMARIO: 1. Palabras liminares. 2. Consideraciones generales. 3. El régimen legal de la mora en el Perú. 4. Elementos de la mora. 4.1. El retraso. 4.2. La existencia de una obligación exigible. 4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable. 4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor. 4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan. 4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible. 4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor. 5. Mora e incumplimiento absoluto. 6. La constitución en mora: Elemento formal de la situación de mora del deudor. 6.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 6.1.1. Mora legal. 6.1.2. Mora convencional. 6.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación. 6.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación. 6.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor. 6.5. Mora objetiva y su relación con la mora automática. 7. Mora en las obligaciones de dar sumas de dinero. 8. Mora en obligaciones recíprocas. 9. Responsabilidad del deudor por mora. 10. Mora del acreedor. 10.1. Constitución en mora del acreedor. 10.2. Consecuencias de la mora del acreedor: Indemnización y asunción del riesgo. 10.2.1. Indemnización de los daños que la mora cause al deudor. 10.2.2. Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento.

(*) Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, de la cual ha sido su Presidente.

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

1. PALABRAS LIMINARES

Conocimos a Manuel DE LA PUENTE hace varias décadas, cuando ejercía su profesión en el Estudio de uno de los más importantes juristas, maestros y abogados del siglo pasado, el doctor Luis ECHECOPAR GARCÍA. Manuel se formó a su lado y fue miembro, hasta el último de sus días, del prestigioso Estudio Echecopar.

Podrían escribirse extensas crónicas sobre los atributos de Manuel DE LA PUENTE, pero destaca, por encima de todo, su hombría de bien y su profundo sentido de la amistad.

Manuel fue un abogado a carta cabal. Sus informes jurídicos –y ello nos consta– fueron realmente luminosos; sus alegaciones inteligentes, cultas y alturadas; y su argumentación rotundamente persuasiva. Como maestro universitario, sus discípulos lo recuerdan con admiración y cariño por su profunda versación y entrega a la labor docente, la que ejerció durante muchos años en su alma mater la Pontificia Universidad Católica del Perú. Manuel DE LA PUENTE fue un prolífico autor. Basta para ello revisar, al margen de los numerosos títulos de su autoría, su monumental tratado sobre el Contrato en General, que constituye fuente obligatoria de consulta para los abogados y juristas nacionales y extranjeros. Uno de los que escriben este artículo compartió con Manuel las labores de codificador y ello le permite dar un vivo testimonio de sus esfuerzos, dedicación y entrega para redactar en tiempo oportuno el proyecto del Código Civil, que luego dio origen al Código Civil de 1984 que hoy nos rige. Manuel fue un ilustre y querido académico de número de la Academia Peruana de Derecho. Pero, como antes lo señalamos, Manuel DE LA PUENTE fue un caballero a carta cabal y una persona que irradió el sentimiento de la amistad y simpatía hacia quienes tuvimos el privilegio de conocerlo y tratarlo.

Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE es una de las personalidades cumbres del Derecho Civil entre los siglos XX y XXI, y su recuerdo será ejemplo permanente para las generaciones venideras.

Nada más honroso para nosotros, en consecuencia, que escribir el artículo que sigue en homenaje a tan ilustre jurista.

2. CONSIDERACIONES GENERALES

La mora es una institución jurídica cuya definición ha sido abordada por diferentes autores desde una perspectiva parcial. Algunos de ellos han resaltado profundamente su elemento objetivo, es decir, el retardo o retraso.

En este sentido, la mora es concebida desde su acepción etimológica (deriva del latín *mora* o *morae*) como un retraso, tardanza o demora en la ejecución de la prestación. En tal virtud, existe una fuerte vinculación con el factor tiempo.

Por sus diferentes consecuencias y efectos jurídicos, es posible distinguir entre la mora del deudor (*solvendi, debitoris* o *debendi*) y la mora del acreedor (*accipiendi, creditoris* o *credendi*). De esta manera, la inejecución de la obligación –dependiendo del tipo de mora de que se trate– puede ser motivada por el deudor o por el acreedor.

Los artículos 1333, 1334, 1335, 1336 y 1337 del Código Civil, se ocupan de la mora del deudor. Por su parte, los artículos 1338, 1339 y 1340 tratan acerca de la mora del acreedor.

La mora, figura íntimamente vinculada al incumplimiento de las obligaciones, tiene una regulación integral y orgánica en el Código Civil peruano de 1984, y ella constituye una parte sustancial de la teoría general del incumplimiento, aunque por razones de orden y sistemática, así como de espacio, vamos a analizarla de manera independiente, siguiendo el ordenamiento temático del Código Civil.

Dentro de tal orden de ideas, resulta difícil empezar a ocuparnos del tema de la mora sin describir un panorama previo en el que ella pueda tener su lugar natural, porque si bien existe directa ligazón entre la mora y el incumplimiento de las obligaciones, esa relación no se da necesariamente en todos los temas de inejecución de obligaciones.

En tal sentido, e independientemente del análisis puntual que efectuaremos con posterioridad, resulta imprescindible delimitar el ámbito donde se desarrolla el fenómeno moratorio.

La obligación tiene una evolución temporal susceptible de ser comparada con la vida del ser humano.

Las obligaciones nacen ya sea por efecto de la voluntad humana, en donde el fenómeno contractual ocupa lugar preponderante, o en virtud de la normatividad legal, fuente generadora de innumerables obligaciones de la más variada naturaleza. Pero las obligaciones nacen para cumplirse, razón por la cual la mecánica de existencia de una obligación y del Derecho positivo que la sustenta se dirigen a obtener aquella finalidad natural, cual es el cumplimiento o pago en la relación obligacional.

Como sabemos, las obligaciones tienen efímera vocación de existencia, ya que, por lo general, el deudor no se obliga a pagar en tiempo impreciso y lejano, sino en tiempo determinado y cercano.

De este modo, cuando el deudor cumple con aquello que debe, paga; y el pago, como medio idóneo de extinción de las obligaciones, pone fin a la existencia de una relación jurídica.

Sin embargo, no todas las obligaciones se cumplen. Aquí, en este punto, es donde puede tener lugar el fenómeno moratorio. El incumplimiento es una conducta contraria a Derecho, y, como tal, susceptible de generar determinadas consecuencias, entre las cuales se encuentran algunas de orden indemnizatorio.

Este incumplimiento puede derivarse tanto de la inejecución de una obligación contractual, caso en el cual sería de aplicación lo previsto por los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, como de la responsabilidad civil extracontractual, emergente de los artículos 1969 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Sin duda, la normatividad en ambos casos es diferente. Sin embargo, se trata de dos aspectos relativos al incumplimiento de las obligaciones, lo que se traduce al expresar que, si bien difieren en muchos aspectos, existen determinados supuestos comunes a ambos tipos de responsabilidad dentro de los cuales se encuentra el fenómeno moratorio.

Nunca habrá mora sin la preexistencia de una obligación, independientemente de la fuente que le haya dado nacimiento. De esta forma, puede afirmarse que el primer presupuesto material u objetivo de responsabilidad civil es precisamente el incumplimiento de una obligación ya existente. Por eso, dentro de la vida de la obligación no podría hablarse de mora antes de que exista incumplimiento.

Por ejemplo, si se trata de una obligación que se hubiera contraído sin plazo para su cumplimiento, sería de aplicación lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil, en virtud del cual el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de concertada la obligación.

Esto significa que, en la medida en que resulte posible la aplicación estricta del artículo 1240, el incumplimiento se presentará si el deudor no cumple de inmediato con pagar. Por tanto, ahí podría tener lugar el fenómeno moratorio.

Sin embargo, como sabemos, lo previsto por el artículo 1240 no siempre podrá ser aplicado automáticamente, ya que existen supuestos en que el cumplimiento de las obligaciones sin plazo no podría ser exigido de inmediato, teniendo en consideración su naturaleza y las circunstancias del caso. Aquí no podría el acreedor exigir el cumplimiento de la obligación sin haber procedido a adicionar un plazo razonable para que el deudor pueda dar cumplimiento a la misma.

Y resulta evidente que en las obligaciones sujetas a plazo suspensivo, el deudor no se encuentra en el deber de pagar antes del vencimiento del plazo, así como tampoco el acreedor se encuentra en la posibilidad legal de exigir el pago antes del acaecimiento de dicho plazo.

Por tanto, en todos los supuestos mencionados, mientras no haya incumplimiento no será susceptible la existencia de la mora.

Sin embargo, cabe precisar que en aquellas obligaciones de índole modal, sujetas a plazos resolutorios, resulta claro que sí podrá haber mora antes del vencimiento del plazo, en la medida en que dichas obligaciones deben ser ejecutadas durante la vigencia del mismo y, por tanto, su eventual incumplimiento se producirá necesariamente antes de vencido el plazo.

No resulta fácil definir el incumplimiento en sentido positivo. Es más sencillo hacerlo en sentido negativo, por oposición al cumplimiento.

Así, podemos afirmar que se incumple una obligación cuando ésta no se ejecuta de acuerdo con los fundamentos que inspiran el pago, vale decir, conforme a los principios de identidad (el mismo que responde a la pregunta de qué se debe pagar), integridad (cuánto se debe pagar), oportunidad (cuándo se debe pagar) y lugar de pago (dónde se debe pagar).

De esta forma, si estuviéramos en presencia de una obligación ejecutada conforme a los principios mencionados, se habría producido el pago propiamente dicho, quedando extinguida la obligación.

Podrían presentarse determinadas variaciones en torno a este tema.

En el supuesto extremo de incumplimiento total o ausencia de pago, estaríamos frente a un no pago o incumplimiento absoluto de la obligación. Pero ese incumplimiento absoluto podría sufrir determinadas alteraciones, en la medida en que el deudor ejecutase su obligación de modo anticipado o tardío (en lugar de hacerlo en tiempo oportuno), de modo parcial o excesivo (en lugar de hacerlo de modo íntegro) o de modo defectuoso (en lugar de proceder a efectuar un cumplimiento idóneo de la obligación).

Si bien en todos estos casos se habría producido —en cierta forma— un cumplimiento de la obligación, al no tratarse de un cumplimiento exacto, también estaremos hablando de determinadas formas de incumplimiento de la propia obligación. Y ante la presencia del incumplimiento podría darse, naturalmente con las salvedades que serán materia de estudio, la presencia del fenómeno moratorio.

En adición a lo expuesto, cabe expresar que la doctrina es muy clara al admitir que el ámbito de la mora se extiende prácticamente a todo el universo de las obligaciones.

Así, podríamos hablar de mora en las obligaciones de dar y en las obligaciones de hacer.

Tradicionalmente la legislación y doctrina han sido reacias a aceptar la presencia de la mora en las obligaciones de no hacer. La doctrina tradicional la niega, en posición compartida por muchos Códigos Civiles, dentro de los cuales –aunque no explícitamente– se encuentra el Código Civil peruano, lo que se desprende del análisis de las obligaciones de no hacer.

Sin embargo, en las últimas décadas se han dejado escuchar diversas posiciones favorables a admitir la existencia de la mora en las obligaciones de no hacer.

Con independencia de su naturaleza, la mora también es aplicable a las obligaciones de objeto plural, ya sean éstas de carácter conjuntivo, alternativo o facultativo.

El Código Civil peruano de 1984 no ha ingresado a legislar puntualmente el fenómeno moratorio en las obligaciones atendiendo a su naturaleza o a la pluralidad de objetos.

Pero sí lo ha hecho al abordar las obligaciones de sujeto plural, en el artículo 1194, precepto que establece que *“La constitución en mora de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto respecto a los demás. La constitución en mora del deudor por uno de los acreedores solidarios, o del acreedor por uno de los deudores solidarios, favorece a los otros”*.

Esta norma se aplica a las obligaciones indivisibles y mancomunadas, de acuerdo con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1181 del Código Civil, así como a las obligaciones divisibles y solidarias y a las obligaciones indivisibles y solidarias, en este último caso de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 1181.

3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LA MORA EN EL PERÚ

El Derecho peruano mantiene una doble regulación en torno al tema de la mora, ya que la misma se halla legislada en el Código de Comercio, promulgado el 15 de febrero de 1902, y en el Código Civil, vigente desde el 14 de noviembre de 1984.

No obstante que el sistema de constitución en mora previsto por el Código Civil difiere de la regla general del Código de Comercio, ello no constituye novedad, en la medida en que el Código de 1984 no ha hecho sino recoger los antecedentes uniformes de los Códigos Civiles de 1836, 1852 y 1936.

El Código de Comercio, como su nombre lo indica, no tiene aplicación a todas las relaciones jurídicas que se generan en una sociedad. Los dos prime-

ros artículos de dicho Código son muy claros al respecto, cuando establecen lo siguiente:

Artículo 1.- “Son comerciantes, para los efectos de este Código:

Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código”.

Artículo 2.- “Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas por las del derecho común.

Serán reputados actos de comercio, los comprendidos en este Código y cualesquiera otro de naturaleza análoga”.

Los preceptos citados del Código de Comercio se encuentran vigentes, ya que no han sufrido modificatoria ni derogatoria alguna a lo largo de más de un siglo desde que se promulgaron.

Sin embargo, hoy en día no resulta muy clara la delimitación de los actos de comercio, en contraste con aquellos otros que resultan propios del Derecho Común o Derecho Civil.

Ello, debido a que la actividad mercantil no se circunscribe en los tiempos modernos a un reducido o determinado sector de personas o comerciantes, sino que se extiende a la sociedad en su conjunto y a un gran número de sus actores.

Con relación a la oportunidad de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, el Código de Comercio establece lo siguiente:

Artículo 62.- “Las obligaciones que no tuvieren términos prefijados por las partes o por las disposiciones de este código, serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeren acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución”.

En torno de la constitución en mora, el tema se encuentra legislado por el artículo 63 del referido Código, norma del texto siguiente:

Artículo 63.- “Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

- 1. En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.*
- 2. En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios contra él ante un juez o notario público”.*

Entonces, queda claro de la lectura de las normas citadas, que el Código de Comercio optó en 1902 por establecer como regla la mora automática para

aquellos contratos en los que se hubiere establecido fecha para el cumplimiento de la obligación (vale decir, para aquellas obligaciones que escapan a los alcances del artículo 62).

En cambio, para las obligaciones que no tuvieren términos de pago establecidos por las partes o por la ley (supuesto del artículo 62), rige el sistema de la mora por intimación, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 63 del Código de Comercio.

Por otro lado, en materia civil el sistema de constitución en mora imperante es el inverso, ya que se establece, como regla general, la mora por intimación, y, como supuestos excepcionales, los de la mora automática.

De lo expuesto queda en evidencia que existen dos regímenes legales respecto de la mora. No es el caso ocuparnos de su estudio, pero, para cerrar por ahora la discusión acerca de la pertinencia de aplicar el régimen civil o mercantil, adelantamos nuestra opinión en el sentido de que el régimen civil debe ser tomado como regla, considerando a la mora mercantil como un supuesto más de la excepcional mora automática.

4. ELEMENTOS DE LA MORA

Corresponde ahora referirnos a los elementos que deben presentarse para que se configure la mora. Tales elementos son:

4.1. El retraso

Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio.

De acuerdo con lo expresado, y al adoptar el Derecho Civil peruano como regla general aquella de la mora por intimación, resulta evidente que no toda demora o retraso determinará la mora, ya que podría no haber habido intimación.

Pero, dentro del esquema peruano, cuando hay mora siempre habrá demora, ya que –sea por intimación o por tratarse de mora automática– necesariamente debe haber retraso en el cumplimiento.

En adición a lo señalado, cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo

mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

4.2. La existencia de una obligación exigible

Dentro del concepto de mora que hemos adoptado, se hace referencia a que la situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible.

4.3. Que el incumplimiento se deba a causa imputable

Luego, es preciso que la obligación se encuentre en situación de incumplimiento, debido a una causa imputable.

Esta característica es indispensable para que se configure la mora.

Si en lo que respecta a la responsabilidad objetiva se cuestiona la vigencia de la vieja frase del Derecho francés “no hay responsabilidad sin culpa” (*pas de responsabilité sans faute*), no se podría aplicar este cuestionamiento a la situación de mora.

Ello obedece a que el retraso –para poder ser moratorio– debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

En caso de que se trate de la mora deudoria, supuesto más frecuente en la práctica, mal podría imaginarse que el deudor fuese constituido en mora si su incumplimiento obedeciera a un caso fortuito, fuerza mayor o si incumpliese no obstante haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias (argumento de los artículos 1314 y 1315 del Código Civil peruano de 1984).

No sería lógico que al deudor se le exija cumplir, si precisamente no puede dar cumplimiento a la obligación debido a una causa que no le resulta imputable, y cuya remoción tampoco le es posible. De allí que sólo será factible que se produzca la mora cuando el deudor pueda, ya sea venciendo su poca diligencia, su negligencia o su mala voluntad, remover el impedimento que lo llevó a que no ejecutara la prestación debida.

4.4. Que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor

La siguiente característica es que el deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.

Con ello simplemente se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad con lo oportunamente explicado.

4.5. Que el acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan

Por otra parte, la definición adoptada hace referencia a cuando el acreedor rehúsa las ofertas reales que se le formulan. Aquí sin duda se está aludiendo a la denominada mora del acreedor.

Ésta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que el mismo se produzca.

De conformidad con lo establecido por el artículo 1338 del Código Civil, “El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación”.

Es claro que en el caso de la mora del acreedor debe seguirse similar criterio que el aplicado para la mora del deudor, especialmente en lo referido a que no bastará para que el acreedor se encuentre en mora el hecho de que haya transcurrido el plazo de cumplimiento de la obligación por parte del deudor.

Ello se debe a dos razones: la primera a que el artículo 1238 del Código Civil establece como regla general, respecto al lugar de pago, que debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que es en principio el acreedor quien debe concurrir a cobrar al deudor, de modo tal que en ausencia de cobro no podría decirse que el acreedor ha rehusado el pago, ni mucho menos que ha rechazado alguna oferta real, pues simplemente no se le habría formulado ninguna. Y la segunda, que el Código Civil ha adoptado como regla general el principio *dies non interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo no interpela por el hombre), en oposición al principio *dies interpellat pro homine* (el solo paso del tiempo interpela por el hombre). En ese orden de ideas, será necesaria la intimación del deudor al acreedor para que reciba el pago o cumpla con los actos requeridos, salvo el remoto supuesto de que se hubiera pactado mora automática en perjuicio del deudor.

4.6. Que la situación de mora subsista mientras la prestación sea posible

Otro de los elementos de la definición anotada se basa en que la situación de mora subsista mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, sea posible. Resulta evidente que para haber nacido jurídicamente válida, una obligación tiene que ser física y jurídicamente posible (argumento del artículo 140, inciso 2, del Código Civil peruano).

Entonces es claro que cuando se hace referencia, en la definición anotada, a que la prestación deba seguir siendo posible, estamos aludiendo a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo

contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora. Además, es obvio que persistirá la situación de mora precisamente mientras resulte posible el cumplimiento, pues si en pleno fenómeno moratorio sobreviniese la imposibilidad, acabaría la mora y a la vez se extinguiría la obligación.

4.7. Que la ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor

Finalmente, y para concluir con nuestras apreciaciones sobre los elementos de la mora, debemos señalar que ella subsiste mientras que la ejecución de la prestación, aunque tardía, todavía resulte útil para el acreedor.

En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

5. MORA E INCUMPLIMIENTO ABSOLUTO

Se entiende por incumplimiento absoluto la imposibilidad definitiva de ejecutar la prestación debida, extinguiéndose la obligación por haber devenido en imposible su cumplimiento, sea cual fuere la naturaleza de la prestación.

Para el caso de las obligaciones de dar bienes ciertos se aplicarán las normas consignadas en los artículos 1137 y 1138, preceptos referidos a la pérdida de los bienes y a la teoría del riesgo. Pero el tema tendrá similar relevancia tanto en las obligaciones de hacer como en las de no hacer, cuando sobrevenga la imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar la prestación debida.

Es claro que si se produjera un incumplimiento de esa naturaleza no podríamos hablar de la posibilidad de constituir en mora al deudor, ya que sería contradictoria la coexistencia del fenómeno moratorio (que precisamente parte de la idea de que se pueda cumplir la obligación) con el hecho de que la obligación no se pueda cumplir. Pero la imposibilidad de cumplimiento no sólo puede determinarse en el marco de una obligación, sino también de modo sobreviniente, cuando dicha obligación ya se encuentra en estado de mora. Si esta última eventualidad acaeciese, la obligación se extinguiría de inmediato, a la vez que resultaría evidente la desaparición del estado de mora.

6. LA CONSTITUCIÓN EN MORA: ELEMENTO FORMAL DE LA SITUACIÓN DE MORA DEL DEUDOR

En principio, y salvo las excepciones establecidas en el artículo 1333 del Código Civil, que luego analizaremos, es indispensable la constitución en mora, lo que determina que la interpelación, intimación o requerimiento del obligado también sea indispensable.

La finalidad que se persigue con la interpelación es obtener el pago y constituir en mora, con todas sus consecuencias, al deudor. En este sentido, su fin jurídico inmediato es la constitución en mora del deudor y el fin mediato el cumplimiento de la prestación.

No es fácil tomar partido en torno a la naturaleza jurídica de la interpelación.

Es cierto que ella podría ser calificada como un hecho jurídico, en la medida en que no tenga por finalidad constituir en mora al deudor o, en su caso, al acreedor. Es posible, en efecto, que un acreedor requiera a su deudor con el único propósito de exigir que le pague lo adeudado, sin desear constituirlo en mora, caso en el cual dicha interpelación sólo sería calificada como un hecho que genera efectos jurídicos.

Sin embargo, podríamos estar en presencia de un verdadero acto jurídico, en la medida en que el agente, obrando con conciencia y voluntad, interpele a su contraparte a fin de constituirlo en mora o de interrumpir el decurso del plazo prescriptorio que venía corriendo contra dicho agente. Pero el problema de la naturaleza jurídica de la interpelación es práctico, ya que en este terreno usualmente resultaría imposible conocer a ciencia cierta cuáles han sido las motivaciones del agente que interpeló a su contraparte.

Por ello, nos inclinamos a considerar que la interpelación es un acto jurídico, ya que la situación incierta que hemos puesto de manifiesto parece insuperable.

Adicionalmente, esta posición se ve reforzada por el hecho de que si el acreedor no reclama el pago al deudor en el tiempo que corresponde, se entiende que tal acreedor está prorrogando tácitamente el plazo del pago.

El requerimiento –también denominado interpelación o intimación–, para tener plena eficacia moratoria, debe reunir una serie de condiciones que pueden ser clasificadas en intrínsecas a la interpelación misma o extrínsecas a ella.

Las condiciones intrínsecas serían las siguientes: a) el carácter categórico, inequívoco y coercitivo de la declaración del acreedor; b) el reclamo debe ser apropiado a las circunstancias de tiempo, lugar y modo de cumplimiento de

la obligación y referirse específicamente al objeto debido; c) se debe exigir un cumplimiento de factible o de posible realización.

Por otro lado, las condiciones extrínsecas serían dos: a) al tiempo de interpelar, el acreedor debe prestar toda la cooperación que sea menester para facilitar la ejecución; b) el acreedor no debe encontrarse en situación de mora.

Ahora bien, ya adentrándonos en sus funciones, cabe señalar que cuando el acreedor requiere el pago al deudor, esa exigencia, que en materia moratoria no es otra cosa que el acto de interpelación, constituye una manifestación de ausencia del estado previo de tolerancia o conformidad que implicaba el no requerir el cumplimiento de la obligación.

No obstante, es preciso hacer hincapié en que esa ausencia de tolerancia tampoco debe ser vista como una manifestación de intolerancia, ya que simplemente se está exigiendo el pago de lo debido, sin quebrantarse una fluida relación entre acreedor y deudor.

La intimación solamente puede apreciarse como una ausencia de tolerancia en cuanto a la espera previa, pero no en cuanto a la espera en términos absolutos, pues el acreedor que intima al deudor para que pague, precisamente esperará que dicho deudor cumpla en los días sucesivos con ejecutar la prestación debida. Esto significa que la intimación o requerimiento conlleva una segunda etapa, en la que aparece una nueva tolerancia, a través de la cual, precisamente, el acreedor esperará que dentro del plazo ya vencido el deudor cumpla con ejecutar el pago.

Y para evitar cualquier duda sobre la existencia de esta segunda tolerancia, baste con pensar que el acreedor bien podría no haber optado por el camino de constituir en mora al deudor, sino simplemente por expresarle su ausencia de interés en el cumplimiento futuro de la prestación debida, a la par que su voluntad de resolver el contrato.

En lo que respecta al criterio de que la interpelación tiene la función de transformar el mero retardo en mora, creemos que resulta evidente la validez de dicha afirmación, ya que no todo retardo en la ejecución de una prestación implica hallarse en situación de mora, pues resultará fundamental el que se configure la interpelación en caso de no poder aplicarse ninguno de los cuatro supuestos de mora automática previstos por el artículo 1333 del Código Civil, ni encontrarnos dentro de los casos que, como regla general de mora automática, establece el Código de Comercio.

También convenimos con la posición que sostiene que una de las funciones de la interpelación es la de urgir al deudor para que cumpla con la prestación debida. El requerimiento de pago, en términos generales, implica la manifes-

tación de voluntad del acreedor para que el deudor cumpla inmediatamente con lo debido.

Es verdad que no en todos los casos en los que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación necesitará que se le pague con urgencia. Bien podría ocurrir, en efecto, que el acreedor reclame el pago, pero que el mismo no le urja dada su situación económica o financiera.

Sin embargo, estas hipótesis escapan al ámbito de lo que debemos entender por interpelación, ya que ellas sólo configuran situaciones personales del acreedor, que a efectos de la constitución en mora carecen de relevancia jurídica.

Otra de las funciones de la interpelación es que por su intermedio se transforma la culpa del deudor incumpliente en una culpa cualificada.

En realidad, el hecho generador del incumplimiento puede haber obedecido a causa no imputable al deudor o a causa imputable, como sería en este último caso si ella se origina por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. La ley peruana presume que el incumplimiento de una obligación obedece a culpa leve del deudor. Pero se trata de una presunción relativa que el deudor puede destruir, si demuestra que incumplió a pesar de haber empleado la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, o si prueba que su incumplimiento obedeció a un caso fortuito o de fuerza mayor.

También es evidente que el acreedor perjudicado por el incumplimiento podría agravar la responsabilidad del deudor, si demuestra que la ausencia de pago obedeció a dolo o culpa inexcusable.

Sin embargo, no es exacto que a través de la interpelación se agrave la causa por la cual el deudor ha dejado de cumplir con la obligación, si esa causa le es imputable, pues si el deudor ha incumplido por dolo, luego de la interpelación se mantendrá el dolo como causa de incumplimiento; si el deudor hubiera incumplido por culpa inexcusable, se mantendrá la culpa inexcusable como causa del incumplimiento; y si el deudor hubiera incumplido por culpa leve, se mantendrá la culpa leve como causa del incumplimiento.

Por ello la interpelación no origina imputabilidad, ni otorga una calidad especial a la culpa o al dolo, ni produce transformación alguna de estas circunstancias imputables.

La interpelación, cuando corresponda, sólo será necesaria para que se generen determinados efectos propios de la situación moratoria, los mismos que no determinarán una transformación cualitativa de la causa imputable.

La doctrina estima, además, que la interpelación tiene dentro de sus funciones la de probar el retardo.

Dicha afirmación resulta discutible, en la medida en que el retardo o ausencia de cumplimiento oportuno en el pago podría demostrarse por cualquier medio probatorio, siguiendo el principio de que quien alegue un hecho debe probarlo; y si el deudor alegase ausencia de retardo, será a él a quien corresponda acreditarlo.

Por otra parte, la interpelación no garantiza, por sí misma, que exista retraso en el cumplimiento. Por ejemplo, podríamos encontrarnos ante una interpelación efectuada antes del vencimiento del plazo establecido para el cumplimiento de la obligación. Resultaría obvio, en este caso, que a pesar de haber interpelación no habría mora.

Lo propio ocurriría si un acreedor interpelase a su deudor exigiéndole el pago, no obstante que éste ya hubiera ejecutado la prestación debida de manera idónea.

De lo expresado podemos afirmar, entonces, que no es función propia de la interpelación probar el retardo en el cumplimiento. Si ella lo acredita, obedecerá a circunstancias colaterales, pero no a su naturaleza.

Se observa, en suma, que la interpelación cumple funciones polivalentes, que son las que hemos acogido.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra tanto la forma judicial como extrajudicial de requerimiento. Así, recordamos que el primer párrafo del artículo 1333 del Código Civil expresa lo siguiente: *“Incurrir en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación”*, entendiéndose que lo que la ley persigue es que el deudor conozca de manera indubitable la interpelación de pago realizada por el acreedor, para lo cual es aconsejable que la extrajudicial se efectúe de tal modo que pueda demostrarse fácilmente su realización.

Pero hoy en día abundan los medios a través de los cuales se puede interpelar. Como es sabido, la contratación contemporánea se produce a través del empleo de los más diversos medios de comunicación.

Ello no significa que se haya dejado de contratar directa o personalmente, sino que a los medios o vías tradicionales se han agregado otros a los cuales las personas confían sus relaciones personales y comerciales. Es evidente que los medios a los que recurren las partes para contratar son, en muchos casos, los mismos a los que acuden para constituir en mora a su contraparte.

Ahora bien, como ya hemos advertido, nuestro Código Civil contempla supuestos en los cuales no se necesita la intimación para que se configure la mora. Estos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 1333:

Artículo 1333.- "Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación.

No es necesaria la intimación para que la mora exista:

- 1.- Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.
- 2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla.
- 3.- Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación.
- 4.- Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor".

Las dos primeras excepciones previstas por el artículo 1333 del Código vigente, son las que estuvieron consignadas en los dos incisos del artículo 1254 del Código de 1936. La tercera se acogió del inciso 2 del artículo 1219 del Código Civil Italiano. Y, finalmente, el caso en que la interpelación no fuese posible por causa imputable al deudor, fue creación original del legislador de 1984.

Es de observar que si bien se mantiene el principio de la mora *ex personae*, esto es, el de la mora con interpelación, se amplían las causales para que opere la mora *ex re*, esto es, el de la mora sin interpelación. En consecuencia, la interpelación es innecesaria cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente; cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación, aparece que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o practicarse el servicio fue motivo determinante para contraerla; cuando el deudor ha declarado por escrito no querer cumplir la obligación; y cuando tal interpelación no es posible por causa imputable al deudor.

En el supuesto de no haberse señalado plazo, pero de la naturaleza y circunstancias de la obligación se dedujera que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración, de acuerdo con el artículo 182 del Código Civil. Sólo al vencimiento de este plazo señalado por el juez, el deudor podrá ser constituido en mora.

Si de la naturaleza y circunstancias se dedujera que no ha querido concederse plazo al deudor, entonces el acreedor podrá exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Así lo ordena el artículo 1240 del Código Civil. Si el acreedor no recibe el pago después de exigírselo al deudor, podrá constituirlo en mora.

Similar principio se aplica cuando la ley, a falta de estipulación entre las partes, señala el plazo. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 1656 del Código Civil, referente al mutuo, que prescribe que cuando no se fijó un término para el pago, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega. Vencido este plazo el acreedor estará en aptitud de constituir en mora al deudor.

A continuación, pasamos a detallar cada uno de los casos en los que rige el sistema de la mora sin intimación en nuestro Código:

6.1. Mora automática cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente

En la segunda parte del artículo 1333 del Código Civil se enumeran, como ya lo expresamos, los supuestos que configuran la mora sin intimación. Así, el inciso primero prevé la situación de mora sin necesidad de interpelación cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente.

Sin lugar a dudas, se trata del supuesto más representativo de la mora automática de pleno derecho, también denominada mora *ex re*.

No sólo eso, sino que es también el caso más común al que las partes recurren para tal efecto. Si comparamos su frecuencia con aquellos otros supuestos de mora automática, es sin duda el más relevante aquél en el cual las partes deciden –ellas mismas– que el solo paso del tiempo sí interpela por el hombre.

Además, se presenta habitualmente en la contratación escrita en masa o en la contratación mercantil, en donde el propio Código de Comercio –como vimos oportunamente– la constituye en regla.

Para un análisis más detallado del tema, nos ocuparemos en primer lugar del supuesto de la mora automática por disposición expresa de la ley o mora legal, y luego de la mora *ex re* establecida por pacto expreso entre las partes.

6.1.1. Mora legal

La mora legal, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 1333 del Código Civil, tiene lugar en las hipótesis expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En efecto, la ley, en ciertas situaciones particulares, prescinde del requerimiento del acreedor para la constitución en mora del deudor.

Existe un repertorio de situaciones en que se produce el supuesto de mora legal. A continuación exponemos un ejemplo en que ella se configura dentro del ordenamiento jurídico peruano.

El artículo 430 del Código Civil, referente a la patria potestad, dispone que el saldo que resulte en contra de los padres, produce intereses legales desde un mes después de la terminación de la patria potestad. Esta norma constituye un supuesto de mora automática por mandato de la ley, pues el simple transcurso del tiempo (un mes después de la terminación de la patria potestad) origina la deuda de intereses legales, por parte de los padres, la misma que, teniendo en cuenta que ha concluido la patria potestad, sería de intereses legales moratorios.

6.1.2. Mora convencional

Esta hipótesis de mora automática se origina por voluntad de las partes. Son éstas las que pueden convenir libremente, en ejercicio de su autonomía contractual, que el solo incumplimiento del deudor en el plazo previsto, independientemente de toda interpelación, lo constituya en mora.

En este sentido, Jorge Joaquín LLAMBÍAS¹ considera que la constitución en mora no es de orden público, por lo que la supresión de la exigencia de la interpelación no atenta contra la moral ni contra las buenas costumbres. Por esta razón no habría impedimento alguno para que las partes establecieran un régimen de constitución en mora más riguroso para el deudor que el sustentado en la interpelación.

Además, agrega el citado autor, como el pacto de mora automática significa una renuncia anticipada por parte del deudor a que se le efectúe el requerimiento, es decir, un sistema menos benigno para éste -a quien en caso de duda se tiende a favorecer-, la ley exige que ese pacto sea expreso; ello, con la finalidad de que la voluntad derogatoria del requisito de la interpelación se manifieste claramente. De lo que se desprende que toda duda al respecto implica la exclusión del pacto especial, manteniéndose el principio de la mora *ex personae*.

Finalmente, precisa anotarse que no todas las legislaciones exigen que el pacto de mora *ex re* entre las partes sea expreso.

6.2. Mora automática derivada de la naturaleza y circunstancias de la obligación

Este supuesto de mora *ex re* se halla expresamente plasmado en el inciso segundo del artículo 1333 del Código Civil. Su fundamento radica en la interpretación de la voluntad de las partes, pues se considera que éstas han entendido que por fuerza de la naturaleza de la obligación, el pago en el momento oportuno era tan importante que su omisión debía llevar aparejada la responsabilidad del deudor. Por tal razón, se suele decir que hay, en este sentido, una estipulación tácita de mora automática, sin que en realidad exista, naturalmente.

Para que se produzca este tipo de mora se debe presentar, en primer lugar, la situación en la que el deudor debe tener conocimiento de la importancia que reviste el pago puntual de la prestación para el acreedor. Si no fuera de esta manera, fallaría el consentimiento del deudor, tácitamente prestado, para

¹ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, agosto de 1983. Cuarta edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo I, p. 151.

someter este aspecto de la obligación a un régimen más riguroso que es el referente a la mora *ex personae*.

En segundo lugar, el conocimiento citado ha de ser contemporáneo con la constitución de la obligación. Desde su nacimiento, la obligación está sujeta a un régimen uniforme que no puede ser variado por voluntad de una sola de las partes.

Respecto de la norma bajo comentario, la doctrina consigna los siguientes ejemplos: la construcción de un pabellón para una exposición, que indudablemente debe ser terminado para el día señalado, y en defecto de lo cual no es necesario requerimiento alguno para constituir en mora. Igualmente, el transporte de mercaderías a un barco que debe partir en fecha determinada. Un préstamo solicitado para solventar una obligación bancaria que tiene un plazo cierto para ser pagada. Los servicios de una orquesta contratada para una boda. Un chofer de limosina cuyos servicios se contratan para transportar a una novia a la iglesia a una hora determinada, etc.

En torno a las obligaciones sometidas a plazo esencial, se tiene que la falta de cumplimiento en el tiempo pactado o que surgiera de la naturaleza y circunstancias de la prestación debida, puede ocasionar el incumplimiento definitivo y total y no el mero retardo, aunque materialmente la prestación asumida pudiese efectuarse después de vencido el plazo.

Lo manifestado se percibe con nitidez en el ejemplo propuesto de la contratación de una limosina con el objeto de que transporte a la novia a la iglesia a una hora determinada; si la limosina no cumple con llevar a la novia el día y a la hora indicada, no habrá retraso, sino incumplimiento definitivo, por lo que no se configurará la mora del deudor.

En este sentido, es evidente que el transporte puede efectuarse en cualquier otro momento; sin embargo, para la acreedora ello carecerá de interés, si no se efectúa de modo de poder llegar a la hora determinada para contraer matrimonio.

Pero todos los ejemplos citados de plazo esencial se encuentran en la línea divisoria entre la mora y el incumplimiento definitivo. Es más, creemos que resultaría difícil sostener que en ellos habría mora.

Estimamos, para que el deudor se encuentre en mora y no en incumplimiento definitivo, que todavía debe estar presente el interés del acreedor en la ejecución de la obligación por el deudor.

Por ejemplo, si un banco contrata a un pintor de nota para la elaboración de un óleo con el rostro del fundador de la institución, a ser colocado en el *hall* principal y develado el día de la inauguración de su nueva sede central,

y el deudor incumple con entregarlo en fecha oportuna. En este caso el banco seguiría interesado en obtener el cuadro, pues más allá de no haber podido inaugurar el edificio exponiéndolo, será importante colocarlo, aunque sea posteriormente, para rendir permanente homenaje a quien tuvo la visión de fundar esa institución.

6.3. Mora automática derivada de la manifestación negativa del deudor para cumplir con su obligación

Sobre este tema, debemos subrayar que la negativa anticipada no será sinónimo de incumplimiento ni de mora automática.

Es sólo si luego de la negativa expresa de pago continúa la inacción del deudor y venciese la fecha de pago, inmediatamente después de tal vencimiento se configuraría la mora automática.

Si la negativa del deudor se manifestara después de vencida la fecha de pago, se produciría el supuesto de mora automática en el momento en que dicho deudor pusiese en conocimiento del acreedor su negativa al cumplimiento. Aquí ya no habría ningún tiempo de espera.

6.4. Mora automática cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor

Este caso está previsto por el inciso cuarto del artículo 1333 del Código Civil, al establecer que hay mora automática "*Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor*", o sea cuando el acreedor no ha podido interpelar al obligado porque causas atribuibles a éste lo hicieron imposible.

La doctrina cita como ejemplos el de un deudor que se ausenta sin hacer conocer su nuevo domicilio al acreedor, o el de un deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, entre otros supuestos.

Sin embargo, nosotros no nos encontramos necesariamente de acuerdo con los ejemplos a los que usualmente se refiere la doctrina.

Entendemos como requisito necesario para que se presente el supuesto analizado, que exista culpa en el deudor, y precisamente que esta culpa determine la imposibilidad de intimarlo.

Entonces debe existir una relación de causalidad entre la culpa del deudor y la imposibilidad de intimación.

Así, si el deudor debía pagar en su propio domicilio, para constituirlo en mora el acreedor deberá previamente intentar cobrarle allí. Si el deudor se ausentase de dicho domicilio, sería de aplicación lo dispuesto en el contrato, si se fijó domicilio contractual, o lo prescrito por el artículo 40 del Código Civil,

en el sentido de que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable.

Entonces, en lo que respecta al cambio de domicilio, deberá tratarse de un supuesto de tal significación que determine la imposibilidad para el acreedor de intimar a su deudor, no obstante utilizar todos los mecanismos que para el efecto le franquea nuestro ordenamiento jurídico, lo que incluiría, desde luego, notificarlo judicialmente por periódico.

Tampoco asumimos el caso del deudor que muere y no se conoce quiénes son sus herederos, porque la muerte no es un hecho imputable al deudor, a menos que haya sido causada intencionalmente por el propio deudor (suicidio).

Por último, cabe preguntarnos si el supuesto de mora automática que venimos tratando es, en efecto, uno de mora automática, o si, por el contrario, es uno de mora por intimación o requerimiento.

Pensamos que se trata de un caso que se encuentra en el limbo entre las dos clases de constitución en mora, pues en realidad ella no se produce de manera automática, ante un evento ajeno al actuar del acreedor. Esta mora se genera luego de que el acreedor ha realizado las gestiones e intentos necesarios para constituir en mora a su deudor, y después de que dichos intentos resulten infructuosos. En consecuencia, no es automática, pues al menos requiere que el acreedor haya intentado intimar a su deudor.

6.5. Mora objetiva y su relación con la mora automática

Algunos autores sostienen la existencia de la denominada mora objetiva, que según ellos es aquella que se caracteriza por carecer del factor de imputabilidad, es decir que no necesita de la presencia del dolo o la culpa para que se configure.

El tema requiere ser vinculado aquí con la mora automática o mora *ex re*, es decir, con aquella que no exige interpelación, pues ciertos autores² suelen confundir las expresiones “mora objetiva” y “mora automática”, utilizándolas de manera indistinta, como si fueran sinónimas.

Sin embargo, ello constituye un error, ya que la mora automática o mora *ex re* se caracteriza, como anotamos oportunamente, por no necesitar de la interpelación para que se configure como tal. En cambio, la mora objetiva no requiere la presencia de los elementos subjetivos de culpabilidad.

² Ernesto WAYAR (WAYAR, Ernesto Clemente. *Tratado de la Mora*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1981, p. 236) cita a José Ignacio CANO como ejemplo de los autores que confunden estos tipos de mora, ya que denominan mora automática a los supuestos que, en el Derecho Español, se reputan como casos de responsabilidad objetiva.

En este sentido, teóricamente hablando, esas clases de mora no son excluyentes, pudiendo existir una mora sin culpa (objetiva), o una mora automática (sin interpelación), pero de naturaleza esencialmente culpable.

7. MORA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

En el ordenamiento jurídico peruano, impera el principio de la libertad de forma en la interpelación. Ello se desprende de la lectura del artículo 1333 del Código Civil y del análisis de las normas sobre mora, pues para constituir en mora al deudor, el acreedor deberá exigirle, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación, no requiriendo una forma específica.

Conviene anotar, sin embargo, algunas precisiones con referencia al artículo 1334 del Código Civil.

La norma citada prescribe lo siguiente:

Artículo 1334.- "En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda.

Se exceptúa de esta regla lo dispuesto en el artículo 1985".

La única explicación del precepto, desde luego insatisfactoria, es que se trataría de una suma ilíquida; pero esto no debería determinar la exigencia de interponer una demanda, pues dicha suma continuaría siendo ilíquida hasta que fuera liquidada judicialmente.

8. MORA EN OBLIGACIONES RECÍPROCAS

Cuando existen obligaciones recíprocas, en las cuales la prestación de uno es la causa de la del otro, no es necesario que haya mora para que pueda hacerse valer la *exceptio non adimpleti contractus*.

En el Código Civil peruano dicha excepción se encuentra regida por el artículo 1426, precepto que establece que *"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"*.

Y, en verdad, no es necesario que exista mora para que pueda hacerse valer la excepción de contrato no cumplido, también llamada excepción de incumplimiento, ya que ésta es fundamentalmente un mecanismo de defensa sustantivo que la ley otorga a los contratantes con la finalidad de que ninguno de ellos se vea perjudicado, cumpliendo con una obligación y corriendo el riesgo de que su contraparte no cumpla la suya con posterioridad.

Lo expresado no significa que la excepción de incumplimiento sea excluyente de la constitución en mora, ya que un contratante podría negarse a cumplir, luego de haber constituido en mora a su contraparte.

Lo que deseamos señalar es simplemente que resulta posible que se aplique dicha excepción en la eventualidad de que no haya mora.

Los mismos principios rigen respecto a la excepción de caducidad de término, regulada por el artículo 1427 del propio Código, en el sentido de que para su aplicación no resultaría indispensable que la contraparte se encontrase constituida en mora.

Como se recuerda, el artículo 1427 del Código Civil establece que *“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”*.

El tema de la mora en las obligaciones recíprocas se encuentra regulado en el artículo 1335, norma que señala lo siguiente:

Artículo 1335.- “En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, u otorga garantías de que la cumplirá”.

Lo prescrito en el precepto citado permite afirmar que sólo se requiere un simple retardo en cumplir con la obligación a su cargo, para que la otra parte se halle invulnerable a la constitución en mora.

9. RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR MORA

Como es evidente, si como consecuencia de la configuración de la mora se producen daños y perjuicios, éstos deben ser indemnizados. Al respecto, nuestro Código Civil sanciona de manera expresa el deber de indemnizar que puede surgir a cargo del deudor o del acreedor, según sea el caso.

Constituye uno de los efectos de la mora que el deudor esté obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que la mora le ocasione; también desde ese momento correrán los intereses por las sumas que le adeude.

En lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1336 del Código Civil dispone lo siguiente:

Artículo 1336.- “El deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irrogue por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable. Puede sustraerse a esta responsabilidad probando que ha incurrido en retraso sin culpa, o que la causa no imputable habría afectado la prestación, aunque se hubiese cumplido oportunamente”.

Cuando el deudor está en mora el acreedor puede exigir la prestación debida y, además, la reparación de los daños y perjuicios que produce el retraso. Por ejemplo, la indemnización por no concluirse la construcción de un edificio en el plazo estipulado o por el menor precio de los valores que no se entregaron oportunamente.

Para la aplicación de esta regla se requiere, por cierto, que el cumplimiento de la obligación aún sea posible y que subsista la utilidad de la prestación para el acreedor. En caso contrario, ¿qué objeto tendría que el acreedor exigiera el cumplimiento de una obligación imposible o inútil?

La posibilidad de cumplimiento es una cuestión probatoria que queda a la apreciación del juez, en la misma medida en que también queda sujeta a esta apreciación decidir si la obligación resulta o no de utilidad para el acreedor.

Si la prestación todavía es útil, el acreedor no podría rehusarla y sólo tendría el derecho de solicitar, adicionalmente, el pago de los daños y perjuicios moratorios.

Esto no significa que el acreedor deba esperar indefinidamente el cumplimiento de la obligación, no obstante que ello pueda ser factible. Sin embargo, si el deudor en mora se niega a cumplirla, ya sea en forma expresa, bien veladamente, con evasivas, rehusando contestar a los requerimientos del acreedor, éste puede considerar válidamente que no se trata de un simple retraso, sino de una inejecución total, por lo que podrá exigir el pago de los daños y perjuicios compensatorios (argumento de los artículos 1316 y 1321 del Código Civil).

La norma contenida en el artículo 1336, además de señalar las consecuencias que debe asumir el deudor que ha incurrido en mora, determina que ésta requiere, para configurarse, de un retraso culpable, ya que si el retraso fuera sin culpa no habría mora. De esta manera nuestro Código, en ese tema, también se adscribe –como muchos otros Códigos– al criterio de la imputabilidad subjetiva.

De lo dicho se infiere que el deudor responderá de los daños y perjuicios que se originen por caso fortuito o fuerza mayor, cuando la imposibilidad de la prestación se genere luego de que el deudor se encuentre en mora.

Es obvio que si el caso fortuito o la fuerza mayor que determina el incumplimiento, hubiera acontecido antes del requerimiento de pago por parte del acreedor al deudor, ello originaría la liberación de este último, pues nunca se habría hallado en mora.

Debemos observar, como es evidente, que lo expuesto precisa, en adición, que se encuentren presentes todos los demás requisitos que exige la constitución en mora.

El artículo 1337 contempla otro supuesto de responsabilidad del deudor:

Artículo 1337.- “Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

Como ya se expresó, uno de los requisitos para que exista mora es que la prestación adeudada todavía resulte útil para el acreedor, lo que significa, en otras palabras, que ella le sea de interés; vale decir, que el acreedor espere su cumplimiento por parte del deudor, ya que el mismo le reportará los beneficios que esperaba al momento de haber contraído la obligación.

Uno de los temas más controvertidos en torno a los elementos constitutivos de la mora, como ya lo expresamos, es sin duda el de la utilidad que el cumplimiento tardío reporta al acreedor, ya que este último prácticamente será el único que podrá indicar con exactitud cuándo el futuro cumplimiento de la prestación que viene siendo incumplida ya no le resulta útil.

Evidentemente, a menos que se hubiese causalizado el motivo por el cual se celebraba el contrato del cual nacía la obligación, en muchos casos la utilidad o inutilidad no dejará de ser un elemento cuya valoración personal quedará íntegramente en manos del acreedor.

No obstante, debemos admitir que existen situaciones en las cuales el tema de la utilidad o inutilidad resultará relativizado por la naturaleza de la prestación.

Concretamente estamos pensando en el caso de las obligaciones dinerarias, habida cuenta de que resultaría difícil que el acreedor pudiese sostener que el pago de una cantidad de dinero debida pueda resultar inútil considerado en sí mismo. Para tal efecto, tendríamos que asumir que el pago de cantidades de dinero en algunas circunstancias no resulta útil a las personas; situación que difícilmente se presentará en la práctica, porque será casi imposible demostrar que el dinero es inútil para alguien.

No obstante lo señalado, debemos considerar que el análisis de la utilidad o inutilidad de una prestación —en lo que respecta al tema moratorio— no deberá ser apreciado considerando aisladamente a la obligación pendiente de cumplimiento, ya que muchas veces resultará indispensable estudiar la utilidad o inutilidad de una prestación en función del contrato en su conjunto, lo que implicará decidir si esa prestación, en un eventual futuro cumplimiento, devendrá en conveniente o inconveniente al acreedor, en torno de la relación jurídica contractual apreciada de manera global.

Por lo menos, siguiendo este criterio, la utilidad o inutilidad de las diversas prestaciones podrá ser apreciada de una manera más coherente y acorde

con la naturaleza de lo que las partes han querido obtener de provecho al relacionarse jurídicamente, ya que muchas veces estas situaciones no podrán percibirse con claridad de manera aislada, sino a través de un razonamiento en conjunto.

Como ya lo señalamos, el artículo 1337 del Código Civil dispone que si la obligación por la que el deudor ha sido constituido en mora resultase sin utilidad para el acreedor, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta al primer extremo de la norma, el mismo resulta acorde con la naturaleza de la inutilidad de las obligaciones, ya que un actuar consecuente en caso de que la obligación resulte inútil para el acreedor, es que este último rehúse aceptar su cumplimiento. Lo contrario sería absolutamente contradictorio.

Por otra parte, si el acreedor hubiese aceptado el pago, ello significaría que al momento de aceptarlo habría convenido en que la prestación le resultaba útil.

Si el acreedor hubiese cambiado de parecer posteriormente, y aquello que le pareció útil luego le resultaba o creyera que le resulta inútil, tal situación no debería tener relevancia para el Derecho, debiéndose considerar que el deudor que se encontraba en mora habría purgado su estado moratorio, habiéndose producido el pago de la obligación.

En este sentido, el acreedor sólo podría reclamar al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter moratorio que eventualmente se hubiesen devengado. No podríamos hablar de daños y perjuicios compensatorios.

En lo que respecta a la segunda parte del artículo 1337 del Código Civil, ella establece que si el acreedor rehusase el cumplimiento por la inutilidad de la obligación, tendrá derecho a exigir al deudor el pago de los daños y perjuicios de carácter compensatorio.

Esto resulta absolutamente natural, en la medida de que estaríamos hablando de un incumplimiento de carácter definitivo y, como se sabe, los daños y perjuicios compensatorios son aquellos destinados a indemnizar el incumplimiento de la obligación o su cumplimiento parcial o defectuoso.

10. MORA DEL ACREEDOR

Corresponde ahora referirnos al supuesto de mora del acreedor. Antes de analizar cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de éste, consideramos conveniente estudiar brevemente cómo es que se efectúa la constitución en mora.

10.1. Constitución en mora del acreedor

Existen dos formas o sistemas para constituir en mora al acreedor.

En el sistema de las ofertas reales, la mora *credendi* se produce como consecuencia de que el deudor formule un ofrecimiento serio, real, oportuno, efectivo e íntegro de cumplir la prestación y el acreedor rehúsa aceptarlo, demostrando su falta de cooperación con el *solvens*.

Sin embargo, cabe precisar que el sistema de las ofertas reales exige, precisamente, que el deudor ofrezca al acreedor cumplir con la prestación debida, ya sea porque ha concluido con su elaboración y requiere entregarla, o porque resulta necesaria la participación del acreedor para que el deudor pueda ejecutarla.

Sin duda, el sistema de las ofertas reales se aprecia de manera más nítida cuando el deudor ya ha culminado con ejecutar la prestación y lo único que falta para que se complete el proceso de ejecución es la entrega propiamente dicha.

Para tal efecto, vamos a citar un ejemplo que con dos variantes ilustrará lo que venimos afirmando.

Si un personaje famoso hubiese contratado con un pintor la elaboración de un cuadro con su rostro, el mismo que deberá ser producido sin la presencia de dicho personaje, resultará factible que el pintor ejecute la obra y la concluya sin la participación del acreedor, pudiendo llegar a ofrecer entregársela inmediatamente después de terminada.

Sin embargo, el pintor se encontraría en situación distinta si se hubiese obligado a pintar el cuadro con la presencia física del personaje famoso. En este caso, es claro que no podría elaborar el cuadro si el personaje incumple con asistir a posar.

No obstante ello, el pintor sí podría constituir en mora a su acreedor, mediante el sistema de las ofertas reales, no porque le esté ofreciendo entregar el cuadro terminado, sino por ofrecerle elaborarlo, para cuya ejecución resulta indispensable la presencia física del acreedor, esto es un deber de cooperación.

Así, resulta evidente que desde el momento mismo en que el pintor requiere a su acreedor para que pose, y éste no cumple con hacerlo, quedará constituido en mora.

En el otro sistema, el de la consignación judicial, el único vehículo válido para constituir en mora al acreedor sería mediante la consignación del bien. El solo ofrecimiento, por más serio y oportuno que fuere, no constituiría en mora al acreedor.

Nosotros no compartimos el criterio de que sólo pueda constituirse en mora al acreedor en virtud del sistema de la consignación judicial, pues la consignación únicamente es un mecanismo de carácter voluntario u optativo, al cual puede recurrir el deudor si lo tiene a bien y si se cumplen todos los requisitos previstos por la ley para que proceda consignar.

Con lo expresado ponemos una vez más de relieve el carácter meramente voluntario de la consignación, lo que nos conduce a afirmar que ella integra sólo un medio para constituir en mora al acreedor, en adición al sistema de las ofertas reales, del que antes nos hemos ocupado.

Es importante agregar que el mecanismo de la consignación en el Perú no pasa por una acción directa, vale decir que se requiere, previamente, haber realizado un ofrecimiento de pago, ya sea judicial o extrajudicial, conforme a los supuestos previstos por el artículo 1252 del Código Civil.

Independientemente de las críticas que merece el precepto citado, resulta claro que no cabe consignar sin haber ofrecido, razón por la cual el Derecho peruano ha previsto el sistema de las ofertas reales como un medio idóneo de constitución en mora del acreedor.

De lo expresado se infiere que en el Derecho peruano se ha optado por el sistema de las ofertas reales para constituir en mora al acreedor, ya que el artículo 1338 del Código Civil, tal como antes lo señalamos, dispone que:

Artículo 1338.- "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

10.2. Consecuencias de la mora del acreedor: Indemnización y asunción del riesgo

La mora *accipiendi* o mora del acreedor implica no sólo una injustificada dilación o tardanza, sino también un entorpecimiento por parte del titular del crédito, quien no colabora para permitir al deudor ejecutar la prestación, o quien sin motivo legítimo se niega a recibir el pago o la entrega del bien debido, es decir a aceptar la prestación.

Se podrían destacar las siguientes características de esta especie de mora:

- Tiene como presupuesto la licitud de la prestación del deudor y que ésta se encuentre vencida.
- El deudor ofrece cumplir la prestación de modo real y total, y en el tiempo y lugar adecuados.
- La negativa injustificada del acreedor a admitir el pago, ejecución o cumplimiento: una oferta legítima y una repulsa ilegítima.

La mora del acreedor responde al concepto de falta de la debida cooperación para recibir o admitir la prestación debida. Dentro de tal orden de ideas, el artículo 1338 del Código Civil señala que el acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la prestación, quedando obligado, de acuerdo a los artículos 1339 y 1340 del Código Civil, a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso y a asumir los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor.

10.2.1. Indemnización de los daños que la mora cause al deudor

Conforme a lo establecido por el artículo 1339 del Código Civil, constituye un efecto de la mora del acreedor, el deber de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le origine su actitud:

Artículo 1339.- "El acreedor en mora queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su retraso".

Al respecto, sólo nos queda expresar que es criterio universal que resultan susceptibles de indemnización los daños y perjuicios de carácter moratorio, vale decir aquellos que se generen durante el periodo de la mora, sea ésta del deudor o del acreedor.

Por lo demás, esta materia se regulará por las disposiciones generales del Código Civil (artículos 1314 y siguientes).

10.2.2. Asunción del riesgo por la imposibilidad de cumplimiento

El artículo 1340 del Código Civil establece claramente que los riesgos por imposibilidad de cumplimiento de la obligación, sin culpa de las partes o por culpa leve del deudor, son asumidos por el acreedor que se encuentra en estado moratorio:

Artículo 1340.- "El acreedor en mora asume los riesgos por la imposibilidad de cumplimiento de la obligación, salvo que obedezca a dolo o culpa inexcusable del deudor".

Lo dispuesto en la norma trascrita no es otra cosa que la transferencia del riesgo, que constituye uno de los efectos propios de la constitución en mora del acreedor.

Usualmente, dentro del esquema que en materia de teoría del riesgo contempla el Código Civil peruano de 1984, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes, acarrea la aplicación del principio *periculum est debitoris*. Esto significa que el riesgo de pérdida o deterioro de la prestación o de imposibilidad de ejecución de la misma, en sentido amplio,

habitualmente es asumido por el deudor, vale decir, que será el deudor quien sufra los riesgos y perjuicios de dicha imposibilidad, traducidos en la pérdida de la contraprestación, si la hubiere.

Sin embargo, el estado moratorio determina que se configure una situación distinta; precisamente, la situación que se presentará será la inversa, produciéndose la transferencia del riesgo ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación sin culpa de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, el principio que se aplicará a partir de la constitución en mora del acreedor, será el *periculum est creditoris* (el acreedor sufre el riesgo de pérdida de la contraprestación, si la hubiere).

La mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer

CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS (*)

SUMARIO: 1. Recuerdo y homenaje. 2. Explicación necesaria. 3. Introducción. 4. Las prestaciones de no hacer. 5. La mora del deudor y la inejecución en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer. 6. El interés del acreedor y la mora del deudor.

1. RECUERDO Y HOMENAJE

Agradezco la invitación que se me ha formulado para participar en este merecido homenaje al maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, mi muy querido Manolo.

Lo conocí en el segundo semestre del año 1977 en el curso de Contratos Parte General que tenía a su cargo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Disfruté de sus explicaciones desde el primer momento. Me impresionó vivamente la profundidad de sus reflexiones que se combinaba con una notoria timidez que inevitablemente originaba una corriente de afectuosa simpatía hacia él.

Nunca hizo pretenciosa exhibición de sus saberes, que eran muchos. Su humildad y su sencillez, esos rasgos admirables y tan marcados de su personalidad, eran naturalmente apreciables.

Viene ahora a mi recuerdo el hecho de que con motivo de otro curso que llevé con él, Seminario de Derecho Civil, que dictó conjuntamente con Susy Zusman creo que en el primer o segundo semestres de 1978, fuera frecuente que coincidiéramos varios minutos antes del inicio de la clase en el estacio-

(*) Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, España). Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba / Argentina). Socio Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavía (Italia).

namiento frente a la Facultad de Ingeniería, lo que me ofrecía la posibilidad de conversar distendidamente con él. Siempre lo encontraba sentado en su Volkswagen escarabajo, creo que de color naranja, con la puerta del lado del piloto abierta. Nunca conseguí anticiparme a él. Por lo que pude averiguar llegaba con no menos de media hora de adelanto a la hora de inicio de la clase. Su puntualidad era ejemplar. Que recuerde, nunca llegó con retraso a una clase. Y aun cuando seguramente no hace falta decirlo, corresponde dejar constancia de que no faltó a una sola.

Se explica con facilidad que naciera respecto de él, de manera absolutamente espontánea, una admiración y un afecto especiales. Ambos fueron eficaces inspiradores de una iniciativa que tuve y a la que se sumaron varios condiscípulos míos –César Delgado Guembes el primero de ellos– y que afortunadamente prosperó: su designación como padrino de nuestra promoción. Por cierto: ninguna otra puede exhibir orgullosamente ese privilegio.

¡Qué emocionado estaba cuando se le anunció la designación y se le hizo entrega de una reproducción reducida de la placa en la que aparecían los nombres de todos los integrantes de la promoción. Siempre conservó esa placa en su despacho del Estudio Ehecopar.

Recuerdo como si fuera ayer el acto de celebración del final de la carrera en el que Manolo nos entregó a cada uno un ejemplar del Código Civil de 1936 encuadernado en cuero azul debidamente infungibilizado con una dedicatoria personal manuscrita. Y también recuerdo la fiesta que se realizó en el Jockey Club del Perú donde participó con entusiasmo en compañía de su esposa, doña Luz María, cuyo recuerdo evoco con especial cariño.

Manolo no era para nada afecto a los homenajes. Recuerdo que hace ya varios años alguien tomó la iniciativa de coordinar la preparación de un libro en su homenaje y la desautorizó, al punto que antes de la publicación cuando en cierta ocasión conversamos del asunto fue muy claro y tajante para persuadirme de no participar (la verdad es que me lo prohibió). Así ocurrió. Es curioso que ni siquiera cuenta en mi biblioteca con un ejemplar del libro que finalmente se publicó para enorme disgusto suyo.

Tengo respecto de Manolo una enorme deuda de gratitud. Fue mi asesor de tesis y presidió no sólo el tribunal ante el cual la sustenté sino también el tribunal del examen para optar el título profesional de abogado donde sustenté los dos expedientes acostumbrados. Recuerdo ambos actos con emoción y satisfacción. Quiero creer que no lo defraudé. Cuando decidió dejar de dictar el curso de Contratos Parte General en el segundo semestre del año 1981, me abrumó al solicitarme que me hiciera cargo de él.

Años después, formamos parte de la Comisión de Protección al Consumidor, cuando se creó el INDECOPI. Fue su Presidente, por acuerdo mayoritario de sus integrantes, y me correspondió sucederlo cuando renunció a ella. Hace unas semanas, organizando papeles viejos, encontré copia del acta de la sesión en la que se le eligió Presidente, donde aparece la indicación de su voto a mi favor para ese cargo. Una afectuosa deferencia suya que la verdad no recordaba.

Años después integramos el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima donde ocupó la Presidencia hasta el día de su fallecimiento. Ese fue un buen motivo para coincidir con frecuencia durante un tiempo prolongado.

Feliz circunstancia fue la iniciativa de Walter Gutiérrez de animarnos a Manolo y a mí a reunir en un libro conjunto los textos de algunos ensayos que estaban hermanados temáticamente. Así surgió el libro titulado Contrato & Mercado que publicó Gaceta Jurídica en enero del año 2000 con un valiosísimo prólogo de Carlos Fernández Sessarego.

Mención especial merecen las dedicatorias de puño y letra que tuvo la bondad de colocar en sus libros –infungibilizándolos–, que afectuosamente me enviaba en cuanto aparecían. Por dos de ellas tengo un cariño especial y su valor resulta inapreciable.

La primera la colocó en sus Estudios sobre el contrato privado, edición del año 1983 de Cultural Cuzco S.A. Dice así:

“Para el doctor Carlos Cárdenas Quirós, con el sincero afecto de un enamorado del Derecho a otro que sufre la misma maravillosa enfermedad. Manuel de la Puente y Lavalle”.

La segunda, extraordinariamente generosa, la puso en la primera edición de agosto de 1991 del tomo I de la Primera parte de sus Comentarios a la Sección Primera del Libro VI del Código Civil aparecidos bajo el título de El contrato en general que editó el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

“A Carlos Cárdenas Quirós, cuya profunda inquietud jurídica e infatigable búsqueda de la verdad admiro sinceramente. Con todo cariño. Manolo”.

Al enviarme los tres tomos de la segunda parte de la obra que apareció en diciembre de 1993 tuvo el delicado y entrañable gesto de acompañarlos con una tarjeta que lleva impreso su nombre con el siguiente texto:

“Querido Carlos: Te adjunto la Segunda Parte de mi libro titulado ‘El contrato en general’. Por tratarse de una sola obra en dos partes, vale para toda ella la dedicatoria que tuve el placer de hacerte en la Primera Parte. Un fuerte abrazo. Manolo”.

Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE fue permanente inspiración y un notabilísimo ejemplo digno de emulación. A él seguramente le debo haber consolidado mi vocación por el Derecho. Se lo agradezco emocionadamente.

Su recuerdo vivirá por siempre en quienes lo conocieron, en aquellos que recibieron sus enseñanzas, en quienes leen con provecho sus libros. Todos tienen –tenemos– con él una deuda de gratitud imprescriptible.

A su memoria, con enorme cariño, están dedicadas las reflexiones siguientes.

2. EXPLICACIÓN NECESARIA

Hace más de veinte años atrás me ocupé por primera vez de la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. Ese texto dio motivo en su tiempo a un interesante debate aquí en el Perú. Seguramente, en ese entonces, las voces discrepantes respecto de la posición que sostuve y que mantengo fueron las más. Pero con el correr del tiempo, es satisfactorio comprobar en algunos que postulaban hasta con acritud tesis extremas de rechazo de la posibilidad de su configuración en ciertos casos de prestaciones negativas, que han morigerado notoriamente el tono de su oposición y ya la admiten en algún caso puntual.

No puede desconocerse que no se trata de un tema sencillo, a propósito del cual la doctrina haya desarrollado pacíficamente sus planteamientos. Por el contrario, una importante mayoría integrada por distinguidos autores mantiene aún, sin distinción ni matiz alguno, la idea de que la mora es impensable en esa categoría obligacional. En todo caso, en circunstancias como ésta, no hay duda de que resulta satisfactorio pertenecer a la minoría en la que uno está muy bien acompañado por renombrados académicos.

He decidido retomar después de algún tiempo al asunto de la mora del deudor en las obligaciones con prestación de no hacer. Lo hago por una razón principal que tiene su origen en el hecho de que a lo largo de estos años surgieron, fruto de la reflexión, algunas ideas sobre las que me interesa enfatizar y que refuerzan las posiciones iniciales adoptadas, que en lo sustancial se mantienen inalteradas.

3. INTRODUCCIÓN

Constituye una idea generalizada, a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de no hacer, que está absolutamente descartada la posibilidad de que se configure la mora del deudor. Para ello se parte del supuesto de que el sólo hecho de hacer, en contravención de lo pactado, importa un supuesto de incumplimiento total.

Sin embargo, también puede encontrarse autores que sostienen que el incumplimiento de la obligación en cuestión provoca en forma automática la constitución en mora del deudor.

En el orden de la legislación comparada, algunos Códigos Civiles como el italiano de 1942 (artículo 1222)¹, niegan expresamente la procedencia de la mora en ese tipo de obligaciones, y otros Códigos, como el brasileño de 1916), sustituido por el de 2002², inspirado en el Esbozo de Freitas (artículo 1072)³, la admitían.

Esta disparidad de criterios en el orden doctrinario y en el legislativo, justifica formular algunas reflexiones con el objeto de precisar conceptos que contribuyan al adecuado estudio y regulación de la mora vinculada con las obligaciones con prestación de no hacer.

4. LAS PRESTACIONES DE NO HACER

Como es sabido, el objeto de este tipo de prestaciones, llamadas también negativas, en oposición a las positivas de dar y de hacer, está constituido por una abstención, una inactividad por parte del deudor. Esa inactividad puede importar una abstención pura o más bien no oponerse a que otro haga algo. Se distingue así entre las prestaciones *non faciendo* e *in patiendo*.

En razón de las modalidades de ejecución que puede asumir la prestación negativa, es posible distinguir varias clases de omisiones.

Así, puede ser una de ejecución instantánea, agotándose en un solo acto.

También puede ser duradera, prolongándose en el tiempo por un período más o menos amplio.

Respecto de las duraderas, se tratará de una abstención continuada si debe ejecutarse la abstención sin interrupción durante un determinado tiempo. Pero puede tratarse también de una omisión de ejecución periódica, si tal ejecución debe producirse con intervalos iguales o desiguales en el tiempo⁴.

¹ Artículo 1222.- Incumplimiento de obligaciones negativas. Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer; todo hecho realizado en violación de éstas, constituye de por sí incumplimiento.

² A diferencia del Código Civil de 1916, de acuerdo con el cual "en las obligaciones negativas, el deudor queda constituido en mora desde el día que ejecuta el acto del que debía abstenerse" (artículo 961), el vigente Código Civil brasileño de 2002, establece en su artículo 390 que "en las obligaciones negativas se tiene al deudor por incumpliente desde el día que ejecuta el acto del que se debía abstenerse".

³ Artículo 1072.- Si las obligaciones fueren negativas, el deudor quedará constituido en mora desde el día en que ejecutare el hecho del que debía abstenerse. .

⁴ La prestación negativa de ejecución duradera de carácter periódico puede consistir en una inactividad única que debe producirse en diversos momentos con intervalos iguales

A este respecto, René PADILLA ofrece como ejemplo “la obligación de no concurrir a los actos patrióticos del 9 de julio durante cinco años”, agregando que “En la hipótesis nos encontramos con que en cada fecha patria el obligado debe abstenerse concurrir a los actos pertinentes, lo cual implica que durante cada año hasta completar los cinco, el deudor tiene que ejecutar una prestación que se agota instantáneamente”. Y luego advierte agudamente que “No es tanto la abstención la que se extiende en el tiempo, cuanto el deber mismo de ejecutar el que se repite, lo cual nos conduce a afirmar que no se trata de una prestación única (las cinco abstenciones), sino de tantas prestaciones independientes como números de años se haya pactado. Siendo, por tanto, independientes, su cumplimiento del modo pactado no quebranta la integridad del pago”⁵.

A propósito de la prestación negativa de ejecución duradera de carácter continuado, es importante distinguir entre aquellas que “tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter periódico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar”⁶.

Los dos supuestos que plantea MOISSET DE ESPANÉS, son hipótesis de abstenciones que importan, respectivamente, “empezar a no hacer” (lo que significa que antes se venía haciendo, pero sin tener ello ninguna significación en el orden negocial) y “seguir no haciendo”.

También la abstención puede ser de ejecución diferida, cuando su eficacia se posterga a un momento posterior al nacimiento de la relación obligatoria. En este supuesto, cumplido el plazo suspensivo y correspondiendo iniciarse la ejecución de la abstención, dicha ejecución podrá ser instantánea o duradera, con los alcances desarrollados anteriormente.

5. LA MORA DEL DEUDOR Y LA INEJECUCIÓN EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS CON PRESTACIÓN DE NO HACER

¿Cabe o no que se plantee una situación de mora del deudor en las obligaciones con prestación negativa?

o desiguales. Así ocurrirá, por ejemplo, si el deudor se obliga a no abrir su establecimiento comercial los días 20 de cada mes durante un año. En este caso, cada abstención se agota instantáneamente.

Adicionalmente, la ejecución duradera de tipo periódico puede estar dada por una abstención que se prolonga en el tiempo, sin agotarse de forma inmediata, pero produciéndose con intervalos: v. gr., cuando el deudor se obliga a no difundir por televisión, publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto por cuatro años.

⁵ PADILLA, René A. *La mora en las obligaciones*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1983, pp. 174-175.

⁶ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Incumplimiento y mora en las obligaciones de no hacer. En: *Documentación Jurídica*. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentos y Publicaciones N° 14, abril-junio, 1977. Madrid, p. 390.

Corresponde distinguir cuidadosamente los casos. De antemano es preciso dejar sentado que no se trata de sostener que la mora es procedente en todas las hipótesis de obligaciones con prestación de no hacer. Sería equivocado generalizar conceptos y no formular distinguos.

Si la prestación de no hacer consiste en una conducta omisiva instantánea, susceptible de agotarse en un solo acto, no puede haber duda alguna de que si el deudor hace lo que se obligó a no hacer estaremos ante un caso de incumplimiento. Aquí la mora estará definitivamente excluida.

En cambio, si se trata de prestaciones de ejecución continuada, corresponde distinguir dos casos: el primero, que se trate de seguir con una situación de pasividad que preexistía a la relación obligatoria; y el segundo, que se refiera a suspender o interrumpir una situación de actividad que existía al tiempo de establecerse la relación obligatoria.

En el primer caso, si se trata de un “seguir no haciendo”, la ejecución del hecho que el deudor se obligó a no hacer constituirá un caso de incumplimiento o de cumplimiento parcial o defectuoso, según el supuesto de que se trate.

Habrá incumplimiento, cuando la ejecución del hecho en contravención de lo pactado signifique la frustración definitiva del interés del acreedor. Así ocurre en el caso de que el deudor revele el secreto que se había obligado a no difundir.

En cambio, será sólo un caso de cumplimiento parcial o defectuoso, siempre que resulte factible la destrucción de lo hecho o resulte posible la ejecución forzada y la realización de la prestación aún sea de utilidad para el acreedor. Si el deudor se obligó, por ejemplo, a no continuar levantando una pared a más de cierta altura y hace lo contrario, el acreedor puede obtener la ejecución forzada de la prestación y la satisfacción de la indemnización correspondiente.

Una situación distinta a la descrita se presenta tratándose de las abstenciones que consisten en un “empezar a no hacer”.

En tales hipótesis la mora si es factible en la medida, por supuesto, de que a pesar del retraso de iniciarse la abstención, la prestación resulte aún útil para satisfacer el interés del acreedor. En caso contrario, no habrá mora sino incumplimiento.

Si, por ejemplo, el deudor se obligó a partir de determinada fecha a no continuar suministrando cierto tipo de bienes en determinada zona y durante un tiempo específico, en caso de no iniciarse la conducta omisiva podrá ser constituido en mora.

En el caso planteado, si transcurre el término inicial fijado sin empezar la abstención, se configurará un caso de retraso en el cumplimiento, en tanto la

ejecución aún sea posible y útil para el acreedor. En tal hipótesis, el acreedor reclamará el cumplimiento de la abstención prometida, así como la satisfacción de la indemnización correspondiente por los daños derivados de la mora.

Si el deudor cumple con iniciar la ejecución de la abstención prometida oportunamente, pero durante el transcurso del plazo pactado interrumpe la situación de abstención, se planteará un caso de cumplimiento parcial. En este caso, el acreedor está en aptitud de exigir la ejecución forzada siempre que el cumplimiento de la prestación aún le resulte útil.

En efecto, no puede descartarse en el caso planteado, que tal interrupción de la situación de inactividad durante la ejecución de la prestación, afecte por completo e irremediablemente el interés del acreedor, caso en el cual carecerá de sentido exigir al deudor que reanude la abstención. En ese supuesto, corresponderá que el acreedor considere no ejecutada la prestación en su integridad, por resultar sin utilidad para él, plantee la resolución de la resolución obligatoria por incumplimiento total y reclame la correspondiente indemnización por los daños que se le hubieran irrogado.

De otro lado, si la abstención duradera fuera periódica, para determinar si es posible que se configure o no la mora, será preciso analizar si se trata de una circunstancia única que debe producirse en ocasiones o más bien de un comportamiento omisivo que no tiene esa calidad.

En el primer caso, la violación de la abstención en una oportunidad, no necesariamente afectará las restantes prestaciones singulares. Aquí cabe volver al ejemplo propuesto por Padilla de “no concurrir a los actos patrióticos del 9 de julio durante cinco años”⁷. Si el deudor incumple la obligación el primer año o en otro posterior, ello supondrá en principio sólo la inejecución total de esa prestación singular en particular, sin afectar las restantes prestaciones singulares, salvo que el interés del acreedor haya estado vinculado a la ejecución íntegra de todas, sin excepción alguna. En ese supuesto, el incumplimiento de una será determinante para el incumplimiento sea total y afecta la integridad de la relación obligatoria.

En cambio, si el deudor se comprometió a una abstención durante períodos con intervalos de tiempo, sin agotarse la prestación de forma instantánea (por ejemplo, cuando el deudor se obligó a no difundir por televisión publicidad comercial de un producto durante los meses de julio y agosto y por cuatro años), la mora puede presentarse respecto de cada prestación singular, si el deudor no cumple con hacerlo a partir del término inicial convenido, siempre que se trate de situaciones que impliquen “empezar a no hacer”.

⁷ Op. Cit., p. 174.

La configuración de la mora en tales casos dependerá sin duda nuevamente de que el interés del acreedor no haya quedado desvirtuado, lo que tendrá como base que el tiempo que resta de vigencia de la prestación según lo convenido justifique un requerimiento de cumplimiento.

Es oportuno aquí dejar constancia de que el ilustre maestro cordobés LUIS MOISSET DE ESPANÉS fue el primero que postuló de forma categórica la procedencia de la mora en ciertos supuestos de las obligaciones con prestación negativa. Corresponde insistir en esto y ponerlo de relieve, porque hay autores que asumen incorrectamente que quien planteó y desarrolló estos conceptos pioneros fue otro. Al César lo que es del César y a MOISSET DE ESPANÉS lo que es de MOISSET DE ESPANÉS. Pierden de vista o ignoran esos autores que dos trabajos suyos, uno de 1974, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, y otro de 1975, publicado en Madrid en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, desarrollaron los conceptos que luego se difundieron extensamente en Hispanoamérica y España.

MOISSET DE ESPANÉS llamó la atención acerca de que “lo curioso del caso es que esa categoría -en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a ‘no hacer’ en el futuro- descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como ‘pacto de no concurrencia’ al vender un negocio o empresa, mientras los ejemplos a que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios”⁸.

Su planteamiento ha sido seguido por distinguidos tratadistas que recogen el mismo concepto. Entre los argentinos, corresponde mencionar en primer lugar, por orden de antigüedad, a ERNESTO CLEMENTE WAYAR quien se adhirió al planteamiento de MOISSET DE ESPANÉS en su *Tratado de la mora* publicado en 1981. Y en segundo lugar, debe mencionarse a RENÉ PADILLA en su obra ya citada, *La mora en las obligaciones*, publicada en 1983. Entre los europeos, baste citar a este respecto a LUIS DíEZ PICAZO, el primer civilista español, quien sostiene:

“La tesis de que no cabe mora en las obligaciones negativas es indiscutible cuando el comportamiento debido, contemplado en el programa de prestación, es la continuación inmodificada de una situación ya existente al constituirse la relación obligatoria. En tales casos, si la situación continúa inmodificada, hay cumplimiento y si se modifica, no hay retraso, sino incumplimiento. Sin

⁸ Op. Cit., p. 392.

embargo, la situación no es la misma cuando el contenido de prestación es un *non facere* del deudor que debe comenzar en un determinado momento o producirse a partir de él⁹.

Y más adelante agrega: “El problema ha surgido sobre todo en relación con las obligaciones o pactos de no concurrencia que derivan de los negocios de cesión o de enajenación de una empresa, especialmente, en aquellos casos en que el cumplimiento del pacto de no concurrencia impone al deudor la obligación de trasladar su actividad fuera de la zona en la que el pacto rige. Si el deudor de esta obligación mantiene su actividad por un cierto período mínimo de tiempo, con la convicción de no causar con ello ningún perjuicio a los intereses del adquirente, parece posible, de acuerdo con la buena fe, pensar que en tales casos hay mora y no incumplimiento. Es cierto que en todos estos casos se puede replicar diciendo que son obligaciones negativas que van precedidas por una obligación que es positiva, como es la de poner fin totalmente o en una determinada zona a una actividad industrial o mercantil y que en casos como los descritos se puede producir mora de la obligación positiva accesoria de la principal negativa. Sin embargo, siempre resta la idea general de que cuando un *non facere* debe comenzar a partir de un determinado momento, el fenómeno de la continuación del *facere* anterior puede considerarse como simple retraso, si no está revestido de carácter definitivo y puede considerarse legítimo desde el punto de vista de la buena fe”¹⁰.

Precisamente a este respecto, un autor tan representativo como MANUEL ALBALADEJO ha sostenido que tratándose del caso de las prestaciones que suponen un “empezar a no hacer” no se trata de una prestación negativa sino de una positiva.

Dice este autor lo siguiente: “Si se pensase que, ello no obstante parece posible admitir la mora en ciertas obligaciones de no hacer, sería por concep-

⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tomo II. Las relaciones obligatorias. Sexta edición. Thomson/Civitas. Rodona Industria Gráfica, SL. Pamplona, 2008. p. 666.

¹⁰ *Ibidem*. No obstante, el planteamiento de Díez Picazo merece observarse en lo atinente a la buena fe del deudor que no es ni puede ser óbice para que se configure la mora en ese supuesto. Como manifiesta María José Ferrer de San-Segundo (La obligación negativa. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. Pág. 259, nota 103), “Admitida la hipótesis de que, en los supuestos que señala, no puede la infracción calificarse como retraso aunque haya sido inobservada la obligación negativa, entendemos que no es a esos efectos relevante que el deudor haya realizado la actividad con la intención o no de causar perjuicio, ni su buena fe haría estructural o funcionalmente distinta la situación -convirtiendo en retraso lo que de otro modo no se admitiría así- a la que se tendría si no hubiera presentado o acreditado buena fe. La buena fe del deudor tendrá indudablemente efectos al tiempo de cuantificar los daños exigibles por el retraso (artículo 1107 CC), pero no cualifica ni hace distinta la situación fáctica de retardo de modo que se admita la posibilidad de mora por la consideración de esta circunstancia y se rechace de no concurrir”.

tuar erróneamente como de no hacer alguna obligación que es realmente de hacer. Por ejemplo, A, que tiene funcionando un comercio que compite con el de B, se obliga hacia éste a no ejercer ese tipo de actividad durante un año -tiempo en el que B confía hacerse una clientela- a partir del próximo mes. La fecha llega, B no cesa en su ejercicio y así retrasa -demora- su cumplimiento, que luego le es impuesto por un año de inactividad, a partir de la fecha del comienzo efectivo de ésta. Podría pensarse aquí que hay demora de una obligación de no hacer -la de no ejercer aquella actividad comercial-; pero sería erróneo, porque lo que se retrasa es el cierre del establecimiento (conducta positiva, obligación de hacer"¹¹.

A propósito de esta observación, corresponde llamar la atención acerca del hecho de que, desde la perspectiva del interés del acreedor, en este tipo de obligaciones lo relevante para él, no está dado por la circunstancia del inicio de la abstención para poner en ejecución un pacto de no concurrencia -cerrar el negocio, por ejemplo-, sino que es el hecho mismo de que el deudor no realice competencia a partir de una fecha determinada y se mantenga esa situación invariable por todo el tiempo pactado. Esa conducta importa un no hacer, una abstención, una conducta omisiva.

Antes que importar concebir la interrupción como una prestación positiva de hacer -en la que, por lo demás, la mora está admitida sin discusión alguna-, la cuestión relevante reside en la circunstancia de si se mantiene o no el interés para el acreedor respecto de la inactividad cuando el deudor no cumple con iniciar la ejecución del comportamiento omisivo a partir de un cierto momento. De conservarse tal interés por parte del acreedor, la mora del deudor procederá.

En otras palabras, lo que interesa determinar es si aún resulta trascendente o no para el acreedor la conducta omisiva del deudor, para cuyo inicio objetivamente todavía puede compelérsele. Por tal razón, si la prestación negativa es de ejecución instantánea o de ejecución duradera periódica única, la mora estará descartada, pues será suficiente el hecho de no empezarse la abstención

¹¹ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo I. Librería Bosch. Barcelona, 1961, p. 575. Comentando lo sostenido por ALBALADEJO dice FRANCISCO JORDANO FRAGA (*La responsabilidad contractual*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1987, p. 473) que: "Se ha objetado que en los casos en que cabe hablar de retraso en el cumplimiento de una obligación negativa (obligación de cesación a partir de cierto momento), en realidad lo que habría sería un retraso en una prestación positiva, que es de realización previa y necesaria a la propia prestación de inactividad (así el cierre del establecimiento en el caso de un pacto de no competencia). Se trata, en definitiva, de una cuestión terminológica un tanto vidriosa: lo cierto es que estos casos, como quiera que se califiquen o justifiquen, cabe la mora porque es posible el retraso, y éste se refiere a la inactividad debida, a la prestación objeto de la obligación negativa, aunque sea por mediación de la actividad (cierre, en el ejemplo) preliminar complementaria".

para que haya incumplimiento, si bien en el segundo caso planteado éste afectará, al menos en principio, sólo a la prestación singular correspondiente.

A este respecto merece citarse lo que expresa FERRER DE SAN-SEGUNDO: "En la obligación de no realizar competencia a partir de una determinada fecha, lo trascendente no es si "se cierra o no la empresa" (o se pone o no fin a la actividad empresarial) sino si se hace competencia, y el no hacerlo constituye una prestación negativa. La mora se produce por no cesar en la actividad concurrencial, no por no cerrar la empresa, la cual podrá estar materialmente abierta sin realizar actos competenciales. De modo que la suspensión de aquélla actividad no es a nuestro entender, previa o instrumental: es, en sí, el acto debido. Pensamos que genera confusión, y resulta además estéril, fijarse en el llamado acto interruptivo, porque no hay tal. Estamos ante una inactividad, en este caso positiva, que se desarrolla justo hasta el momento en que se cesa en la misma, es decir, en que se comienza a observar o cumplir la obligación, no concurriendo ningún acto intermedio positivo ni instrumental. No se hace tránsito, pues, sino que se pasa directamente de la inobservancia al cumplimiento si éste comienza retrasadamente, o de la actividad legítima porque todavía nada se debe a la omisión comprometida cuando ésta se respeta precisamente desde el momento convenido"¹².

6. EL INTERÉS DEL ACREEDOR Y LA MORA DEL DEUDOR

En relación con la mora, se suele enfatizar en el hecho del retraso por causas imputables al deudor como determinante para su configuración, salvo algún caso de excepción como el que consagra por ejemplo el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 1333 del Código Civil peruano en que la mora operará automáticamente por la circunstancia de no haber podido el acreedor interpelar al deudor por causas imputables a éste. Tal retraso presupone, evidentemente, que la prestación debida todavía es posible de ejecutarse objetivamente hablando.

Corresponde advertir que en el Código Civil peruano la regla general es la de la mora *ex persona o mora* por interpelación. La mora *ex re* o automática tiene más bien carácter excepcional, aunque es lo acostumbrado en la contratación

¹² Op. Cit., p. 263. La autora citada agrega lo siguiente: "De otro modo, habría que concluir que nunca estaríamos ante una obligación negativa, porque como gráficamente expresa Ernesto C. Wayar (y aquí me permito completar la cita que tomo de la nota a pie de página 69 que continúa en la p. 543 del Tratado de la mora, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1981): "Además, sabemos que siguiendo los postulados de la filosofía existencialista, bien puede afirmarse que todo no hacer se exterioriza -fatalmente- por medio de un hacer (la quietud corporal, máxima expresión de la abstención, se manifiesta por medio de un hacer, estar quieto), pero ello conduciría a negar la existencia de las obligaciones de no hacer, no sólo a discutir si en ellas puede haber o no mora".

pactarla especialmente tratándose de obligaciones a plazo. Por cierto que en la legislación peruana, respecto de esta materia se presenta un tratamiento dual, en la medida en que, tratándose de obligaciones de naturaleza mercantil sujetas a plazo de exigibilidad, la mora operará a partir del día siguiente del vencimiento de manera automática. Así deriva de lo establecido en el inciso 1 del artículo 63 del Código de Comercio peruano de 1902¹³.

Está claro que no podrá haber mora sin presentarse el retraso tratándose de una obligación a plazo, sea que el régimen consagrado legislativamente sobre la materia sea el de la mora con interpelación o la mora automática.

No obstante, puede presentarse tal retraso y estar descartada la posibilidad de que la mora se configure.

En efecto, si el interés del acreedor ya no se encuentra presente habiendo vencido la obligación sin que el deudor hubiera procedido a la ejecución oportuna de la prestación, estrictamente no procederá hablarse de una situación de mora.

Esto tiene especial aplicación y relevancia en el caso de la mora con interpelación. El acto de interpelación en la llamada mora *ex persona* pone de manifiesto con toda evidencia la subsistencia del interés del acreedor en la ejecución de la prestación debida. El acreedor conserva su interés en el cumplimiento de la prestación no obstante que la ejecución no se ha producido dentro del plazo originalmente convenido. La inacción del acreedor una vez vencida la obligación, esto es, el hecho de no intimar al deudor en la mora con interpelación, simplemente beneficiará al deudor pues se prolongará para él el plazo de cumplimiento y hace suponer, en principio, que el interés del acreedor se mantiene.

Tratándose de la mora automática o mora *ex re*, la mora operará, en el caso de las obligaciones a plazo, por el simple vencimiento de él sin que el cumplimiento se haya dado, presuponiéndose en tal caso la subsistencia del interés del acreedor.

A tal punto es fundamental la necesidad del mantenimiento del interés del acreedor, que inicialmente -esto es, al momento en que la obligación ha vencido sin cumplirse- puede que dicho interés esté todavía presente, lo

¹³ El artículo 63 del Código de Comercio de 1902 señala lo siguiente:

"Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, comenzarán:

1) En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la ley, al día siguiente de su vencimiento.

2) En los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor citare judicialmente al deudor o le intimare la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez o notario público."

que explica el hecho de que el acreedor haya constituido en mora al deudor interpelándolo, y sin embargo tal interés del acreedor desaparecer después. Así lo tiene previsto el artículo 1337 del Código Civil peruano, de acuerdo con el cual:

“Cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios”.

Es decir, una situación inicial de mora en que dicho interés se encontraba aún presente, deviene en una de incumplimiento total debido precisamente a haber sobrevenido la pérdida del interés dada la prolongada falta de cumplimiento del deudor moroso.

Por supuesto que recaerá en el acreedor la carga de la prueba de la no subsistencia del interés.

Para que se configure la mora no bastará, por consiguiente, que se haya producido un retraso en el cumplimiento de la prestación por causas imputables al deudor y que ella sea aún -desde un punto de vista objetivo- susceptible de ejecutarse. Lo que resultará verdaderamente indispensable será que el interés del acreedor se conserve intacto. El acto de intimación en la mora *ex persona* hará evidente que dicho interés subsiste.

Esta constatación sobre la importancia determinante del interés del acreedor para la configuración de la mora en general, tiene un valor especial en el caso de las obligaciones con prestación de no hacer.

Como se ha insistido anteriormente al establecer los casos en que la mora es procedente tratándose de prestaciones negativas, el interés del acreedor es el que definirá las cosas en última instancia. Si hay retraso, en los casos en que así puede ocurrir, y la utilidad de la prestación para el acreedor se mantiene incólume, la mora podrá configurarse. En caso contrario, ello no será posible.

A este respecto, aprecia acertadamente FERRER DE SAN-SEGUNDO que “resulta indiscutible que para quien convino ser favorecido por una abstención, la observancia de ésta será *fattispecie* más ajustada al proyecto de prestación que la percepción de una reparación pecuniaria, que no es más que un remedio subsidiario, y por lo general insatisfactorio, en relación al primigenio resultado esperado”¹⁴.

Y después de señalar que “*la admisión de la mora como hipótesis de lesión de las obligaciones negativas se impone, pues, desde la finalidad de protección del*

¹⁴ Op. Cit, p. 266.

crédito”¹⁵, manifiesta lo siguiente: “la aceptación de la mora como una de las hipótesis de lesión de la obligación negativa tutela también mejor al deudor, no sólo porque un importante número de relaciones obligatorias son de carácter recíproco generándose también correlativos derechos y facultades en éste, sino porque, además, la eliminación de aquel supuesto de infracción y su consideración inamovible como incumplimiento supone, de facto, una agravación general de responsabilidad para todos los deudores de obligaciones omisivas, la cual carece de justificación. De este modo, el deudor de una obligación de esta índole debe cumplir de forma exacta con el programa de prestación, porque cualquier discordancia con éste, incluida la temporal, implicará que caiga sobre él la sanción en su grado máximo, sin matices, lo que en ocasiones puede resultar contrario a la equidad, a la buena fe contractual, y al necesario equilibrio entre las partes”¹⁶.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Op. Cit., p. 267.

Breves apuntes en torno a la prescripción extintiva

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA (*)

¡Qué sombras somos y qué sombras perseguimos!
Edmund BURKE

Sumario: 1. La prescripción. Evolución. 2. Fundamento de la prescripción. 3. La prescripción extintiva. 4. Qué se extingue. 5. Fases. 6. ¿Es factible demandar la declaración de prescripción extintiva? 7. Un caso insólito.

A lo largo de la vida uno va comprendiendo, muchas veces a golpes, que lo importante trasciende lo material, que lo verdaderamente admirable en las personas es su nobleza, su generosidad, su consideración hacia los demás. El doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, además de por sus evidentes y reconocidas cualidades profesionales y académicas, destacó principalmente por sus magníficas virtudes personales, que lo colocaron en un lugar muy especial en el corazón de quienes tuvimos la suerte de conocerlo. Fue un maestro en todo el sentido de la palabra, y demostró que se puede alcanzar el éxito en el ejercicio de la profesión de abogado actuando de modo correcto, honesto, sano. Un modelo a seguir.

1. LA PRESCRIPCIÓN. EVOLUCIÓN

La prescripción es una institución jurídica fundada en el transcurso del tiempo. El origen fue la prescripción adquisitiva o usucapión (concebida inicialmente como medio de defensa del poseedor, el cual adquiriría la propiedad debido fundamentalmente al no uso del propietario, para quien se extinguía el derecho), creándose posteriormente el concepto de prescripción extintiva, sin distinguirse una de otra (se trataba de pérdida o adquisición de derechos).

(*) Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesora de Derecho Civil.

Ello fue recogido de modo unitario en el Código Civil francés de 1804, y el Código Civil peruano de 1852, bajo la influencia del Código Napoleón pero también de las doctrinas francesas posteriores a éste, dio un tratamiento unitario a la prescripción, llamando de dominio a la usucupativa y de acciones a la extintiva¹.

Más adelante, la Escuela Pandectista alemana planteó el tratamiento dual de la prescripción, lo que fue acogido por el BGB, introduciendo la idea de la pretensión como indesligable del derecho subjetivo, por ser parte de la noción de exigibilidad de toda relación jurídica². El CC peruano de 1936, influenciado por esta doctrina, apostó por el tratamiento dual (colocó a la adquisitiva en la parte de propiedad y a la extintiva en la de acto jurídico que a su vez formaba parte del libro de obligaciones), pero conservó la noción de extinción de acciones en la prescripción extintiva³; asimismo, mantuvo un lazo entre ambas figuras –a pesar de la distinción sistemática–, al establecer en la adquisitiva que “rigen en esta prescripción las reglas establecidas para la extintiva en cuanto sean aplicables”.

El tratamiento diferenciado es adecuado, por cuanto si bien ambos supuestos (prescripción adquisitiva y prescripción extintiva) se sustentan en el transcurso del tiempo y tienen aspectos comunes⁴, son diferentes, dado que la prescripción adquisitiva produce la adquisición de bienes ajenos, siendo un modo originario –no media acto del anterior titular– de adquirir la propiedad por efecto de la posesión sobre el bien durante un tiempo determinado; en tanto que por medio de la prescripción extintiva o liberatoria no se adquiere derecho alguno sino que lleva a la extinción de la “pretensión”⁵ por no ejercitar el titular su derecho durante un período de tiempo establecido en la ley.

El Código Civil vigente (1984) adopta la metodología del tratamiento normativo dual de la prescripción⁶. En el art. 1989 establece que por la prescripción extintiva no se extingue el derecho subjetivo sino la acción (pretensión)⁷.

¹ La ubicó en el Libro Segundo, Sección Tercera “Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación y donación”, y adoptó la teoría unitaria en el tratamiento de ambas prescripciones (la adquisitiva y la liberatoria) conforme al artículo 526.

² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción Extintiva. En: *Código Civil Comentado*. T. X. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005, pp. 253 a 255.

³ *Ibidem*.

⁴ Por ejemplo, ambas se sustentan en la necesidad de estabilización de los derechos y las relaciones jurídicas; también, en las dos debe existir inactividad de la persona contra la que corre, y han de ser alegadas (no pueden declararse de oficio), y el decurso del tiempo debe ser continuado, sin interrupciones.

⁵ Sobre esto se volverá más adelante.

⁶ La usucapión o prescripción adquisitiva en el Libro V, “Derechos reales”, Sub capítulo V, “Prescripción adquisitiva”, comprende los artículos 950 a 953, y la prescripción extintiva o liberatoria en el Libro VIII, “Prescripción y Caducidad”, Título I “Prescripción extintiva”, comprende los artículos 1989 a 2002.

⁷ A la que sigue denominando “acción” (hoy entendida como el derecho fundamental de

2. FUNDAMENTO DE LA PRESCRIPCIÓN

Para Ariano Deho, la idea base de la prescripción contenida en el Código Civil peruano “es que los intereses tutelados por el ordenamiento no lo sean (como regla) eternamente, por cuanto todo en esta vida (hasta las relaciones jurídicas) debe tener un inicio, una evolución y un fin”⁸.

Es así que “el fenómeno prescriptorio opera, en definitiva, privando de concreta ‘tutelabilidad’ (o sea de protección) a las situaciones jurídicas subjetivas sustanciales que han permanecido inactuadas durante un determinado periodo de tiempo”⁹.

Rubio Correa señala, al respecto, que

“Desde antiguo, el derecho ha considerado necesario establecer plazos dentro de los cuales se debe ejercitar los derechos, y otros plazos en los que la inactividad del titular determina su privación o desprotección de aquello que jurídicamente le corresponde. La razón de ello ha sido la de crear seguridad jurídica en el todo social en referencia a quien es el titular efectivo de los derechos, y también el garantizar a quien tiene un deber o una deuda, que no pesará indefinidamente sobre él y sus herederos, la responsabilidad de cumplir. La sola posibilidad de que algo sea eternamente exigible plantearía a Derecho gravísimos problemas y, probablemente, haría imposible no solo la vida social sino también la administración de justicia.

De otro lado, el Derecho espera cierta diligencia de parte de quien goza de una protección jurídica determinada y la mide en unidades de tiempo denominadas plazos. Si el titular no ejercita aquello que el Derecho le protege dentro del lapso correspondiente, se entiende o bien que no tiene interés en ello, o bien que su negligencia no debe ser más amparada y que en adelante, debe precederse a beneficiar al deudor o a quien tiene el deber correspondiente, eximiéndolo formalmente del cumplimiento”¹⁰.

3. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Para comprender la prescripción extintiva es preciso ubicarse primero en su ámbito de aplicación. Es preciso entonces partir de la noción de situación jurídica subjetiva¹¹ de ventaja (que permite satisfacer el interés valorado del

las personas de acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitar tutela jurisdiccional efectiva).

⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil. En: *Ius et veritas*, revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 33, p. 198.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Lima, Fundación Bustamante de la Fuente, 1987, pp. 13 y 14.

¹¹ Posición –contemplada en el ordenamiento jurídico– que tiene respecto del derecho el agente de una acción que responde a una descripción dada. (Juan Ramón CAPELLA, *El*

sujeto, alojándolo en una situación de preeminencia) activa (la norma referente de la situación jurídica prevé la realización de un comportamiento por el sujeto), que son el derecho subjetivo¹² y el poder¹³.

Es necesario, asimismo, recordar que toda situación jurídica en general se encuentra vinculada a otra (arrendador con arrendatario, padre con hijo, etc.), por lo que no debe perderse de vista el correlato de lo anterior con las situaciones jurídicas de desventaja activas (el deber, el débito –situación jurídica subjetiva de desventaja activa por excelencia–, la potestad) y las inactivas (la sujeción).

En esa línea, la relación jurídica es la “integración coordinante o subordinante, con unidad de sentido conductual, de más de una situación jurídica subjetiva que involucra así a sujetos determinados. Así, la relación jurídico obligatoria es la integración de un derecho de crédito y un débito. Desde la perspectiva germana, que tiene un concepto más amplio de la relación obligatoria, nosotros estaríamos haciendo referencia meramente al vínculo jurídico. También es relación jurídica la del derecho potestativo-sujeción. No así la de los derechos reales principales, que son situaciones jurídicas autosuficientes”¹⁴.

Así, la prescripción extintiva requiere de tres “componentes” fundamentales: la existencia de una relación jurídica –con sus consecuentes situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y de desventaja–, la inacción o no actuación de la relación y el transcurso del tiempo predeterminado por la ley durante ese lapso.

Es por ello que, al producirse la prescripción, se libera el sujeto pasivo de la relación jurídica.

4. QUÉ SE EXTINGUE

La pregunta frecuente es si se extingue la pretensión procesal (llamada “acción” por el Código Civil) o el derecho (situación jurídica material de ventaja cuya lesión ha dado lugar a la posibilidad de exigir su satisfacción)¹⁵.

derecho como lenguaje. Citado por CUEVA GARCÍA, David Ernesto. Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva. En: *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 21, p. 91.

¹² Situación jurídica subjetiva de ventaja activa por excelencia, donde se encuentra el derecho de crédito –por el que puede exigir a otro un comportamiento–, el derecho potestativo –puede modificar unilateralmente la esfera jurídica de otro, como la resolución de un contrato– y el derecho real –situación jurídica autosuficiente–.

¹³ Facultad de obrar para satisfacer manifestaciones concretas del mismo interés, como por ejemplo el poder de enajenación.

¹⁴ CUEVA GARCÍA, David Ernesto. Op. Cit, pp. 92 y 93.

¹⁵ Sobre este tema, es altamente recomendable leer el interesante trabajo de David Ernesto CUEVA GARCÍA. Op. Cit.

El Código Civil peruano establece que la prescripción extingue la “acción” pero no el derecho. Y esta norma encuentra concordancia en la contenida en el artículo 1275 del mismo código, que prescribe que “no hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.” Se sostiene, con base en esta norma, que el derecho del acreedor, al no haberse extinguido, le permite conservar lo recibido.

Empero, se señala, frente a este argumento, que la irrepetibilidad no convierte lo recibido en un “pago”, sino en una justa causa de atribución patrimonial, tan igual como en los demás supuestos considerados en el mismo artículo (cumplimiento de deberes morales o de solidaridad social), donde el ordenamiento opta por no revertir desplazamientos patrimoniales realizados con una intención calificada socialmente como positiva.

Asimismo, el hecho que la citada norma se encuentre en el capítulo de “pago indebido”, que es un desplazamiento patrimonial no justificado (ya sea porque la prestación no era debida o porque existiendo no era de cargo de quien lo realiza y/o no a favor de quien lo recibe) y es fuente autónoma generadora de la obligación de restituir, lleva a pensar que en el subconsciente del legislador la obligación prescrita ya no contiene el derecho subjetivo.

Por otro lado, un crédito (situación jurídica subjetiva de ventaja activa, que importa la facultad de exigir a otro una conducta de prestación), al que se le retira la posibilidad de exigir tal comportamiento, obviamente se transforma en otra cosa: ya no es, propiamente, un crédito (pues le falta una cualidad intrínseca, habiendo perdido la posición privilegiada del acreedor, que es el valor de esta situación jurídica).

Por ejemplo, un “crédito prescrito” no podría ser –salvo pacto en contrario– objeto de cesión (artículo 1212: “el cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del crédito cedido, salvo pacto distinto”); pues como señala Barchi VELA OCHAGA, la exigibilidad a que se refiere este artículo no se trata de una exigibilidad limitada por un plazo (que va a vencer y el crédito se volverá exigible), sino “es una de carácter definitivo, como podría suceder en el caso de la prescripción”¹⁶. De ese modo, si el crédito ha prescrito, y las partes acuerdan la cesión, lo que se cede ya no será la plena facultad de exigencia al deudor.

Ahora bien, se ha dicho también que no es que desaparezca la situación jurídica subjetiva de ventaja, sino que se reduce, se rebaja, se modifica [considerando las demás reglas, como la no posibilidad de declaración de oficio,

¹⁶ BARCHI VELA OCHAGA, Luciano. Garantía del derecho cedido. En: Código Civil Comentado. T. VI, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 411.

la renuncia a la prescripción, la irrepitibilidad de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, la necesidad de hacerla valer por su no funcionamiento de pleno derecho, entre otras.

Ciertamente, un aspecto que debe considerarse en este análisis es que la prescripción no puede declararse de oficio, sino que debe ser alegada, lo que no ocurre cuando el Juez detecta la ausencia total de una situación jurídica subjetiva de ventaja activa (derecho subjetivo), debiendo –en tales casos– declarar infundada la demanda (o, en su caso, improcedente) por ausencia del derecho subjetivo alegado.

Si se extinguiera el derecho subjetivo por la prescripción, el Juez o Árbitro deberían declarar lo correspondiente en pronunciamiento de fondo, pero el ordenamiento no ha optado por ello, sino –aunque suene forzado– por conservarlo como derecho, modificándole un atributo y creando consecuencias jurídicas.

Es así que el término “fenómeno prescriptorio”¹⁷ calza con la figura *sui generis* que es la prescripción extintiva. Los esfuerzos en hacer encajar a esta figura dentro de compartimentos conocidos hacen perder la perspectiva de su propia y particular “naturaleza”, concebida en mérito a su finalidad propia.

5. FASES

La prescripción extintiva atraviesa por dos fases: (i) cuando vence el plazo prescriptorio de la situación jurídica subjetiva de ventaja, generando una situación modificativa de la relación, denominada por Troisi como de “prescriptibilidad”, esto es, pasa de una plena “tutelabilidad” a una “atenuada” al surgir en el sujeto pasivo de la relación una situación de ventaja (poder-carga) de completar con su actuar el fenómeno prescriptorio¹⁸, y (ii) cuando se realiza un acto que haga valer el plazo, convirtiendo la potencial prescriptibilidad en una realidad: la prescripción, con la liberación del deudor.

Ahora bien, liberado el deudor, esto es, producida la prescripción, ¿se extinguió ahora sí el “derecho”? Podría parecer que sí, pues aparentemente las reglas por las que se considera “rebajada” la “tutelabilidad” del derecho crediticio han sido concebidas para la etapa de “prescriptibilidad”.

Empero, ¿qué pasaría si, habiéndose declarado por un Juez la prescripción –planteada en vía de acción o de excepción– y quedado firme tal resolución, el ex-deudor paga a su ex-acredor? ¿podrá repetir?

¹⁷ Empleado por ARIANO DEHO, Eugenia. Op. Cit., p. 199.

¹⁸ ARIANO DEHO, Eugenia. Op. Cit., p. 199.

El artículo 1991 señala que puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada. ¿Se refiere a la primera o a la segunda fase (prescriptibilidad o prescripción)? No hay duda en cuanto a la primera, pero respecto de la segunda, cabe al menos analizar si la base de la disposición que establece la irrepetibilidad del “pago indebido” de deuda prescrita se mantiene (si la deuda existió y el acreedor quedó insatisfecho, el razonamiento por el que se concluye que el ordenamiento opta por no revertir desplazamientos patrimoniales realizados con una intención calificada socialmente como positiva no se altera).

6. ¿ES FACTIBLE DEMANDAR LA DECLARACIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA?

Para muchos la declaración de prescripción extintiva puede ser objeto de demanda (declarativa). En el Perú no hay disposición sobre el particular, encontrándose regulada únicamente la posibilidad de alegarla vía excepción procesal, lo que no supone su prohibición.

En Colombia (norma vigente desde 2002) se establece que tanto la prescripción adquisitiva como la extintiva. Podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella”. Para algunos esta norma modificó la regla anterior, por la que solamente podía invocarse por medio de una excepción procesal; para otros esta disposición únicamente aclaró la regla, siendo de carácter interpretativo.

Personalmente suscribo la posición que considere que la regulación del modo de proponer la prescripción extintiva como defensa de forma (excepción procesal), no significa que el deudor esté impedido de optar por completar (pasar a la segunda fase) la prescripción ya ganada por medio de un proceso que culmine con sentencia declarativa y, de esa manera, culminar su situación de incertidumbre respecto de cuándo liberarse de una deuda cuya cobranza no se inicia (y que inclusive podría estar registrada en Infocorp).

7. UN CASO INSÓLITO

Hubo un caso (real) en el que se solicitó la declaración de prescripción de las pretensiones cambiarias y causales derivadas de un pagaré. Admitida a trámite la demanda, el demandado (acreedor) dedujo excepción de prescripción extintiva respecto de la pretensión de declaración de prescripción de la pretensión cambiaria.

En mi opinión, la pretensión de la demanda (de declaración de prescripción extintiva) es imprescriptible, por ende, no cabe siquiera tramitar

la excepción de prescripción respecto de dicha pretensión (debe declararse improcedente la excepción).

Tramitar (la excepción) conllevará a considerar la posibilidad de declararla fundada y, de ser así, la prescripción de la pretensión de declaración de prescripción convertiría el crédito en imprescriptible, algo así como decir que la prescripción prescribe.

Así, "el titular del crédito podría demandar el pago y cuando el deudor deduzca la excepción de prescripción, podría absolver el traslado (el acreedor) alegando que al haber prescrito la pretensión de que se declare la prescripción, igualmente ha prescrito la excepción (tienen el mismo contenido), con lo cual, contrariamente a los conceptos más básicos, el paso de un tiempo X produce la prescripción extintiva, pero el paso de un tiempo 2X haría que resucite la pretensión prescrita y así sucesivamente, lo que llega a ser delirante"¹⁹.

Volviendo al origen y finalidad de la figura: la prescripción se funda en el transcurso del tiempo, y justamente mientras más tiempo pasa, más se consolida.

De ese modo, por ejemplo, si en la prescripción adquisitiva (uno de cuyos fundamentos es que busca asignar el bien a quien le de un uso más eficiente) el poseedor viene poseyendo del bien 40 años, no cabría que la parte demandada deduzca excepción de prescripción, alegando que el demandante adquirió el derecho a los 10 años y que por tanto su derecho de demandar la usucapión prescribió 10 años después: por el contrario, mientras más tiempo ha pasado, se entiende que ha sido mayor la desidia del titular del bien y por tanto con mayor razón (si cabe) el demandante habría adquirido el derecho por prescripción.

Similar lógica es de aplicación en la prescripción extintiva: si un acreedor no procuró cobrar en 10 años, peor aún si no lo hizo en un tiempo mayor.

Por ello, si un acreedor ejerciera su derecho de exigir el pago de una obligación a su deudor después de 10 años, la excepción de prescripción que éste le deduzca sería amparada; si lo hiciera a los 20 años, también lo sería (con mayor razón).

¹⁹ GARRIDO CABRERA, Hugo. Comentario sobre el supuesto del Planteamiento de una excepción de prescripción extintiva respecto de una pretensión de declaración de prescripción extintiva).

CAPÍTULO VI
DERECHO COMERCIAL

La naturaleza jurídica del contrato de compraventa de la empresa

ALONSO MORALES ACOSTA (*)

SUMARIO: 1. Introducción 2. La empresa como bien 3. Distinguiendo al empresario, la empresa y el fondo empresarial. 4. La transferencia definitiva de la empresa 5. Características del contrato de compraventa 6. Carácter atípico del contrato 7. Título y modo 8. Conclusiones.

Recuerdo que entre los años 1982 y 1983 cuando joven practicante en el estudio Luis Echeopar García, Manolo (como así nos pidió que le dijéramos, pues además era el jefe de practicantes) me pidió que le hiciera seguimiento a los procesos de los ingenios azucareros contra el Estado (que en aquella época pedían la nulidad o reversión de la expropiación); Manolo me pidió que siguiera el proceso y que revisara los argumentos de fondo (seguro con el afán que aprendiera); y con la espontánea y juvenil vanidad atrevida de un estudiante universitario engreído por uno de los mejores juristas del Perú, le dije: *“te felicito Manolo, brillante tu escrito, lo has hecho muy bien”*.

Él, pudo haber simplemente ignorado aquel desliz o simpático comentario de su practicante, sin embargo en medio de la humildad que siempre lo caracterizó (y en particular por el enorme respeto que sentía por la opinión de los demás) se sonrió con un profundo agradecimiento por la aprobación de quien se había dado el trabajo de leer sus escritos.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por finalidad desarrollar la naturaleza jurídica del denominado “contrato de compraventa de empresa”, el cual produce la transferencia definitiva de una “unidad de producción”. Para ello, partiremos

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en las Cátedras de “Derecho Comercial I”, y “Tutela del Consumidor”. Abogado del Estudio Torres y Torres Lara Abogados Asociados. Ex Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI.

por definir puntualmente lo que sería el bien objeto de venta: la empresa, con el objeto de apreciar si su complejidad admite el uso pacífico de esta figura (la compraventa) o más bien le exige adaptaciones, modificaciones o complementaciones con otras figuras jurídicas derivando en un contrato atípico.

2. LA EMPRESA COMO BIEN

En ese orden de ideas, antes de entrar a una explicación detallada de nuestro concepto de empresa, debemos primero señalar el concepto de bien y sus requisitos:

El concepto técnico de bienes apunta a “todo derecho con valor de cambio o con valor de uso, que tengan idoneidad para satisfacer intereses humanos”¹.

Sobre el particular TORRES MÉNDEZ señala [...] los requisitos para saber qué bienes pueden venderse o pueden ser materia de una compraventa, jurídicamente se determina a través de la comprobación de tres requisitos o condiciones que debe cumplir o reunir el bien:

- 2.1. Existencia o posibilidad de existencia.
- 2.2. Determinado o determinable.
- 2.3. Posibilidad de tráfico jurídico.

En síntesis, será un bien aquello que teniendo existencia o posibilidad de existencia puede ser determinado o determinable y, siendo susceptible de valorización, el ordenamiento jurídico y su naturaleza permiten que sea susceptible de relaciones jurídicas (vale decir de titularidades privadas y transacciones comerciales).

Dicho esto veamos nuestro concepto de la empresa. Esto es: *la organización de los recursos de capital y trabajo destinados a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad*. Lo cual en buena cuenta es determinado por el mercado². Resulta valioso descomponer los elementos y características del concepto de empresa con el fin de apreciar si se puede explicar de otro modo en el plano de las categorías jurídicas.

En ese sentido se pueden resaltar los siguientes aspectos:

- Está integrada por capital y trabajo, lo cual se traduce en elementos corporales (cosas), incorporales (intangibles, créditos, servicios). Estos tienen la naturaleza de bienes y se incorporan al patrimonio mediante relaciones jurídicas. (activos y pasivos). Vale decir se trata de una universalidad de

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, Ed. Bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1995, p.191.

² Los proveedores ofrecen aquello que demandan los consumidores, que son lo que con sus decisiones de consumo determinan qué, cómo, cuanto y para quién se va a producir.

bienes de variada naturaleza y alcances, conformando relaciones activas y pasivas.

- Se trata de una unidad económica organizada (capital y trabajo organizado) usualmente conocida como “unidad de producción”.
- Tiene una finalidad: producir, distribuir o prestar servicios necesarios para la comunidad.
- Tiene autonomía económica o financiera fáctica, lo que la distingue como “unidad de producción”. Ello es particularmente claro cuando se trata de una persona natural o jurídica que conduce diversas “unidades económicas organizadas” claramente distinguibles por su actividad, línea de producción y autonomía financiera.

Así, por ejemplo: podría darse la situación de un empresario que tiene una “unidad económica organizada” para electrodomésticos, otra para línea “blanca” (cocina) y una de automóviles. En ese caso se puede visualizar a un empresario con varias empresas.

En nuestra opinión todos estos aspectos pueden sintetizarse en dos elementos del concepto de empresa que son:

- Organización: elemento dinámico y cambiante que se posee en el patrimonio, a través de los elementos (derechos y obligaciones) en que se descompone para poder obtener el máximo provecho de dichos recursos; cuando se “compra” una empresa, en buena cuenta lo que se desea es adquirir no sólo la “organización objetivada” en sus respectivos elementos patrimoniales, sino también esa “capacidad organizativa” que se renueva e innova en dichos elementos y,
- Patrimonio: En este punto, cabe distinguir dos posiciones en la doctrina:
 - Las que consideran que el patrimonio está constituido sólo por bienes y,
 - Aquéllas que consideran que se encuentra comprendido por “bienes y cargas”, “derechos y obligaciones” o, mejor dicho, relaciones jurídicas tanto en su lado activo como pasivo.

Nosotros, siguiendo la doctrina moderna nos hemos inclinado, como puede apreciarse en este trabajo, por aquélla que comprende “derechos y obligaciones”; lo cual lleva a considerarlo indudablemente -a este patrimonio organizado y afectado a un fin económico- como un bien complejo para efectos de su transferencia.

En conclusión, conceptualmente, la empresa es la organización de los diversos recursos provenientes del capital y del trabajo que se encuentra orientada a la producción, distribución o prestación de bienes o servicios

destinados a la satisfacción de intereses y necesidades de las personas. Este es, en buena cuenta, el concepto económico y jurídico de la misma.

Su naturaleza jurídica puede encontrarse en dos categorías, una especial y una más general. La más específica es la de “patrimonio organizado”, vale decir, la organización que recae sobre un patrimonio afectado a un fin económico, y una categoría más general, la de “bien complejo”, pero un “bien” que, no obstante englobar una universalidad de bienes en relaciones activas y pasivas, permite su titularidad y tráfico como una “unidad”.

3. DISTINGUIENDO AL EMPRESARIO, LA EMPRESA Y EL FONDO EMPRESARIAL

Si elaboramos una lista de labores que una persona natural o jurídica debe ejecutar para dar inicio a una determinada actividad empresarial, podemos apreciar que lo primero que hace es reunir y organizar una serie de elementos (mediante relaciones jurídicas) que le van a permitir realizar la actividad que se ha propuesto, por ejemplo: alquilar un local, registrar marcas, comprar maquinarias, equipos, insumos o mercaderías, herramientas, obtener licencias, hacer publicidad, etc., dependiendo de cuál sea la actividad a la que se va a dedicar.

Todos estos elementos luego de organizados, se ponen en marcha convirtiéndolos en una empresa generadora de una actividad económica de producción, comercialización y prestación de bienes o servicios.

En síntesis, este proceso creativo y ejecutivo, es conocido como la organización del fondo empresarial, que puede ser definido como el conjunto de elementos organizados por una persona natural o jurídica, que sirve de instrumento para llevar a cabo la actividad empresarial deseada y que, en la doctrina y legislación extranjera es por algunos identificado con algunas figuras afines como: “fondo de comercio”, “establecimiento de comercio” o “hacienda mercantil”. En conclusión se trata del elemento patrimonial organizado que se configura en “unidad de producción”

No podemos dejar de mencionar al empresario que es la persona natural o jurídica encargada de reunir y organizar los elementos necesarios que conforman el fondo empresarial, así como la correcta explotación del mismo, es decir, es considerado empresario aquel que explota y pone en marcha un fondo empresarial.

En ese orden de ideas, son empresarios: las personas naturales, las sociedades anónimas, colectivas, comerciales de responsabilidad limitada y la empresa individual de responsabilidad limitada. De otro lado, debemos precisar que no se puede confundir o considerar como sinónimos: “fondo empresarial y empresa”, ya que, si bien están profundamente relacionados,

la empresa es la organización de los recursos de capital y trabajo destinada a la producción, distribución, o prestación de bienes o servicios valiosos para la comunidad, es decir, es el fondo empresarial puesto en marcha por el empresario.

En otras palabras, el fondo empresarial es el elemento patrimonial³, pero no representado de cualquier manera, sino ordenado, organizado o dispuesto y listo para funcionar; cuando a este “elemento patrimonial” listo para funcionar se le pone en marcha y se inician las operaciones, tenemos a la “empresa”: unidad de producción o comunidad de personas operando, produciendo, comercializando, generando clientela, flujos de caja, etc.

4. LA TRANSFERENCIA DEFINITIVA DE LA EMPRESA

Ahora bien, en relación con la transferencia definitiva de empresas, ésta se puede dar de dos formas: a) adquiriendo un fondo empresarial en actividad o b) adquiriendo las acciones o participaciones de la persona jurídica titular de la empresa, en general en ambos casos ello alude a la adquisición de activos y pasivos.

De ello podemos derivar dos modalidades:

- 4.1. La transferencia de empresa como bien: se adquiere exclusivamente el fondo empresarial en actividad, ello es considerado como una transferencia directa de empresa, vale decir, se transfiere la empresa (patrimonio organizado) a cambio de dinero.
- 4.2. La transmisión de empresa a través de acciones: bajo esta modalidad la empresa es adquirida en forma indirecta, a través de acciones o participaciones de la sociedad. Sobre el particular también existen diferentes formas contenidas en la Ley General de Sociedades (en adelante LGS):

- **Fusión por constitución:** Art. 344 inc. 1 LGS, se entiende como la fusión de dos o más sociedades para constituir una nueva sociedad incorporante lo que origina la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas y la transmisión en bloque, y a título universal de sus patrimonios a la nueva sociedad.

Obviamente esos patrimonios organizados y en marcha son las empresas que se transfieren para reorganizarse e integrarse a una unidad de producción mayor, o simplemente para mantenerse independientes (bajo una sola personalidad jurídica) aprovechando sus sinergias.

³ Sobre el fondo empresarial, véase a: TEJADA ÁLVAREZ, María Isabel. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 47, Lima, Asesorandina, 1997.

- **Fusión por absorción:** Artículo 344 inc. 2 LGS, es la absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente lo que origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

Al igual que en la figura anterior hay una transferencia de empresas a una persona jurídica, con la variante que ésta es una sociedad preexistente y participa del proceso de fusión.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente.

- **Escisión por división:** Artículo 367 inc. 1 LGS, se entiende como la división de la totalidad del patrimonio de una sociedad en dos o más bloques patrimoniales, que son transferidos a nuevas sociedades o absorbidos por sociedades ya existentes o ambas cosas a la vez. Esta forma de escisión produce la extinción de la sociedad escindida.

Obviamente, para el caso cada uno de estos bloques patrimoniales (antes de su traspaso) es organizado como una “unidad de estratégica de negocios” o “unidad de producción autónoma”, que es transferida como tal (una “empresa”) a la sociedad beneficiaria.

- **Escisión por segregación:** Artículo 367 inc. 2 LGS, es la segregación de uno o más bloques patrimoniales de una sociedad que no se extingue y que los transfiere a una o más sociedades nuevas, o son absorbidos por sociedades existentes o ambas cosas a la vez. La sociedad escindida ajusta su capital o patrimonio neto en el monto correspondiente.

En este caso, al igual que el anterior será objeto de segregación una “unidad estratégica de negocios” (o empresa) sólo que la sociedad escindida no se extingue al quedarse con una parte de su patrimonio, ya que este debe contar con los elementos suficientes para continuar como una “unidad de producción” o empresa en marcha, justificando así la continuidad de la sociedad.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades escindidas reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nuevas sociedades o sociedades absorbentes.

- **Reorganización simple:** (falsa escisión) Artículo 391 LGS, se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes,

recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

En este caso, el proceso y la transferencia de empresas es similar a la escisión sólo que tiene la naturaleza de un aporte bajo el marco de un proceso de reorganización societaria.

Finalmente, una característica de la denominada transferencia de empresa o transmisión definitiva, es el hecho que el “vendedor” se obliga a transferir en forma definitiva todo aquello, que permita al “comprador” continuar en condiciones similares el negocio que conducía, así como la decisión de no retomar la operación de la empresa en un cierto plazo.

Esta característica es exigible sea que la transferencia de empresas derive directamente de una compraventa o de alguna otra forma de transmisión mediante reorganización societaria.

5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

En este capítulo nos circunscribiremos a analizar la transferencia definitiva y directa de la empresa, vale decir, aquel supuesto en el que el patrimonio organizado y puesto en marcha o una parte del mismo (sin dejar de tener la naturaleza de empresa) es transferido como un bien sin insertarse en el proceso de una reorganización societaria o de una transferencia de acciones.

Sobre el particular conviene analizar si la figura de la compraventa es el contrato o instrumento más adecuado para lograr el tráfico jurídico de la empresa, así como lo es en:

- El Código de Comercio de Costa Rica⁴.
- El Código de Comercio Francés⁵.

Al respecto, el Artículo 1529 del Código Civil Peruano define al contrato de compraventa de la siguiente manera:

“Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero”.

DE LA PUENTE Y LAVALLE señala que: “existen dos maneras de entender la compraventa. Una de ellas es usando el sistema de “separación del contrato”, que requiere para la transmisión de la propiedad por compraventa que el contrato obligacional de compraventa vaya unido a un contrato real de transmisión de la propiedad. Y la otra forma es de acuerdo al sistema de

⁴ Véase Capítulo III Título I del Libro II del Código de Comercio de Costa Rica.

⁵ Véase Capítulo I Título IV del Libro I del Código de Comercio Francés, (donde se hace referencia a la venta del fondo de comercio).

la “unidad de contrato”, según el cual el acuerdo para la transmisión de la propiedad está contenido en el contrato de transferencia”⁶.

El contrato de compraventa de empresa concebido por el derecho mercantil es un medio o vehículo no sólo para transferir un derecho real de propiedad, sino para transferir, sin excepción todos los elementos y bienes que componen la empresa sean corporales o incorporales. Obviamente no todos estos pueden ser objeto de un derecho real de propiedad.

En cambio en nuestro sistema contractual la compraventa sirve para transferir el derecho real de propiedad, como lo describe De la Puente y Lavalle y también un clásico del derecho civil como LEÓN BARANDIARÁN, cuando en su comentario del Código Civil de 1936 dice: “el contrato de compraventa importa un acto de disposición, en cuanto el objetivo de aquél es una transferencia dominica, en el sentido que el comprador venga a ser el nuevo dueño de la cosa, que deja de ser propiedad del anterior dueño, por lo común el vendedor, o un tercero, desde que se admite la venta de cosa ajena”⁷.

Ahora bien, son características de todo contrato de compraventa las siguientes:

- 5.1. **Es consensual**, ya que para la existencia de todo contrato resulta necesario el consentimiento (acuerdo de voluntades), es decir, no hay contrato donde no hubo propiamente un acuerdo de voluntades. Lo cual se encuentra expresamente reconocido en el artículo 1351 del Código Civil⁸, a diferencia del Código Civil de 1936 donde los contratos de mutuo y comodato eran considerados contratos reales, ya que no era relevante el acuerdo de voluntades para la transferencia del bien, sino la efectiva transferencia del mismo.
- 5.2. **Oneroso**, ya que, implica la afectación económica del bien, lo cual dista del contrato de permuta donde si bien también se transfiere en propiedad un bien, este es a cambio de otro bien⁹.
- 5.3. Tiene naturaleza **conmutativa**, dado que las partes saben cuáles son los alcances y derechos que les corresponden.

Finalmente, es un contrato **principal**, vale decir, que no necesita de ningún otro para tener vida y producir sus efectos.

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel “Comentario al artículo 1529”, en *Código Civil Comentado*, Tomo VII, Editorial Gaceta jurídica, Lima, 2006, p. 18.

⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo V, Editorial Walter Gutiérrez, Lima, 1992, p. 15.

⁸ Artículo 1351, Código Civil Peruano.

⁹ Artículo 1602, Código Civil Peruano.

Como puede apreciarse la doctrina peruana es pacífica y considera que compraventa es un instrumento jurídico para transferir derechos reales de propiedad sobre bienes corporales. Noción desde luego limitante para el tráfico jurídico de la empresa puesto que ésta es un bien complejo que puede apreciarse como una constelación o universalidad de derechos y cada derecho -visto en singular- puede ser diferente a otro pues puede consistir en prestaciones de dar, hacer e incluso no hacer; obviamente no todas susceptibles de ser transferidas mediante un contrato de compraventa (tipificado para el tráfico jurídico de derechos de propiedad sobre cosas).

Esto es un argumento suficiente para sostener que la tipicidad de la denominada compraventa de empresa es diferente a la tipicidad de la compraventa de nuestro Código Civil. Sin embargo, habría que agregar algunos elementos adicionales que caracterizan a la compraventa de empresa según el derecho comparado y que acentúan su atipicidad. Estas son: "El pacto de no concurrencia" (por el cual el transferente en base a hecho propio, no perjudica el valor del bien transferente); así como la posibilidad de transferir pasivos (deudas, cargas, y gravámenes).

En conclusión nuestra apreciación preliminar es que este es un contrato atípico, por lo que sólo nos quedaría preguntarnos ¿Qué clase de contrato atípico es?

6. CARÁCTER ATÍPICO DEL CONTRATO

Existe una razón económica que fundamenta la elección de un tipo contractual, sea una compraventa, una dación en pago, una transacción, un arrendamiento, un depósito o un comodato, y ella es la satisfacción de necesidades existentes. Es así que una de estas opciones permite formalizar el acuerdo al que han arribado las partes que quieren cambiar algo en el mercado.

Esta modalidad de cooperación privada es canalizada por los operadores del derecho (abogados y juristas) hacia alguna de las figuras cristalizadas en la ley, se trata de seleccionar aquel contrato tipificado por el legislador, justamente para facilitar su celebración y el cambio en el mercado; en la seguridad que ello aliviará los costos de transacción y hará previsibles los efectos y consecuencias que derivan del acto jurídico elegido.

La razón económica que caracteriza a un contrato distinguiéndolo de otro se denomina causa objetiva, por ejemplo, si deseo un acuerdo para transferir la propiedad de un bien a cambio de una suma de dinero me encontraré ante un compraventa, si deseo cambiar un bien por otro bien (no dinerario) me encontraré ante una permuta, si deseo facilitar o entregar en uso un bien me encontraré ante un arrendamiento (si es a título oneroso) o un comodato (si es a título gratuito).

En el Código Civil peruano todos los contratos típicos y atípicos se sujetan a las disposiciones generales de contratación (normas sobre celebración del contrato, sobre contratos con prestaciones recíprocas o autónomas, contratos preparatorios, lesión, excesiva onerosidad de la prestación, saneamiento, etc.), naturalmente los denominados contratos típicos, además, se sujetan a sus normas particulares, lo que no sucede con los atípicos pues se caracterizan por carecer de las mismas.

En efecto el artículo 1353 de nuestro Código Civil prescribe lo siguiente:

“Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.”

Cabe precisar que cuando nos referimos a la causa objetiva no excluimos la existencia de la causa subjetiva en cada contrato, lo que sucede es que sólo importa para efectos de tipificar (cristalizar normativamente) aquella razón de ser general, que tienen en común todos los contratos del mismo tipo.

Por su parte, FRANCESCO MESSINEO explica: “Se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados que están dotados de una causa típica que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados”¹⁰.

Sobre la tipicidad, DIEZ-PICAZO sostiene que “[...] son atípicos aquellos contratos que carecen de reconocimiento legal y de disciplina normativa y son típicos aquellos para los cuales existe en la ley una disciplina normativa”¹¹.

Asimismo menciona que “el contrato atípico presenta el problema de la normativa que le debe ser aplicada, cuya solución pasa necesariamente, como en cualquier supuesto contractual, por la previa fijación del fin u objeto que los contratantes han perseguido con su celebración. [...] serán decisivos, por tanto, los pactos establecidos por los contratantes, y en lo no previsto por ellos los usos y la ley, además de la buena fe”.

Siendo, ello así lo que distingue a los contratos típicos de los atípicos, es que aquellos, por su uso reiterado, se les ha consagrado una regulación que tipifica su causa objetiva y se traduce en una normatividad más o me-

¹⁰ MESSINEO, FRANCESCO, *Manual de Derecho Civil y Comercial: derecho de las obligaciones parte general*, Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo IV, p. 450.

¹¹ DIEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol.1, Madrid: TECNOS, 1988, p. 38-253.

nos extensa, dependiendo de la complejidad y problemática que muestra la práctica con ocasión de la negociación, celebración, ejecución del contrato o disolución del mismo.

Dicho esto procederemos a hacer una clasificación doctrinaria de los contratos atípicos:

- **Contratos mixtos o complejos.**- Son contratos en los cuales figuran elementos de tipos contractuales diversos, son contratos distintos pues cada uno tiene su causa distinta y autosuficiente.

Siguiendo a MORALES HERVÍAS¹² decimos que los contratos mixtos o complejos constituyen una disciplina unitaria de uno o de otro. Esta disciplina se determinará por la preponderancia de las diferentes funciones de una o de otra figura contractual: es una unificación de actos, porque la pluralidad se combina con la unidad.

- **Contratos coligados o conexos.**- Sobre los contratos conexos, BIANCA¹³ asevera “que en general más contratos se dicen conexos en cuanto subsiste entre ellos un nexo de interdependencia.

La conexidad es voluntaria cuando es prevista específicamente, cuando aquella resulta del preciso propósito de las partes de subordinar la suerte de un contrato a aquélla del otro, y sería funcional cuando resulta de la unidad de la función perseguida, o sea cuando varias relaciones contractuales tienden a realizar un fin práctico unitario. En tal caso, las relaciones persiguen un interés inmediato que es instrumental respecto al interés final de la operación”.

Por consiguiente, el contrato mixto se manifiesta a nivel de supuesto de hecho, vale decir, de individualización del tipo, como producto de la fusión de esquemas típicos diversos, mientras la conexidad comercial se expresa a nivel funcional, poniendo en relación e influenciando las relaciones jurídicas que nacen de los particulares contratos, los cuales están y quedan tipológicamente y causalmente autónomos y distintos pero válidos por un fin práctico unitario.

En nuestra opinión, los contratos de compraventa de empresas, son contratos atípicos y coligados, esto en base al dato de la realidad que permite observar una sola voluntad de transferir una empresa (“fin práctico unitario”) a través de varios contratos típicos (por ejemplo: compraventa de mercadería, licencia de marca, cesión de derechos sobre la base de datos de proveedores y

¹² MORALES HERVÍAS, Rómulo, *Contribución a la teoría de los contratos conexos*, en Derecho y Sociedad, Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Años XIII, N° 19, Lima, 2002, p. 124.

¹³ BIANCA, C. Massimo, *El contrato*, Traducido por Fernando Hinostroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007 Vol. III, p. 454

clientes, subarrendamiento de local comercial, cesión de derecho de patente, cesión de posición contractual de contrato de trabajo, etc.).

7. TÍTULO Y MODO

En el Derecho romano la propiedad se adquiría por un acto formal de atribución o por una justa apropiación posesoria, siendo el modo más típico de la época clásica la *traditio* que estaba integrada por:

- Un elemento formal: la entrega de la cosa o corpus.
- Un elemento subjetivo: la intención de adquirir y transmitir el dominio.
- Un elemento jurídico: la justa causa de la tradición, esto es que se hiciera en virtud de un contrato anterior.

Esta justa causa justificada por el negocio jurídico precedente y que servía de base a la tradición, sólo originaba la posibilidad de que la transmisión de la propiedad se efectuase, denominándose a este negocio “título” y más bien “modo” a la tradición que producía efectivamente la transmisión y consiguiente adquisición de la propiedad.

Como menciona LORENZETTI “la compraventa tiene un efecto obligacional, es decir, causa la obligación de transmitir el dominio; su celebración no produce el efecto jurídico real de la transmisión de la propiedad, sino que es un título que junto al modo produce el efecto traslativo. [...] de tal manera, el modo es el que sirve inmediatamente para la transmisión de dominio, mientras que el título es un acto que explica y justifica el modo”¹⁴.

En consecuencia, el título sería el acto que justifica el modo, mientras que el modo es el efecto práctico que produce la transmisión del derecho. Por ejemplo: la transferencia de bienes muebles en el sistema peruano obliga a la existencia de un título, que puede ser una compraventa, una permuta, una donación o un mutuo (para bienes fungibles) y a la existencia de un modo “la tradición” de la cosa.

DÍEZ PICAZO afirma que “se entiende entregada la cosa, cuando la cosa vendida se ponga en poder y posesión del comprador. No obstante, la entrega real no es más que uno de los modos de cumplir el vendedor con su obligación”¹⁵.

Asimismo, RUBIO GARRIDO señala “la traditio para tener pleno sentido, debe consistir en la creación de un signo de reconocibilidad para los terceros”¹⁶.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Tratado de los contratos*, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, Buenos Aires, 1999, p. 190.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Op. Cit., p. 289.

¹⁶ RUBIO GARRIDO, Tomas, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Cometa, Zaragoza, 1993, p. 122.

En el contrato de compraventa, se determina que la *obligación de transferir*, implica el nacimiento de la obligación, más no ejecución inmediata de la misma, esto es la entrega (modo) del bien materia de una compraventa; sin embargo debemos tener en cuenta que el acto de transferencia (modo), puede darse (cronológicamente hablando) al mismo tiempo de celebrado el contrato de compraventa, vale decir; el título. Esto sin perjudicar la naturaleza del propio contrato.

Ahora bien, a efectos de graficar una venta de negocio en conjunto, imaginemos que Pinturas Morales SAC recibe una oferta oficial de su directo competidor Miranda Colors SAC a efectos de que le sea vendido todo el negocio en su conjunto.

En principio la transferencia del negocio (“la empresa”), comprendería los siguientes elementos esenciales, tanto:

- De carácter material: derechos sobre los terrenos, maquinarias, insumos, equipos, etc.
- De carácter inmaterial: la llamada organización conseguida por el empresario que incluye el prestigio, clientela conseguida, expectativas de ganancia, las marcas, signos distintivos, el know how , y todos aquellos elementos que agregan valor al conjunto patrimonial.

Esta empresa, integrada por elementos materiales e inmateriales, es considerada como un todo, que se potencia y adquiere una plusvalía en virtud de los distintos elementos homogéneos y heterogéneos que la componen.

Así, la transferencia de esta unidad de la empresa determina la unidad del contrato de compraventa.

Un apunte final es que, dado que hay varios bienes singulares que conforman este “bien complejo”, que es la empresa, cada uno puede tener su propio modo a verificar para completar la transferencia de la empresa. Por ejemplo: si la compraventa de empresa obliga a la transmisión del derecho en su plenitud o en sólo algunos de sus atributos ello se cumple a través de una serie de modos: la sola obligación de entregar (propiedad de inmuebles), la entrega misma (derechos sobre muebles y otros sobre inmuebles), el endoso más entrega (títulos valores a la orden) o la cesión de derechos (para créditos o intangibles).

Lo natural es sostener que la denominada “propiedad” o mejor dicho “titularidad de la empresa” adquirida con carácter exclusivo y definitivo se habrá completado o consolidado, con el modo correspondiente al último bien adquirido y que integra dicha universalidad.

8. CONCLUSIONES

Después de todo lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. La empresa es un bien complejo, se trata de un patrimonio organizado y por tanto compuesto por una serie de bienes que manteniendo su singularidad se hallan en su activo, sin perjuicio de las cargas o pasivos que son su contrapartida.
2. La empresa puede ser transferida en forma directa como un bien complejo o mediante la titularidad de acciones o participaciones de la persona jurídica que actúa como empresario (generalmente sociedad).
3. El contrato de transmisión definitiva de empresa denominado por el Derecho Comparado como “compraventa de empresa”, es en nuestro sistema jurídico un contrato atípico y se clasifica entre los contratos coligados o conexos, vale decir, se le aprecia como varios contratos interdependientes que buscan como resultado un “fin práctico unitario”: transferir una organización patrimonial orientada hacia un fin económico determinado.
4. En la clasificación tradicional de título y modo, el título (denominado “compraventa de empresa” por la doctrina) es un contrato atípico que integra varios contratos definitivos, que si bien son singulares están coligados y orientados hacia un fin común; más bien el modo está compuesto por cada uno de los actos que producen un efecto traslativo de los derechos corporales o incorporales propios del ordenamiento jurídico.

Problemática sobre el principio de proporcionalidad del capital frente al derecho de voto en las sociedades anónimas

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos de los accionistas. 3. Los derechos individuales del accionista. 4. Clases de acciones. 5. El derecho de voto y sus variables doctrinarias. 6. Nueva regulación en el derecho español sobre el derecho de voto y el principio de la proporcionalidad. 7. La aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho europeo. 8. Mecanismos de alteración de la proporcionalidad entre el capital y el voto. 9. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

Se nos ha solicitado un artículo para el Libro Homenaje para el doctor Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, y gustosamente hemos aceptado, pues, reconocemos su trayectoria docente, su abundante labor de investigación jurídica, su obra escrita que contribuyó a nuestra formación jurídica y su impecable desempeño como abogado y socio del Estudio Echeconpar.

Como ya lo hemos resaltado en anteriores artículos, la doctrina del Derecho Societario en forma prácticamente unánime, explica la naturaleza jurídica de las acciones de las sociedades anónimas, mediante el reconocimiento de la concurrencia de tres diferentes acepciones o conceptos que necesariamente se deben confundir en uno solo, produciéndose una suerte de simbiosis.

Tales acepciones sobre la naturaleza jurídica de las acciones son: a) La acción como parte alícuota del capital social, acepción que en nuestro ordenamiento legal societario está ratificada en el artículo 82 de la Ley General de Sociedades N° 26887, en adelante simplemente LGS, en razón a que el capital social

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados.

forzosamente está dividido en acciones, las cuales tienen un valor aritmético, siendo submúltiplos de la cifra de capital social. b) La acción como concesoria del status de accionista, de la cual se generan un conjunto de derechos y obligaciones, condición que está expresada en un documento denominado certificado de acciones, o en anotaciones en cuenta, y que gracias a dicho status, se inicia una relación jurídica bilateral con la sociedad. c) La acción como título valor y como bien mueble representativo de los derechos del accionista, y que por tal razón, es un instrumento circulatorio y/o documento que es a la vez prueba y certificado de la condición de accionista, y de los derechos que le corresponden.

Ahora bien, en el artículo 82° de la LGS, al definir a las acciones se señala que éstas representan partes alícuotas del capital social, y que todas tienen forzosamente el mismo valor nominal, lo cual significa de un lado que no pueden coexistir dentro de una misma sociedad anónima, acciones de diferente valor nominal, aunque sean de distintas clases, las que se pueden diferenciar unas de otras, o bien por el contenido de derechos o bien por el contenido de sus obligaciones, pero no por su valor nominal, y de otro lado, que tampoco pueden existir acciones sin valor nominal, como puede suceder en el derecho norteamericano. En consideración a lo expuesto, es una norma imperativa de observancia obligatoria que desde la constitución de la sociedad, se fije el valor nominal de las acciones, de forma tal que la suma del valor nominal de todas las acciones, cualesquiera que fuera su clase, y por ser partes alícuotas matemáticamente exactas, constituyan el capital social.

La forma como se ha regulado el valor nominal de las acciones en el artículo 82° de la LGS, con un valor nominal único, difiere de la ley anterior ya derogada, la que en su artículo 105° establecía, siguiendo el ejemplo de la Ley de Sociedades Anónimas Española de 1951, que podían existir clases de acciones que se diferenciaban o por el valor nominal, o por el contenido de derechos o por ambas cosas a la vez. Las razones del cambio de regulación son comentadas por Elías Laroza¹ señalando que “dos han sido los argumentos que determinaron la adopción del cambio por la Comisión Reformadora. El primero, la aplicación práctica de la LGS anterior, demostró en muchos casos la confusión generada por el establecimiento de diversos valores nominales en distintas clases de acciones de la misma sociedad, que originó conflictos en torno al dividendo por acción y a la desproporción en el voto entre otros temas. El segundo, la interpretación de que esta posibilidad genera una forma indirecta de voto plural. En suma las disposiciones de la nueva ley no admiten

¹ ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario Peruano, Tomo I, Editora Normas Legales, Trujillo-Perú, Primera Edición, año 1999, p. 200.

duda en cuanto a la exigencia de la igualdad del valor nominal para todas las acciones de la sociedad, sin excepción alguna”.

Como ya hemos comentado, el valor nominal de las acciones está directamente vinculado con el capital social, y son los fundadores quienes deciden cómo está dividido y representado en partes alícuotas matemáticamente exactas, y cuál es el valor nominal de las acciones, valor que puede ser una cifra numérica, o un porcentaje o cuota concreta que permita determinarlo. Ahora bien, frente al valor nominal, está el valor real de las acciones o valor en libros, que es el que resulta de dividir el “patrimonio neto” entre el número de acciones, así como el valor de mercado, que es el que resulta de dividir el “valor empresa”² entre el número de acciones, y también el valor de cotización para las acciones cotizables en bolsa, que es el promedio de las transacciones en un día o periodo determinado, producto de la oferta y la demanda.

Sin perder de vista las precisiones que hace el artículo 82 anteriormente comentado, en el artículo 55 de la LGS, referido al contenido que obligatoriamente debe contener el estatuto de una sociedad anónima, se establece en su inciso c) que debe señalarse cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, entendiéndose claro está, como ya hemos resaltado, que todas tienen el mismo valor nominal, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor, y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales. Ahora bien, ésta disposición normativa parte sin embargo del postulado categórico establecido en el artículo 82, en la cual el mismo valor nominal de cada acción, da derecho a un voto, con la excepción prevista en el artículo 164 que está referida a la elección del directorio por el sistema del voto acumulativo y las demás contempladas en la ley, (que en realidad es solo una, y que no es otra que las acciones sin derecho a voto reguladas en el artículo 96 de la LGS).

En consideración a lo expuesto, la ecuación fundamental en una sociedad anónima, en el caso de nuestro país, es que cada acción, da derecho a un voto, siendo ésta la regla uniforme y constante, pero como toda regla tiene sus excepciones, la primera es la referida al mecanismo para elegir al directorio con participación de la minoría, conocido como el sistema del voto acumulativo, y que está regulado en el artículo 164 de la LGS, por el cual cada acción, da derecho a tantos votos como número de directores tienen que elegirse (si hay que elegir nueve directores, cada acción que se tenga da derecho a nueve votos), siendo una forma de voto plural o múltiple, pero al fin ya al cabo es

² Sobre este tema, ver artículo del autor en “*Derecho Comercial*”, Tomo IX, Temas Societarios, primera edición, noviembre del 2009, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Perú, pp. 43-57.

un derecho que se otorga a todas las acciones por igual, sin quebrantar la proporcionalidad, y permitiéndole además a los accionistas que acumulen sus votos resultantes en un determinado candidato, y permitir con ello, una integración del directorio con participación de la minoría organizada, y la segunda es el caso de las acciones sin derecho a voto que integran una clase especial de acciones diferenciadas por el contenido de derechos, las cuales, en ningún caso pueden ejercer este derecho, cualesquiera que fuese la importancia del asunto a tratar.

Como quiera que en nuestro país, como regla general y salvo las excepciones ya comentadas, rige el principio de la proporcionalidad del capital representado en acciones frente al derecho a voto, de forma tal, que a más acciones, más votos, a diferencia de otros países que admiten el voto plural o el voto múltiple para una determinada clase de acciones privilegiadas, hemos considerado oportuno comentar la problemática que genera la versatilidad y alcances del derecho de voto, pues en los países en los que se admite esa opción, obviamente se quebranta dicho principio, y de esta manera introducir el tema al debate societario nacional. Sin duda el tema es interesante sobre todo para las sociedades anónimas cuyas acciones se negocian en bolsa y en general para el análisis de los sistemas del control societario.

2. LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

Previamente al tratamiento del tema específico objeto del presente artículo, consideramos necesario a manera de enfoque general y marco legal global, referirnos a los derechos de los accionistas, y en ese sentido, como ya hemos mencionado, cuando se adquiere el status de accionista, nace entre ellos y la sociedad anónima, una relación jurídica de la cual se generan derechos y obligaciones recíprocas.

Ahora bien, la adquisición del status de accionista puede ser originaria cuando se suscriben acciones en la constitución de sociedades anónimas, o en los aumentos de capital, o por causal sobreviniente o derivada, al adquirirse acciones como resultado de negocios jurídicos intervivos, que pueden ser compraventas, dentro o fuera de la bolsa de valores, permutas, daciones en pago, donaciones o fideicomisos, entre otros negocios jurídicos, o también por sucesión mortis causa. En consecuencia, quien invierte en una sociedad anónima, o se involucra en ella por alguna razón y se convierte en accionista, adquiere un conjunto de derechos, los cuales, están protegidos legal y estatutariamente.

Una característica de las acciones, es su libre circulación, salvo restricciones legales o estatutarias, así como la facilidad como estas se negocian dentro o

fuera de la bolsa de valores. Al respecto URÍA³ señala que “la cualidad de socio en la sociedad anónima es de carácter fungible, pudiendo ser sustituidos unos socios por otros, con la simple transmisión de las acciones, porque ellas son expresión de esa condición jurídica o status de socio, como conjunto de derechos y obligaciones corporativos.

Por ello, teniendo el status de accionista carácter fungible, se puede afirmar que ser accionista no es una cualidad personal sino más bien es coyuntural o circunstancial, y que no necesariamente se consolida una relación permanente y eterna entre el accionista y la sociedad. Asimismo, sabemos que el accionista es un acreedor subsidiario de la sociedad de último rango, pues su derecho de crédito no está sujeto a ningún tipo de condicionamiento de plazo, modo, tiempo o lugar, estando supeditada la percepción de su acreencia a un escenario en el cuál como producto de la liquidación de la sociedad, resulte un remanente o haber social, y recién en ese hipotético caso, se distribuirá éste, proporcionalmente entre los accionistas.

En relación específicamente a los derechos que se generan a favor de los accionistas por la relación jurídica con la sociedad anteriormente comentada, en la doctrina se han desarrollado múltiples clasificaciones y para el presente trabajo únicamente hemos escogido seis. La primera de ellas es la de URÍA⁴ pues para él, existen de un lado derechos de carácter económico-patrimonial como el derecho al dividendo, el derecho a participar en la liquidación y el derecho de suscripción preferente de acciones en los casos de aumento de capital, y de otro lado, derechos de carácter político y natural, como los derechos, de voz y voto.

La segunda clasificación es la de Joaquín GARRIGUES⁵, el cual clasifica los derechos del accionista según los siguientes criterios: por su contenido, como primer criterio, los derechos del accionista son derechos patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran el derecho al dividendo, el derecho a la cuota de liquidación, el derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, el derecho a transmitir su cualidad de socio; o también son derechos administrativos, encontrándose aquí a los derechos a colaborar con la administración, el derecho a asistir y votar en las asambleas, el derecho a impugnar acuerdos de la misma, y el derecho de información.

³ URÍA, Rodrigo “*Derecho Mercantil*”. Décima segunda edición - Imprenta Aguirre, Madrid-España 1982. p. 212.

⁴ URÍA, Rodrigo. Op. Cit. p. 213.

⁵ GARRIGUES, Joaquín. “*Curso de Derecho Mercantil*”. Editorial Porrúa, México, séptima edición, año 1984, p. 518.

Por la forma de su ejercicio, como segundo criterio, los derechos del accionista son derechos que se ejercen aisladamente y por separado, como el derecho al dividendo, el derecho a la información que se ejerce fuera de la junta general y el derecho de impugnación de acuerdos de la junta general. También se encuentran los derechos que se ejercen colectivamente, y son todos aquellos que se ejercen en la Junta General mediante el régimen de mayorías y además todos aquellos que exigen un porcentaje mínimo de acciones para poder ejercerlos, como son todos los derechos consagrados a las minorías. Un tercer criterio, es aquel que se refiere a la revocabilidad de los derechos del accionista, y según este criterio se trata de derechos generales o derechos individuales, es decir, derechos que no dependen de la soberanía de la junta sino que son modificables únicamente con el consentimiento de los titulares.

Una tercera clasificación, es la de René de Sola⁶, quien señala que los derechos del accionista se dividen en derechos subjetivos y derechos objetivos: los primeros son aquellos que repercuten directamente en su patrimonio (percepción de dividendos, copropiedad de las reservas, participación en la liquidación del activo, cesibilidad del título, etc.), los segundos, son en cambio aquellos derechos que son los medios de los que los provee la ley para mantener incólumes y hacer efectivo los primeros (derecho a voto, a asistir a las asambleas, de información y fiscalización de las actuaciones del directorio, y el derecho de impugnación de los acuerdos de las asambleas)".

Una cuarta clasificación, es la de Ramón CASTILLO⁷, el cual clasifica los derechos de los accionistas en fundamentales, esenciales y los de orden secundario; siendo los fundamentales, los derechos intangibles, aquellos que bajo ningún motivo pueden ser modificados, ni siquiera por acuerdo mayoritario de la Asamblea de Accionistas ya que identifican a la sociedad, y su modificación alteraría las bases de ésta, y son por ejemplo: exigir mayor responsabilidad a los accionistas o cambiar la nacionalidad a la sociedad, a fin de someterla a leyes y jurisdicción distintas de las de su creación. Los derechos esenciales son aquellos que tampoco pueden ser modificados ni alterados, pero si pueden ser reglamentados, como el derecho al dividendo, al voto, a la participación y a la inspección de las cuentas; ya que si bien son derechos inherentes al accionista, la sociedad los reglamentará a fin de orientar su ejercicio de acuerdo a los interés de ésta y de los mismos accionistas. En

⁶ DE SOLA, René. "La protección de las Minorías en las Compañías Anónimas". Tipografía La Nación, Caracas, 1951, citado por GREGORINO CLUSELLAS, Eduardo. "La protección de las minorías en las Sociedades Anónimas"; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 1959, p. 16.

⁷ Castillo, Ramón. "Curso de Derecho Comercial, octava edición, Buenos Aires 1954, Tomo III, pág. 212, citado por GREGORINO CLUSELLAS, Eduardo. "La Protección de las Minorías en las Sociedades Anónimas", Op. Cit. p. 16.

cuanto a los derechos de orden secundario, son aquellos que se reconocen en los estatutos de la sociedad, siendo reglamentados por este mismo y son los que responden a las necesidades de una mejor organización y administración de los negocios sociales y de la vida de la sociedad.

Una quinta clasificación, es la de Arturo DAVIS⁸, para quien los derechos de los accionistas se dividen en dos grandes grupos: en primer lugar los derechos de administración y control; dentro del cual se encuentra el derecho de voto y el derecho a voz, es decir el poder participar en las Asambleas Generales. En segundo lugar, se encuentran los que el autor denomina derechos de propiedad ya que derivan del interés que tiene el accionista por el desarrollo de la actividad social y se trata del derecho a inspeccionar los libros y documentos de la sociedad, el derecho de retirarse de la sociedad en forma justa ejerciendo su derecho de separación, el derecho a la participación en los dividendos de la sociedad, y el derecho a ejercer determinadas acciones judiciales.

La sexta y última clasificación es la que formula ASCARELLI⁹, y que es más explícita y por ello un poco más extensa, pues abarca de manera general a todos los derechos del accionista, y divide estos en dos grandes clases: derechos patrimoniales y derechos de consecución. A su vez, los derechos patrimoniales se dividen a su vez en dos rubros, es decir, directos e indirectos. Son derechos directos, los referidos al derecho al dividendo, típico derecho patrimonial y los indirectos, que incluyen al derecho de preferencia en la suscripción de acciones. Dentro de los derechos de consecución se encuentra una subdivisión; hallándose en primer lugar los derechos de administración y luego los derechos de control; dentro de los derechos de administración también encontramos derechos de administración directos, que son, el derecho de participar en la asamblea, con voz y voto, y en segundo lugar el derecho a desempeñar cargos en la sociedad. Dentro de los derechos de administración indirectos, encontramos el derecho a elegir a quienes ejercen la administración de la sociedad. Sobre los derechos de control, éstos son aquellos que permiten al socio una intervención cautelatoria, a fin de inspeccionar las acciones de los administradores de la sociedad, así tenemos el derecho de denuncia, en caso de verificarse alguna irregularidad en los manejos de la sociedad; el derecho de información que incluye no solo el derecho de que informen al accionista cuando la sociedad lo indique, sino también el buscar información cuando el accionista lo requiera por considerarlo necesario; y el derecho de oposición en caso se tomen decisiones que consideren lesivos a sus intereses y a los de la sociedad.

⁸ DAVIS, Arturo. "Sociedades Anónimas". Primera Edición, Santiago de Chile, año 1966. Tomo III, p. 63.

⁹ ASCARELLI, Tulio. "Derecho Mercantil". Editorial Porrúa, México, año 1940, pp. 174-175.

3. LOS DERECHOS INDIVIDUALES DEL ACCIONISTA

Al hablar del status o calidad de accionista, enumeramos una serie de derechos que fueron clasificados por distintos tratadistas; los cuales señalan que existen un grupo de derechos individuales del accionista, denominados así, no porque se ejerzan exclusivamente de manera individual, sino porque pertenecen al accionista en su calidad de tal.

Garrigues¹⁰, nos da una definición de los derechos individuales: "Sobre la base de los textos legales formula la doctrina el concepto de los derechos individuales del accionista, que constituyen un mínimo igual para todos los socios y que no pueden serle arrebatados sin su voluntad". Es así, que quien invierte aportando en una sociedad gozará de éste mínimo de derechos invulnerables, que no podrán ser modificados ni alterados.

El tratadista César Vivante¹¹, señala que estos derechos individuales, a los que nos referimos, son derechos autónomos que forman parte del patrimonio del accionista concretando su calidad de tal, por lo que son inalienables e insuperables.

Quienes apoyan la tendencia clásica contractualista, afirman que quienes son parte en un contrato, sobre todo cuando éste confiere derechos, no podrán verse privados de éstos; ya que son irrenunciables; y lo peculiar de estos, es que no cabe pactar derechos inferiores a éste mínimo legal de derechos que protegen al accionista.

Hemos señalado que se trata de derechos inalienables, subjetivos personales, esenciales, fundamentales; pero ¿cómo compatibilizar todas estas características de los derechos individuales con el poder soberano conferido a la Asamblea General de Accionistas, la cual en virtud al principio mayoritario rige la vida de la sociedad e incluso es capaz de modificar el estatuto social; la respuesta es la propia ley la que confiere al accionista estos derechos, y es ésta la que los protege, y por ello ni la asamblea podrá modificarlos; pues al alterar estos derechos se alterará la calidad misma de accionista: Conforme señala Messineo¹², el socio goza de derechos llamados individuales o fundamentales, ligados a su calidad misma de socio, y en los que se concreta su posición inalienable e insuprimible (y, por consiguiente indisponible), también por la parte de la asamblea, cuya "soberanía" nada puede contra ellos. Las normas que aseguran al socio tales derechos, son, por tanto, inderogables.

¹⁰ GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Op. Cit. Tomo I, p. 418.

¹¹ VIVANTE, César. "Tratado de Derecho Mercantil". Editorial Reus, Madrid-España, año 1932, Tomo II, p. 231.

¹² MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo V, Editorial ESEA, Buenos Aires, Argentina, Año 1955.

Se trata en consecuencia de derechos determinados por el ordenamiento legal y que no son derechos determinados por los accionistas en asamblea general, ni por los administradores de la sociedad, ni por el directorio; estos derechos no pueden quedar determinados por la apreciación o el libre arbitrio de ninguna persona u órgano social.

Si no se hubiera apreciado la necesidad de determinar estos derechos, se hubiera dado carta abierta a la mayoría dentro de la sociedad, para que actúe discrecionalmente, aprobando situaciones que podrían generar perjuicio a los pequeños inversionistas minoritarios, pues si bien es la mayoría quien toma las decisiones, existe un freno que es el interés social, del cual participan los grandes y los pequeños accionistas.

Siguiendo en éste tema, al tratadista Antonio BRUNETTI¹³, los derechos individuales son los siguientes: 1) El derecho a la conservación de la calidad de accionista hasta el fin de la existencia de la sociedad, ya que no cabe ejercer presión alguna para que el accionista transfiera sus acciones y por ende su calidad de accionista. 2) El derecho a la limitación de la responsabilidad, hasta el importe de la aportación realizada; situación que de no darse, desnaturaliza la posición de accionista de una sociedad anónima, donde la responsabilidad limitada es elemento de vital importancia. 3) En tercer lugar, el derecho a obtener de la sociedad un documento que compruebe la participación accionaria del accionista; 4) En cuarto lugar el derecho al ejercicio del derecho de voto en las Asambleas Generales ya que es la forma en la que el accionista tiene la oportunidad de participar y de formar la voluntad social que regirá la vida de la sociedad. 5) En quinto lugar, el derecho de receso que se relaciona con el primero de los derechos señalados, ya que el accionista se encuentra libremente facultado a abandonar la sociedad cuando así lo considere prudente; obteniendo por sus acciones el pago según el valor de las mismas. 6) En sexto lugar, se encuentra el derecho al dividendo acordado, derecho de especial importancia, pues, representa el fin para el cual el accionista participó en la sociedad. 7) En séptimo lugar el derecho a impugnar los acuerdos ilegales que se adopten en las asambleas generales de accionistas, que representa un medio de defensa del accionista frente a los accionistas mayoritarios quienes por representar a la mayoría en la asamblea puedan acordar en virtud a sus intereses y no en concordancia con la ley o el estatuto social. 8) En octavo lugar, señala el derecho de opción en los aumentos de capital; el cual otorga al accionista la oportunidad de obtener, si así lo desea y lo considera positivo, mayor participación suscribiendo acciones de la nueva emisión. 9) En noveno

¹³ BRUNETTI, Antonio. *“Tratado del Derecho de las Sociedades”*. Editorial UTEHA, Buenos Aires-Argentina, año 1960, citado por DAVIS Arturo, *Sociedades Anónimas*, primera edición, Tomo I, Santiago de Chile, año 1966, p. 527.

lugar señala el derecho al reparto en la liquidación de la sociedad ya que como accionista participará en ésta hasta el fin de su existencia. 10) Finalmente, es decir en décimo lugar, señala como derecho individual, el derecho a inspeccionar los libros de la sociedad y los documentos que considere necesarios, a fin de participar en el control de los administradores y de sus funciones y el derecho a intervenir en la elección de las autoridades de fiscalización de la misma; señalando también el derecho a ejercitar acciones de responsabilidad y acciones judiciales a fin de defender sus derechos individuales.

Estos derechos individuales que llamaremos de aquí en adelante derechos esenciales para evitar confusiones terminológicas, se ejercen en principio individualmente, pero también se consagran derechos esenciales que se ejercen en grupo, o grupos que representen ciertos porcentajes accionarios¹⁴

Tenemos que hacer una acotación final respecto a los derechos individuales, ya que si bien estos le son conferidos a los accionistas a fin de preservar su status y para lograr la integración y participación de éstos en la sociedad; los derechos individuales no deben ser utilizados por los accionistas para obstaculizar la consecución de los fines y funciones de la sociedad; ni para superponer su interés personal e individual sobre el interés social; es decir que el interés general no podrá ser sacrificado, en cuanto representa el interés social, por el interés personal y el ánimo de lucro del accionista individual.

4. CLASES DE ACCIONES

Históricamente, el régimen de los derechos corporativos o sociales de la sociedad anónima, se hizo descansar sobre el postulado de la igualdad absoluta de las acciones, y tal y como lo señalan Uría, Menéndez y García de Enterría¹⁵ éste principio se debilitó rápidamente por la presión de las necesidades prácticas que revelaron la utilidad de poder contar con tipos de acciones diferentes con un diverso contenido de derechos y obligaciones, para poder atender debidamente a los intereses específicos de los grupos de accionistas.

En nuestro país, conforme lo establece el artículo 88 de nuestra LGS, teniendo todas las acciones el mismo valor nominal, dentro del seno de una sociedad anónima, pueden existir diversas clases, y la diferencia entre una y

¹⁴ Sobre éste tema, ver mayores detalles en los artículos del autor denominados "*Régimen legal de las acciones de la Sociedad Anónima*" y "*Derechos de los accionistas minoritarios en la sociedad anónima conforme a la LGS*" publicados ambos en Derecho Comercial, Tomo III, Temas Societarios, Fondo de Desarrollo Editorial, Universidad de Lima, primera Edición, año 2000 Lima - Perú, pp. 47-59 y 81-93.

¹⁵ Rodrigo, URÍA; Aurelio, MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, en artículo denominado "*La Sociedad Anónima: La Acción en general*" publicado en el curso de Derecho Mercantil, Tomo I, volumen II, Estudio Colectivo, Madrid-España, año 1999, p. 8524.

otra clase puede consistir tanto en los derechos que corresponden a sus titulares, como en la obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez, precisando la ley, que todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones. Respecto a la creación de clases de acciones, esta puede darse, ya sea en el pacto social, que como se sabe contiene el estatuto y que forma parte integrante de la escritura pública de constitución social, o por un acuerdo de la junta general, el cual, conlleva una modificación del pacto social o del estatuto.

Nos interesa fundamentalmente para el tema que nos ocupa, la diferenciación que se basa en el diferente contenido de derechos, la cual genera una desigualdad entre las acciones de una misma sociedad anónima, pues, unas serán acciones con derecho a voto y otras acciones sin voto, o serán acciones ordinarias o comunes, y otras por tener mayores derechos o privilegios serán consideradas como acciones preferenciales o privilegiadas, pues éstas últimas tendrán ventajas específicas en comparación con los derechos de las acciones ordinarias. Tratándose de las acciones sin derecho a voto, reguladas en el artículo 86 de la LGS, éstas tienen precisamente la característica de carecer de éste derecho político, pero en compensación tienen otro tipo de ventajas de contenido económico.

Siguiendo en este tema a URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA¹⁶ el ámbito de aplicación del principio de igualdad está actualmente limitado al terreno concreto de cada clase de acciones, al permitir la ley que las sociedades puedan emitir distintas clases de acciones constituyendo una misma clase aquellas que tengan el mismo contenido de derechos.

Respecto a la naturaleza de los privilegios que diferencian a las acciones ordinarias o comunes de las preferenciales o privilegiadas y en el entendido que ambas clases cuentan con derecho a voto, éstos consisten normalmente en un derecho de preferencia frente a las acciones ordinarias para el cobro de la utilidades y/o dividendos, o el cobro del porcentaje resultante de la liquidación, o podría ser el derecho de percibir un porcentaje de utilidades, sin perjuicio de participar también en el resto de las mismas.

En términos generales, puede afirmarse que en nuestro ordenamiento legal societario el privilegio puede recaer sobre los derechos de carácter económico-patrimonial, pero no sobre el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente, pues, el propio artículo 82 establece que las acciones representan parte alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto por acción, con lo cual, el legislador ha querido eliminar cualquier forma de voto plural o voto múltiple permitido en otras

¹⁶ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA, Op. Cit. p. 824.

legislaciones. Siguiendo en este tema a Elías LAROZA¹⁷, el artículo 82 va mas allá que el precepto establecido en el artículo 105 de la LGS anterior, pues elimina tanto el voto plural directo como indirecto, el primero consiste en otorgar a cada acción más de un voto y el segundo, se produce cuando existen acciones de distintos valores nominales desde que la acción de menos valor, que representa un aporte inferior tiene un voto igual al de una de mayor valor nominal. En opinión de Elías, que compartimos, también se produce el voto plural indirecto cuando se privilegian o disminuyen los derechos políticos de la acción a través del voto, en cualquier forma que vulnera la proporcionalidad natural de un voto igualitario por cada acción. Por ejemplo alcanzando votos múltiples apenas se llega a un porcentaje del capital, o requiriendo cierto número de acciones para contar con un voto.

En lo que se refiere al derecho español, conforme lo precisan URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA¹⁸ el artículo 50.2 que fue introducido por la Ley 37/1998 prohibió rotundamente la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente, condenando así todo supuesto de voto plural. Sobre el particular, opinan que deben reputarse ilícitas todas las posibles combinaciones que rompiendo esa proporción, establezcan directa o indirectamente un voto plural a favor de determinadas acciones, declarando inadmisibles una cláusula estatutaria que preveía la correlación entre el derecho de voto y el capital desembolsado, por la rotundidad del principio acogido por el artículo 50.2 ya mencionado.

En suma, en el derecho peruano, el derecho de voto, como derecho político por excelencia, no puede ser objeto de privilegio alguno y debe atribuirse a todos los socios de forma rigurosamente proporcional al valor nominal de sus acciones, por ser éste el factor determinante de la participación social poseída. Queda claro sin embargo, que éste principio protector no alcanza a las acciones sin derecho a voto, pues éstas, desde que se crean, expresamente se identifican y caracterizan por carecer del derecho político.

5. EL DERECHO DE VOTO Y SUS VARIABLES DOCTRINARIAS

No está demás traer a colación que la junta general de accionistas, es el órgano social de mayor importancia dentro de la sociedad; siendo el órgano supremo en cuyo seno se toman las decisiones y acuerdos que marcarán el rumbo de la sociedad.

¹⁷ ELÍAS LAROZA, Enrique [...] Op. Cit.

¹⁸ URÍA, Menéndez y GARCÍA, Op. Cit. p. 826.

La junta, es el órgano que reúne a todos los accionistas, convocados según las formalidades establecidas en la ley y en los estatutos para crear la voluntad social, la cual, se forma a través de la fusión de las voluntades individuales de los socios, pero teniendo siempre presente el interés y el objeto social.

Definitivamente la junta general personifica la voluntad social que nace de los accionistas reunidos de hecho, y como señala GARRIGUES¹⁹, la junta es el órgano de la sociedad y no la sociedad misma, siendo un órgano con competencia y funciones bien delimitadas por la ley y por los estatutos sociales.

Como órgano soberano de la sociedad, a ella se subordinan los accionistas y los administradores; los accionistas ya que una vez tomada una decisión por la junta por mayoría, y habiendo cumplido con todos los requisitos para que este acuerdo sea legal y viable, todos los accionistas incluso los disidentes quedan sometidos al acuerdo y deberán acatar, cumplir y ejecutar la decisión tomada. Por otro lado, los administradores también están sometidos a la junta general ya que sus cargos son renovados por éste, y también podrán ser revocados por la misma. Los administradores no toman las decisiones sino que las ejecutan en el sentido marcado por la junta general.

Es así que se alcanza la voluntad social, a la que se llega luego de exteriorizar a través de la reunión de los accionistas en sesión de junta general, en la que el derecho de información es útil, como también lo es el derecho de participación, el cual es abierto e invulnerable, y que se expresa y perfecciona ejerciendo el derecho de voto.

Señala el profesor Gregorini CLUSELLAS²⁰, que las juntas generales son el único medio de contacto entre la sociedad ya constituida y en funcionamiento y el accionista, ya que sólo asistiendo a estas reuniones, el accionista tendrá la oportunidad de enterarse y participar en la gestión social aunque sea con su aprobación o mostrando su descontento; una causa del abuso del principio mayoritario es el ausentismo de los accionistas en la sociedad, lo que permite a quienes ejercen el poder mayoritario actuar discrecionalmente, y por ende a buscar su propio beneficio. De hecho existe una supremacía de la junta general frente a los demás órganos sociales, aunque también reconociendo que cada órgano social tiene su función y por lo mismo su importancia. Hay que recordar que si bien la junta general es importantísima, se han establecido límites de orden legal y estatutario a la soberanía de la misma. El profesor Antonio Brunetti²¹, señala como limitaciones de la junta en interés de los accionistas y de terceros, en primer lugar, todas las normas legales relativas a la estructura

¹⁹ GARRIGUES, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil", Op. Cit. Tomo I, p. 115.

²⁰ GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. Op. Cit. p. 17.

²¹ BRUNETTI, Antonio. "Tratado de Derecho de las Sociedades". Op. Cit, Tomo II, p. 368.

y funcionamiento de la sociedad, normas que son de orden público y que se han establecido para proteger a terceros y a los socios, relativas a la convocatoria, a la validez de la constitución sobre las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos y sobre el derecho de impugnación de los mismos cuando estos se consideran ilegales. Una segunda limitación la constituyen los ya analizados derechos individuales del accionista, aquellos que no pueden ser modificados ni por la mayoría en la asamblea; y una tercera limitación la conforman los derechos que le corresponden a las categorías especiales de accionistas, denominados según Brunetti como derechos preferentes de los que no se pueden disponer, sino solamente con el consentimiento de éstos, expresados en juntas especiales.

Sobre la composición de la junta, señalamos en concordancia con lo que señala el profesor Ripert²², que “todo accionista, salvo en los casos en los que las regulaciones especiales de un país, permiten la existencia de acciones sin derecho a voto (como es el caso de nuestro país), tienen derecho a asistir y formar parte de la asamblea general sin distinguir entre las diferentes categorías de acciones (de capital, de aporte, de goce, de prioridad), y este derecho incluye el derecho de voz y el derecho de voto que es uno de los derechos fundamentales del accionista y que no puede ser alterado, modificado ni retirado; este derecho de participación como le hemos denominado, se convierte en una norma de orden público, y por lo tanto, los estatutos de la sociedad no podrán limitarlo estableciendo la exigencia de poseer cierto número de acciones, como requisito para asistir a la asamblea. Continuando, Ripert considera totalmente injusto subordinar la asistencia a la asamblea, a la propiedad de cierto número de acciones, ya que si bien el titular de una sola acción no logrará imponerse en la junta, si tendrá la opción de presenciar las discusiones y opinar en ellas, además de que le permitirá mantenerse informado sobre el rumbo de la sociedad, la actuación de los administradores y sobre los resultados que se obtendrán de la gestión social. Aunque también es cierto que no podrá discutirse a proposición suya, ninguna cuestión si es que no se encontraba dentro del orden del día”.

Lo importante es analizar la participación de los accionistas dentro de la sociedad, y esta participación se traduce en el derecho de voz y de voto, salvo el caso, claro está, de las acciones sin derecho a voto reguladas por el artículo 96 de nuestra LGS, y analizar cómo el ejercicio de éste derecho, dará como resultado la adopción de los acuerdos y decisiones que impulsarán la vida de la sociedad.

²² RIPERT, Georges. “*Tratado Elemental de Derecho Comercial*” Tomo II, Sociedades, Editorial Argentina- Buenos Aires, año 1954, p. 334.

Es dentro de la junta general que se ejercita el poder, y este se logra a través de la mayoría, ya que la base de organización democrática de la Sociedad Anónima es por la mayoría con la que se toman las decisiones; como bien señala el profesor Vivante²³: “El acuerdo de asamblea constituye una declaración unilateral y única de voluntad. Los socios, como órganos vivientes y necesarios del ente, concurren con sus voluntades individuales a crear una única voluntad colectiva. Esta voluntad colectiva se manifiesta por el voto de la mayoría, salvo los casos excepcionales en el que también la minoría obra como órgano de la voluntad social”.

Vemos pues, que la voluntad social se logra con en el voto de la mayoría, y como varias veces hemos hablado hasta ahora, de la mayoría y del principio mayoritario, por ello podemos tomar en cuenta la definición del principio mayoritario dada por Messineo²⁴ “[...] se ha llegado a fijar el principio llamado mayoritario o de mayoría (simple), o sea que, en todos los casos de no alcanzarse la unanimidad, o en el contraste entre dos (o más) tendencias, deba bastar el conjunto de los votos en un mismo sentido (afirmativo o negativo) que supere la mitad de los votantes [...]”.

Queda establecido con toda claridad que para formar “mayoría”, se necesita únicamente la mitad más uno de los votos de los accionistas presentes o representados en la junta, salvo, claro está, en los casos en los cuales se requiere además del quórum calificado exigido por el artículo 126 de la LGS, una mayoría calificada que consiste en la aprobación con el voto a favor, de cuando menos la mayoría absoluta de las acciones con derecho a voto.

Ahora bien, el derecho de participación debe permitirse a quienes efectivamente están legitimados para ejercerlo, ya que no todos los asistentes a la junta podrán opinar ni votar en los asuntos a tratar, para ello es necesario que se acredite la calidad de accionistas para lo cual la ley establece ciertos requisitos, como el que se refiere a que podrán asistir a la junta general, los titulares de acciones inscritas en la matrícula de acciones con ciertos días de antelación al del día de la celebración de la junta; el ordenamiento español especifica que serán cinco días de anterioridad a la junta; el artículo 121 de nuestra LGS, referido a la sociedad anónima ordinaria, clásica, simple o convencional, señala que el requisito es de dos días anteriores a la junta como mínimo, y el artículo 256 aplicable a las sociedades anónimas abiertas, la anticipación con que deben estar inscritas las acciones es de diez días. En todo caso, lo que se pretende es evitar el intento de crear mayorías artificiales con

²³ VIVANTE, César. “*Tratado de Derecho Mercantil*”. Op. Cit. Tomo II, p. 233.

²⁴ MESSINEO, Franceso. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Op. Cit. p. 445.

supuestos accionistas que no están legitimados para asistir a la junta y que por lo tanto no están habilitados para ejercer el derecho de voz y voto.

Sobre el derecho de voz a ejercitarse en la junta general, cabe recordar que se trata de un derecho individual del accionista, por ello cuando se tiene, es de carácter inderogable e inalienable, pues, es el derecho de hacerse oír en la junta, el cual sólo podrá limitarse como medida extrema, si se pretendiera sancionar disciplinariamente a algún accionista, lo cual consideramos que para que preceda, debería estar contemplado en el estatuto de la sociedad, ya que podría ser factible que quien quiera manipular la junta general podría privar del derecho de voz a quienes tengan algún dato importante que informar a los demás accionistas asistentes a la junta.

Consideramos que procedería una acción de impugnación sobre una decisión adoptada habiéndose privado de participar en la discusión a accionistas legitimados para actuar en la junta; para la prueba de este hecho, el accionista víctima de ésta violación de su derecho de voz, deberá pedir que se deje constancia de este hecho, en el acta de la junta general.

Luego de haber participado en las discusiones propias de la junta general para poder tomar decisiones, se llega al momento en el que se aprueban o no los acuerdos sobre los temas de la agenda, y como hemos señalado, todo accionista tiene derecho a aprobar o desaprobar tales acuerdos manifestando su voluntad a través del ejercicio del derecho de voto.

El profesor Uría²⁵ realiza una acotación importante con respecto al derecho de voto en la sociedad anónima destacando que este: “Es un derecho que no puede faltar en ningún accionista por insignificante que sea su participación social. En su ejercicio, concurriendo a las juntas generales y participando con su voto en la formación de la voluntad social, tiene todo accionista una mínima oportunidad de participar en la gestión de la sociedad y de fiscalizar la actuación de los administradores. Es así como la sociedad anónima, a pesar de su carácter impersonal y capitalista, no desplaza totalmente al accionista singular, de la intervención de los negocios sociales”.

Es correcto lo que afirma el profesor Uría, aplicable sólo a las acciones con derecho a voto, ya que por más capitalista que sea la organización de la sociedad anónima, jamás podrá dejar de lado el elemento personal, representado por el derecho de los titulares de las acciones de opinar y contribuir a la formación de la voluntad social. El derecho de voto por tanto es ciertamente un derecho intangible, no podrá alterarse ni disminuirse su ejercicio, ni cabría limitación alguna en los estatutos por razones de sexo, nacionalidad, domicilio

²⁵ URÍA, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Op. Cit. p. 219.

o edad; es un derecho personal que no podrá ser enajenado con independencia de la acción y deberá ser ejercitado por el propio accionista o por un representante según sea el caso. Como señala el profesor MESSINEO²⁶, el derecho de voto es un derecho que por su contenido pertenece al grupo de los derechos no patrimoniales del accionista, es el derecho más importante dentro de lo que llamamos derechos individuales del accionista; señala Messineo que es dentro de este derecho de voto que se concreta una porción de la soberanía social y aunque el accionista concurra con un solo voto, éste constituye la voluntad de la asamblea y por ende la voluntad social.

RIPERT²⁷, señala que según la concepción francesa, el accionista tiene derecho de participar en la administración de la sociedad votando en las juntas generales; considerando al derecho de voto como un derecho constitucional, ya que ejerciéndolo el accionista colabora con la administración. Dentro de la distinción de derecho-funciones y derecho-poderes, sustentada por la doctrina francesa se señala que el derecho de voto es un derecho-función expresando que lo ejerce en interés de la sociedad, pero Ripert nos indica que ésta afirmación es incorrecta ya que el derecho de voto es un derecho, si bien importantísimo, es facultativo, ya que no es obligatorio que ejerza el voto en la junta, considera por tanto este tratadista que es más conveniente designar al voto como un derecho individual del accionista.

Si bien hemos señalado que el derecho de voto en su ejercicio es facultativo, hay que aclarar que no cabe renunciar al derecho, es decir, que todo accionista tiene derecho a votar y no cabe renunciar a este derecho, aunque el accionista queda en libertad de ejercerlo en determinadas juntas o de omitir su voto, según lo que convenga a él y sobretodo a lo que convenga a la sociedad, advirtiendo que todas estas consideraciones coinciden con lo expuesto anteriormente con relación a los derechos individuales del accionista. Como se sabe, frente a una convocatoria a junta de accionistas, se dan tres posibilidades, o el accionista asiste, opina y vota ejerciendo su derecho, o no asiste personalmente, pero designa a su representante bajo las formalidades exigidas en el artículo 122 de la LGS, quien participa, y vota, o simplemente ni asiste, ni nombra a ningún representante.

Hemos señalado que el derecho de voto, es inherente a la propiedad de la acción y aquí entra en juego el principio de proporcionalidad, pues se debe analizar ahora, cómo este derecho, inherente a todos los accionistas titulares de acciones con derecho a voto, puede convertirse en el medio para ejercer poder dentro de la sociedad, y al hablar de poder nos referimos al hecho de

²⁶ MESSINEO, Franceso. "Manual de Derecho Civil y Comercial". Op. Cit. p. 438.

²⁷ RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Comercial". p. 356.

manejar la sociedad, tomando decisiones en mayoría, pero anulando prácticamente la influencia del pequeño accionista; es decir, vemos como el derecho de voto en lugar de ser un medio de organización democrática para lograr el desarrollo de la sociedad puede convertirse en un arma peligrosa para la misma, avasallando y abusando del accionista minoritario.

Al respecto, es necesario tomar en cuenta que dentro de la sociedad se forman grupos los cuales inevitablemente se contraponen, los que llamamos accionistas gestores o empresarios, y los accionistas inversionistas y dejando de lado los conceptos de mayorías y minorías, de hecho el accionista empresario es aquel que se preocupa en ver a la sociedad desde adentro y conoce el funcionamiento de la sociedad, porque son ellos quienes la manejan y procuran maximizar la empresa, aumentar la producción y ampliar el mercado y frente a estos, los accionistas inversionistas, ven a la sociedad desde afuera, no participan en su organización y administración sino tan solo piensan en su rentabilidad, pues para estos no se trata de una gestión, sino más bien una inversión la cual deberá ser cada vez más rentable. Con ópticas así de contrapuestas no es difícil imaginar que la junta general se convierta en un campo de batalla donde ambas partes pugnen por imponer su opinión y la solución la da el principio mayoritario, pues, la mayor cantidad de acciones será la que mande y maneje la situación y asimismo hay que tener en cuenta que rara vez los accionistas gestores se ausentarán de las juntas generales, no así los accionistas inversionistas cuyo ausentismo llega en algunos casos a ser preocupante y obviamente perjudicial para ellos mismos. La causa de éste ausentismo estriba en que generalmente los accionistas inversionistas son los accionistas minoritarios, es decir, aquellos que no tienen acceso a ejercer el control de la sociedad y por ende admitiendo esta realidad, no aspiran a ejercer la influencia relevante en la junta general, aunque hay que reconocer que la tendencia moderna es que en las grandes corporaciones, está prevaleciendo la tendencia de crear clases de acciones sin voto, cuyos titulares son accionistas inversionistas, incluso con porcentajes mayoritarios, quienes dejan en un pequeño grupo de titulares de acciones con voto, la gestión de la sociedad.

De otro lado, podemos analizar algunas situaciones que se dan en la sociedad y que se alejan un poco de las teorías puras sobre el derecho de voto, situaciones, que rompen con el principio de proporcionalidad de “a cada acción le corresponde un voto” o de que el ejercicio del derecho de voto es independiente y que cada accionista velando por el interés social emitirá su voto, ya que como veremos en algunas legislaciones existen acciones privilegiadas que otorgan al accionista la posibilidad de que su voto tenga valor plural o múltiple.

Conforme a dichas legislaciones, existen sociedades cuyos estatutos exigen al accionista la posesión de un determinado número de acciones para poder asistir y votar en las juntas generales, razón por la cual, algunos accionistas quedan impedidos de ejercer el derecho de voto viéndose obligados a agrupar sus acciones. Al respecto el tratadista URÍA²⁸., opina lo siguiente: “Pero una cosa es el derecho de voto y otra su ejercicio, los estatutos pueden exigir la posesión de determinado número de acciones para asistir y votar en las juntas generales, es decir, pueden impedir el ejercicio personal del derecho de voto a quien no posea un determinado número de acciones, quedando facultados entonces los accionistas que no reúnan el número de acciones suficientes, para agrupar sus títulos entre sí y conferir la representación a uno de ellos para que concurran a la junta y ejerciten en ella los derechos de voto correspondientes a las distintas acciones agrupadas”.

Esta es una situación, que de hecho se presenta como medio de defensa de los accionistas titulares de una acción o de un número tal que no alcance el mínimo fijado como requisito para participar en la junta general, lo que los obliga a agruparse para enfrentar a los accionistas mayoritarios. Otra de las situaciones que rompen con el principio de proporcionalidad es la admisión del voto plural, al margen que estas acciones rompen con otro principio del que tratamos al inicio de este trabajo, que es el principio de igualdad de derechos para los accionistas, aunque en realidad, este derecho de voto plural proviene de acciones privilegiadas Definitivamente la creación de estas acciones de voto plural servirán para asegurar la mayoría en las juntas al grupo de accionistas fundadores y/o administradores de la sociedad contra la eventualidad de un cambio en la constitución de la mayoría obtenido a través de la adquisición especulativa de las acciones cuando ésta se cotizan en la bolsa de valores.

El profesor Julio OTAEGUI²⁹ nos hace una pequeña reseña histórica sobre la aparición de las acciones de voto plural o con privilegio en el voto, señalando que: “Las mismas se difundieron en Francia y Alemania tras la primera post guerra mundial, como medios de defensa para evitar el predominio en las sociedades locales de los inversores extranjeros, pero también se generó una corriente adversa que considera al voto privilegiado, ya como una manifestación autoritaria fascista o ya como una expresión del más crudo capitalismo”.

Señala Ripert³⁰, que la creación de estas acciones de voto plural desencadenó problemas de abuso de poder, ya que se crearon acciones que conferían

²⁸ URÍA, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Op. Cit. p. 220.

²⁹ OTAEGUI, Julio. “Concentración Societaria. Editorial de Palma, Buenos Aires – Argentina, año 1984, p. 194.

³⁰ RIPERT, Georges. “Tratado Elemental de Derecho Comercial”. Op. Cit. p. 327.

varias decenas de votos señalando que era la disociación del poder y de la responsabilidad, denominándolo fascismo accionario.

Siguiendo al mismo profesor RIPERT, él nos señala que las acciones de voto plural fueron prohibidas en Francia, haciendo del principio de proporcionalidad una regla de orden público, fijando un plazo de dos años para que las sociedades que tenían este tipo de acciones para que las hicieran desaparecer y modificar sus estatutos.

El profesor URÍA³¹, nos señala que el ordenamiento español condena la creación de acciones de voto plural: “Deben reputarse ilícitas, en consecuencia, todas las posibles combinaciones que rompiendo esa proporción establezcan directa o indirectamente un voto plural a favor de determinadas acciones”.

Brunetti³², señala que estas acciones fueron suprimidas en Italia para evitar los fraudes cometidos por los grandes accionistas ya que como el mismo autor señala: “Las acciones de voto plural constituirán un eficaz medio de dominar la vida social, aún en el caso de quien disponía de ellas no las poseyera en número”.

Nuestro ordenamiento legal no acepta la creación de acciones de voto plural y por lo tanto no podrá reconocer a algunos accionistas un derecho de voto que supere al derecho que le corresponde a los titulares de acciones de la sociedad.

El último aspecto que analizaremos, se refiere a la sindicación de acciones, ya que es otra de las situaciones que rompen con los principios básicos del derecho de voto, pues como ya hemos mencionado deberá ejercerse de manera independiente y libremente sin que el accionista sufra presión alguna, sobre el sentido en el que emitirá su voto.

Es así, que si el accionista se obliga con otros socios voluntariamente a votar en una determinada forma, en principio será su propio riesgo y aunque limitará la libertad que posee para votar independientemente, es evidente que se pactará con la finalidad de conseguir mayor estabilidad dentro de la sociedad asegurando a los accionistas sindicalizados una injerencia más eficaz en el manejo de las sociedad, tratando de consolidar un grupo que si bien no sea de poder, si puede enfrentar a la mayoría con más fuerza, aunque lo óptimo para estos accionistas sindicalizados sería consolidar una mayoría que se imponga en la junta. Cabe también que lo que motive la sindicación de los accionistas sea la defensa del interés social, en los casos en que éste peligre por las maniobras de otros accionistas o de los administradores.

³¹ URÍA, Rodrigo. “Derecho Mercantil”. Op. Cit. p. 215.

³² BRUNETTI, Antonio. “Tratado del Derecho de las Sociedades Anónimas”. Op. Cit. Tomo II, p. 365.

Aunque hay tratadistas a favor de la sindicalización de acciones, el profesor Vivante³³ nos da su opinión señalando que: "El accionista no puede comprometerse válidamente a votar según la voluntad ajena, ni ceder a otro su derecho a voto mediante entrega precaria de acciones. Estas convenciones son ilegales para el accionista, el cual debe concurrir con su libre voto a formar la voluntad de la asamblea.

La opinión desfavorable que emite el profesor Vivante se sustenta en el principio de independencia que sustenta al derecho de voto, por el cual el accionista no debe supeditar el ejercicio de su derecho de voto, al margen de la consideración de que a través de este acuerdo se crean artificialmente mayorías. Otro aspecto negativo, es que al crearse estas mayorías artificiales los acuerdos que estas aprueben comprometen también a los pequeños accionistas, es decir, a las minorías que quedan vinculados con decisiones que no fueron tomadas con un voto libre, sino con un voto fruto de una convención previa, una decisión tomada incluso antes de la realización de la junta general.

Lo que corresponde es analizar la validez del pacto de sindicalización, para lo cual seguiremos al profesor Halperin³⁴, en primer lugar la validez de este pacto podrá ser impugnado porque afecta la libertad del accionista, en segundo lugar, porque puede hacer posible que la minoría real aparezca como mayoría al momento de la votación, en tercer lugar, también puede ser impugnada en razón del objeto del pacto y en cuarto lugar, en razón de su duración. A manera de conclusión el mismo autor señala: "[...] el pacto de sindicalización es válido si: 1) es ocasional, esto es, para determinadas asambleas; 2) si es lícito, esto es, que no vulnere una prohibición legal o una norma imperativa o de orden público o los fines perseguidos por la ley por esa norma vulnerada; 3) que no afecte la libertad de voto (esto es, que no imponga la decisión por mayoría de integrantes del sindicato), 4) que la decisión del sindicato no vulnere el interés social".

Sobre la validez de estos sindicatos Ripert³⁵ nos aclara que mientras el mandato acordado no tenga carácter irrevocable no será considerado como una sesión del derecho de voto.

En cuanto a la ley española, en ella no se trata el tema exactamente, aunque se reafirma la validez de estas convenciones en cada caso, siempre que la viabilidad de realizar estas convenciones se encuentre en los estatutos. En Inglaterra se admite la validez de estos convenios que comprometen el voto del accionista aunque puede libremente romper el pacto contraviniendo el

³³ VIVANTE, César. "Tratado de Derecho Mercantil". Op. Cit. p. 249.

³⁴ HALPERIN, Isaac. "Sociedades Anónimas". Op. Cit. p. 636.

³⁵ RIPERT, Georges. "Tratado Elemental de Derecho Comercial". Op. Cit. p. 360.

acuerdo. En Italia no hay tampoco una regulación específica ya que lo que se da es una discusión entre la doctrina y la jurisprudencia sobre la legalidad de los sindicatos de accionistas y sobre su naturaleza, ya que por un lado se les consideran contratos en que los accionistas pactan votar en un determinado sentido o se les consideran un mandato, en que se configura que los accionistas otorguen un mandato para que un síndico mandatario vote según la conveniencia de quienes participan en el pacto, situación que en Francia no es aceptada ya que no cabe el nombramiento de un mandatario común.

En conclusión cada vez son más los países que regulan los sindicatos de accionistas o que al no prohibirlos, los permiten, convirtiéndose en típicos convenios parasocietarios.

6. NUEVA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL SOBRE EL DERECHO DE VOTO Y EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD.

El pasado 2 de julio de 2010, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, mediante el Real Decreto Legislativo 1/2010, que es la norma que en reemplazo de la derogada Ley de Sociedades Anónimas Española, regula a las sociedades de capitales. Cabe mencionar que dicha norma entró en vigencia el 1 de septiembre del mismo año, con excepción del artículo 515, que recién entrará en vigencia el 1 de septiembre del presente año.

Siendo así, es importante mencionar que dicha norma introdujo distintas e importantes variantes a la legislación de las sociedades de capital españolas (sociedades anónimas, sociedad limitada y la sociedad en comandita por acciones). Dichas modificaciones legislativas se dieron en el marco de la Ley sobre las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (Ley 3/2009), que busca simplificar y modernizar la legislación mercantil española, por ejemplo superando la conocida regulación separada de las sociedades de capitales españolas, mediante una única norma (Texto Refundido de La Ley de Sociedades de Capital).

Una vez relatado de una manera superficial el nuevo marco legal, nos centramos nuevamente al asunto prioritario en el presente trabajo, para lo cual es menester recordar la redacción del artículo 105 de la ya derogada "Ley de Sociedades Anónima":

"105. Limitaciones de los derechos de asistencia y voto"

- 1) Los estatutos podrán exigir, respecto de todas las acciones, cualesquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la Junta general sin que, en ningún caso, el número exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social.

- 2) También podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo.
- 3) Para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el voto será lícita la agrupación de acciones."

Cabe mencionar que dicho artículo se aplicaba solamente para las sociedades anónimas. Ahora bien, respecto al nuevo ordenamiento legal aplicable a todas las sociedades de capital, encontramos un capítulo completo dedicado a la "Asistencia, Representación y Voto" de los accionistas, donde encontramos los siguientes artículos:

"Artículo 179. Derechos de Asistencia"

- 1) En la sociedad de responsabilidad limitada todos los socios tienen derecho a asistir a la junta general. Los estatutos no podrán exigir para la asistencia a la junta general la titularidad de un número mínimo de participaciones.
- 2) En las sociedades anónimas los estatutos podrán exigir; respecto de todas las acciones, cualesquiera que sea su clase o serie, la posesión de un número mínimo para asistir a la junta general sin que, en ningún caso, el número sea exigido pueda ser superior al uno por mil del capital social.
- 3) En la sociedad anónima los estatutos podrán condicionar el derecho de asistencia a la junta general a la legitimación anticipada del accionista, pero en ningún caso podrán impedir el ejercicio de tal derecho a los titulares de acciones nominativas y de acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta que las tengan inscritas en sus respectivos registros con cinco días de antelación a aquel en que haya de celebrarse la junta, ni a los tenedores de acciones al portador que con la misma antelación hayan efectuado el depósito de sus acciones o, en su caso, del certificado acreditativo de su depósito en una entidad autorizada, en la forma prevista por los estatutos. Si los estatutos no contienen una previsión a este último respecto, el depósito podrá hacerse en el domicilio social.

El documento que acredite el cumplimiento de estos requisitos será nominativo y surtirá eficacia legitimadora frente a la sociedad.

Artículo 188. Derecho a Voto

- 1) En la sociedad de responsabilidad limitada, salvo disposición contraria de los estatutos sociales, cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto.
- 2) En la sociedad anónima no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto.

- 3) En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo, salvo para las sociedades cotizadas.”

De la lectura de los artículos precedentes, se puede apreciar que respecto a las sociedades anónimas se mantiene la restricción al derecho de asistir a la junta, acorde al número de acciones que posee cada accionista. En cambio para las sociedades de responsabilidad limitada se establece que no se podrá limitar la asistencia a junta.

Respecto al derecho de voto, la nueva ley establece al igual que la norma derogada, que en la sociedad anónima los estatutos podrán fijar el número máximo de votos que puede emitir un accionista, salvo lo previsto para las sociedades cotizadas. Con lo cual el principio de proporcionalidad está siendo claramente quebrado.

Al respecto los profesores Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA³⁶, señalan que: “El derecho de voto es, por otro lado, un derecho en cierto modo intangible, del que no puede ser privado ningún socio (salvo los casos específicamente previstos en la Ley) y que ha de atribuirse de forma rigurosamente proporcional al valor nominal de la acción”

De este modo vemos, como la legislación española recoge una excepción a dicho principio, asimismo los profesores citados anteriormente señalan: “Esta proporcionalidad se quiebra en cierta forma, sin embargo, en el supuesto contemplado por el artículo 105.2, que permite a los estatutos fijar con carácter general el número máximo de votos que puede emitir un mismo accionista o sociedades pertenecientes a un mismo grupo, de tal forma que este número máximo operaría como límite para los accionistas que poseyesen o adquiriesen una participación social superior.”

Utilizando el método de la interpretación teleológica de la norma podemos inferir que el sentido de dicha limitación sería el de brindar protección a los accionistas minoritarios respecto a los que tienen una gran participación accionaria en la sociedad, y de manera arbitraria podrían tomar todas las decisiones de la sociedad, en este mismo sentido los autores anteriormente señalados dicen: “Se trata de una medida que, en la intención del legislador, serviría para recortar la influencia de los grandes accionistas en el seno de las Junta Generales y para facilitar la defensa de las minorías frente a la acumulación de grandes poderes sociales en una sola mano.”

³⁶ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA [...]. Op. Cit. [...].

Finalmente, la nueva legislación establece que tanto para el ejercicio del derecho de asistencia a las juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones, de esta manera los titulares de acciones que no alcancen un mínimo para asistir a la junta o para votar, podrán designar a un representante común a fin de que éste asista a la junta y vote en representación de ellos.

7. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO EUROPEO

Un equipo de especialistas de *Pricewaterhouse* especialmente reunidas para cumplir con un encargo del Centro del Gobierno Corporativo Español, a propósito de un debate parlamentario originado por un propuesta modificatoria de la Ley de Auditoría por la cual se proponían introducir una enmienda a la Ley de Sociedades Anónimas en el sentido de prohibir las limitaciones estatutarias al número máximo de votos que un mismo accionista o las sociedades pertenecientes a ese grupo pueden emitir en junta, elaboró un interesante trabajo de análisis sobre el principio de la proporcionalidad del capital frente al derecho de voto.

Como se menciona en el prólogo de dicho trabajo, la posibilidad de limitar el número máximo de votos en la junta de accionistas, es posible en el derecho español desde la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y ha sido utilizada con mayor o menor frecuencia, como un mecanismo de limitación del poder de los mayoritarios, en beneficios de la minoría.

Dicho debate no es exclusivo de España, en el que se permite que las empresas que coticen en bolsa utilicen este mecanismo de concentración del control a las empresas, a diferencias de otras naciones donde la limitación a los derechos de voto a caído en desuso habiéndose prohibido en varias como en Italia y Alemania. Es pertinente señalar que si bien la Comisión Europea en el marco de los trabajos de armonización del derecho de sociedades se ha pronunciado sobre el particular, el intento de prohibir con carácter general las limitaciones, se abandonó, y se sustituyó por una recomendación genérica disuasoria de su utilización.

Conforme se destaca en el mencionado trabajo, el principio de proporcionalidad consistente en una acción igual un voto, es el que más se contrapone en el planteamiento teórico sobre las limitaciones al número máximo de votos que un socio puede emitir en junta, pues se entiende que este principio es consustancial al régimen de las sociedades capitales, a los efectos de cuidar la estricta proporción entre capital y derecho de voto, por razones de funcionamiento de las sociedades y de proporción entre el riesgo asumido,

representado por la participación de capital y el derecho consiguiente al ejercicio del derecho de voto.

El segundo principio, que igualmente se contrapone es el de la autonomía de la voluntad en el ámbito societario, por el carácter contractual de las sociedades mercantiles, y el principio de libertad de pactos para libremente decidir el funcionamiento de los órganos sociales modificando incluso la proporción entre el capital y voto.

Respecto a la posición de mantener de manera estricta la proporcionalidad los argumentos a favor son dos: el primero, la democracia entre los accionistas el cual parte de la premisa de que el derecho de la empresa debe residir en los accionistas, ya que ellos son los que tienen mayor interés en maximizar su valor, y en consecuencia, el derecho a votar debe ser proporcional a los intereses económicos, es decir, a mayor proporción de capital mayor proporción en voto, y a mayor riesgo asumido, mayor capacidad de decisión sobre ese riesgo, y el segundo argumento, que estriba en que la proporcionalidad protege a los accionistas minoritarios frente a la extracción de beneficios privados por parte de accionistas de control, que orienten a la compañía hacia su exclusivo interés.

El mencionado trabajo concluye en que existe una tensión entre el principio de proporcionalidad del capital y los derechos de voto, frente al principio de libertad de pactos entre los accionistas y el libre derecho de cada sociedad y los socios y accionistas de esta a distribuir el poder en la forma que estimen mas conveniente para el contrato social.

Según se destaca, es distinto el debate en sociedades cerradas o personalistas, respecto a sociedades abiertas que cotizan en el mercado de capitales. En las primeras, el principio de la libre autonomía de la voluntad de las partes, que se traducen en libertad de autogobierno, debe primar sobre cualquier imposición legislativa, en cambio en las segundas, en las que una gran parte de su accionariado es diverso o no concentrado y en que la autonomía de la voluntad en el ámbito estatutario es menos relevante para el inversionista que no tenga la intención de controlar la sociedad, si cabe discutir la conveniencia de imponer normativamente una prohibición a la limitación al número máximo de votos u otros mecanismos de concentración del control.

8. MECANISMOS DE ALTERACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD ENTRE EL CAPITAL Y EL VOTO

En el rubro 13 del Capítulo I del trabajo elaborado en el año 2010 por los especialistas en materia societaria de Pricewaterhouse para el Centro de Gobierno Corporativo de España, mencionado en el punto anterior, se enumeran

los diferentes sistemas de ruptura del principio de proporcionalidad, también llamados, mecanismos de alteración de la proporcionalidad entre el capital y el voto, y en dicho rubro se afirma que la limitación al número máximo de votos que un accionista puede emitir en junta no es el único mecanismo de alteración de la proporcionalidad entre el capital y el voto.

Tradicionalmente se analizan hasta trece mecanismos diferentes que se listan y describen brevemente a continuación, los cuales son de diferente naturaleza y responden a necesidades diferentes, con efectos igualmente diversos en la práctica. Algunos son de origen legal (como la Acción de Oro), otros de naturaleza estatutaria, tal como la limitación al número máximo de votos, o convencional como los Pactos Parasociales. Por último algunos son meramente fácticos, como la utilización de Estructuras Piramidales, y por ello de muy difícil control. Tales mecanismos son los siguientes:

- 1) **Acciones con Múltiples Derechos de Voto.**- Acciones emitidas por una sociedad anónima que confieren diferentes derechos de voto basados en una inversión de un valor equivalente.
- 2) **Acciones sin derecho de voto.**- Acciones que no confieren derecho de voto pero reconocen derechos económicos especiales. Deben incluirse aquellos valores que sin denominarse "acciones" otorgan derechos económicos equivalentes.
- 3) **Acciones Preferentes sin Derecho a Voto.**- Acciones emitidas por la sociedad anónima con derechos económicos especiales preferentes a fin de compensar la inexistencia de derechos de voto.
- 4) **Estructura Piramidal.**- Sistema utilizado en aquellos supuestos en los que una sociedad controla a otra que a su vez tiene una participación en otra entidad. Este proceso puede ser repetido numerosas veces.
- 5) **Acciones Prioritarias.**- Acciones que garantizan a sus titulares determinados poderes de decisión o derechos de veto en una sociedad, con independencia del porcentaje accionario del que sean titulares. Los derechos que se les atribuyen a sus titulares son diversos y varían en función de cada entidad; así pueden atribuirles desde derechos de veto a las decisiones adoptadas en Junta General, hasta derecho de elección de Consejeros (Directores).
- 6) **Límites al Número Máximo de Voto por Accionistas.**- Restricciones al porcentaje máximo de derechos de voto que pueden emitir los accionistas por encima de un umbral determinado, ello con independencia del número de acciones con derecho de voto del que sean titulares, de tal manera que no existe correlación entre el porcentaje accionario con derecho de voto del que sean titulares y su capacidad efectiva de voto.

- 7) **Titularidad limitada.**- Prohibición de adquirir acciones en una sociedad anónima a partir de un determinado umbral de participación.
- 8) **Mayorías reforzadas.**- Establecimiento a través del Estatuto Social de un sistema de mayorías cualificadas para la adopción de determinadas resoluciones relevantes para la sociedad.
- 9) **Acciones de Oros.**- Acciones que confieren derechos especiales que garantizan a (i) los Gobiernos de ámbito nacional o local (ii) a los vehículos contratados por ellos, a fin de mantener el control sobre sociedades que hayan sido privatizadas así como derechos que van más allá de los ordinarios.
- 10) **Certificados de depósito.**- Instrumentos financieros negociados emitidos por una fundación en un mercado bursátil local que representan la propiedad financiera de las acciones, pero carecen de derechos de voto sobre las acciones subyacentes.
- 11) **Sociedades Comanditarias por acciones.**- Sociedades en las que existen dos tipos de socios, sin que existan dos tipos de acciones:
- 12) **Socios Generales:** son los propietarios de la sociedad y tienen responsabilidad ilimitada.
Socios Capitalistas limitados: participan en el capital de la sociedad pero tienen responsabilidad y derechos de control limitados.
- 13) **Participaciones cruzadas,** los que se dan en dos modalidades:
 - Participación cruzada directa en supuestos en los que la sociedad X ostenta una participación en la sociedad Y, la cual, a su vez, ostenta otra en la sociedad X (sociedades imbricadas)
 - Participación cruzada circular en supuestos en los que la sociedad X ostenta una participación en la sociedad Y la cual tiene una participación en la Sociedad Z, que a su vez ostenta otra en la sociedad X.
- 14) **Pactos Parasociales.**- Alianzas y acuerdos entre accionistas ya sea de carácter formal o informal.

Abrir un debate sobre la prohibición legal de cualquiera de los mecanismos anteriores no sería completo si es que no se incluye un análisis de las consecuencias de su incorporación o admisión, en particular por la posibilidad de que se sustituyan por otros mecanismos de alteración de la proporcionalidad que puedan emitir situaciones análogas a las que se pretende evitar y con un mayor impacto en los mercados y en la voluntad de los inversionistas.

9. REFLEXIÓN FINAL

Hasta la fecha la problemática a que se refiere el título del presente trabajo respecto al conflicto que se podría presentar entre el principio de la proporcionalidad del capital frente al derecho de voto en las sociedades anónimas, aún no se presenta, pues como se ha precisado, nuestro ordenamiento legal societario, preserva y mantiene rigurosamente dicho principio, y por ello, no admite la existencia de acciones con voto plural o múltiple, con las cuales se quebraría la proporcionalidad.

Sin embargo, el tema de por sí es sumamente interesante, pues la problemática sí se presenta en otros países, situación que por lo tanto nos lleva a futuro a elaborar mayores análisis debiendo recurrirse para ello a la experiencia del Derecho Comparado, fundamentalmente por el interés que ha despertado dicho tema en la Unión Europea.

En el caso del derecho español, la entrada en vigencia del nuevo texto refundido de la Ley de Sociedades de Capitales, en lo que concierne a este tema contiene una regulación en la que se han introducido algunas innovaciones que bien vale la pena profundizar en ellas en un futuro trabajo.

Finalmente, y gracias al desarrollo del mercado secundario de valores y a las nuevas regulaciones sobre sociedades anónimas abiertas así como sobre la actividad bursátil, siempre es importante introducir temas que seguramente generarán debates y propuestas y con ello enriquecer nuestro derecho positivo en materia societaria y contribuir a la modernización de la regulación específica sobre el mercado de valores.

La Cláusula *Pari Passu* en la deuda soberana: Una aproximación diferente al caso Elliott

FREDDY ESCOBAR ROZAS ^(*)

SUMARIO: 1. Palabras de gratitud. 2. Introducción. 3. El caso: *Elliott associates L.P. v. República del Perú*. 4. La reestructuración de la deuda corporativa *v.* la reestructuración de la deuda soberana. 5. El impacto de la cláusula *pari passu* en la reestructuración de la deuda soberana. 6. El sentido de la cláusula *pari passu* en función de la historia. 7. El dato olvidado: El deudor tiene opciones. 8. Los argumentos a favor de una lectura restrictiva. 8.1. El efecto reputacional. 8.2. La aplicación de sanciones. 9. Los argumentos a favor de una lectura no restrictiva. 9.1. La subordinación de hecho. 9.2. El efecto en el precio. 10. La búsqueda del sentido legal.

1. PALABRAS DE GRATITUD

Conocí a Manuel DE LA PUENTE en un concurso para jefaturas de práctica del curso “Contratos Parte General”. Él había dejado de dictar ese curso, pero mantenía contacto con los profesores que lo hacían. En ese concurso Manuel era presidente del jurado evaluador y con su voto decidió mi ingreso al mundo académico, motivando un cambio drástico en mis planes personales (en esa época tenía el sueño de dedicarme plenamente a la música). Si bien después de ese proceso de selección no tuve mayor contacto personal con él, sus trabajos pasaron a formar parte importante de mi proceso de formación. No exagero al confesar que pasé todo un verano leyendo, estudiando y resumiendo los borradores de lo que sería “*El Contrato en General*” (los resúmenes comentados circularon por algún tiempo en la fotocopiadora de la Facultad). A través de esos textos Manuel volvió a influir en mi vida profesional: a partir de su lectura supe que me dedicaría al Derecho Contractual.

^(*) Profesor en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Ferrero Abogados.

Muchos años han transcurrido desde entonces. Ellos han traído no pocos cambios. Las ideas y las perspectivas ya no son las mismas. Pero el cariño y el respeto por una persona que no solo defendió con coherencia sus ideas y perspectivas, sino que además supo despertar el interés en el estudio del Derecho y en la producción académica se mantienen inalterables.

He escrito este artículo con mucho esfuerzo, cuidando hasta el menor detalle, con la idea de que Manuel lo leerá y nuevamente volverá a ser mi jurado.

2. INTRODUCCIÓN

En las operaciones representativas de deuda, la cláusula *pari passu* es empleada para garantizar a la parte que entrega dinero que ningún otro acreedor de la parte que recibe dinero tendrá en el futuro un rango superior.

Hasta antes del *Caso Elliott* los abogados especializados en deuda soberana consideraban que se violaba la cláusula *pari passu* cuando la parte deudora de la obligación de repago concedía a un tercer acreedor un rango superior. Empero, si en una situación de *default* la parte deudora de la obligación de repago pagaba a un tercero antes que a la parte acreedora de tal obligación, no se producía violación alguna de la cláusula *pari passu*¹. Por consiguiente, el beneficio de ser *pari passu* operaba en el plano del rango de las deudas y no en el plano del pago de las mismas.

El *Caso Elliott* alteró esta visión de las cosas al ampliar el ámbito de acción de la regla *pari passu* al plano del pago de las deudas. Según la decisión de la Corte que conoció el referido caso, la parte beneficiaria de una cláusula *pari passu* podía oponerse tanto al otorgamiento de rangos preferentes como a la realización de pagos preferentes una vez producido el *default*.

A pesar de la conmoción global generada por el *Caso Elliott*, los abogados especializados en deuda soberana han seguido empleando la cláusula *pari passu* sin modificación alguna. ¿Por qué? Porque consideran que la decisión en ese caso fue “aberrante”, de modo que no existe el peligro razonable de que una corte vuelva a fallar del mismo modo².

¹ “The existence of a conventional *pari passu* undertaking in a loan agreement will have no effect on the sovereign borrower’s legal ability to pay one creditor even if it is then in default on its payment obligations to other creditors, to prepay one lender or group of lenders ahead of some others or to pledge assets to secure the borrower’s obligations under one loan without giving equal security in respect of its other indebtedness. If a lender wants these protections, it must search for them in other clauses of the loan agreement or restructuring agreement”. Ver: BUCHHEIT, Lee. *The Pari Passu Clause Sub Specie Aeternitatis*. En: *Internacional Finance Law Review*. N° 12. 1991. p. 11.

² Sobre las razones por las cuales la decisión del *Caso Elliott* no debería afectar el *modus operandi* de la industria de la deuda soberana: LÓPEZ SANDOVAL, Eduardo. *Sovereign Debt Restructuring: Should We Be Worried About Elliott?* 2002. pp. 62–68. Disponible en <http://www.law.harvard.edu/programs/about/pifs/llm/sp44.pdf> (última visita: 6 de enero de 2011).

Este artículo pretende demostrar que la decisión adoptada en el *Caso Elliott* no fue aberrante, sino, por el contrario, económicamente eficiente y legalmente consistente con la redacción de la cláusula *pari passu*. Los expertos en deuda soberana, por tanto, deben reconsiderar la opción de emplear la referida cláusula sin incluir modificaciones³.

3. EL CASO: ELLIOTT ASSOCIATES L. P. V. REPÚBLICA DEL PERÚ

En 1983, el Banco de la Nación y el Banco Popular del Perú recibieron préstamos de diversos bancos comerciales internacionales. El Estado peruano actuó como garante de dichos bancos. Años más tarde, los bancos peruanos y el Estado peruano dejaron de cumplir sus obligaciones, ingresando a una situación de *default*⁴. En 1996, el Estado peruano aceptó implementar el “Plan Brady”⁵. A través de este plan⁶, la deuda originaria sería intercambiada por “Bonos Brady”, que contemplaban (i) una reducción del capital de las can-

³ No existe una explicación clara acerca de las razones por las cuales la cláusula *pari passu* ha sido tradicionalmente incluida en el ámbito de la deuda soberana. Mark Weidemaier, Robert Scott y Mitu Gulati han entrevistado a más de 100 abogados de élite (con base en Nueva York, París y Londres) especializados en deuda soberana, a fin de conocer por qué sus firmas incluyeron la cláusula *pari passu* en contratos e instrumentos de deuda soberana en los últimos 200 años. Cinco explicaciones distintas surgieron de todas estas entrevistas. Ninguna de ellas, sin embargo, resulta convincente, ya que la data (contratos de préstamo y prospectos de emisión bonos) revisada por los autores durante los últimos 200 años contradice cada una de las teorías ensayadas por los referidos abogados. Ver: WEIDEMAIER, Mark; ROBERT SCOTT y MITU GULATI. *Origin Myths, Contracts, and the Hunt for Pari Passu*. 2010. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1633439> (última visita: 5 de enero de 2011).

⁴ En marzo de 1983 el Estado peruano decidió suspender el pago de su deuda externa debido a una grave insuficiencia de reservas. Por esta razón, el Estado peruano pasó el resto de la década completamente aislado de la comunidad financiera internacional.

⁵ En septiembre de 1991 el Estado peruano y el Fondo Monetario Internacional lograron celebrar un acuerdo para reestructurar la deuda externa del primero. En diciembre de 1994 todos los acreedores del Estado peruano, salvo uno, habían retirado las demandas contra éste. En enero de 1996 el Estado peruano finalmente aceptó ejecutar el “Plan Brady”, iniciando la reestructuración de virtualmente toda su deuda externa (US \$ 4.4 billones).

⁶ En agosto de 1982, México decidió suspender los pagos a sus acreedores (bancos comerciales de los Estados Unidos de América), iniciando así una cascada de incumplimientos a nivel latinoamericano. Esos incumplimientos masivos dieron origen a la llamada “crisis de la deuda del tercer mundo”. Siete años después, Nicholas F. Brady, Secretario del Tesoro de los Estados Unidos de América, diseñó un plan para terminar con la situación de *default* generalizada. Este plan consistía en intercambiar la deuda soberana en *default* por bonos soberanos. Estos bonos serían atractivos para los deudores en la medida en que contemplaban una reducción del capital adeudado y del servicio de deuda. Por otro lado, serían atractivos para los acreedores en la medida en que garantizaban la recuperación de parte de sus fondos. En 1990 México fue el primer país en emitir “Bonos Brady” y en novar su vieja deuda soberana. Posteriormente lo hicieron Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

tidades originalmente adeudadas y (ii) una reducción de las tasas de interés originalmente pactadas⁷.

Mientras se negociaba la reestructuración de la deuda del Estado peruano a través del “Plan Brady”, Elliott Associates L.P. (“Elliott”), un *Vulture Fund*⁸ con base en Nueva York, adquirió del ING Bank y del Swiss Bank Corporation créditos garantizados por el Estado peruano por un valor nominal de US \$ 20.7 millones a un precio de US \$ 11.4 millones. Elliott no solo decidió no participar en la referida reestructuración⁹ sino que además interpuso una demanda ante una corte de Nueva York a efectos de conseguir el pago de la deuda relacionada a sus créditos.

Inicialmente Elliott tuvo un revés ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York. En efecto, en agosto de 1998 dicha Corte falló en contra de Elliott argumentando que la adquisición de créditos estresados con el propósito de demandar judicialmente al deudor constituía una violación de la *New York Champerty Law*¹⁰. Sin embargo, en octubre de 1999 la Corte del Segundo Circuito revocó el fallo de la Corte del Distrito Sur de Nueva York debido a que consideró que Elliott había adquirido los referidos créditos con el propósito de obtener el pago adeudado por el Estado peruano y que cualquier demanda judicial interpuesta por Elliott era meramente incidental. Por esta razón, en junio de 2000 la Corte del Distrito Sur de Nueva York ordenó al Estado peruano pagar a Elliott la suma de US \$ 55.7 millones; asimismo, ordenó al Chase Manhattan (el agente de pago del Estado peruano) abstenerse de entregar a los tenedores de los “Bonos Brady” cualquier suma de dinero en representación del Estado peruano. En septiembre de 2000, el Estado peruano no pudo efectuar el pago de un cupón de los “Bonos Brady” por US \$

⁷ BRATTON, William W. *Pari Passu and A Distressed Sovereign's Rational Choices*. En: Emory Law Journal. Vol. 53. 2004. p. 823.

⁸ Los *Vulture Funds* son fondos especializados en adquirir deuda estresada, a través del mercado secundario. Los *Vulture Funds* no suelen participar en los procesos de reestructuración de las deudas relacionadas a los créditos que adquieren; por el contrario, suelen emplear agresivas estrategias de litigio para obtener el pago del total del valor nominal de tales créditos. Su comportamiento, por tanto, crea un problema mayor al tradicional problema del *holdout*.

⁹ De los 180 acreedores del Estado peruano solo 2 se rehusaron a participar en la reestructuración de la deuda: Elliott y Pravin Bank.

¹⁰ La doctrina de “*champerty*” establece una serie de restricciones para que un tercero financie los costos de un litigio con cargo a la división de los resultados positivos que obtenga la parte litigante que recibe el financiamiento. La lógica de esta doctrina es desincentivar el litigio especulativo e innecesario, asociado generalmente al retorno de inversiones antes que a la búsqueda de justicia. De acuerdo con dicha doctrina, bajo ciertas circunstancias resulta ilegal adquirir créditos con el único propósito de demandar al deudor. Ver: STEINIZT, Maya. *Whose Claim is This Anyway: Third Party Litigation Funding*. 2011. p. 19. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1586053 (última visita: 30 de marzo de 2011).

80 millones, ingresando a un periodo de gracia de 30 días previo a la declaración de *default*. A fin de poder pagar el siguiente cupón programado para octubre de 2000, el Estado peruano buscó canalizar la entrega de dinero a los tenedores de los “Bonos Brady” a través de Euroclear. En septiembre de 2000 Elliott presentó una demanda ante la Corte Comercial de Bruselas (sede de Euroclear) solicitando que se prohíba a Euroclear recibir fondos del Estado peruano o, en su defecto, usar esos fondos para efectuar pagos a los tenedores de los “Bonos Brady”. Elliott argumentó que los pagos que el Estado peruano pretendía efectuar a favor de los referidos tenedores violaban la cláusula *pari passu* contenida en los contratos de préstamo de 1983¹¹. Inicialmente, la Corte Comercial de Bruselas no amparó la demanda de Elliott. Contra todo pronóstico, sin embargo, la Corte de Apelaciones de Bruselas falló a favor de Elliott, ordenando a Euroclear no efectuar pago alguno a los tenedores de los “Bonos Brady”. Elliott había vuelto a golpear con fuerza. A fin de no poner en peligro la ejecución del “Plan Brady”, el Estado peruano decidió pagar a Elliott la suma de US \$ 56.3 millones. Para Elliott esto significó un retorno cercado al 500% de su inversión inicial¹².

El *Caso Elliott* conmocionó a diversos actores de la industria de deuda soberana en la medida en que hasta antes de la emisión de la sentencia definitiva dichos actores entendían que la cláusula *pari passu* no impedía efectuar pagos preferentes después del *default*¹³.

¹¹ Esta cláusula establecía lo siguiente: “*The obligations of the Guarantor hereunder do rank and will rank at least pari passu in priority of payment with all other External Indebtedness of the Guarantor, and interest thereon.*”.

¹² Para una descripción detallada del caso Elliott: WHEELER, Christopher C. y Amir ATTARAN. *Declawing the Vulture Funds: Rehabilitation of a Comity Defense in Sovereign Debt Litigation*. En: *Stanford Journal of International Law*. Vol. 39. 2003. pp. 254 - 258; MONTEAGUDO, Manuel. *Peru’s Experience in Sovereign Debt Management and Litigation: Some Lessons for the Legal Approach to Sovereign Indebtedness*. En: *Law and Contemporary Problems*. Vol. 73. 2010. p. 201 y ss.

¹³ “*Over the years, a few commentators (including one of the authors) have offered possible explanations for the appearance of pari passu covenants in sovereign credit instruments [...] The common theme among these commentators was a degree of agnosticism about the precise denotation of the pari passu clause in a sovereign context. The commentators did agree, however, that the clause was intended to address only borrower actions having the effect of changing the legal ranking of the debt or perhaps the earmarking of assets or revenue streams to benefit specific creditors. None was prepared to say that a borrower not yet in bankruptcy or within statutory period for recovering preferential payments prior to a bankruptcy filing (or, in the case of a sovereign borrower, not eligible for bankruptcy), was obligated by virtue of this clause to pay all equally-ranking debt on a strictly lockstep basis. Nor did these commentators suggest that differential payments by a borrower subject to this clause would expose the borrower as well as the recipients of the differential payments or a third party through which such a payment is processed, to legal remedies extending beyond those customarily available to unpaid creditors.*”. Ver: BUCCHETTI, Lee C. y Jeremiah S. PAM. *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*. En: *Emory Law Journal*. Vol. 53. 2003. p. 874.

Inmediatamente después de conocida la decisión de la Corte de Apelaciones de Bruselas, diversos inversionistas empezaron a demandar a deudores soberanos (p.e. Argentina, Congo, Nicaragua) ante diversas cortes (p.e. Bélgica, Estados Unidos de América, Inglaterra). En algunos casos esos inversionistas obtuvieron sentencias favorables y, por tanto, evitaron pagos no-prorrata. En otros casos esos inversionistas transaron, obteniendo pagos por el valor nominal de sus acreencias.

A pesar de que la decisión de la Corte de Apelaciones de Bruselas fue vista con muy malos ojos por la industria de deuda soberana, los abogados de las plazas financieras más importantes del mundo siguieron empleando esa cláusula sin modificaciones¹⁴ debido a que consideraron que no era razonable esperar en el futuro una decisión similar a la adoptada por la referida Corte¹⁵.

4. LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA CORPORATIVA V. LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA SOBERANA

En el mundo de la deuda corporativa el incumplimiento de la empresa deudora puede generar dos respuestas por parte de los acreedores. La primera respuesta supone implementar estrategias descoordinadas que buscan tomar la mayor cantidad de activos de la empresa deudora. Cada acreedor trata de “recuperar” tanto como pueda a través de acciones de ejecución forzada, embargo, etc. Estas acciones normalmente terminan con la salida de la empresa deudora del mercado en la medida en que ésta se queda sin activos para operar. La segunda respuesta supone implementar estrategias coordinadas que buscan mejorar la posición económica y financiera de la empresa deudora, de modo que ésta pueda generar mayores flujos y estar en condiciones de pagar paulatinamente a todos sus acreedores.

Como quiera que la salida de la empresa deudora del mercado puede ser nociva desde una perspectiva Kaldor-Hicks, los sistemas legales reducen los costos de transacción de la segunda respuesta a través de mecanismos que permiten (a) tomar decisiones colectivas sin que sea necesario el consentimiento

¹⁴ *“Whatever the merits of the Brussels court’s interpretations, one would expect that all contracts after Elliott case would pay special attention to the pari passu clause and clarify its exact meaning [...] For the twenty countries for whom data was available for over at least ten issuances during the 1985-2005 period, we found no response to the Elliott Associates v. Peru litigation in terms of changes in the language of contracts subsequent to the Elliott decision.”* (énfasis agregado). Ver: CHOI, Stephen J. y GULATI, Mitu G. *Contract as Statute*. En: Michigan Law Review. Vol. 104. 2006. p. 1135.

¹⁵ *“The standard initial response was that it was clear to all that Elliott decision was an aberration. Most lawyers explained that they were confident that no New York court would accept the interpretation that Elliott Associates was pushing.”* (énfasis agregado). Ver: CHOI, Stephen J. y Mitu G. GULATI. *Op. cit.* p. 1137.

de todos los acreedores y (b) proteger el patrimonio de la empresa deudora mientras se ejecuta el plan de pagos.

En el mundo de la deuda soberana las cosas son bastante diferentes. En efecto, en primer lugar los acreedores no pueden tomar fácilmente los bienes de los Estados deudores¹⁶. En segundo lugar, no existen leyes que regulen la insolvencia de los Estados deudores¹⁷. Por lo tanto, ante el incumplimiento de un Estado deudor no existe en la práctica otra alternativa que iniciar negociaciones informales para reestructurar la deuda soberana¹⁸. Estas negociaciones suelen dar frutos una vez que dicho Estado experimenta cierta mejora económica.

El proceso de reestructuración de la deuda soberana enfrenta ciertas barreras que pueden frustrar acuerdos mutuamente satisfactorios: asimetría informativa, altos costos de transacción debido al gran número de acreedores, etc. Una de las barreras más problemáticas proviene de los propios contratos de emisión de deuda soberana.

En efecto, los contratos en cuestión suelen contener tanto las *Unanimous Action Clauses* ("UACs") como las *Collective Action Clauses* ("CACs"). Las primeras exigen la aprobación unánime de los acreedores para que entre en vigencia una modificación contractual. Las segundas exigen la aprobación mayoritaria (tres cuartos) de los acreedores para que entre en vigencia una modificación contractual. Históricamente, los bonos soberanos emitidos bajo la

¹⁶ Diversas jurisdicciones ofrecen inmunidad a los Estados, de modo que los acreedores de estos últimos no pueden tomar los activos colocados en tales jurisdicciones. En los Estados Unidos de América la *U.S. Foreign Sovereign Immunity Act* y el *28 U.S.C. Sections § 1602 - § 1611* regulan la inmunidad concedida a Estados foráneos.

¹⁷ "If a company fails to pay its debts, a system of corporate bankruptcy or insolvency law usually regulates the relationship between the debtor - company and its creditors. In contrast, if a State fails to pay its debts [...] no legal system presently regulates the relationship between the State and its creditors". Ver: SCHWARZ, Steven L. *Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach*. En: *Cornel Law Review*. Vol. 85. p. 103. El Fondo Monetario Internacional ("FMI") ha propuesto crear un mecanismo (*Sovereign Debt Restructuring Mechanism*) que permita reestructurar la deuda soberana en *default* bajo la supervisión de una autoridad que opere con reglas *ex ante*. Problemas en el diseño de dicho mecanismo (sobre control del FMI) así como temores de agravar el problema de riesgo moral (exclusión de ciertos acreedores preferentes) han impedido su adopción. Un análisis detallado de la problemática del *Sovereign Debt Restructuring Mechanism* se encuentra en: SCOTT, Hal S. *A Bankruptcy Procedure for Sovereign Debtors?* *Harvard Law School Public Law*. Research Paper 53. 2003. pp. 37 - 46. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=384220 (última visita: 2 de abril de 2011).

¹⁸ "[...] debtor-companies with inherently good businesses may undergo reorganization, but those with inherently bad businesses are often liquidated. Courts, the debtor-company and its creditors all devote significant resources to determining whether the company is worth more reorganized or liquidated. In contrast, States are not liquidated. Reorganization is therefore the goal of any sovereign restructuring". Ver: SCHWARZ, Steven L. *Op. cit.* p. 104.

ley de Nueva York contienen UACs, mientras que los bonos soberanos emitidos bajo la ley de Londres contienen CACs¹⁹. Evidentemente, las CACs facilitan el proceso de negociación entre el Estado deudor y sus acreedores, mientras que las UACs dificultan tal proceso, ya que basta que un acreedor oportunista²⁰ diga “no” para que la reestructuración de la deuda soberana quede frustrada, aun cuando aquella sea conveniente para el grupo de acreedores como tal.

Con el fin de contrarrestar la acción de los acreedores oportunistas, los emisores de bonos soberanos suelen sujetar las condiciones de pago a las UACs y las condiciones auxiliares de protección (p.e. *covenants* negativos) a las CACs. Esto permite que, ante un ataque oportunista, el deudor soberano pueda defenderse mediante la estrategia del *Exit Consent* (“EC”). Veamos cómo funciona.

Imaginemos que un Estado ha emitido bonos por \$ 100 millones e incurrir en *default*. El Estado indica que solo tiene \$ 70 millones para pagar, por lo que efectúa una oferta de intercambio. Esta oferta supone sustituir (novar) la deuda de \$ 100 millones por una deuda de \$ 70 millones. Como quiera que el intercambio propuesto supone modificar las condiciones de pago de la deuda original, la oferta debe ser aprobada por todos los acreedores. En consecuencia, basta que un acreedor se oponga a la oferta del Estado deudor para que el intercambio quede frustrado.

Para evitar el comportamiento oportunista de cualquier acreedor, el Estado deudor puede incluir en su oferta de intercambio un EC. En virtud del EC, las condiciones auxiliares de protección quedan removidas con el voto de la mayoría de los acreedores. En consecuencia, el acreedor oportunista que no acepte el intercambio mantendrá sus derechos al pago de lo originalmente adeudado, pero quedará expuesto a las represalias del Estado deudor. En efecto, removidas las condiciones auxiliares de protección, dicho Estado puede tomar acciones destinadas a perjudicar los intereses del acreedor en cuestión. Por ejemplo, eliminada la cláusula que impide constituir nuevas garantías (*Negative Pledge Clause*), el Estado deudor puede válidamente constituir nuevas garantías para los acreedores que sí aceptaron el intercambio propuesto. En consecuencia, la posibilidad de cobrar disminuirá ostensiblemente para el acreedor oportunista.

¹⁹ BRATTON, William W. *Op. Cit.* p. 828; International Monetary Fund. *Access to International Capital Markets for First-Time Sovereign Issuers*. 2003. p. 15, nota 8. Disponible en: <http://www.imf.org/external/np/icm/2003/eng/111703.pdf> (última visita: 25 de febrero de 2011).

²⁰ Si la reestructuración de la deuda es buena para el grupo de acreedores como tal y si las reglas de juego están determinadas por un esquema UAC, X puede negarse a aceptar dicha reestructuración con el propósito de obtener una ventaja mayor de la que obtendría en caso de colaborar. Si así lo hace, X sería un acreedor oportunista.

5. EL IMPACTO DE LA CLÁUSULA *PARI PASSU* EN LA REESTRUCTURACIÓN DE LA DEUDA SOBERANA

En el mundo de la deuda corporativa la empresa deudora puede negociar con sus acreedores nuevas condiciones de pago de las deudas²¹ y evitar de este modo una eventual declaración de insolvencia²². El acreedor que niegue su consentimiento a la reestructuración mantiene sus derechos iniciales, lo que significa que no queda vinculado a plazos mayores de repago o a menores tasas de interés. Adicionalmente, ese acreedor se beneficia de la viabilidad económica y financiera lograda por la empresa deudora gracias a la colaboración de los acreedores que aceptan la reestructuración de la deuda. Si la empresa deudora desea mantener alejado el fantasma de la quiebra, aquella debe cumplir con pagar tanto a los acreedores que participan en la reestructuración como a aquellos que no lo hacen. Ello porque cualquier incumplimiento de dicha empresa dará pie a acciones de ejecución forzada, embargos, etc. En consecuencia, los acreedores que se niegan a cooperar con la empresa deudora se benefician de una externalidad positiva generada por los acreedores que de manera coordinada deciden cooperar con tal empresa mediante la implementación de un plan que relaje las condiciones iniciales de pago y, por ende, permita la recuperación económica y financiera de esta última.

En el mundo de la deuda soberana la negociación de nuevas condiciones de pago no genera los mismos efectos (perversos). Debido a que dicha negociación supone un intercambio de deudas (p.e. deuda con bancos comerciales por “Bonos Brady”), los acreedores que no participen en dicho intercambio mantienen intactos sus derechos iniciales. A diferencia de lo que ocurre con la empresa deudora, el Estado deudor no tiene por qué satisfacer tanto a los acreedores que participan en el intercambio como a los acreedores que no lo hacen. En efecto, en la medida en que, por un lado, estos últimos acreedores no puedan ejecutar sus acreencias a un costo bajo; y, por el otro, la falta de pago de la deuda no reestructurada no desestabilice la rehabilitación del Estado

²¹ “Out-of-court restructuring procedures are known as “workouts”, that is, private arrangements between the parties involved. The main difference between court-supervised and out-of-court procedures is the binding element. In court-supervised procedures, the debtor enjoys the features of a court order that makes the restructuring binding on all creditors involved in the restructuring whether they have accepted the offer or not”. Ver: OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo y Gerónimo FRIGERIO. *Expedited Debt Restructuring in Latin America*. Inter-American Development Bank. 2009. p. 4. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=2243032> (última visita: 2 de abril de 2011).

²² La empresa deudora puede desear evitar una declaración de insolvencia en función de diversas razones, entre las cuales se encuentran la necesidad de evitar un impacto reputacional negativo y la necesidad de no perder el control de la toma de decisiones.

deudor en el mercado, no existirán incentivos para mantener una conducta de cumplimiento total²³.

Es en este contexto que el alcance de la cláusula *pari passu* juega un papel fundamental. En efecto, si, tal como lo sostuvo Elliott, la cláusula en cuestión impide efectuar pagos que solo beneficien a algunos acreedores, entonces la posición de los acreedores que no participan en la reestructuración de la deuda soberana es similar a la de los acreedores que no participan en la reestructuración de la deuda corporativa: ambos pueden frustrar el proceso de reestructuración. Empero, si, tal como lo sostiene la industria de deuda soberana, la cláusula en cuestión no impide efectuar pagos que solo beneficien a algunos acreedores, entonces la posición de los acreedores que no participan en la reestructuración de la deuda soberana es diferente a la de los acreedores que no participan en la reestructuración de la deuda corporativa: mientras estos últimos pueden frustrar el proceso de reestructuración, aquéllos no pueden hacer tal cosa.

La interpretación de la cláusula *pari passu* tiene, pues, un efecto directo en el problema del *holdout*, esto es, en el problema creado por la negativa oportunista de un actor a aceptar (i) lo que los demás miembros de su grupo proponen o (ii) lo que la contraparte ofrece²⁴: una lectura no restrictiva de la regla *pari passu* magnifica ese problema, mientras que una lectura restrictiva de dicha regla lo reduce.

Si es que consideramos que el *holdout* es siempre un problema real y que en materia de reestructuración deuda soberana ese problema es el único que existe, la lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* se impondría sin atenuantes.

La realidad, sin embargo, es más compleja. El *holdout* puede no ser un problema. En todo caso, si lo es, no es el único problema que presenta la reestructuración de la deuda soberana. Por tal razón, no es aberrante pensar

²³ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 831.

²⁴ La película *Waking Ned Divine* (Fox Searchlight Pictures, 1998) ilustra este problema en toda su magnitud. *Ned Divine*, un residente de un pequeño pueblo de Irlanda, repentinamente fallece (a causa de un infarto) después de haber ganado el premio de la lotería nacional consistente en £6.7 millones. Los 52 habitantes del pueblo desean que uno de ellos se haga pasar por *Divine*, cobre el premio y luego lo reparta entre todos. Esto generaría una ganancia individual de £130,000. Para que la estrategia de suplantación funcione, todos deben estar de acuerdo. Desafortunadamente, *Lizzie Quinn*, una poco amable residente del pueblo, decide no participar en el fraude y amenaza a los demás con revelar su existencia a las autoridades si es que no recibe un monto mayor a £130,000. El comportamiento se *Quinn* se explica en la recompensa que ofrecen las autoridades en caso de denuncia de fraudes: 10% del premio. Tomado de: SCHWARCZ, Steven L. *Op. Cit.* pp. 106-107. El problema del *holdout* surge porque uno de los miembros del grupo considera que su negativa a adherirse a la posición de los demás puede inducir a que la contraparte compre su consentimiento a un mayor precio.

que existen razones para sustentar una lectura no restrictiva de la cláusula *pari passu*.

6. EL SENTIDO DE LA CLÁUSULA EN FUNCIÓN DE LA HISTORIA

Pari passu significa “igual”. Mediante una cláusula *pari passu* el deudor no hace otra cosa que obligarse a no contraer deudas futuras que concedan rangos prioritarios preferentes. El efecto práctico de la igualdad de rangos es visible cuando el deudor es declarado en insolvencia, ya que en tal situación sus bienes, de ser el caso, son repartidos entre sus acreedores en función de la prioridad que tengan sus créditos. Si el sentido práctico de tener la misma prioridad surge en el contexto de la insolvencia, ¿por qué razón los contratos de emisión de deuda soberana incluyen cláusulas *pari passu*? Si los Estados no pueden ser declarados en insolvencia, ¿de qué sirven las cláusulas en cuestión en materia de deuda soberana?²⁵

Los abogados solemos recurrir a la historia para esclarecer los alcances de una norma legal o contractual. Entender las razones que originaron la aparición de esa norma nos da una pauta para determinar si el sentido original atribuido a la misma ha de mantenerse o abandonarse²⁶. Veamos si en

²⁵ “*In the context of unsecured corporate debt [...] the pari passu clause ensures that the debt will have the same priority as all of the borrower’s other unsecured debt in the event of a liquidation [...] In a corporate bankruptcy, for example, an equal share of the proceeds of any liquidation will be distributed among all holders of pari passu ranking debts (after higher priority creditors are paid). But sovereign borrowers do not go into insolvency and cannot be liquidated. When a sovereign defaults, no judicial officer supervises the collection and distribution of sovereign assets in accordance with creditors’ respective priorities. In the context of sovereign lending, then, it is fair to say that no one really knows what the pari passu clause means [...]*” (énfasis agregado). Ver: WEIDEMAIER, Mark, Robert SCOTT y Mitu GULATI. *Op. Cit.* p. 3.

²⁶ Algo que hoy parece normal o inevitable puede ser el resultado de una decisión que tuvo cierto sentido en el pasado. Ese algo puede haber sobrevivido a pesar de la desaparición de la justificación de la decisión que le dio vida. ¿Por qué? Porque una vez que algo es aceptado por el grupo, diversos factores económicos y emocionales desincentivan la búsqueda de opciones alternativas aun cuando éstas sean necesarias. El ejemplo paradigmático de este fenómeno (denominado “*path dependence*”) se halla en el orden del modelo del teclado de las computadoras, blackberrys, ipads y demás productos similares. El modelo actualmente usado es el “*QWERTY*” (secuencia de las primeras cinco teclas superiores de izquierda a derecha). El orden ofrecido por este modelo es ilógico, ya que no está alineado con la secuencia del alfabético o con alguna combinación frecuente de letras. ¿Qué motivó la creación de tal orden? Los primeros usuarios de las máquinas de escribir tendían a atascarse cuando escribían muy rápido debido a que el teclado requería fuerza y precisión de cada uno de los dedos. Al advertir esto los creadores del modelo deliberadamente elaboraron una secuencia en la que todas las letras de la palabra “*typewriter*” estuviesen disponibles en la primera fila (donde los problemas de falta de fuerza y precisión se reducen al máximo). De este modo, los vendedores de las máquinas de escribir podían demostrar las bondades del producto escribiendo rápidamente el nombre de la compañía fabricante: Typewriter. Mejoras mecánicas no tardaron en aparecer. Esas mejoras facilitaron la labor de escribir a máquina en la medida en que demandaban menos fuerza y precisión de los

este caso la historia de la cláusula *pari passu* nos puede ayudar a responder la interrogante planteada.

Uno de los trabajos más citados en esta materia es el de Lee C. BUCHEIT y Jeremiah S. PAM²⁷. A pesar de la existencia de cuestionamientos recientes²⁸, voy a seguirlo en la medida en que, hasta donde llega mi conocimiento, no existe otro trabajo alternativo²⁹.

BUCHEIT y PAM señalan que la cláusula aparece por primera vez en Inglaterra a finales del siglo XIX. En esa época las leyes inglesas otorgaban prioridad a los acreedores en función de la antigüedad de sus créditos ("*first-in-time rule*"). Como quiera que los emisores solían emitir múltiples series de bonos con el mismo colateral, aquéllos incluían una cláusula *pari passu* para asegurar a todos los bonistas que cualquier ejecución del colateral beneficiaría a todos por igual (prorrata). La cláusula *pari passu* no impedía, sin embargo, efectuar pagos del principal sobre una base no-prorrata³⁰.

La segunda etapa de la cláusula aparece en los primeros años del siglo pasado. Los deudores soberanos de la época habían comenzado a implementar la práctica del "*earmarking*". Esa práctica consistía en comprometer, sin llegar a constituir garantías formales, ciertos ingresos (p.e. ingresos procedentes de la

dedos. Como consecuencia de ello, nuevos teclados fueron introducidos en el mercado, ofreciendo secuencias mucho más simples, basadas en combinaciones frecuentes. Sin embargo, esos teclados fracasaron estrepitosamente. Para 1890 todos los usuarios de las máquinas de escribir se habían acostumbrado a la extraña secuencia del modelo "*QWERTY*". Ese modelo perdura hasta hoy, algo incomprensible si tomamos en cuenta que, por obra de la tecnología, resulta imposible atascarse al digitar teclados que no exigen mayor fuerza de los dedos para activarse. Sobre la teoría de la dependencia y sus implicancias en el Derecho: HATHAWAY, Oona. *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*. En: *Iowa Law Review*. Vol. 86. 2001. p. 601 y ss.

²⁷ BUCHEIT, Lee C. y Jeremiah S. PAM. *Op. Cit.* p. 869.

²⁸ WEIDEMAIER, SCOTT y GULATI han analizado data de casi 200 años, a fin de contrastar las diferentes teorías que existen sobre el origen de la cláusula *pari passu*. Esa data contradice, por lo menos en algún extremo, cada una de las teorías (incluyendo la de Bucheit y Pam) ensayadas en torno a las razones por las cuales la cláusula *pari passu* aparece en el contexto de la deuda soberana. Ver: WEIDEMAIER, Mark, Robert SCOTT y Mitu GULATI. *Op. Cit.* pp. 13-31.

²⁹ Desafortunadamente, el trabajo de Weidemaier, Scott y Gulati no ofrece una historia alternativa en torno a las razones por las cuales la cláusula *pari passu* es empleada en materia de deuda soberana.

³⁰ "*Under prevailing English law, absent a contractual agreement to the contrary, multiple claims by the holders of the various series of bonds against a common asset pledged as collateral would have been ranked in the temporal order in which the bonds were issued [...] Enter the pari passu clause, which confirmed the intention of the parties that all debtholders secured by the same collateral would share equally and ratably in the security [...] If one debtholder attempted to enforce the security interest by levying against the pledged property, for example, it was forced to do so for the benefit of all its pari passu-ranking fellow debtholders. Any proceeds from the levy were to be held in trust for all the debtholders whose claims against the borrower were secured by that collateral.*". Ver: BUCHEIT, Lee C. y Jeremiah S. PAM. *Op. Cit.* p. 894.

exportación de cierta materia primera o de la recaudación de ciertos impuestos internos) para atender de modo preferente el pago de determinadas deudas. Los acreedores beneficiados con el “*earmarking*” gozaban de una prioridad de facto. A fin de evitar dicha prioridad, los bonistas empezaron a exigir la inclusión de la cláusula *pari passu*³¹. En esta etapa, la cláusula *pari passu* tuvo la función que hoy le corresponde a la cláusula de “*negative pledge*”³².

La tercera etapa de la cláusula aparece a partir de 1960. Los bancos comerciales que habían comenzado a realizar préstamos *cross-border* decidieron incluir la cláusula *pari passu* a fin de mitigar el riesgo de subordinación involuntaria derivada de cambios normativos internos. Habida cuenta que nada garantizaba que los Estados deudores no aprobaran leyes internas dirigidas a subordinar las deudas existentes, los bancos comerciales decidieron incluir la cláusula *pari passu* con el fin de impedir que deudas futuras otorgaran prioridades superiores por aplicación de normas legales internas³³.

La cuarta etapa de la cláusula aparece a partir de 1970. Los bancos comerciales que efectuaban préstamos *cross-border* advirtieron que, por acción de otros acreedores, podían quedar involuntariamente subordinados. En efecto, aprovechando normas contenidas en los Códigos Civiles y Comerciales de los Estados deudores, que otorgaban prioridad a los contratos que fuesen elevados a escritura pública o que fuesen inscritos en ciertos registros³⁴, di-

³¹ “The traditional nineteenth century practice of sovereign earmarking a revenue stream or asset for the benefit of one set of creditors continued to be a matter of concern for the unsecured cross-border lenders in the last quarter of the twentieth century [...] The question faced by bankers and lawyers drafting sovereign credit agreements was how to curb this practice; a traditional negative pledge clause only restricted the creation of formal security interests. One of the original motivations for shifting the focus of a *pari passu* covenant to ranking of the debt “in right of payment” was that the drafters hoped to sweep in the kind of informal preferential arrangements that might otherwise have slipped through the negative pledge restriction.”. Ver: BUCCHETTI, Lee C. y Jeremiah S. PAM. *Op. Cit.* p. 910.

³² La cláusula de *negative pledge* impide al deudor crear en el futuro derechos o privilegios que subordinen al acreedor. La siguiente es la redacción estándar de tal cláusula: “The Borrower will not, and will not permit any of its Subsidiaries to, create, agree to create, incur, assume or suffer to exist any Lien upon or with respect to any property or assets (real, personal or mixed, tangible or intangible) of the Borrower or any of its Subsidiaries, whether now owned or hereafter acquired provided that the provisions of this Section shall not prevent the creation, incurrence, assumption or existence of the following [...]” (texto extraído del archivo personal del autor).

³³ “As the lawgiving authority in its own country, what would stop a sovereign from passing a law that, for example, purported legally to subordinate all its existing foreign lenders in favor of some new set of creditors (with the consequence that the old lenders would only be entitled to collect on their claims once the new lenders had been paid in full?) [...] The inclusion of a contractual promise by the sovereign not to disturb the legal ranking of the debt by governmental fiat would therefore have seemed a very sensible precaution.”. Ver: BUCCHETTI, Lee C. y Jeremiah S. PAM. *Op. Cit.* p. 908.

³⁴ El artículo 913 del Código de Comercio de España y el artículo 1924(3) del Código Civil de España establecen que aquellos acreedores que tengan títulos que consten en escritura pública tendrán preferencia frente a otros acreedores. El artículo 224 del Código Civil de Filipinas establece lo mismo.

versos acreedores lograban tener preferencia frente a los bancos comerciales³⁵. Como quiera que los bancos comerciales no podían controlar la acción de esos acreedores, aquéllos decidieron incluir la cláusula *pari passu* como una línea de defensa contra las subordinaciones involuntarias causadas por acciones de terceros acreedores³⁶.

La historia descrita por BUCHEIT y PAM indica que la cláusula *pari passu* nace en el contexto de la deuda garantizada para eliminar el problema que la *first-in-time rule* creaba a los bonistas que compartían el mismo colateral. Posteriormente, la cláusula empieza a ser empleada en el contexto de la deuda soberana no garantizada para mitigar tres diferentes problemas: el de *earmarking*, el de subordinación involuntaria por cambios normativos internos y el de subordinación involuntaria por acción de otros acreedores³⁷. En consecuencia, en materia de deuda soberana, la función de la cláusula *pari passu* no ha sido otra que impedir la subordinación involuntaria formal y factual.

La lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* encuentra correspondencia directa con la historia descrita por BUCHEIT y PAM. El mundo actual, sin em-

³⁵ A finales de la década del 70, los bancos comerciales que habían concedido préstamos a Filipinas entraron en pánico cuando descubrieron que, al amparo de las normas del Código Civil de ese país, otros acreedores podían obtener una mejor prioridad mediante el expediente de notarizar sus contratos. Por tal razón, esos bancos presionaron al gobierno de Filipinas para que emitiera una norma que impida la notarización de contratos de préstamos celebrados por el Estado. A fin de calmar los ánimos de los bancos acreedores, el Banco Central de Reserva de Filipinas, a través de la Circular 618, estableció lo siguiente: "Effective immediately, no foreign agreements, deferred payment agreements or any other agreements which give rise to a foreign currency obligation or liability submitted to the Central Bank of the Philippines for approval and/or registration under the provisions of existing CB circulars, rules, and regulations, and no promissory notes or guarantees issued in connection therewith, shall be approved and/or registered if these are notarized or are otherwise evidenced by a public instrument.". Ver: BUCHEIT, Lee C. y Jeremiah S. PAM. Op. Cit. p. 912.

³⁶ "[...] at least some commercial bank lenders of the 1970s were acutely aware of the risk of involuntary subordination of their credits as a result of procedures such as those existing in Spain and the Philippines. This risk was also present, in a somewhat different form, in loans to sovereign borrowers. The Spanish procedure for acquiring seniority through the notarization of a debt instrument, for example, can have practical consequences for an "ordinary" creditor even outside of bankruptcy. A promise by the debtor to maintain the legal ranking of a loan at a level equal to or above all of its other unsubordinated indebtedness was the first and only contractual line of defense against this sort of mischief". Ver: BUCHEIT, Lee C. y Jeremiah S. PAM. Op. Cit. p. 912.

³⁷ "[...] what motivated modern drafters to include a *pari passu* provision [...] in their unsecured credit instruments with sovereign borrowers. The motivation must have been something other than a desire to protect the lender against involuntary subordination in bankruptcy, for the simple reason that sovereigns are not subject to bankruptcy regimes. Our research suggests that had they been asked at the time (the 1970s onward) to justify the presence of a *pari passu* clause in an unsecured cross-border credit instrument with a sovereign borrower, contract drafters would have given three reasons: a lingering concern about earmarking of assets, the danger that a foreign sovereign decree altering the legal ranking of existing debts might be given effect by a court outside the debtor country and the risk of involuntary subordination through action by another lender". Ver: BUCHEIT, Lee C. y Jeremiah S. PAM. Op. Cit. p. 915.

bargo, no conoce casos de *earmarking* ni de subordinaciones involuntarias por efecto de disposiciones legales internas o de acciones de terceros acreedores³⁸. ¿Debe el sentido de la cláusula *pari passu* permanecer por siempre atado a sus orígenes?

En el plano normativo la función de la cláusula *pari passu* debe estar determinada por una decisión de política pública respecto de qué es mejor: (a) que los acreedores puedan oponerse a pagos preferentes, lo que desincentiva el *default* pero dificulta la reestructuración; o, (b) que los acreedores no puedan oponerse a tales pagos, lo que incentiva el *default* pero facilita la reestructuración. En otras palabras, en el plano normativo los alcances de la cláusula *pari passu* deben estar determinados por el resultado de sopesar los costos y los beneficios de dos intereses opuestos: el interés de desincentivar el *default* y el interés de facilitar el proceso reestructuración de los pasivos³⁹.

En el plano positivo los alcances de la cláusula *pari passu* deben estar fijados por el significado que razonablemente se pueda atribuir a los términos empleados por las partes contratantes.

7. EL DATO OLVIDADO: EL DEUDOR TIENE OPCIONES

Es común pensar que los deudores soberanos en problemas son actores sin opciones; actores que han sido afectados por factores económicos externos o por tragedias de gran magnitud⁴⁰. Muchas veces, sin embargo, esos deudores sí tienen opciones. Incluso cuando ingresan a una situación de *default*, esos deudores tienen recursos disponibles. Como esos recursos no son suficientes para cubrir el pago de todas sus deudas, los deudores pueden elegir entre (a) pagar a todos sus acreedores una parte de lo que éstos deben recibir o (b) pagar a algunos cuantos acreedores la totalidad de lo que éstos deben recibir.

La lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* no impide al deudor tomar una u otra decisión. La lectura no restrictiva de la cláusula en cuestión sí impide tal cosa.

³⁸ GELPERN, Anna y Mitu GULATI. *Feel-Good Formalism*. En: *Queen's Law Journal*. Vol. 35. Número 1. 2009. p. 107.

³⁹ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 835.

⁴⁰ No siempre los problemas financieros de los Estados se originan en crisis externas irresistibles o en catástrofes naturales. Existen muchos casos en los que decisiones sencillamente ineficientes generan serios problemas financieros. A continuación dos ejemplos dramáticos. Con motivo del mundial de fútbol *junior* del año 2000, Nigeria gastó US \$ 330 millones en la construcción de un nuevo estadio de fútbol, a pesar de que el año anterior había reconstruido 9 estadios. El costo del nuevo estadio supero el presupuesto anual del país para salud y educación. Costa de Marfil, por su parte, construyó la basílica más grande del mundo en la mitad de la selva con un costo superior a US \$ 300 millones.

Pensemos por un momento en un deudor soberano que tiene recursos suficientes y que, por tal razón, puede decidir cumplir o incumplir en función de los costos y beneficios de cada opción⁴¹.

Si la cláusula *pari passu* es interpretada de manera restrictiva, los pagos efectuados a favor de algunos acreedores no pueden ser válidamente cuestionados por los demás. Este escenario genera poderosos incentivos para actuar de modo oportunista. En efecto, si el deudor soberano tiene la posibilidad de discriminar a pesar de estar en situación de *default*, dicho deudor elegirá pagar al grupo de acreedores estratégicos, esto es, al grupo de acreedores capaces de ejercer presión política (p.e. Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial)⁴².

⁴¹ Este es el caso del Ecuador. Este país ha repudiado en nueve oportunidades sus bonos soberanos y en incontables ocasiones sus préstamos con bancos comerciales. De los 184 años de historia en el mercado de la deuda soberana, Ecuador ha estado en situación de *default* 109 años. El último episodio en esta larga cadena de incumplimientos tuvo lugar en el año 2008, cuando el Presidente Rafael Correa declaró que no pagaría los Bonos Soberanos 2012 y 2030 por considerarlos "inmorales". Esos bonos habían sido intercambiados por los "Bonos Brady" debido a que en su momento Ecuador dejó de pagarlos. Recordemos que a su vez los "Bonos Brady" habían sido intercambiados por las deudas contraídas frente a bancos comerciales durante las décadas de 1970 y 1980. El repudio de los Bonos Soberanos 2012 y 2030 no se debió a la existencia de una crisis económica o financiera. En efecto, a finales del 2000, el PBI del Ecuador era de US \$ 16 billones, mientras que a finales del 2008 ese indicador alcanzaba la cifra de US \$ 54 billones. Por otro lado, el ratio deuda pública/PBI ascendía al 70% en el 2000 y a solo 20% en el 2008. La situación económica y financiera del Ecuador era tan estable el 2008 que el Presidente Correa anunció que la decisión de dejar de pagar los Bonos Soberanos 2012 y 2030 no implicaba el no pago del resto de la cartera de deuda soberana. ¿Por qué razón Ecuador discriminó entre sus acreedores? ¿Por qué razón repudió solo dos deudas y continuó pagando las demás? La explicación se encuentra en la historia política del Presidente Correa. En la época en que ejerció como Ministro de Finanzas Correa había intentado tomar los recursos de un fondo afectado al pago de los Bonos Soberanos 2012 y 2030 con el fin de financiar un programa de seguro de salud universal. El intento de Correa de tomar esos fondos ocasionó una respuesta dura de Paul Wolfowitz, Presidente del Banco Mundial, quien amenazó a Correa con no desembolsar créditos aprobados a favor de Ecuador si es que éste seguía con su plan de tomar los fondos en cuestión. Debido a este problema Correa se vio obligado a renunciar. Tan pronto ganó las elecciones presidenciales, Correa activó nuevamente su viejo plan. En su primer discurso presidencial, Correa declaró que renegociaría toda la deuda externa debido a las condiciones inaceptables impuestas en el intercambio de bonos efectuado el año 2000. Este discurso solo sería puesto en práctica para el caso de los Bonos Soberanos 2012 y 2030. Para mayores detalles sobre la historia de este último *default* de Ecuador: PORZECANSKI, Arturo C. *When Bad Things Happen to Good Sovereign Debt Contracts: The Case of Ecuador*. En: Law and Contemporary Problems. Vol. 73. 2010. pp. 251 - 271.

⁴² "A sovereign that is short of cash will not wish to make payments pro rata, thereby defaulting on all its debts and bringing upon itself the ire of every creditor. Instead, a sovereign will want to be able to pay the important creditors first so that they continue to provide support". Ver: GULATTI, Mitu y Kenneth N. KLEE. *Sovereign Piracy*. En: The Business Lawyer. Vol. 56. 2001. p. 641. El texto glosado suscita varias preguntas: ¿cuáles son los criterios empleados para determinar a los "acreedores importantes"?, ¿son esos criterios fijados *ex ante* o *ex post*? ¿el hecho de otorgar privilegios a "acreedores importantes" no genera incentivos perversos para que estos últimos concedan préstamos en condiciones no óptimas (ineficientes)?

Posteriormente dicho deudor tratará de reestructurar sus pasivos con los demás acreedores. Como quiera que estos últimos acreedores carecen de la capacidad de influir en el escenario político internacional, el deudor soberano no se sentirá compelido a efectuar una oferta de intercambio razonable. Ante la falta de *leverage* político, los acreedores excluidos de los pagos preferentes terminarán aceptando lo que el deudor soberano quiera ofrecerles⁴³.

Si, por el contrario, la cláusula *pari passu* es interpretada de manera no restrictiva, los pagos efectuados a favor de algunos acreedores pueden ser válidamente cuestionados por los demás. Esto significa que el deudor soberano no podrá discriminar entre sus acreedores. Por lo tanto, dicho deudor no estará en condiciones de pagar a los acreedores más poderosos (organismos internacionales con poder político que actúan de manera coordinada) para negociar después con los acreedores más débiles (inversionistas privados sin poder político que actúan de manera no coordinada).

Al impedir la acción discriminatoria del deudor soberano, la lectura no restrictiva de la cláusula *pari passu* incrementa al máximo los costos de reestructuración de la deuda soberana en la medida en que dicho deudor tendrá que efectuar una oferta de intercambio que satisfaga el precio de reserva de los acreedores más poderosos y no el de los acreedores más débiles.

El costo de la etapa de la reestructuración de la deuda soberana influye directamente en la decisión de cumplimiento o incumplimiento: mientras más costosa sea dicha etapa, menos atractiva será la opción de incumplimiento. En consecuencia, la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* desincentiva la opción del incumplimiento⁴⁴. Esto significa que, de cara a una posible estrategia oportunista del deudor soberano, la referida interpretación resulta ser la más eficiente.

Es posible argumentar que los mecanismos de mercado que desincentivan comportamientos oportunistas pueden actuar en el segmento de la deuda soberana, por lo que no es necesario recurrir a una interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* a efectos de incrementar los costos del proceso de

⁴³ El 20 de abril de 2009 Ecuador anunció su decisión de recomprar los Bonos Soberanos 2012 y 2030, ofreciendo 30 centavos por cada dólar. A pesar de que los bonistas trataron de organizarse para exigir el pago del valor nominal de los referidos bonos, aquéllos terminaron aceptando los términos propuestos por Ecuador. ¿Por qué? Ecuador había anunciado que pagaría a todos sus acreedores multilaterales. Eso dejaba a los tenedores de los Bonos Soberanos 2012 y 2030 sin el apoyo de los únicos acreedores con poder político. Ante el riesgo de perder todo y sin la posibilidad de ejercer presión política, cerca del 95% de los tenedores de los referidos bonos aceptó la recompra ofrecida por Ecuador. Ver: PORZECANSKI, Arturo C. *Op. Cit.* p. 276.

⁴⁴ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 836.

reestructuración y, por ende, de la opción de *default*. Sin embargo, ¿qué ocurre si esos mecanismos no funcionan en el segmento de la deuda soberana?

8. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA LECTURA RESTRICTIVA

La estructura económica de la deuda soberana descansa en el siguiente axioma: es preciso que el incumplimiento genere un costo significativo para el deudor; de lo contrario, este último no tendrá incentivos para cumplir. Si esto ocurre, los prestamistas tampoco tendrán incentivos para prestar⁴⁵. Esto implica que mientras más bajo es el costo de incumplimiento para el deudor, más baja es también su capacidad para atraer financiamiento⁴⁶. El axioma enunciado tiene sentido; el problema, sin embargo, es identificar un costo que lo satisfaga.

8.1. El efecto reputacional

Las economías nacionales son cíclicas; aun así las poblaciones suelen mantener constantes sus niveles de consumo. Por lo tanto, hace sentido que los Estados tomen préstamos durante los ciclos malos a efectos de financiar la estabilidad de los niveles de consumo; y que difieran el repago de los referidos préstamos para el momento en que retornen los ciclos buenos y, por consiguiente, las ganancias⁴⁷.

Bajo este escenario, es posible sostener que los Estados no tienen incentivos para incumplir. En efecto, si un Estado toma la decisión de incumplir, el mercado crediticio responderá con un embargo global, lo que significa que el Estado en cuestión no podrá acceder a préstamos en el futuro. Por consiguiente, cuando ese Estado enfrente ciclos malos, su consumo interno se verá irremediamente afectado. Debido a que, por factores políticos, los gobiernos no desean afectar el consumo de la población, el temor a un embargo crediticio internacional razonablemente ha de desincentivar cualquier decisión estratégica de incumplimiento.

Si el efecto reputacional opera de la forma descrita, entonces no es necesaria la lectura no restrictiva de la cláusula *pari passu*, ya que dicha lectura solo tiene sentido bajo la premisa de que el deudor soberano tiene la posibilidad

⁴⁵ En el peor de los casos, a mayor riesgo de incumplimiento, mayores tasas de interés. Por consiguiente, es en interés del deudor (soberano o corporativo) reducir sus márgenes para incumplir. Existe abundante literatura que explora los beneficios derivados de la decisión de restringir las opciones personales. Ver en particular: ELSTER, Jon. *Ulises Desatado. Estudios sobre Racionalidad, Precompromiso y Restricciones*, traducido por Jordi Mundo. Barcelona: Editorial Gedisa. 2002. pp. 15-97.

⁴⁶ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 836.

⁴⁷ BRATTON, William. *Luc. Cit.*

de actuar de manera estratégica. Más aun, si el efecto reputacional opera de la forma descrita, ha de preferirse la lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* en la medida en que la misma facilita el proceso de composición entre el deudor soberano y sus acreedores. Dadas las fuerzas del efecto reputacional, el deudor soberano solo incumplirá cuando realmente no tenga otra opción. Como quiera que ese deudor tendrá incentivos para presentar un plan de reestructuración que le permita seguir accediendo al mercado financiero internacional, es de interés de todos facilitar dicho plan. La lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* apunta hacia esa dirección.

Si bien no es posible negar la existencia del efecto reputacional, tampoco es posible afirmar que el deseo de evitar un embargo crediticio sea más fuerte que otros deseos competitivos.

Los gobiernos suelen tomar decisiones en función de necesidades que, por una u otra razón, entran en conflicto. Algunas veces la necesidad económica de no quedar excluido del mercado financiero internacional puede entrar en conflicto con la necesidad política de no incrementar los impuestos internos o de no efectuar recortes presupuestales. En un momento determinado, un gobierno puede considerar que el costo (político) de incrementar los impuestos o de reducir los gastos es, en el corto o en el mediano plazo, más alto que el costo (económico) de sufrir un embargo del mercado crediticio internacional⁴⁸.

Otras veces sin necesidad de tener que optar entre realizar ajustes internos para pagar la deuda soberana o entrar en *default*, los gobiernos deciden hacer esto último. En efecto, como quiera que los pagos de la deuda soberana reducen la cantidad de dinero disponible para el gobierno de turno, la decisión de incumplir tal deuda automáticamente incrementa la capacidad de gasto interno. Si el gobierno de turno considera que el costo de quedar temporalmente excluido del mercado financiero internacional es menor al beneficio obtenido como consecuencia del incremento de la capacidad de gasto interno, aquel gobierno optará por no pagar la deuda soberana⁴⁹.

Las instituciones financieras, por su parte, no necesariamente actúan de manera coordinada. *Kensington Internacional Ltd. v. Republic of Congo* nos ofrece un ejemplo emblemático. En 1984 Congo contrajo una deuda con Kensington.

⁴⁸ "Domestic politics in the country of the sovereign borrower also plays an important role (...) the government might convince its citizens that the lender is acting opportunistically and that taxes should not be raised to repay the debt. Indeed, if the government were to succumb to creditor pressure, its citizens may vote or take other action (in the extreme, by revolution) to replace it. These internal political contingencies are difficult to predict [...]". Ver: GULATI, Mitu y George G. TRIANTIS. *Contracts Without Law: Sovereign Debt Versus Corporate Debt*. En: University of Cincinnati Law Review. Vol. 75. 2007. p. 989.

⁴⁹ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 839.

Al año siguiente, Congo interrumpió los pagos. No obstante, Congo siguió recibiendo créditos de bancos del primer mundo, a través de su alter ego *Societe Nationale des Petrole du Congo* (SNPC), en clara violación de la cláusula de *negative pledge* incluida en el contrato celebrado con Kensington. Ciertos bancos franceses y canadienses *blue-chip* prefirieron realizar negocios con SNPC aun cuando su alter ego permanecía en *default* con otros bancos. Una interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* contenida en el contrato con Kensington habría impedido a Congo pagar a sus nuevos acreedores estando en situación de *default* frente a su antiguo acreedor.

Ecuador nos ofrece otro ejemplo emblemático. Después del repudio de sus Bonos Soberanos 2012 y 2030, Ecuador recibió ofertas de préstamos del *Inter-American Development Bank* (US \$ 515 millones), del *Latin American Reserve Fund* (US \$ 480 millones) y de la Corporación Andina de Fomento (US \$ 873 millones)⁵⁰.

Como indica Bratton, el *stock* de lealtad entre instituciones financieras suele ser deficitario⁵¹. El efecto reputacional no es, por consiguiente, tan fuerte como la teoría económica sugiere.

8.2. La aplicación de sanciones

Los derechos sin mecanismos de protección son ilusorios⁵². Los contratos sin remedios contra los incumplimientos son inservibles⁵³.

A pesar de que los contratos representativos de deuda soberana incluyen cláusulas que otorgan a los acreedores un haz de derechos en caso de *default*, en la práctica es casi imposible ejercer tales derechos. En efecto, los deudores soberanos suelen tener sus activos en jurisdicciones que ofrecen y garantizan el principio de inmunidad⁵⁴. Este principio impide al acreedor de un Estado

⁵⁰ En el mundo de la deuda soberana, los Estados que ingresan a una situación de *default* actúan de manera selectiva, eligiendo pagar a organismos y a agencias multilaterales, y subordinar a bancos e inversionistas privados. Por esa razón, los Estados en *default* suelen recibir nuevos préstamos de los referidos organismos y agencias.

⁵¹ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 840.

⁵² Una explicación formal de la necesidad de que los derechos tengan mecanismos de protección se encuentra en: ESCOBAR, Freddy. *El Derecho Subjetivo*. En *Ius et Veritas*. Número 16. 1998. pp. 280 y ss.

⁵³ Una explicación funcional de la necesidad de que los contratos cuenten con remedios ante el incumplimiento se encuentra en: SCOTT, Robert E. y George G. TRIANTIS. *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*. En: *Columbia Law Review*. Vol. 104. 2004. pp. 1428 y ss.

⁵⁴ "Although the doctrine of sovereign immunity has evolved away from absolute protection of the sovereign, it is fair to say that this protection is still considerable. Importantly, even when a state may be sued and has waived immunities, collecting on a judgment is difficult. For all practical purposes state property within its own borders is completely immune. Abroad, creditor recourse is

embargar activos de propiedad de este último, aun cuando exista incumplimiento comprobado. En algunas jurisdicciones este principio extiende la protección a las agencias y a las empresas estatales.

El efecto del principio de inmunidad es tan fuerte que los prospectos de emisión de deuda soberana bajo las leyes de Nueva York incluyen la advertencia de que resulta extremadamente difícil ejecutar un fallo en contra del deudor soberano, sea en la jurisdicción natural de este último o en la jurisdicción de los Estados Unidos de América⁵⁵.

Las sanciones legales y contractuales, en consecuencia, son marginales en el mundo de la deuda soberana.

Si los deudores soberanos en *default* terminan repagando sus deudas es porque normalmente son objeto de presiones políticas⁵⁶, tanto a nivel interno como a nivel externo. Sin embargo, la oportunidad en que las presiones se activan así como el resultado de las mismas son inciertos⁵⁷. En efecto, dependiendo del rol geopolítico internacional que cumplan los deudores soberanos en *default*, la presión política externa podrá o no activarse. Por ejemplo, si Pakistán o Turquía ingresan en *default*, difícilmente serán objeto de presión política dado el rol que cumplen en la lucha contra el terrorismo. Por otro lado, la presión política suele estar dirigida a lograr el repago de las deudas frente a los organismos financieros internacionales (p.e. Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial), dejando al margen el repago de las deudas existentes frente a los bancos comerciales⁵⁸.

limited to property used by the sovereign for commercial activity, exempting diplomatic and military assets, among others.". Ver: GELPERN, Anna. *Building a Better Seating Chart for Sovereign Restructurings*. En: Emory Law Journal. Vol. 53. 2004. pp. 1128-1129.

⁵⁵ CHOI, Stephen J. y Mitu GULATI. *An Empirical Study of Securities Disclosure Practice*. En: Tulane Law Review. Vol. 80. 2006. p. 1023.

⁵⁶ "Although courts have attempted to enforce sovereign contracts in recent years, legal enforcement of sovereign debt is much less significant than nonlegal sanctions for default, particularly the threat of damaged reputation and political pressures." Ver: GULATI, Mitu y George G. TRIANTIS. *Op. Cit.* p. 987.

⁵⁷ "The IMF does not reject members in serious financial defaults nor do members withdraw in advance of default. During the sovereign crisis since 1995 (including Argentina, Uruguay, Pakistan, Ukraine, Ecuador, Dominican Republic, Mexico, and Russia) no membership was terminated either by the IMF or any sovereign borrower [...] Similarly, none of the sovereigns in significant financial crisis (that is, with a large external debt profile) has lost its eligibility to use IMF resource." (énfasis agregado). Ver: GULATI, Mitu y George G. TRIANTIS. *Op. Cit.* pp. 1000-1001.

⁵⁸ "The deplorable fact is that no leading government or any official multilateral agency based in Washington or Latin America went on record to express any dismay at Ecuador's latest default [...] On the contrary, the local representatives of the regional development banks uttered words of moral support, and their headquarters provided an indirect blessing to the default [...] All things considered, the official community's tacit approval of Ecuador's default is deeply troubling. In practice, only governments and multilateral organizations, rather than any group of private-sector bondholders, banks, or suppliers, could have reined in a wayward sovereign debtor such as Ecuador in 2009 [...]". Ver: PORZECANSKI, Arturo C. *Op. Cit.* pp. 268-269.

En el mundo de la deuda soberana no existen sanciones legales eficaces. Las sanciones políticas funcionan relativamente bien bajo determinadas circunstancias, aunque solo suelen beneficiar a un selecto grupo de acreedores: los organismos financieros internacionales. Para los bancos e inversionistas privados, las sanciones políticas no constituyen remedios confiables.

9. LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA LECTURA NO RESTRICTIVA

La estructura económica de la deuda soberana descansa en la necesidad de que el incumplimiento genere costos significativos para el deudor. Lamentablemente ni el efecto reputacional ni las sanciones legales y políticas constituyen costos significativos para el deudor soberano.

La reestructuración de la deuda soberana es la etapa siguiente a la de *default*. Un incremento en los costos de dicha etapa razonablemente desalentará la opción por el incumplimiento, lo que es altamente positivo en caso que el deudor soberano actúe estratégicamente.

¿Pero qué ocurre si el deudor soberano no actúa estratégicamente? ¿Qué ocurre si ese deudor no puede hacer otra cosa que incumplir? La tesis tradicional considera que el incremento de los costos de la reestructuración no es deseable en este caso, ya que perjudica al deudor que desea abandonar la situación de *default* con la colaboración de sus acreedores. Esta interpretación de la realidad no es, sin embargo, necesariamente correcta.

9.1. La subordinación de hecho

Imaginemos que el deudor soberano se encuentra en situación de *default* sea porque decidió actuar estratégicamente o porque simplemente no tuvo otra opción.

Una lectura restrictiva de la cláusula *pari passu* otorga al deudor soberano la facultad de decidir qué acreedores recibirán la totalidad de los montos a los que tienen derecho y qué acreedores deberán negociar la reestructuración de la deuda en *default*. Una lectura no restrictiva de dicha cláusula impide al deudor soberano efectuar pagos preferentes y, por lo tanto, determinar qué acreedores deberán ser parte de la reestructuración de la deuda en *default* y qué acreedores no.

El hecho de poder decidir con qué acreedores negociar influye de modo directo en la fijación de la relación de canje de las deudas, pues no es lo mismo enfrentarse a acreedores multilaterales que gozan de poder político y que actúan de manera coordinada (p.e. banco Mundial, Fondo Monetario Internacional) que negociar con inversionistas privados que carecen de poder político y que actúan de manera no coordinada.

En el mundo de la deuda corporativa las prioridades están determinadas por las leyes de forma *ex ante*. Si el deudor efectúa pagos sin observar esas prioridades, los acreedores perjudicados pueden solicitar la invalidez de esos pagos y exigir a los acreedores beneficiados la restitución de los montos que hubiesen recibido.

En el mundo de la deuda soberana las cosas son bastantes diferentes. En efecto, como quiera que las barreras existentes para la ejecución forzada son altas, las prioridades que tienen valor no son las fijadas en los contratos sino las observadas en los hechos⁵⁹.

Los deudores soberanos pueden no tener recursos para pagar íntegramente a la totalidad de sus acreedores, pero normalmente tienen recursos para pagar íntegramente a algunos de ellos. Una vez en *default*, los deudores soberanos suelen elegir pagar completamente a unos acreedores (p.e. organismos multilaterales) y sentar a la mesa de negociación a otros acreedores. Esto significa que en los hechos esos deudores determinan qué acreencias tienen prioridad⁶⁰.

Recordemos lo que ocurrió en la crisis de los 80. En esa época los deudores soberanos habían emitido bonos, pero sus acreedores más importantes eran los bancos comerciales. Una vez en situación de *default*, esos deudores decidieron pagar a los bonistas⁶¹, a los acreedores del Club de París, al Fondo Monetario Internacional y a otros acreedores considerados estratégicos. Los bancos comerciales fueron forzados a sentarse a la mesa de negociación. La prioridad otorgada en los hechos a los tenedores de bonos generó la sensación de que los bonos soberanos estaban libres del riesgo de *default*; por tal razón, los bancos empezaron a cambiar sus préstamos por bonos⁶².

⁵⁹ "With sovereign debt, where there is no bankruptcy reorganization, a bright-line distinction between priority and payment makes little sense. Here, legally articulated priorities, have no effect unless they impact payment; payment and priority are the same thing." Ver: BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 846.

⁶⁰ "In the absence of a bankruptcy backstop, most debts of national governments rank as legally equal, or *pari passu* (...) Yet, in practice, sovereignty uniquely empowers a government to choose the order of repayment among its creditors based on its political imperatives, financing needs, reputational concerns, or any other considerations." Ver: GELPERN, Anna. *Op. Cit.* p. 1121.

⁶¹ Los deudores soberanos consideraron conveniente pagar a los bonos soberanos por diversas razones: (i) alta dispersidad de los bonistas; (ii) existencia de bonistas poco cooperativos y con tendencias al litigio; y, (iii) deseo de mantener buena reputación en el mercado de emisión de bonos.

⁶² Como consecuencia de esto, el *stock* de bonos soberanos creció durante la década de 1980. La prioridad de facto de los bonos sufrió un revés el 1999, cuando el Club de París determinó que los tenedores de bonos emitidos por Pakistán debían estar incluidos, junto con otros acreedores, en el proceso de reestructuración de la deuda soberana de ese país.

En los años recientes, Ecuador, Nigeria, Pakistán, Rusia, Turquía y Ucrania decidieron, una vez en *default*, limitar sus incumplimientos a ciertos instrumentos⁶³.

La realidad demuestra que los deudores soberanos conceden en los hechos prioridades. Esas prioridades surgen de los pagos que arbitrariamente realizan tales deudores a favor de ciertos acreedores. Por tanto, se trata de prioridades *ex post*.

La dinámica de conceder prioridades *ex post* genera, cuando menos, dos efectos nocivos para el propio deudor soberano. En primer lugar, si los acreedores no pueden estar seguros de que recibirán el mismo trato en el plano de los hechos –esto es, en el plano de los pagos (parciales) efectuados por el deudor–, aquéllos cobrarán una prima por el riesgo asumido. Esta prima, escondida en la tasa de interés, hará más oneroso el financiamiento para el propio deudor⁶⁴. Como quiera que los criterios de elección *ex post* del deudor soberano no son transparentes, la prima que cobren sus acreedores resultará en muchos casos excesiva frente al riesgo real que enfrentan⁶⁵. Esto significa que los deudores soberanos no solo pagarán una prima por un riesgo que pueden evitar sino que además pagarán en muchos casos más de lo que los acreedores cobrarían si es que conocieran *ex ante* los criterios de subordinación.

En segundo lugar, los acreedores que detecten un trato desigual en el plano de los hechos tratarán de interceptar los pagos que efectúe el deudor soberano, retrasando una posible reestructuración y, por tanto, una posible recuperación económica⁶⁶.

La interpretación restrictiva de la cláusula *pari passu* permite efectuar pagos preferentes y, por tanto, reducir el número de acreedores con los cuales negociar la reestructuración de la deuda soberana. Esta reducción es considerada deseable en caso que el deudor soberano no actúe de modo estratégico, ya que facilita el proceso de composición entre dicho deudor y los acreedores excluidos de los pagos preferentes.

¿Cómo saber, sin embargo, si los beneficios de la reducción del número de acreedores con los cuales negociar la reestructuración de la deuda soberana superan los costos de la discriminación *ex post*?

⁶³ “Every single sovereign debt crises of the past decade, in just every part of the globe [...] has wrestled with the problem of intercreditor equity. In many (arguable most) cases, emerging markets governments have discriminated among creditors constituencies in ways that were hard to predict in advance and often were not revealed until after the decision to default or restructure had been made.”. Ver: GELPERN, Anna *Op. Cit.* p. 1120.

⁶⁴ GELPERN, Anna *Op. Cit.* p. 1121.

⁶⁵ GELPERN, Anna *Luc. Cit.*

⁶⁶ GELPERN, Anna *Luc. Cit.*

El deudor soberano que discrimina en los hechos paga una prima (probablemente alta) por el riesgo impuesto *ex post*. Por otro lado, ese deudor no puede estar seguro de que los acreedores excluidos de la cadena de pagos preferentes se sentarán a la mesa en lugar de litigar.

Dada la particular realidad de la deuda soberana, la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* cobra sentido en la medida en que dicha interpretación incrementa los costos del incumplimiento. Esto desincentiva a los deudores oportunistas, algo absolutamente deseable. Los costos que la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* impone a los deudores no oportunistas no son necesariamente más altos que aquellos que surgen como consecuencia de la subordinación de hecho. Es perfectamente posible que estos últimos costos sean más altos que los primeros. En todo caso, el hecho que el deudor no oportunista tenga que sentarse a la mesa de negociación con todos sus acreedores no genera *per se* un grado de dificultad mayor para el éxito del proceso de composición. Este proceso será exitoso en la medida en que el deudor soberano efectúe una oferta de intercambio por un precio óptimo.

9.2. El efecto en el precio

Imaginemos que el deudor soberano ha ingresado a una situación de *default*. Imaginemos, además, que ese deudor no está dispuesto a efectuar pago alguno a menos que los acreedores acepten una oferta de intercambio de deudas (p.e. deuda derivada de contratos de préstamo por “Bonos Brady”).

La oferta de intercambio normalmente contempla una reducción del valor nominal de la deuda y/o una reducción de la tasa de interés. Por consiguiente, los acreedores aceptarán dicha oferta en la medida en que:

$$V(OI) > Re(Do)$$

Donde: $Re(Do)$ = retorno esperado de la deuda original; $V(OI)$ = valor de la oferta de intercambio

En otras palabras, el deudor soberano logrará la reestructuración de la deuda inicial en *default* en la medida en que la nueva deuda posea un valor de mercado superior al de la deuda inicial en *default*⁶⁷.

Como cualquier otro acuerdo contractual, el acuerdo de intercambio de deudas se celebrará en la medida en que el deudor soberano ofrezca a sus acreedores algo que mejore su situación. La negociación entre el deudor sobe-

⁶⁷ El valor de mercado de la deuda en *default* depende del retorno esperado de su ejecución forzada. Recordemos que Elliott adquirió créditos por US \$ 11.4 millones, cuando el valor nominal de los mismos alcanzaba la suma de US \$ 20.7 millones.

rano y sus acreedores estará dirigida a determinar cómo se reparte el “*surplus*” generado por la cooperación de las partes contratantes⁶⁸.

Ambas partes ingresarán a la etapa de negociación con diferentes armas. El deudor soberano sabe que el dinero tiene valor en el tiempo y que los acreedores, aun los más informados, están afectados por una situación de incertidumbre acerca de la situación económica y financiera de la nación y de la dirección que tomarán las decisiones políticas del gobierno⁶⁹. Adicionalmente, el deudor soberano puede tomar ventaja de ciertos problemas de coordinación de acción colectiva de los acreedores⁷⁰. Los acreedores, por otro lado, no están alineados al momento del *default*, en la medida en que compiten por recursos escasos (o supuestamente escasos)⁷¹.

⁶⁸ Los contratos crean y transfieren derechos sobre los recursos; esto es, sobre las cosas y las acciones que poseen valor para las personas. Las partes celebran contratos para incrementar sus niveles de bienestar, no para mantener los que tienen. Una vez ejecutados, los contratos generan ganancias recíprocas para las partes. La suma de esas ganancias constituye el “*surplus*”. Ver: FANSWORTH, Allan. *Contracts*. New York: Aspen Publishers. 2004. p. 6 y 7; GOLD, Andrew S. *A Property Theory of Contract*. En: *Northwestern University Law Review*. Vol. 103. N° 1. 2009. pp. 13-63.

⁶⁹ Existe asimetría informativa en materia de emisión y toma de deuda en la medida en que el deudor tiene mejor información que el acreedor sobre el riesgo de repago. La teoría financiera distingue dos factores que generan tal asimetría: información oculta (“*hidden information*”) y acción oculta (“*hidden action*”). El primer factor describe la mayor y mejor información que tiene el deudor soberano respecto de su situación económica y financiera. El segundo factor describe la mayor y mejor información que tiene el deudor soberano acerca de las acciones de gobierno futuras que generarán un impacto en el valor de mercado de la deuda soberana. Los *covenants* positivos y negativos tienen la misión de mitigar estos dos factores de asimetría.

⁷⁰ “*Creditor coordination problems erect barriers to successful compositions. To describe them, we take up the particulars of today’s sovereign debt crisis. Today’s crisis holds out coordination problems more daunting than those encountered during the 1980s. In the 1980s crisis, unanimous consent to compositions at least was feasible because money center banks held the bulk of the debt outstanding. Bank lenders are repeat players, constrained to cooperate with one another. But the cast of characters changed in the 1990s. The banks sustained significant losses in the Latin American crises of the 1980s, and withdrew from a dominant role in sovereign lending. The sovereigns, returning to the borrowing practices of the nineteenth and early twentieth centuries, turned to the bond markets. The shift meant larger numbers of creditors holding smaller claims. In mid-1999, for example, Argentina had \$ 111.8 billion of foreign issued bonds outstanding and \$ 29.6 billion of bank loans. The bondholders were spread all over the world. Many were institutional investors, but there also were also large numbers of small, individual investors purchasers of bonds in retail “cookie jar” offerings in Germany and Japan. Such a heterogeneous group of creditors inevitably can be expected to hold heterogeneous views about the debtor’s ability to pay.*”. Ver: BRATTON, William W. y Mitu GULATI. *Sovereign Debt Reform and the Best Interest of Creditors*. En: *Vanderbilt Law Review*. Vol. 57. 2004. p. 20.

⁷¹ “*To some degree, the interests of creditors in the decision making of the borrower are aligned: most forms of borrower misbehavior affect adversely all creditors so that the monitoring efforts of one will benefit the others (...). The borrower’s insolvency, however, creates a conflict in the interests of various creditors because the borrower has insufficient value to satisfy all debts.*”. Ver: GULATI, Mitu y George G. TRIANTIS. *Op. Cit.* p. 981.

En este escenario, ¿qué esquema contractual será el más conveniente para los acreedores? ¿Un esquema UAC o un esquema CAC?

Es razonable anticipar que, bajo un esquema UAC, el deudor soberano efectuará la mejor oferta comparativa para repartir el *surplus*. En efecto, los acreedores generalmente no tienen la misma información ni la misma actitud hacia el riesgo. La existencia de asimetría informativa y de preferencias diferenciadas genera que los precios de reserva de los acreedores sean muy distintos⁷². Si el deudor soberano requiere el consentimiento de todos los acreedores o el de una súper mayoría, dicho deudor tendrá que efectuar una oferta que satisfaga, no el precio de reserva promedio, sino el precio de reserva más alto. En otras palabras, para que la oferta de intercambio de deuda sea exitosa, el deudor soberano tendrá que satisfacer la demanda de la porción más exigente de los acreedores. Esto significa que el esquema de UAC impedirá que la poca o nula coordinación entre los acreedores determine que la aceptación de una oferta de intercambio que iguale el precio de reserva más bajo⁷³.

El esquema UAC induce a efectuar una oferta que iguale el precio de reserva más alto, pero puede crear un problema de *holdout*. ¿Será este problema decisivo? No. Si el deudor soberano ofrece una repartición atractiva del *surplus*, la operación de intercambio no será frustrada por un problema de *holdout*. En efecto, si bien es difícil obtener un cien por ciento de aprobación, bajo el esquema UAC normalmente es posible efectuar el intercambio con la aprobación de una súper mayoría si es que el deudor soberano incluye un *Exit Consent*. Por consiguiente, si la oferta de intercambio fracasa no será por un problema de *holdout* sino por un problema de precio, de repartición del *surplus*⁷⁴.

Veamos ahora qué rol juega la (interpretación de la) cláusula *pari passu* en la negociación de reestructuración vía intercambio de deudas. Para ello, voy a seguir de cerca un ejemplo tomado de Bratton.

Imaginemos que un deudor soberano debe € 100 millones e indica que solo tiene recursos para pagar la mitad de la deuda, esto es, € 50 millones. Por tal razón, el deudor soberano efectúa una oferta de intercambio en términos *take-it-or-leave-it*. Esta oferta supone sustituir (novar) la deuda de € 100 mi-

⁷² El precio de reserva del vendedor es el monto mínimo al que éste venderá el bien, mientras que el precio de reserva del comprador es el monto máximo al que éste comprará el bien.

⁷³ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 848.

⁷⁴ "No one ever expects one hundred percent participation in a composition under UACs, yet such exchange offers close all the time under UACs on the basis of supermajority acceptance [...] none of those complaining about the holdout problem offers evidence that holdouts regularly cause exchange offers to fail. When offers do fail, it may be that they are too low and as a result attract something much less than a supermajority of creditors." (énfasis agregado). Ver: BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 848.

lones por una deuda de € 50 millones. Imaginemos que los acreedores creen que el deudor soberano puede pagar € 70 millones, por lo que rechazan la oferta. Ante ello, el deudor soberano efectúa una nueva oferta, también por € 50 millones, estableciendo que la nueva deuda será *senior* con respecto a la deuda de € 100 millones. Si los acreedores de la deuda de € 100 millones no son beneficiarios de una cláusula *pari passu*, entonces tendrán que aceptar esta segunda oferta. Si no lo hacen, la prioridad de la nueva deuda los dejará luchando por repartirse € 20 millones ($70 - 50 = 20$). Si, en cambio, los referidos acreedores son beneficiarios de una cláusula *pari passu*, la segunda oferta podrá ser rechazada. Para ello, solo hará falta interpretar la referida cláusula en términos restrictivos.

Veamos si la interpretación restrictiva es suficiente en el siguiente escenario. Imaginemos que la segunda oferta no contempla preferencia alguna a favor de la nueva deuda, por lo que la deuda de € 100 millones y la de € 50 millones serán *pari passu*. Imaginemos además que la nueva deuda ha sido estructurada de modo tal que el *default* de la deuda de € 100 millones no generará un *default* de la deuda de € 50 millones (el *cross-default* queda excluido en el contrato de emisión de la nueva deuda). Imaginemos finalmente que el deudor soberano anuncia que no pagará la deuda de € 100 millones hasta que la deuda de € 50 millones no se encuentre completamente pagada y que deslistará la deuda de € 100 millones (afectado la liquidez de los créditos). ¿Aceptarán esta oferta los acreedores? La respuesta depende de la credibilidad de la amenaza de no pago del deudor soberano. En efecto, si la amenaza es creíble⁷⁵, los acreedores preferirán aceptar la oferta, a pesar de que sean beneficiarios de una cláusula *pari passu*. ¿Por qué? En primer lugar porque ambas deudas son *pari passu*; ninguna tiene un rango superior a la de la otra. Por esa razón, los acreedores de la deuda de € 100 millones no pueden oponerse a la estrategia del deudor soberano. En segundo lugar porque a pesar de existir igualdad de rangos, los acreedores de la deuda de € 100 millones estarán subordinados en los hechos a los acreedores de la deuda de € 50 millones. La voluntad del deudor soberano de efectuar pagos preferentes y la inexistencia de *cross default* generarán tal efecto. Como consecuencia de ello, la expectativa de pago de tales acreedores se reducirá dramáticamente.

Sin embargo, si la cláusula *pari passu* es interpretada de manera no restrictiva, los acreedores de € 100 millones podrán oponerse a la estrategia de

⁷⁵ La amenaza será creíble en la medida en que sea razonable esperar (i) que el deudor soberano evada las acciones legales y políticas que ejerzan los acreedores de la deuda € 100 millones y (ii) que el deudor soberano obtenga acceso a financiamiento por parte de nuevos acreedores. La historia de la deuda soberana demuestra que lograr ambas cosas es perfectamente posible.

subordinación del deudor soberano en la medida en que estarán habilitados para evitar pagos preferentes.

La interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* determina que la amenaza del deudor soberano no sea creíble en la medida en que los acreedores podrán emplear medidas legales *ex post* para bloquear pagos preferentes. Esto impactará en la división del *surplus*. En efecto, si el deudor soberano sabe que su amenaza de no pago no es creíble, razonablemente tratará de mejorar su oferta a fin de lograr una división mutuamente aceptable del *surplus*⁷⁶.

Por supuesto que es posible que incluso si el deudor soberano ofrece un reparto razonable del *surplus*, un acreedor oportunista puede paralizar el intercambio al amparo de la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu*. Sin embargo, el efecto de un hipotético *holdout* será temporal. Todo lo que el deudor soberano tiene que hacer para anular al acreedor oportunista es incluir en su oferta de intercambio un *Exit Consent*.

10. LA BÚSQUEDA DEL SENTIDO LEGAL

"This debt will rank at least pari passu in priority of payment". Este es lenguaje comúnmente empleado por la cláusula *pari passu*.

Bajo el método de interpretación literal tanto la lectura restrictiva como la lectura no restrictiva de la cláusula *pari passu* encuentran cierto sustento. En efecto, si el acento es puesto sobre la palabra *"payment"*, la lectura no restrictiva cobra sentido. Sin embargo, si el acento es puesto sobre las palabras *"rank"* y *"priority"*, la lectura restrictiva resulta admisible.

Ante la inoperatividad del método de interpretación literal resulta razonable recurrir al método que apela al entendimiento del mercado. ¿Cómo han interpretando los actores del mundo de la deuda soberana la cláusula *pari passu*?

Los abogados y los académicos han defendido mayoritariamente la interpretación restrictiva en respuesta al resultado del Caso *Elliott*⁷⁷. Esto, sin embargo, no significa que dicha interpretación haya sido compartida por todos los actores del mundo de la deuda soberana.

⁷⁶ BRATTON, William. *Op. Cit.* p. 850.

⁷⁷ La interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* ha sido defendida por algunos abogados y académicos. El representante más notable de los defensores de dicha interpretación es Andreas F. Lowenfeld, Profesor Emérito de la Escuela de Leyes de la New York University. En el Caso *Elliott* Lowenfeld defendió la posición de Elliott ante la Corte del Distrito Sur de Nueva York.

Lee BUCHHEIT⁷⁸, el abogado más reputado en materia de deuda soberana, nos ofrece la siguiente revelación:

"One sometimes encounters an inquisitive borrower who asks why this little breeze off the Tiber has ruffled through the pages of his loan agreement. This is when the fun startículos "It means you can't pay back somebody else's loan if you're not then current on your payments under this loan" is how some bankers may explain it. "It means you can't give a preference to some other creditor that you are not at the same time giving to us" will be the interpretation offered by others [...] The lender is not being told that anything about where it will stand in a queue of bankruptcy creditors. In the absence of this explanation [...] a good number of bankers (and more than a few sovereign borrowers) seem to believe that the pari passu covenant is there to compel the borrower to pay for all of its external debt on a ratable basis (either in terms of the amount, or the timing, of debt service payments)"⁷⁹. (énfasis agregado).

En el mundo de la deuda soberana las opiniones acerca de los alcances de la cláusula *pari passu* no son pues uniformes.

Dadas las limitaciones de los métodos de interpretación empleados, ¿bajo qué criterio razonable podemos tomar una decisión de naturaleza legal respecto de los alcances de la cláusula *pari passu*? *Sharon Steel Corp. v. Chase Manhattan Bank* nos ofrece un criterio de interpretación confiable.

En 1982, con ocasión de *Sharon Steel Corp. v. Chase Manhattan Bank*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos de América estableció lo siguiente:

"Where contractual language seems designated to project the interests of both parties and where conflicting interpretations are argued, the contract should be construed to sacrifice the principal interests of each party as little as possible. An interpretation which sacrifices a major interest on one of the parties while furthering only a marginal interest of the other should be rejected in favor of an interpretation which sacrifices marginal interests of both parties in order to protect their major concerns". (énfasis agregado).

La referida Corte considera que, en lugar de especular sobre las intenciones subjetivas que las partes tenían al momento de celebrar el contrato, se debe sopesar todos los intereses en juego y, entre todas las interpretaciones conflictivas posibles, adoptar la que preserve los intereses de las partes al menor costo posible.

⁷⁸ Lee Buchheit es socio de Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. Buchheit ha representado a diversos países latinoamericanos en múltiples operaciones de emisión de deuda soberana. En el *Caso Elliott* Buchheit representó al Estado peruano ante la Corte de Apelaciones de Bruselas.

⁷⁹ Tomado de: BRATTON, William. *Op. Cit.* pp. 860-861.

¿Qué intereses giran en torno a la interpretación de la cláusula *pari passu*? Por un lado, está el interés de los acreedores del deudor soberano en no quedar involuntariamente subordinados en función de una decisión arbitraria de este último, lo que desincentiva la opción del *default* estratégico. Por otro lado, está el interés del deudor soberano en evitar el problema del *holdout*, de modo que pueda llevar a cabo, al menor costo posible, un proceso de reestructuración de su deuda.

Tradicionalmente se considera que la interpretación restrictiva de la cláusula *pari passu* sacrifica el primer interés, pero satisface el segundo; mientras que la interpretación no restrictiva de tal cláusula satisface el primer interés pero sacrifica el segundo. ¿Es esto correcto? No.

A la luz de los hechos es posible afirmar que la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* no genera un problema de *holdout* si es que la oferta de intercambio es valiosa para los acreedores. Pakistán y Ucrania han logrado reestructurar sus deudas a pesar de tener en frente a grupos numerosos y dispersos de acreedores. En ambos casos el hecho de ofrecer una división razonable del “*surplus*” generado por el intercambio de deudas bastó para eliminar el problema del *holdout*⁸⁰. Como indica GELPERN, el *holdout* es un problema teórico pero no real en el mundo de la deuda soberana⁸¹.

La interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu* satisface el interés de los acreedores del deudor soberano en no quedar involuntariamente subordinados y, por tanto, en desincentivar la opción del *default* estratégico. Por otro lado, dicha interpretación no causa mayor impacto en el interés en evitar

⁸⁰ “[...] the assumption that the shift from bank lending to bond issuance implicated intractable coordination problems [...] followed from experiences in the debt crises of the 1980s, when restructuring procedures were disorderly, even with long-term players at the table and norms of cooperation in play. Hundreds of creditors with disparate views had to be brought into line, and UACs complicated this task. Composition was achieved only with official sector intervention and years of negotiation. The small amount of bonded debt was put off to one side, and allowed to escape from restructuring on the theory that bondholder coordination was too hard to procure. The assumption that bondholders with UACs could not be brought to agreement on compositions benefited the bondholders in the bailouts, as they stood to one side collecting the proceeds of emergency loans. These assumptions changed after 1999 when Pakistan, Ecuador, and Ukraine successfully concluded compositions with dispersed bondholder participation. These compositions were of the preemptive variety, mooted as exchange offers, and successfully closed before liquidity problems became serious. Vulture investors did not disturb the proceedings. There was value on offer in the compositions and the vultures accepted it instead of holding out for more.” (énfasis agregado). Ver: BRATTON, William W. y Mitu GULATI. Op. Cit., pp. 43-44.

⁸¹ “The potential effect of litigation on the eventual restructuring is uncertain. Payments to holdouts in Ecuador and Uruguay, a potential windfall for Argentina’s litigants, and recent settlements benefiting holdouts under loan instruments may trigger an epidemic of holdout behavior under New York law bonds. However, nearly a decade after it first became the focus of policy and academic attention, the holdout problem has all but failed to materialize.” (énfasis agregado). Ver: GELPERN, Anna. Op. Cit. p. 1143.

un problema serio de *holdout*, ya que, de existir, ese problema se evita, por un lado, a través de una división aceptable del “*surplus*” del intercambio de deudas; y, por el otro, a través de la introducción del mecanismo del *Exit Consent*.

La interpretación restrictiva de la cláusula *pari passu*, por el contrario, sacrifica en su totalidad el interés de los acreedores del deudor soberano en no quedar involuntariamente subordinados y en desincentivar la opción del *default* estratégico. Dicha interpretación no otorga ventaja comparativa alguna a quienes desean evitar el problema del *holdout*.

Comparando el efecto neto de ambas interpretaciones, resulta claro que, a la luz del criterio de establecido en *Sharon Steel Corp. v. Chase Manhattan Bank*, ha de preferirse la interpretación no restrictiva de la cláusula *pari passu*. Por consiguiente, la parte beneficiaria de dicha cláusula debe poder cuestionar tanto el otorgamiento de un estatus preferente como la realización de un pago preferente una vez declarado el *default*.

CAPÍTULO VII

ARBITRAJE

La ética en los tribunales arbitrales internacionales (*)

EDUARDO FERRERO COSTA (**)

JAVIER FERRERO DÍAZ (***)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Imparcialidad e independencia.* 2. *Las normas generales y la obligación de revelar hechos o circunstancias.* 2.1. *Los conflictos de interés.* 2.2. *La revelación del árbitro.* 2.3. *La renuncia de las partes.* 2.4. *Las relaciones del árbitro y de las partes.* 3. *La aplicación práctica de las normas generales.* 3.1. *El listado rojo – dudas sobre la imparcialidad o independencia.* 3.2. *El listado naranja – posibles dudas sobre la imparcialidad o independencia.* 3.3. *El listado verde – sin dudas sobre la imparcialidad o independencia.* 4. *Casos prácticos.* 4.1. *Las reglas éticas del CIADI.* 4.2. *Casos de recusación.* 5. *Conclusiones.*

TESTIMONIO DE EDUARDO FERRERO COSTA EN EL HOMENAJE A MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Al Dr. DE LA PUENTE tuve el honor de conocerlo desde el año 1967 en que ingresé como practicante del Estudio Echecopar. Ya de Abogado desde el año 1971 tuve el privilegio de contar con su amistad y ejemplo durante diversas etapas de mi vida profesional, hasta reencontrarme con él cuando ingresé nuevamente al Estudio Echecopar como Socio en 1999.

El tema del artículo seleccionado para este libro homenaje tiene relación directa con dos características esenciales del Dr. DE LA PUENTE. De un lado, los

(*) Cabe señalar, que al momento de elaborar este artículo académico, aún no se habían adoptado las nuevas Reglas de Arbitraje de la CCI, en vigencia desde el 1 de enero de 2012. Asimismo, aún no se había adoptado el Nuevo Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham-Perú, así como su Código de Ética, que entraron en vigencia el 1 de enero de 2013.

(**) Socio Consejero del Estudio Echecopar Abogados y Jefe de su Area Internacional. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya y Presidente del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana en el Perú. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico.

(***) Asociado Principal del Estudio Echecopar Abogados. Foreign Attorney en el estudio White & Case LLP entre 2007 y 2009. Abogado graduado en la Universidad de Lima y LL.M en American University College of Law.

aspectos éticos en los árbitros tienen relación con la profunda formación ética del Dr. De la Puente y su firme creencia en los valores morales, la honestidad y la justicia que deben guiar a todo abogado y, en particular a un buen árbitro, imparcial e independiente. De otro lado, el tema se vincula con la confianza del Dr. DE LA PUENTE en el arbitraje, habiendo sido él, Presidente del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

Con el continuo incremento del arbitraje internacional para la solución de controversias de índole comercial y de inversiones, entre otras, los aspectos éticos relacionados con los árbitros y el Tribunal Arbitral son esenciales para mantener la credibilidad del arbitraje como mecanismo alternativo idóneo para la solución de controversias.

La realidad del mundo comercial hoy en día genera conexiones y relaciones complejas entre los abogados, los empresarios y las sociedades. Los estudios de abogados son más grandes y las empresas tienen un alcance global. En este sentido, la sociedad internacional cada vez más integrada está generando e incrementando el número de hechos capaces de generar un conflicto de interés en un árbitro¹. Por consiguiente, el número de circunstancias que el árbitro internacional tiene que revelar y resolver son cada día más difíciles².

Para enfrentar esta situación, diversas instituciones arbitrales y la legislación nacional moderna sobre arbitraje contienen normas que pretenden prevenir los eventuales conflictos de interés de los árbitros. En este contexto, en 2004 se elaboraron las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (en adelante "las Directrices"), que establecen una serie de disposiciones de uso común en el arbitraje internacional. Éstas contienen primero un conjunto de Normas Generales sobre la materia y luego un esquema de aplicación práctica en que la IBA ha desarrollado listas de circunstancias reales que pueden crear un conflicto de interés y que requieren ser reveladas por el árbitro.

El presente artículo tiene por objeto explicar el desarrollo actual de la ética en la designación y actuación de los árbitros y Tribunales arbitrales, dando especial énfasis a las directrices de la IBA, pero mencionando también en ciertos casos las reglas en otros sistemas de arbitraje internacional y del Perú.

¹ Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (*en adelante* Directrices de la IBA), 2004. Introducción, *disponible en* http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

² *Ibid.* Introducción p. 2.

Igualmente, se examina el tema en el marco del CIADI y se brindan ejemplos de casos relevantes a nivel internacional.

1.1. Imparcialidad e independencia

La primera norma general, que viene a ser el “Principio General” en Las Directrices de la IBA, es la imparcialidad e independencia del árbitro. Sin duda, estos requisitos constituyen la base principal de la ética en el arbitraje internacional³. Una persona no puede ser árbitro si no es imparcial e independiente. De hecho, las Directrices “no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes”⁴. Este Principio General se aplica de igual forma y sin distinción alguna al presidente del Tribunal, a los árbitros designados por las partes, a un árbitro único y a los árbitros nombrados por una institución⁵.

La diferencia entre imparcialidad e independencia es sutil porque los dos son conceptos interdependientes⁶. Tal como fue señalado por el Tribunal Arbitral en el caso *Suez*, “independencia e imparcialidad, a pesar de estar relacionados, son comúnmente vistos como distintos, aunque la naturaleza precisa de la diferencia no es siempre fácil de entender”⁷. El mismo Tribunal explicó que imparcialidad “se refiere a la ausencia de una tendencia o predisposición hacia una de las partes”, mientras que independencia “se refiere a la falta de relaciones con una parte que puede influenciar la decisión de un árbitro”⁸. En este sentido, la imparcialidad es subjetiva a cada árbitro y la independencia es algo objetivo relacionado con los hechos o circunstancias externas⁹.

¿Es posible para un árbitro ser independiente de las partes pero no imparcial? La respuesta es afirmativa, porque como describió el Tribunal antes citado, “independencia e imparcialidad son estados de la mente”¹⁰. A pesar de ser

³ Ver *ibid.* Norma General 1, Principio General: “Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de adoptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”.

⁴ *Ibid.* Norma General 5, Alcance o Ámbito de Aplicación.

⁵ Ver *ibid.*: “Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de Tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes.”

⁶ BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Vol. 1, Wolters Kluwer, 2009, pp. 1473-475.

⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 22 de octubre de 2007, p. 29. Traducción al español no oficial.

⁸ *Ibid.*

⁹ BORN, *supra* nota 6, pp. 1473-475.

¹⁰ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Recusación de árbitro

independiente un árbitro, en su mente, puede faltarle la imparcialidad. Por eso, el análisis ético del árbitro tiene que incluir la investigación objetiva y subjetiva para ser completo. Aún cuando algunos reglamentos o legislaciones sólo se refieren expresamente a uno de los dos conceptos siempre hay que realizar el análisis subjetivo y objetivo del árbitro¹¹. Por ejemplo, la legislación de arbitraje de Suiza y de Inglaterra, dos países reconocidos en el arbitraje internacional, solo incluyen uno de los dos conceptos. La Ley de Arbitraje Internacional de Suiza solo habla de la independencia¹² y la Ley de Arbitraje de 1996 de Inglaterra solo trata de imparcialidad¹³. Según la interdependencia de los dos conceptos, se podría concluir que el uso de uno solo naturalmente implica el otro, pero el uso de los dos, como en las Directrices, es preferible¹⁴.

Igual que Las Directrices, el concepto de independencia e imparcialidad forma parte de numerosas reglas de arbitraje. El nuevo Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, vigente desde el 15 de agosto de 2010, requiere la revelación por el árbitro de *“toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”* y contiene como Anexo declaraciones modelo sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros¹⁵. La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (enmendada en el 2006) también se refiere a la independencia e imparcialidad de los árbitros¹⁶. Las reglas del *American Arbitration Association (AAA)*¹⁷ y del *London Court of International Arbitration (LCIA)*¹⁸ establecen la misma necesidad de la imparcialidad e independencia del árbitro. Si bien las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) solo exigen la independencia del árbitro, las reglas añaden que el Tribunal debe actuar con imparcialidad¹⁹. En este senti-

de fecha 22 de octubre de 2007, p. 29. Traducción al español no oficial.

¹¹ BORN, *supra* nota 6, p. 1475.

¹² Ley Federal de Derecho Internacional Privado, Capítulo 12, artículo 180, *disponible en inglés en* https://www.sccam.org/sa/download/IPRG_english.pdf.

¹³ Ley de Arbitraje de 1996, artículo 24, *disponible en inglés en* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/24>.

¹⁴ BORN, *supra* nota 6, p. 1475.

¹⁵ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, 2010, artículo 11, *disponible en* <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>.

¹⁶ Ver Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con las enmiendas aprobadas en el 2006, artículo 12, *disponible en* http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf: *“Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.”*

¹⁷ Ver Procedimientos para la Resolución de Disputas Internacionales de la ICDR, 2010, artículo 7, *disponible en* <http://www.adr.org/sp.asp?id=34518#ArbitrajeInternacional>: *“Los árbitros que actúen bajo este Reglamento serán imparciales e independientes.”*

¹⁸ Ver Reglas de Arbitraje de la LCIA, 1998, artículo 5.2, *disponible en inglés en* http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx: *“All arbitrators conducting an arbitration under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties.”*

¹⁹ Ver Reglamento de Arbitraje de la CCI, 1998, artículo 7, *disponible en* <http://www.iccwbo>.

do, las Directrices de la IBA han cristalizado los principios de imparcialidad e independencia presentes en las reglas arbitrales y aseguran su aplicación como los fundamentos esenciales para la ética del Tribunal arbitral.

En el contexto peruano, los conceptos de imparcialidad e independencia se encuentran establecidos en la Ley Peruana de Arbitraje y en las reglas de los centros de arbitraje más importantes, tales como la Cámara de Comercio de Lima y la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM-PERU).

La Ley Peruana de Arbitraje señala que “[t]odo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial”²⁰. De manera muy similar, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima señala que los árbitros “ejercen el cargo con estricta independencia, imparcialidad y absoluta discreción”²¹. La Cámara de Comercio de Lima cuenta además con un Código de Ética, el cual define la imparcialidad e independencia y establece que son aspectos obligatorios para todos los árbitros²². Por otro lado, si bien las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de AMCHAM-PERU solo se refieren expresamente a la independencia de los árbitros²³, de una lectura de su artículo 11(1) se puede inferir claramente que se incluye también el concepto de imparcialidad de los árbitros.

Los deberes de imparcialidad e independencia del árbitro comienzan en el momento en que el árbitro acepta su designación como árbitro y solo culminan cuando el proceso arbitral ha terminado, sea con un laudo final o por otra forma, como por ejemplo, por un acuerdo entre las partes²⁴. La du-

org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_spanish.pdf: *Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje.* Ver también *ibid*, artículo 15: “En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente.”

²⁰ Ver Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, 2008, artículo 28: “Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”.

²¹ Ver Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2008, artículo 29, disponible en http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_reglamento_proces_nuevo.aspx: “Los árbitros no representan los intereses de las partes y ejercen el cargo con estricta independencia, imparcialidad y absoluta discreción”.

²² Cámara de Comercio de Lima, Centro de Arbitraje, Código de Ética, disponible en http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_codigo.aspx. Se define imparcialidad: “Antes de aceptar una designación como árbitro deberá verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso, hacerla conocer a las partes.” *Ibid*. Se define independencia: “Mientras se está actuando como árbitro, deberá cuidar de mantener la libertad y autonomía en el ejercicio de sus funciones.” *Ibid*.

²³ Ver Cámara de Comercio Americana del Perú, Reglas de Arbitraje, 2008, artículo 11(1), disponible en <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/frame.htm>: “Todos los árbitros deben ser y permanecer independientes de las partes durante el arbitraje, no debiendo actuar en interés de ellas.”

²⁴ Ver Directrices de la IBA, Norma General 1, Principio General, Nota Explicativa: “El deber del

ración de estos deberes refleja su importancia en el proceso arbitral porque son esenciales para mantener la integridad del proceso desde el comienzo hasta su terminación.

En consecuencia, la imparcialidad e independencia aseguran que el Tribunal arbitral provea a las partes de un proceso arbitral con equidad. Tal vez sus principios parezcan obvios, pero su importancia es decisiva para un adecuado proceso arbitral. Sin los requisitos de imparcialidad e independencia no se podría administrar la justicia adecuadamente y el debido proceso perdería sentido.

2. LAS NORMAS GENERALES Y LA OBLIGACIÓN DE REVELAR HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS

2.1. Los conflictos de intereses

El alejamiento de la imparcialidad e independencia por parte del árbitro genera los conflictos de intereses. Los conflictos de intereses vienen a ser situaciones o circunstancias donde puede haber una ausencia de imparcialidad o independencia por parte del árbitro.

Las Directrices de la IBA definen los conflictos de interés del árbitro como “*dudas acerca de su imparcialidad o independencia*” y exigen que el árbitro no acepte su designación o que se retire como árbitro frente a un conflicto de interés²⁵. Las Directrices imponen la obligación en el árbitro de decidir si tiene dudas respecto a su imparcialidad o independencia.

Para decidir si realmente hay una duda respecto a la imparcialidad o independencia, las Directrices establecen un estándar que un árbitro puede aplicar a sus circunstancias particulares. En este sentido, las Directrices consideran como dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro “*aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.*”²⁶

¿Por qué es necesario usar un estándar del tercero? Porque al ser la imparcialidad e independencia estados de la mente, nadie “*es capaz de probar el funcionamiento interno de la mente de un árbitro para determinar con perfecta*

árbitro finaliza una vez que el Tribunal Arbitral haya dictado el laudo final o que de cualquier otra forma concluya el procedimiento (p.ej. por transacción)”.

²⁵ Ver *ibid.* Norma General 2(a), Conflictos de Interés: “El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.”.

²⁶ *Ibid.* Norma General 2(c), Conflictos de Interés.

precisión si esa persona es independiente o imparcial”²⁷. El estándar del tercero añade cierta seguridad a la evaluación de los conflictos de interés y permite que el árbitro analice las circunstancias no como él mismo las interpretaría, sino como un tercero de buen juicio las podría apreciar.

2.2. La revelación del árbitro

La revelación sobre hechos, circunstancias o situaciones que crean dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia es una obligación de los árbitros. Es un deber del árbitro asegurar que las partes tengan toda la información relevante de quien va a tomar las decisiones, un deber que garantiza la transparencia del proceso arbitral. Por lo tanto, la obligación de revelar permanece durante todo el proceso arbitral sin importar la etapa en que éste se encuentre, al igual que el requisito del árbitro de ser imparcial e independiente²⁸.

De acuerdo a las Directrices, el deber de revelar solo surge “si en opinión de las partes existieran hechos o circunstancias que hicieron dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro”²⁹. Si el árbitro tiene dudas sobre si debe revelar una situación o no, esta duda debe estar resuelta a favor de la revelación³⁰.

El árbitro debe evaluar las circunstancias de su vida social y profesional para ver si se encuentran situaciones que, en la opinión de las partes, puede crear un conflicto de interés. Para establecer la obligación de revelar, el estándar es particular para cada caso, enfocándose en las partes directamente y no en un tercero hipotético.

Es importante enfatizar que al revelar el árbitro un conflicto de interés potencial, ello no significa que exista un conflicto que afecta su imparcialidad o independencia³¹. Si el árbitro concluyó que había un conflicto afectando su

²⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 22 de octubre de 2007, p. 30. Traducción al español no oficial.

²⁸ Ver Directrices IBA. Norma General 3(d), Revelaciones del Árbitro: “Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento”.

²⁹ *Ibid.* Norma General 3(a), Revelaciones del Árbitro.

³⁰ Ver Directrices IBA. Norma General 3(c), Revelaciones del Árbitro: “Cualesquiera dudas que surjan acerca de si se ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.”

³¹ Ver Directrices IBA. Norma General 3(b), Revelaciones del Árbitro: “[U]n árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes”.

independencia o imparcialidad, él ya hubiera retirado o rechazado la designación como árbitro³².

¿Qué pasa si el árbitro no cumple con su obligación de revelar? A pesar de que la revelación del árbitro es una obligación en las circunstancias en que se requiere hacerlo, el no revelar los hechos y circunstancias no significa que el árbitro tiene que ser retirado del Tribunal ni que el laudo arbitral, si ya se hubiese dictado, tendría que ser declarado nulo³³. Según las Directrices de la IBA³⁴, solo cuando las circunstancias no reveladas muestran que el árbitro no es imparcial o independiente, existen meritos para la recusación del árbitro o para la nulidad del laudo.

Cabe añadir que en la profesión de abogado hay ciertos deberes profesionales como la confidencialidad y el privilegio de la información confidencial entre el cliente y el abogado. Las Directrices dejan claro que si existe un hecho o circunstancia que el árbitro determina que requiere revelación, pero que no se puede revelar dado a sus otras obligaciones éticas, el árbitro debería renunciar a su cargo, aunque él no crea que el hecho o circunstancia afecte su imparcialidad o independencia³⁵.

En el Perú las obligaciones de revelar del árbitro son parecidas a las establecidas en las Directrices. La Ley Peruana de Arbitraje dispone que el árbitro *“deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”*³⁶. En forma similar, las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de Amcham-Perú exigen al árbitro *“dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles de producir dudas razonables sobre su independencia, desde el punto de vista de las partes”*³⁷. El estándar incluido en las Reglas de Amcham-Perú coincide con lo establecido en las Directrices, enfatizándose que el árbitro tiene que evaluar lo que las partes pensarían sobre los hechos o circunstancias.

2.3. La renuncia de las partes

Vinculada con la obligación del árbitro de revelar, se encuentra la situación de que las partes pierden su derecho a recusar en caso no recusen al árbitro después que éste último hubiera revelado hechos o circunstancias susceptibles de generar un conflicto de interés. Luego de la revelación del árbitro, o del

³² *Ibid.* Norma General 3, Revelaciones del Árbitro, *Nota Explicativa* (d).

³³ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 5.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.* Norma General 3, Revelaciones del Árbitro, *Nota Explicativa* (c).

³⁶ Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, 2008, artículo 28.

³⁷ Cámara de Comercio Americana del Perú, Reglas de Arbitraje, 2008, artículo 11(3).

descubrimiento de hechos o circunstancias que requerirían de revelación, las Directrices establecen que las partes tienen un plazo de treinta días en que se puede recusar el árbitro³⁸. Si no lo recusan en dicho plazo, se entiende que renuncian a su derecho de objetar un posible conflicto de intereses basado en tales hechos o circunstancias.

De esta manera, las Directrices establecen un plazo fijo dentro del cual hay que recusar, alejándose así de otros sistemas que usualmente usan adjetivos de prontitud en vez de plazo fijo³⁹. La única excepción a esta regla, según las Directrices, es cuando se trata de conflictos de interés irrenunciables, a lo cual se hace referencia más adelante.

Las Directrices también ofrecen la posibilidad de la renuncia explícita después de la revelación de un árbitro. La renuncia explícita requiere dos elementos: conocimiento y acuerdo. Para renunciar las partes tienen que estar “plenamente informadas del conflicto de intereses” y “manifestar explícitamente su conformidad”, a pesar del conflicto⁴⁰. No obstante, cabe recordar que los conflictos irrenunciables no están incluidos en este supuesto.

Asimismo, las Directrices establecen que en caso existan dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, ya sea por haber identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje, o si tuviera una participación económica significativa o interés personal en el caso, no surtirá efecto la renuncia por una de las partes, ni será válido el acuerdo entre las partes para permitir al árbitro desempeñar sus funciones⁴¹.

2.4. Las relaciones del árbitro y de las partes

Las Directrices concluyen su sección sobre Normas Generales, haciendo referencia a los deberes del árbitro y de las partes, que también comprende la ética del proceso arbitral. El deber impuesto a los árbitros en esta última

³⁸ Ver Directrices de la IBA, Norma General 4(a), Renuncia de las Partes: “Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar al nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias.”

³⁹ Ver por ejemplo Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Regla 27: “Si una parte [...] no objeta con prontitud dicho incumplimiento, se considerará [...] que ha renunciado a su derecho a objetar.” Ver también Regla 9, según la cual, se requiere que las partes impugnen “sin demora”.

⁴⁰ Directrices de la IBA, Norma General 4(c), Renuncia de las Partes.

⁴¹ *Ibid.* Norma General 4(b), la cual hace referencia a la Norma General 2(d) sobre Conflicto de Intereses.

norma general es el de actuar con diligencia al averiguar sobre posibles conflictos de interés⁴². El propósito es evitar que un árbitro reclame que no tuvo conocimiento sobre un hecho o circunstancia que diligentemente le fue posible conocer, como una manera de evitar las obligaciones de las Directrices.

Por otro lado, las Normas Generales no sólo regulan el tema de las relaciones del árbitro, sino también de su estudio de abogados⁴³. El hecho que las Directrices dedican una norma general a los estudios de abogados, refleja la realidad actual de los árbitros y de los estudios de abogados, que siguen creciendo en el número de los abogados y en las relaciones entre éstos y los clientes o terceros⁴⁴. Esta norma de las Directrices requiere que los árbitros tomen en cuenta los clientes del estudio en su evaluación de posibles conflictos de interés y en sus obligaciones de revelación.

Sin embargo, el mero hecho de que exista una relación entre una de las partes y el estudio de abogados del árbitro no significa que existe un conflicto ni requiere su revelación⁴⁵. En cada caso habrá que determinar la importancia de las actividades que realiza el estudio de abogados para dicha parte, teniendo en cuenta su naturaleza, alcances y momento de realización⁴⁶.

En cuanto a las partes en el proceso arbitral, su deber consiste en revelar “a las demás partes y a la institución arbitral [...] sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro”⁴⁷. Estableciendo esta obligación a las partes se refuerza la transparencia del Tribunal y sirve como otro mecanismo para asegurar la revelación de hechos y circunstancias que potencialmente generan conflictos de interés⁴⁸.

3. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS NORMAS GENERALES

Las Directrices contienen una sección práctica en que señalan situaciones reales que complementan las normas generales analizadas en los párrafos anteriores. En este sentido, la sección de Aplicación Práctica de las Directrices tiene por objetivo profundizar las ideas y reglas desarrolladas en las Normas Generales.

⁴² *Ibid.* Norma General 7(c), El Deber del Árbitro y de las Partes.

⁴³ *Ibid.* Norma General 6, Relaciones.

⁴⁴ *Ibid.* Norma General 6, Relaciones, *Nota Explicativa* (a).

⁴⁵ *Ibid.* Norma General 6(a), Relaciones.

⁴⁶ *Ibid.* Norma General 6, Relaciones, *Nota Explicativa* (a).

⁴⁷ *Ibid.* Norma General 7(a), El Deber del Árbitro y de las Partes.

⁴⁸ *Ibid.* Norma General 7, El Deber del Árbitro y de las Partes, *Nota Explicativa*.

Las Directrices contienen Listados de Aplicación donde se mencionan categorías de situaciones, de conflictos de interés que pueden presentarse, no exhaustivas por cierto, y que sirven como una guía para enfrentar diversas situaciones que ocurren en el mundo real. Sin embargo, en cualquier caso de diferencia entre las Normas Generales y los Listados de Aplicación Práctica, deberán prevalecer las Normas Generales. Al respecto, las Directrices de la IBA comprenden un Listado Rojo (compuesto por un Listado Irrenunciable y un Listado Renunciable), un Listado Naranja y un Listado Verde.

3.1. El listado rojo - dudas sobre la imparcialidad o independencia

En el Listado Rojo se encuentran los hechos y circunstancias que crean definitivamente una duda sobre la parcialidad o falta de independencia del árbitro. Cabe recordar que esta duda es desde el punto de vista de un tercero de buen juicio evaluando la situación. Dentro de estas situaciones claras de imparcialidad o independencia hay dos categorías: las que no son renunciables por las partes y las que sí son renunciables.

El Listado Rojo Irrenunciable refleja el principio básico que “nadie puede ser juez y parte a la vez”⁴⁹. Estos son conflictos de intereses tan graves que frente a ellos no se puede pretender que haya imparcialidad e independencia.

Los tipos de situaciones que crean un conflicto irrenunciable son los siguientes:

- i) Si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje;
- ii) Si el árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- iii) Si el árbitro tuviere un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del caso tiene consecuencias económicas significativas para el árbitro⁵⁰.
- iv) Si el árbitro asesora con regularidad a la parte que lo nombró o a su filial y el árbitro o su estudio de abogados percibe ingresos significativos por dicha actividad.

Las Directrices han puesto un límite a la autonomía de las partes con el Listado Rojo Irrenunciable.⁵¹ Estas circunstancias son tan graves que de per-

⁴⁹ *ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 2.

⁵⁰ *Ibid.* Norma General 2(d), Renuncia de las Partes y Aplicación Práctica, Listado Rojo. En el caso de identidad entre las partes y el árbitro esto aplica igual al representante legal de una parte o un gerente o administrador de una de las partes. *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 9.

mitir su renuncia por las partes pondría en peligro la integridad del proceso arbitral. El beneficio de proteger la institución del arbitraje frente a casos que crean claras dudas sobre imparcialidad o independencia compensa la carga de limitar un poco la autonomía de las partes.

Menos grave, pero que todavía origina serias dudas sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, son las situaciones contempladas en el Listado Rojo Renunciable. Aunque crean una duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro, éstas son renunciables sólo conforme con la norma general sobre renuncia de las partes y los requisitos de renuncia explícita⁵². Tal como ha sido explicado, la renuncia explícita se da cuando las partes tienen conocimiento del conflicto y manifiestan su consentimiento de continuar con el árbitro a pesar de la situación de conflicto existente.

En el Listado Rojo Renunciable nos encontramos con situaciones en que hay alguna relación entre el árbitro y la controversia; por ejemplo, el árbitro aconsejó a una de las partes sobre el asunto o intervino de alguna manera en la disputa entre las partes⁵³. Este Listado también hace referencia a un interés económico del árbitro en la controversia pero que no es “significativo”, como si lo es en el Listado Rojo Irrenunciable. Este es menos directo, como por ejemplo, que lo es el interés económico de un pariente del árbitro⁵⁴. La última categoría en este Listado son las relaciones entre el árbitro y las partes o sus abogados⁵⁵. En estos casos el Listado Rojo Renunciable es parecido a los Irrenunciables, pero de menor nivel, por lo cual las partes pueden decidir que el árbitro todavía puede actuar con imparcialidad e independencia.

3.2. El listado naranja - posibles dudas sobre la imparcialidad o independencia

El Listado Naranja opera desde la perspectiva de las partes acerca de hechos o circunstancias que pudieran crear una duda respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro⁵⁶. La referencia a las partes está vinculada con la obligación del árbitro de revelar circunstancias que crean la posibilidad de imparcialidad o independencia⁵⁷. De la misma manera que el deber de revelar no significa que haya un conflicto de interés, la presencia de una situación en el Listado Naranja no genera inmediatamente duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro. En estos casos más bien, se informa a las partes de

⁵² *Ibid.* Norma General 4(c), Renuncia de las Partes.

⁵³ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Rojo Renunciable 2.1.1-2.1.2.

⁵⁴ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Rojo Renunciable 2.2.2.

⁵⁵ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Rojo Renunciable 2.3.

⁵⁶ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 3.

⁵⁷ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 7 y Norma General 3(1), Revelaciones del Árbitro.

las situaciones, quienes pueden investigar más y/o solicitar la recusación. A diferencia del Listado Rojo, el Listado Naranja no requiere renuncia explícita de las partes. Por el mero acto de no impugnar al árbitro después de la revelación del hecho o circunstancia, las partes dan su consentimiento de continuar con el proceso a pesar del hecho o circunstancia revelada.

En el Listado Naranja se comprenden conceptos parecidos al Listado Rojo pero de un grado menos directo. Está incluida en este Listado la prestación de servicios profesionales a una de las partes en los últimos tres años o en la actualidad. Sin embargo, en este caso la representación por el árbitro o su estudio está relacionada a temas diferentes del asunto materia del arbitraje⁵⁸. Todavía hay la posibilidad de dudas acerca de la imparcialidad o independencia desde la perspectiva de las partes, pero la relación no es tan grave como una representación directa en el asunto.

En el Listado Naranja también se incluyen las relaciones entre los árbitros, o entre un árbitro y un abogado que interviene en el caso. Otras circunstancias contempladas en el Listado Naranja incluyen los intereses económicos del árbitro como accionista, directa o indirectamente, de una de las partes⁵⁹. El árbitro también tiene que revelar declaraciones públicas que realizó sobre la materia del arbitraje⁶⁰. Aunque parece que los árbitros cuidarían bien sus pensamientos sobre un caso o un posible caso, hay un ejemplo discutido más adelante sobre la impugnación de un árbitro por sus declaraciones sobre una de las partes en un arbitraje.

3.3. El listado verde - sin dudas sobre la imparcialidad o independencia

Las situaciones presentadas en el Listado Verde no requieren divulgación por los árbitros porque no crean duda acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. No obstante, un árbitro puede revelar estas circunstancias si siente que las normas de las Directrices lo requieren o para ser plenamente transparente en el proceso arbitral⁶¹. La idea es que hasta cierto punto una relación o un interés son tan lejanos⁶² que no pueden influir en el árbitro.

⁵⁸ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Naranja 3.1-3.2.

⁵⁹ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Naranja 3.5.1.

⁶⁰ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Naranja 3.5.2.

⁶¹ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 7.

⁶² *Ver ibid.* Aplicación Práctica, Listado Verde 4.2.1: “El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.” *Ver también* 4.3.1: “Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje”.

Uno de los temas más importantes incluidos en este Listado se refiere a los dictámenes anteriores del árbitro⁶³. Una parte no puede impugnar a un árbitro porque este árbitro ha fallado de una manera determinada en otro caso que es desfavorable a su posición en el caso materia del arbitraje. Incluir esta circunstancia en el Listado Verde tiene un aspecto práctico, ya que existe un número limitado de profesionales calificados y reconocidos para ser árbitros en disputas internacionales. Permittedose la impugnación por haber emitido dictámenes anteriores, limitaría significativamente a los árbitros disponibles, lo cual podría ser una dificultad para el futuro del arbitraje. También se puede incluir en esta categoría a los trabajos académicos elaborados por árbitros. No obstante los mismos árbitros pueden ser los más capaces para contribuir con obras académicas y las reglas éticas no deben inhibir este proceso.

Otra circunstancia práctica incluida en el Listado Verde viene a ser los contactos que el árbitro puede tener con el abogado de las partes, con los otros árbitros o con las partes⁶⁴. Al respecto hay que distinguir entre contactos y relaciones. En un mundo interconectado como el que vivimos es inevitable que haya contactos, por ejemplo en asociaciones profesionales. Se incluye dentro de los contactos permitidos el contacto con un posible árbitro previo a su nombramiento para ver su disponibilidad de actuar como árbitro⁶⁵. Ello es distinto a lo que se considera como una comunicación *ex parte*, la cual no es permitida. El que una parte o su abogado llamen al árbitro para saber su disponibilidad en un arbitraje se debe diferenciar de una discusión con el árbitro sobre el fondo del caso o sobre su procedimiento. Las Directrices permiten un poco de flexibilidad para facilitar las realidades prácticas del arbitraje y a la vez respetar la importancia de mantener la integridad del proceso a través de la ética de los árbitros.

Como se puede observar, las diferencias en los Listados son delicadas y la presencia de un hecho o circunstancia en un Listado a diferencia de otro es una cuestión de grado⁶⁶. Aún con las divisiones de los Listados, cada situación es distinta dependiendo de los hechos particulares respecto del caso, el árbitro y las partes. Por lo tanto cada árbitro tiene que tomar en cuenta las peculiaridades de cada caso para asegurar un proceso arbitral transparente y justo tanto para las partes como para la institución del arbitraje.

⁶³ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Verde 4.1.

⁶⁴ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Verde 4.4-4.5.

⁶⁵ *Ibid.* Aplicación Práctica, Listado Verde 4.5.

⁶⁶ *Ibid.* Aplicación Práctica, Introducción p. 8.

4. CASOS PRÁCTICOS

Algunos de los mejores ejemplos sobre aplicación de la ética en el arbitraje internacional provienen de decisiones de recusación en casos de arbitraje seguidos ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Los casos frente el CIADI han generado diversas impugnaciones porque el ámbito del arbitraje internacional de inversión es aún relativamente reducido y, en consecuencia, hay mayor probabilidad de posibles conflictos de interés. Además, debido a la transparencia que cada vez se busca más en los arbitrajes ante el CIADI, muchas de las decisiones sobre recusación de árbitros han sido publicadas, creándose así una cierta jurisprudencia sobre el tema. En cambio, la falta de publicidad de laudos de otras instituciones arbitrales internacionales, como por ejemplo en la CCI, hace difícil conocer sus fallos sobre ética en la constitución del Tribunal Arbitral.

4.1. Las reglas de ética del CIADI

La ética en los árbitros y, en particular su imparcialidad e independencia, tienen un papel especial en el CIADI. Mediante la Convención de Washington los Estados lograron superar un desafío importante: resolver disputas entre un Estado receptor de la inversión y el inversionista de otro Estado parte de la Convención, mediante un mecanismo de solución de controversias independiente y ajeno a cualquier interferencia política que pudiera estar presente, si la controversia se llevara ante los Tribunales del Estado receptor de la inversión.

Por lo general las reglas éticas del CIADI son más flexibles que las Directrices de la IBA. Al respecto el artículo 14 del Convenio CIADI exige que los árbitros tengan, entre otras, una *“amplia consideración moral”* y que puedan *“inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”*⁶⁷.

A su vez artículo 57 del Convenio CIADI dispone que las partes pueden pedir la recusación de un árbitro *“por la carencia manifiesta”* de las calidades establecidas en el artículo 14 antes mencionado⁶⁸. Lo que exactamente significa *“carencia manifiesta”* será desarrollado en los casos mencionados en los párrafos siguientes. Además, al igual que otras instituciones arbitrales⁶⁹, el

⁶⁷ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante Convenio CIADI), 1965, artículo 14.1, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

Una nota interesante y curiosa es que la versión del Convenio en inglés usa *“independencia”* en vez de *“imparcialidad”*, ilustrando otra vez la interdependencia de los dos conceptos.

⁶⁸ *Ibid.* artículo 57.

⁶⁹ Ver por ejemplo Reglas de Arbitraje de AMCHAM-PERU, artículo 11(3): *“La persona propuesta como árbitro debe suscribir, al aceptar el cargo, una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría”*

CIADI dispone en sus Reglas de Arbitraje que los árbitros deben firmar una declaración al momento de aceptar su designación como árbitro⁷⁰. El texto de la declaración incluye un compromiso de juzgar con equidad, no aceptar instrucción o compensación de fuentes externas y de declarar cualquier circunstancia “*por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en la imparcialidad de juicio*” del árbitro⁷¹.

El proceso de recusación está contemplado en el artículo 56 del Convenio CIADI, el cual establece que los demás árbitros tienen que decidir el pedido de recusación. En caso haya un empate de voto entre los otros dos árbitros o si solo hay un árbitro no recusado, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI decidirá sobre la recusación⁷².

Si bien el tener a los demás árbitros del mismo Tribunal decidiendo la recusación del otro árbitro, facilita la resolución de la impugnación sin tener que convocar otro panel o Tribunal, no es ideal tener a los mismos miembros de un tribunal arbitral decidiendo sobre la recusación de otro de sus miembros. Los demás árbitros no son suficientemente distantes del caso para decidir la recusación. Además, éstos son los mismos árbitros que decidirán el fondo del caso. Cuando los demás árbitros deciden la recusación, una parte tal vez piense dos veces antes de impugnar sabiendo que su propuesta puede afectar la impresión que los demás árbitros tienen de ella. Preferible sería un panel nuevo para evaluar los meritos de la impugnación y resolverla, tal como ocurre en otras instituciones arbitrales o en ciertas legislaciones nacionales⁷³.

4.2. Casos de recusación

4.2.1. Las relaciones profesionales del árbitro

El caso más común de recusación de un árbitro está vinculado a las relaciones que el árbitro tiene o ha tenido con una de las partes, sea personal o profesional. Los conflictos de interés y la posibilidad de tales conflictos son cada día más comunes y el número de impugnaciones relacionadas a los contactos profesionales o sociales de los árbitros parece estar en constante aumento.

En los casos de las relaciones profesionales del árbitro hay dos tipos de situaciones que aparecen con mayor frecuencia: a) las relaciones directas que

⁷⁰ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Regla 6.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Convenio CIADI, artículo 57.

⁷³ Ver por ejemplo Reglas de Arbitraje de Amcham-Perú, artículo 16 (“*La Corte debe pronunciarse sobre la recusación*”).

el árbitro tiene en el ámbito empresarial; y b) las relaciones que el árbitro tiene a través de su capacidad como abogado (o de sus socios de su estudio de abogados), ya que es usual que los árbitros sigan ejerciendo su profesión de abogados.

En el caso de *EDF c. Argentina*, el Tribunal examinó una recusación interpuesta por la República Argentina contra un árbitro por una relación profesional del árbitro con los demandantes⁷⁴. En este caso el árbitro ocupó el cargo de directora en la junta directiva de UBS, la cual mantuvo intereses económicos mínimos en la demandante EDF (en la cual UBS era una accionista minoritaria) y en inversiones conjuntas con ésta. Argentina alegó que la relación entre EDF y UBS implicaba intereses comunes de los dos en otras empresas, como era la recomendación de UBS a sus clientes de invertir en la empresa matriz de EDF, entre otras cosas⁷⁵. Argentina también llamó la atención al hecho que ni ese árbitro ni los demandantes revelaron esta relación de acuerdo con las Normas Generales 3 y 7 de las Directrices de la IBA⁷⁶.

Los demás miembros del Tribunal analizaron la impugnación del árbitro según el artículo 56 del Convenio del CIADI. Basándose en los artículos 14(1) y 57 del Convenio CIADI, establecieron que el otro árbitro debería ser descalificado si existieran hechos que indicaran una falta de credibilidad manifiesta respecto al ejercicio independiente de su criterio para decidir el caso. Ellos adoptaron la definición de la palabra “manifiesta” del académico CHRISTOPH H. SCHREUER, según el cual significa “discernir con poco esfuerzo y sin análisis más profundo”⁷⁷. En otras palabras, para ser manifiesta la influencia en la independencia tenía que ser evidente.

La cuestión esencial fue determinar “si [el árbitro] puede favorecer a los demandantes porque una decisión favorable para ellos en esta disputa resultaría en algún beneficio a UBS, la entidad en que [el árbitro] siente una especie de solidaridad emocional e identificación psicológica en virtud de su posición”⁷⁸. En su decisión los demás árbitros denegaron la recusación indicando que un observador razonable no puede concluir que dicha asociación pueda influir una decisión a favor de una parte o de la otra⁷⁹. Esta conclusión estuvo basada en que: i) el árbitro no tuvo un interés económico en las empresas demandantes debi-

⁷⁴ *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI Nº ARB/03/23, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 25 de junio de 2008.

⁷⁵ *Ibid.* p. 12.

⁷⁶ *Ibid.* p. 25.

⁷⁷ *Ibid.* p. 68.

⁷⁸ *Ibid.* p. 72.

⁷⁹ *Ibid.* p. 74.

do a su cargo de directora en UBS⁸⁰; ii) una victoria para los demandantes no tendría un efecto económico sustancial para UBS⁸¹; y iii) la conexión de “*solidaridad emocional e identificación psicológica*” no era suficiente para que un observador razonable concluya que afectaría la independencia del árbitro⁸². Por otro lado, los árbitros determinaron que la falta de revelar el hecho por el árbitro y por las partes, no afectó la capacidad del árbitro para ejercer su juicio independiente⁸³.

Por el mismo supuesto del árbitro como directora de UBS, Argentina también impugnó al mismo árbitro en otros arbitrajes con argumentos parecidos a los de *EDF c. Argentina*. La situación de estos otros casos es única porque el Tribunal fue nombrado bajo tres demandas diferentes y los demás árbitros emitieron la misma decisión para resolver la impugnación en los tres casos. Según los acuerdos entre las varias demandantes y Argentina, las reglas aplicables a las disputas y a la impugnación del árbitro, eran las del CIADI en dos casos y las del Reglamento de UNCITRAL para el otro.

La impugnación relacionada a las demandas bajo las reglas del CIADI contenían argumentos similares a los alegados en *EDF c. Argentina*, específicamente el cargo del árbitro como directora de UBS, una empresa que era accionista de los demandantes (cuyo cargo obtuvo el árbitro después de ser nombrado) y la falta de revelar esa relación⁸⁴. Para evaluar estos temas en *Suez c. Argentina* los demás miembros del Tribunal determinaron que el artículo 14(1) del Convenio CIADI implica tanto imparcialidad e independencia y que la palabra “*manifiesta*” en el artículo 57 significa obvio o evidente⁸⁵. Antes de aplicar el marco legal a la relación del árbitro, los otros árbitros articularon sobre la realidad compleja del mundo moderno en donde los árbitros son profesionales que “*tienen una variedad de conexiones complejas con todo tipo de personas y instituciones*” y que estas conexiones son más comunes hoy en día con instituciones que tienen un alcance global⁸⁶. En consecuencia, ellos des-

⁸⁰ *Ibid.* p. 71.

⁸¹ *Ibid.* p. 73.

⁸² *Ibid.* pp. 73, 74.

⁸³ *Ibid.* pp. 97-106.

⁸⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI Caso No. ARB/03/17, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 12 de mayo de 2008; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República de Argentina*, Caso CIADI Caso N° ARB/03/19, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 12 de mayo de 2008; *AWG Group Limited c. República de Argentina*, UNCITRAL, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 12 de mayo de 2008. En aras de la simplicidad, en adelante “*Suez c. Argentina*.”

⁸⁵ *Ibid.* pp. 27-29.

⁸⁶ *Ibid.* pp. 32-33. Traducción no oficial.

tacaron que la mera conexión no es suficiente para una recusación sin otro hecho que afecte la imparcialidad o independencia del árbitro.

Para analizar los hechos que podían afectar la imparcialidad o independencia, los demás miembros del Tribunal establecieron cuatro factores de análisis: *proximidad, intensidad, dependencia y materialidad*⁸⁷. Aplicando estos criterios, ellos explicaron que el interés de UBS en los demandantes era insignificante y destacaron que el cargo del árbitro de directora independiente significaba que su papel estaba relacionado a la administración general y no al lado corporativo⁸⁸. Según los demás miembros del Tribunal bajo los cuatro criterios el cargo del árbitro no creó una duda manifiesta sobre su habilidad de ser imparcial o independiente⁸⁹.

Sobre el deber del árbitro de revelar este hecho, los demás miembros del Tribunal concluyeron que bajo la anterior Regla Arbitral 6 aplicable a este caso, no existía una obligación de revelar. Aunque el árbitro admitió que no sabía que UBS era accionista de las demandantes, los otros árbitros explicaron que ésta no era una excusa para no revelar. No obstante, UBS hizo una investigación sobre un posible conflicto de interés que podría prevenir al árbitro de ser una directora y los demás miembros decidieron que fue razonable para el árbitro confiar en esta investigación respecto a su obligación de revelar⁹⁰.

La impugnación en *Suez c. Argentina* bajo las reglas de UNCITRAL fue distinta porque UBS no era accionista del demandante. No obstante, Argentina argumentó que UBS estaba involucrado en productos del agua, que era el negocio del demandante, lo cual generaba un conflicto del árbitro al ser directora en UBS⁹¹. Bajo el Reglamento de UNCITRAL, los demás miembros del Tribunal explicaron que el estándar en el artículo 10(1) sobre “dudas justificadas” es objetivo y concluyeron que era difícil decir que esto representaba una relación, pues objetivamente se estaba lejos de la existencia de una duda sobre la imparcialidad o independencia del árbitro⁹². Por la misma razón, consideraron que el hecho que el árbitro no reveló la relación no fue una violación del deber de revelar establecido en el artículo 9 del Reglamento de UNCITRAL⁹³.

⁸⁷ *Ibid.* p. 35.

⁸⁸ *Ibid.* p. 37-39.

⁸⁹ *Ibid.* p. 40.

⁹⁰ *Ibid.* p. 48.

⁹¹ *Ibid.* p. 23.

⁹² *Ibid.* p. 24.

⁹³ *Ibid.* p. 26.

En otro caso CIADI seguido contra Argentina, el Estado impugno a un miembro del Comité *ad hoc* de anulación⁹⁴. En *Vivendi c. Argentina*, los demás miembros del Comité primero tuvieron que determinar la aplicabilidad de las reglas de recusación a un Comité *ad hoc* de anulación⁹⁵. Después de estar de acuerdo con su aplicabilidad, los miembros del Comité continuaron con el análisis de la recusación, considerando las cualidades de un árbitro establecidas en el artículo 14 del Convenio de CIADI y el procedimiento para recusar establecido en el artículo 57⁹⁶.

En este caso Argentina solicitó la recusación del miembro del Comité que divulgó que su estudio de abogados había brindado consejos legales tributarios en una transacción específica a una empresa predecesora de Vivendi y, aunque la gran mayoría de los consejos se habían dado años atrás, faltaba una liquidación final del trabajo⁹⁷. Se señaló que en cada aspecto de la transacción el miembro del Comité no trabajó en los asuntos⁹⁸. Según Argentina la conexión profesional entre este árbitro y uno de los demandantes podría afectar su habilidad de ejercer un criterio independiente e imparcial⁹⁹.

En su análisis de la palabra manifiesta los demás miembros del Comité concluyeron que un hecho refleja una manifiesta falta de imparcialidad “[s]i los hechos llevarían al planteamiento de alguna duda razonable en cuanto a la imparcialidad”¹⁰⁰. Bajo este estándar decidieron que la independencia del miembro del Comité no se veía afectada en este caso, ya que: a) proporcionó una inmediata y completa declaración del asunto; b) no participó personalmente en el asunto; c) la asesoría no tenía relación con el arbitraje; d) se trataba de una sola transacción y no de una asesoría estratégica; y e) el estudio jurídico del miembro del Comité no era el principal encargado del tema y la transacción iba a terminar pronto¹⁰¹. Los demás miembros enfatizaron que el análisis de “dudas razonables” sobre imparcialidad o independencia requiere llevarse a cabo tomando en cuenta todas las circunstancias particulares de cada caso¹⁰².

Los hechos en el caso *Vivendi c. Argentina* son parecidos a los de un antiguo caso¹⁰³ CIADI que también trató la recusación de un árbitro. En *Amco c.*

⁹⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina*, Caso CIADI Caso N° ARB/97/3, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 3 de octubre de 2001.

⁹⁵ *Ibid.* pp. 2-13.

⁹⁶ *Ibid.* p. 14.

⁹⁷ *Ibid.* p. 16.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.* p. 14.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 25.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 26.

¹⁰² *Ibid.* p. 28.

¹⁰³ *Amco Asia c. Indonesia*, CIADI Caso ARB/81/1, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha

Indonesia uno de los miembros del Tribunal había dado consejos tributarios a los demandantes y el estudio del árbitro y los abogados de los demandantes tuvieron un acuerdo para compartir oficinas y ganancias, pero el reparto de las ganancias ya había terminado¹⁰⁴. En este caso los demás miembros del Tribunal definieron la palabra manifiesta bajo el Convenio CIADI como algo que es muy probable, no simplemente posible¹⁰⁵. Concluyeron que los hechos no demostraron una falta de independencia manifiesta porque la consulta tributaria en el pasado fue una sola y no era parte de una relación regular entre abogado y cliente¹⁰⁶. Además, el acuerdo sobre ganancias había terminado seis años antes del nombramiento del árbitro¹⁰⁷.

4.2.2. Las relaciones personales del árbitro

Las relaciones personales de un árbitro también pueden poner en duda su imparcialidad o independencia. En un caso reciente, *Alpha Projektholding c. Ucrania*, una de las partes impugnó al árbitro porque el árbitro veinte años atrás estudió en la Universidad de Harvard al mismo tiempo que el abogado de la otra parte¹⁰⁸. Ucrania también interpuso recusación por el hecho que el árbitro no divulgara este hecho¹⁰⁹. Los demás miembros del Tribunal interpretaron que el artículo 14(1) del Convenio CIADI incluye los conceptos de imparcialidad e independencia y definieron a la palabra manifiesta como “obvio o evidente” según la jurisprudencia desarrollada en casos anteriores¹¹⁰.

Basándose en la decisión de recusación en *Vivendi c. Argentina*, y la conclusión que hay que considerar todas las circunstancias desde una perspectiva objetiva, los demás miembros del Tribunal determinaron que el hecho que el árbitro y el abogado de una de las partes estudiaron juntos, creando una relación de conocidos, no era evidencia suficiente para influir en la independencia del árbitro al momento de tomar una decisión¹¹¹.

Después de concluir que no había un conflicto de interés creado por dicha circunstancia, los demás miembros del Tribunal tuvieron que analizar el aspecto ético de que el árbitro no hubiere revelado el hecho. Siguiendo otras decisiones del CIADI, los demás árbitros analizaron la Regla Arbitral 6(2)

24 de junio 1982. Esta Decisión no ha sido publicada.

¹⁰⁴ SCHREUER, Christoph H. *The ICSID Convention – A Commentary, Second Edition*, 2009, p. 516.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Alpha Projektholding GmbH c. La República de Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 19 de marzo de 2010.

¹⁰⁹ *Ibid.* pp. 12, 38.

¹¹⁰ *Ibid.* pp. 35, 37.

¹¹¹ *Ibid.* pp. 43-45.

sobre revelaciones con referencia a las Directrices de la IBA y sus Listados Rojo, Naranja y Verde¹¹². Ellos notaron que la situación del árbitro impugnado en este caso no estaba contemplada en las Directrices, lo cual reflejaba que la revelación de una relación de conocidos por haber estudiado juntos no genera un conflicto de interés. Estaban de acuerdo con las Directrices en el sentido de que no revelar, no es un acto que puede generar necesariamente un conflicto, pero añadieron que hay ciertos hechos o circunstancias en que el acto de no revelar indica una falta de imparcialidad o independencia o que por lo menos puede ser parte del análisis¹¹³. Sin embargo, el no revelar el hecho en este caso no era tan grave como para afectar la imparcialidad o independencia, porque interpretando los requisitos de la Regla Arbitral 6(2) de las Directrices de la IBA, una “persona razonable” no concluiría que esta relación podría afectar su buen juicio¹¹⁴.

Por consiguiente, debido a la ausencia de un conflicto generado por la relación impugnada y considerando que la circunstancia de no revelar tampoco afectó el análisis de imparcialidad y independencia, se denegó la recusación. El caso es interesante no tanto por la circunstancia evaluada que parece ser muy simple, sino mas bien por el análisis efectuado por los miembros del Tribunal. La incorporación de las Directrices en la decisión fue clara e ilustra el valor que ellas tienen en el arbitraje internacional. A su vez, la extensión del efecto del acto de no revelar es significativo. Como explicaron los demás miembros del Tribunal se pueden imaginar casos en que las razones por las cuales el árbitro no reveló pueden ser relevantes a la discusión de imparcialidad o independencia por sí mismos o en combinación con los hechos o circunstancias no revelados.

Zhinvali c. Georgia es un caso que también trata de las relaciones personales del árbitro, pero de una manera más común, por los contactos sociales del árbitro¹¹⁵. En este caso el árbitro tuvo contactos sociales ocasionales con un director ejecutivo de los demandantes. Bajo el mismo estándar requiriendo una “manifiesta” falta de las calidades expuestas en el artículo 14(1) del Convenio CIADI, los demás árbitros denegaron la recusación. El caso *Vivendi c. Argentina* citó la decisión en *Zhinvali c. Georgia* explicando que la decisión “concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era

¹¹² *Ibid.* p. 60.

¹¹³ *Ibid.* p. 64.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 66.

¹¹⁵ *Zhinvali Development Ltd. c. La Republica de Georgia*, Caso CIADI ARB/00/1, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 19 de enero 2001. Decisión que no ha sido publicada.

puramente especulativo"¹¹⁶. Según los demás miembros del Tribunal la posición de la República de Georgia fue basada en una especulación e inferencia no cubiertos por la palabra "manifiesta". Ello no quiere decir que los contactos sociales no pueden en circunstancia alguna afectar la imparcialidad o independencia del árbitro, pero la decisión en este caso enfatizó que la parte que recusa tiene que mostrar hechos adicionales aparte del mero contacto social ocasional.

Las relaciones personales y profesionales del árbitro hasta cierto punto son inevitables especialmente en nuestro mundo interconectado y el círculo cercano en que se desenvuelve el arbitraje internacional. Por lo tanto, existe la obligación de revelar y de tener en cuenta los estándares de recusación que son flexibles frente a esta realidad y a la vez aseguran que los árbitros sean imparciales e independientes. El hecho que en todos los casos mencionados sobre las relaciones del árbitro no se aceptó la recusación no implica necesariamente que hubiera una tendencia de favorecer al árbitro recusado por una falta de imparcialidad o independencia. Es cierto que estos casos se inician con la presunción que el árbitro mismo tenga el conocimiento subjetivo de su imparcialidad e independencia, pero lo que no se conoce son los casos en que los árbitros nominados han renunciado a su cargo sin que hubiere una recusación de por medio, sabiendo o encontrando hechos o circunstancias más graves que los existentes en estos casos.

4.2.3. Otros laudos o decisiones del árbitro

En la búsqueda de los mejores árbitros con mayor experiencia es inevitable que las partes en un arbitraje designen árbitros que han emitido otros laudos o decisiones. Es natural también que las partes deseen nominar a un árbitro que hubiere emitido un laudo de contenido similar sobre un tema parecido en otro arbitraje. En el arbitraje internacional de inversión los estándares de protección a una inversionista no son numerosos, lo cual aumenta la probabilidad que un árbitro con experiencia hubiere decidido sobre un estándar que es el tema de otro arbitraje.

También cabe la posibilidad de que el mismo árbitro hubiere decidido en contra de una de las partes en otro caso. Esta es la situación que surgió en la impugnación de un árbitro en el caso *Suez c. Argentina*, ya mencionado anteriormente. Argentina había presentado dos impugnaciones al mismo árbitro, una relacionada con su relación profesional de directora en la junta directiva de UBS y la otra que se trata aquí, respecto a otros laudos del árbitro.

¹¹⁶ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República de Argentina* Caso CIADI Caso No. ARB/97/3, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 3 de octubre de 2001, p. 23.

La impugnación surgió porque el árbitro designado por los demandantes había decidido en contra del demandado en otro caso, *Vivendi c. Argentina*. La República Argentina alegó que la decisión en *Vivendi* era tan errónea y llena de inconsistencias, que la presencia del mismo árbitro en el Tribunal que redactó la decisión implicaba su imparcialidad en el presente caso frente a la misma parte¹¹⁷. Los demás miembros del Tribunal analizaron los meritos de la recusación pero también determinaron que Argentina no cumplió con el requisito de prontitud exigido en las reglas aplicables. El artículo 11 del Reglamento UNCITRAL establece un plazo de quince días para impugnar a un árbitro después de su nombramiento o del descubrimiento de hechos o circunstancias sospechosas¹¹⁸. Por otro lado, las Reglas de Arbitraje del CIADI requieren que una parte impugne “sin demora”¹¹⁹, lo cual ha sido interpretado tan pronto como una parte tiene conocimiento del hecho o las circunstancias¹²⁰. Sin embargo, después de dictada la decisión en *Vivendi c. Argentina*, Argentina esperó 53 días para impugnar al árbitro en base a esta decisión. Los demás miembros del Tribunal del caso *Suez* determinaron que se pasaron ampliamente los quince días bajo las reglas de UNCITRAL y que por la naturaleza de la impugnación no se necesitaban dos meses para su presentación, significando que Argentina renunció a su derecho de impugnar al árbitro¹²¹.

No obstante la tardanza en presentar el pedido de recusación, los demás miembros del Tribunal también analizaron los méritos de la impugnación y concluyeron que debían denegar la impugnación de todos modos. En base a los artículos 14 y 57 del Convenio CIADI, los demás miembros del Tribunal tuvieron que decidir si la decisión anterior del árbitro demostraba una falta manifiesta de imparcialidad o independencia¹²². Al igual que otros Tribunales, aquí se definió la palabra manifiesta como aquellos hechos o circunstancias que demuestran una evidencia obvia de la falta de independencia e imparcialidad¹²³. En su análisis, los demás miembros del Tribunal notaron que la decisión fue unánime y aún una decisión no unánime o equivocada en algún aspecto, no era evidencia directa de la carencia de imparcialidad o independencia¹²⁴. Tampoco es válido, explicaron los otros árbitros, el argumento de que un árbitro que ha decidido en contra de una parte, no puede ser imparcial contra la misma parte en otro arbitraje, destacando que concluir lo contrario

¹¹⁷ *Ibid.* p. 13.

¹¹⁸ Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, 1976, artículo 11.

¹¹⁹ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, Regla 9(1).

¹²⁰ *Suez c. Argentina* p. 23.

¹²¹ *Ibid.* pp. 21, 26.

¹²² *Ibid.* pp. 27, 31.

¹²³ *Ibid.* p. 34.

¹²⁴ *Ibid.* p. 35.

“tendría serias consecuencias negativas para cualquier sistema adjudicatario”¹²⁵. La decisión concluyó que el mero pensamiento que un árbitro es parcial, sin evidencia objetiva, es insuficiente para la recusación¹²⁶. Efectivamente, los demás miembros del Tribunal explicaron que el estándar del CIADI para la recusación es objetivo a los hechos y circunstancias, más no a un pensamiento subjetivo de una de las partes, conclusión sostenida por otras decisiones de recusación incluyendo los casos *Amco c. Indonesia* y *Vivendi c. Argentina*¹²⁷.

Un pedido de recusación basado en una decisión similar tomada por el árbitro en otros casos, no ha sido frecuente y de hecho la mayoría de los casos analizados se han referido más a las relaciones personales o profesionales del árbitro¹²⁸. No obstante, este tipo de impugnación puede ser más frecuente en el futuro con el crecimiento del arbitraje.

4.2.4. Los nombramientos múltiples de un árbitro por la misma parte

Vinculado al tema de otros fallos del árbitro, existe la posibilidad de que una parte elija al mismo árbitro en más de un arbitraje. La impresión inmediata frente un nombramiento múltiple del mismo árbitro es que la parte se sienta que tiene una ventaja seleccionando al mismo árbitro, posiblemente porque el árbitro ha decidido a su favor en un arbitraje previo. Por otro lado, limitar a los árbitros que una parte puede nombrar, iría en contra del principio de designación de los árbitros por las partes.

El caso *Tidewater c. Venezuela*, trató de una impugnación por nombramiento múltiple¹²⁹. Cuando el árbitro nombrado por Venezuela entregó su declaración, según la Regla Arbitral 6(2), no adjuntó una lista de sus relaciones pasadas ni una lista de otras circunstancias que podrían ocasionar que una parte cuestionara su juicio independiente. Cuando los demandantes solicitaron que el árbitro entregue una declaración completa, el árbitro cumplió en hacerlo, explicando que había sido nombrado por Venezuela en dos otros casos y que había aceptado una designación en un nuevo caso también con Venezuela, pero señaló que no veía la necesidad de revelar esta información porque estuvo disponible en el ámbito público¹³⁰. Como consecuencia de estas revelaciones, los demandantes impugnaron al árbitro.

¹²⁵ *Ibid.* p. 36. Traducción al español no oficial.

¹²⁶ *Ibid.* p. 38.

¹²⁷ *Ibid.* pp. 39-41.

¹²⁸ *Ibid.* p. 32.

¹²⁹ *Tidewater et al. c. La República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 23 de diciembre de 2010.

¹³⁰ *Ibid.* p. 8.

Los demandantes alegaron que el nombramiento múltiple por la misma parte crea una influencia indebida sobre el árbitro (o por lo menos la apariencia de ella) y por lo tanto una ventaja injusta que además crea dudas justificadas acerca de su imparcialidad¹³¹. Además, los demandantes alegaron que la falta de revelar los otros nombramientos agravó las dudas sobre su imparcialidad e independencia¹³². Sus argumentos se basaron en las Directrices de la IBA, siendo el caso que la situación de los tres nombramientos en tres años, figura en el Listado Naranja¹³³.

Analizando la recusación, los demás miembros del Tribunal coincidieron con la interpretación de la decisión en *Suez c. Argentina*, considerando tanto la imparcialidad como la independencia de los árbitros. Asimismo, afirmaron que el estándar establecido en el artículo 57 del Convenio CIADI (“carencia manifiesta de las cualidades exigidas” en el artículo 14), requiere una alta probabilidad de que los hechos establezcan la carencia de independencia o imparcialidad del árbitro y no su mera posibilidad¹³⁴. En la opinión de los demás miembros del Tribunal, el nombramiento múltiple solo puede crear un conflicto de interés si se crea una relación de dependencia con los beneficios financieros correspondientes, o si hubiere un riesgo material de que el árbitro pueda ser influido por su conocimiento de factores que resulten de su participación en los otros casos¹³⁵.

Los demás miembros del Tribunal explicaron que las Directrices de la IBA sirven como un punto de partida, pero que finalmente son los hechos particulares de cada caso los que determinarán si un nombramiento múltiple afecta la imparcialidad o independencia del árbitro¹³⁶. De hecho, los demás miembros notaron que en los otros casos con Venezuela el árbitro recusado emitió decisiones en contra de Venezuela, habiendo sido seleccionado por su independencia, más que por la carencia de la misma¹³⁷. Para los miembros del tribunal, los tres nombramientos anteriores de un árbitro por la misma parte, sin más, no puede dar lugar a su recusación¹³⁸.

Los demás miembros del Tribunal también tuvieron que resolver dos temas relacionados al problema principal presentado por la impugnación:

¹³¹ *Ibid.* pp. 13-15.

¹³² *Ibid.* p. 16.

¹³³ Ver Directrices de la IBA, Aplicación Práctica, Listado Naranja 3.3.7: “En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.”

¹³⁴ *Ibid.* p. 39.

¹³⁵ *Ibid.* p. 62.

¹³⁶ *Ibid.* p. 59.

¹³⁷ *Ibid.* p. 64.

¹³⁸ *Ibid.*

la no revelación de los nombramientos y la posibilidad de que el árbitro tuviere que resolver en el nuevo caso sobre hechos o derechos similares a los casos anteriores. En relación al tema de revelación, reconocieron que un árbitro debería revelar, como regla general, sus nombramientos, aún cuando dicha información esté disponible al público¹³⁹. No obstante, ellos también reconocieron que la no revelación inicial en este caso fue un ejercicio válido del árbitro que no dio lugar a una interpretación negativa¹⁴⁰. En relación al tema de la descalificación por ser árbitro sobre los mismos hechos o derechos, los demás miembros rechazaron este argumento, siguiendo la jurisprudencia establecida por otros tribunales¹⁴¹.

La impugnación en el caso *Tidewater* es un buen ejemplo de cómo los aspectos éticos pueden estar entremezclados dentro del mismo caso, lo que requiere de un análisis integral para resolverlos, dentro del “principio general” de la independencia e imparcialidad del árbitro.

4.2.5. Los comentarios públicos del árbitro

Otra circunstancia de posibles conflictos de interés distinta a la de las relaciones del árbitro, está relacionada con los comentarios públicos de un árbitro, que pueden tener impacto en su apreciación del caso materia del arbitraje. Los comentarios pueden ocurrir en la forma de entrevistas, discursos en conferencias o en publicaciones, siendo todas, circunstancias que pueden ser parte de las actividades usuales de un árbitro. *Perenco c. Ecuador* es un caso en el cual la República del Ecuador impugnó a un árbitro que hizo comentarios sobre Ecuador en una entrevista publicada¹⁴². Durante la entrevista el árbitro, quien ya había sido designado como árbitro por los demandantes, respondió a una pregunta sobre un tema apremiante en el arbitraje internacional. En su respuesta el árbitro dijo que Ecuador no estaba cumpliendo con las medidas cautelares del CIADI y en el mismo contexto usó la frase “*recalcitrant host country*”¹⁴³. Además, respondiendo a la misma pregunta del entrevistador, el árbitro hizo una referencia a Libia y a sus expropiaciones durante la década de los años setenta¹⁴⁴.

Perenco c. Ecuador es distinto a los otros casos mencionados en este artículo, porque las partes pactaron específicamente como resolver la recusación

¹³⁹ *Ibid.* p. 54.

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 55-57.

¹⁴¹ *Ibid.* p. 66.

¹⁴² *Perenco Ecuador Limited c. La República de Ecuador y la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/16, Decisión sobre Recusación de árbitro de fecha 8 de diciembre de 2009.

¹⁴³ *Ibid.* p. 27.

¹⁴⁴ *Ibid.*

de un árbitro. Después de haberse iniciado el arbitraje, las partes decidieron que la recusación de un árbitro tendría que ser hecha dentro de los 60 días del acuerdo y que una impugnación sería decidida por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya bajo las Directrices de la IBA¹⁴⁵. En consecuencia, aunque los méritos del caso se llevaban ante el CIADI, la impugnación fue decidida no por los demás miembros del Tribunal de acuerdo el Convenio CIADI, sino por una personalidad no relacionada al caso y bajo el marco de las Directrices de la IBA y no las reglas del CIADI. La Secretaría de la Corte Permanente determinó que las Directrices, según las normas generales de imparcialidad e independencia y de conflictos de interés, establecen que la prueba es la apariencia de parcialidad desde una perspectiva objetiva¹⁴⁶.

Usando el estándar de la apariencia de parcialidad, se concluyó que una posible interpretación de los comentarios del árbitro mostró que estos podían ser parciales o que habían prejuzgado al árbitro sobre el Ecuador¹⁴⁷. Ello no significaba que subjetivamente sea cierto, sólo que los comentarios daban lugar a que exista esta apariencia¹⁴⁸. De hecho la decisión hace mención a los pensamientos del árbitro, quien prejuzgó y demostró que no era imparcial. No obstante, quedó claro que el mero hecho de hablar públicamente sobre un caso no es prohibido por las Directrices, pero que obviamente hablando de esa manera sobre un caso pendiente abre la puerta a una impugnación¹⁴⁹.

Perenco c. Ecuador ofrece una lección para los árbitros no solo por formular comentarios durante un arbitraje en trámite, sino también en anticipación de un arbitraje futuro. Como cualquier juez, el árbitro tiene que ser consciente de su cargo y manejarlo con cuidado, respeto y reserva. Un árbitro es distinto de un juez porque no es un funcionario del Estado, pero igual sus palabras públicas abren el paso a una posible impugnación.

5. CONCLUSIONES

Por su naturaleza, el arbitraje es un proceso privado para resolver disputas y los árbitros siendo ciudadanos privados y no la autoridad judicial de un Estado, tienen una responsabilidad especial para garantizar la ética del proceso arbitral. Sin la presencia del Estado para garantizar la independencia del Tribunal, en el sistema arbitral surge la necesidad de asegurar el debido proceso, la transparencia y la equidad. Para gozar de los beneficios del arbitraje las partes tienen que

¹⁴⁵ *Ibid.* p. 9.

¹⁴⁶ *Ibid.* pp. 39-42.

¹⁴⁷ *Ibid.* pp. 49-53.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 53.

¹⁴⁹ *Ibid.* p. 61.

confiar en el sistema y saber que la justicia privada provee las mismas garantías que el poder judicial, o aún mejor. Por ello, para el adecuado funcionamiento de estas garantías es fundamental la ética de los árbitros. En el mundo actual, los problemas éticos que el árbitro enfrenta son nuevos y más complicados.

Las Directrices de la IBA han constituido un paso importante en establecer normas generales para guiar a los árbitros y a las partes sobre eventuales conflictos de interés y garantizar la transparencia del sistema arbitral internacional. Mientras vayan apareciendo nuevos hechos y circunstancias será conveniente revisar periódicamente las Directrices de la IBA. Por el momento, la aplicación de estas directrices en los arbitrajes internacionales ha ido generando una cierta jurisprudencia sobre este importante tema.

Por otro lado, el sistema de recusación tiene que tomar en cuenta el costo del proceso de impugnación y la posibilidad de que una parte lo use como táctica de demora. En este sentido, las reglas imponen límites a la parte que busca recusar a un árbitro, buscando evitar limitar el abuso del sistema. La jurisprudencia que está desarrollándose puede regular la impugnación en situaciones en que ya se ha determinado la existencia de un conflicto o no de intereses. Sin embargo, como las Directrices y la práctica ilustran, cada caso es diferente dependiendo del árbitro y de los hechos y las circunstancias específicas.

El arbitraje es, en algún sentido, un privilegio que los Estados han permitido a los inversionistas. Con este privilegio vienen todas las ventajas por medio de las cuales las partes buscan resolver sus disputas por este mecanismo de solución de controversias, tales como rapidez, confidencialidad, especialización, entre otras. Por ello, la ética de los árbitros, su imparcialidad e independencia, es un peso que las partes y los árbitros llevan y la manera como se vayan resolviendo las nuevas complejidades éticas será determinante para el futuro del arbitraje internacional y para seguir disfrutando plenamente de sus beneficios.

La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *¿En que consiste la prueba?* 3. *¿Cuáles son las etapas de la actividad probatoria?* 3.1. *Ofrecimiento de los medios probatorios.* 3.2. *Admisión de los medios probatorios.* 3.3. *La actuación de los medios probatorios.* 3.4. *La valoración de los medios probatorios.* 4. Conclusiones.

Más allá del importante contenido de los libros de Manuel DE LA PUENTE, que fue determinante en mi formación en materia de contratos, la impresión que me construí del autor y maestro -dada la contundencia de su argumentación- fue la de un hombre imponente y grande.

Cuando llegué a trabajar al Estudio Eche copar y tuve ocasión de conocerlo, recuerdo haberme sorprendido por su figura delgada y su estatura pequeña. Bastaron pocos minutos de conversación con él para darme cuenta que mi impresión inicial era la correcta, Manuel de la Puente era, efectivamente, un hombre grande.

Guardo con mucho cariño las conversaciones que sostuve con el doctor de la Puente, siempre estuvo dispuesto a compartir sus conocimientos y a ejercer su vocación de maestro con la sencillez que solo poseen los grandes hombres, pero nunca después de las cinco de la tarde, pues tenía la humildad de decirnos que dados sus ochentaicinco años "*a esta hora ya no razono igual*", y se excusaba con una sonrisa cómplice.

Al día siguiente, él regresaba muy temprano a seguir investigando. Nunca sintió que sabía lo suficiente, ningún día, hasta sus últimos momentos, dejó de leer, de estudiar y aprender.

Soy una más de los muchos abogados peruanos que debemos a Manuel DE LA PUENTE una gratitud inmensa por su paciencia y dedicación. Prueba de

(*) Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socia del Estudio Eche copar Abogados.

esa dedicación es que sus alumnos se cuentan por centenas. Pero más allá de su lucidez jurídica y la solidez de su argumentación académica, el mayor mérito del doctor de la Puente acaso sea el haber sido y ser reconocido como un hombre honesto y decente, un maestro extraordinario y un ser humano excepcional.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad probatoria constituye no solo la etapa más extensa en todo proceso, incluidos los arbitrales, sino también aquella que recobra la mayor trascendencia al momento de resolver la controversia. Sin embargo, en muchos de los casos, en el ánimo de otorgar a las partes la mayor capacidad probatoria para evitar una posterior invocación a la afectación de su derecho de defensa, los procesos se prolongan de manera innecesaria pues se realizan actuaciones probatorias que no resultan relevantes para la adopción de una decisión, más allá de que correspondan a medios de prueba que hayan sido ofrecidos por las partes.

El presente ensayo pretende dar algunas pautas generales que pudieran ser de utilidad en la adecuada conducción y decisión de un proceso arbitral. Señalamos una serie de principios que rigen la actividad probatoria y, en caso fueran tomados en cuenta por los tribunales arbitrales, podrían contribuir a que los procesos sean más eficientes pues se ahorrarían costos importantes en tiempo y esfuerzo.

De igual manera, desarrollamos también el rol que nuestra Ley de Arbitraje ha atribuido al Poder Judicial en lo referido a la colaboración con el arbitraje en materia probatoria, especificando sus límites de actuación y apuntando a colaborar con el arbitraje de modo que cumpla adecuadamente con su finalidad.

2. ¿EN QUE CONSISTE LA PRUEBA?

La finalidad de la actividad probatoria es esencialmente histórica, es decir, se centra en la “reconstrucción” de hechos pasados, de modo que quien afirma su ocurrencia esté en aptitud de demostrarla en los términos invocados.

De este modo, la prueba se centra en los “hechos”¹ y tiene como propósito generar en el juzgador certeza respecto de su ocurrencia, buscando acercar lo probado (lo acreditado) a la verdad, así éstas no necesariamente coincidan. Esto es lo más cerca que podemos aspirar a estar de ella.

¹ Solo excepcionalmente se prueba el Derecho, y en este caso, únicamente podrá ser objeto de prueba el derecho extranjero, pues el conocimiento de la normatividad nacional se presume sin admitir prueba en contrario, lo que en estricto, es una “ficción”.

La prueba es ese resultado de convicción respecto de la verdad de la ocurrencia de determinados hechos. Para lograrla utilizamos determinados “vehículos” o “instrumentos”, que constituyen los “medios de prueba”.

Los medios de prueba estarán constituidos por todo aquello que nos sirva para demostrar y reconstruir los hechos: documentos, instrumentos, pericias, declaraciones de las partes y los testigos, inspecciones, etc.

3. ¿CUÁLES SON LAS ETAPAS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA?

La actividad probatoria en el proceso de arbitraje abarca una serie etapas en las que los medios de prueba se ofrecen, admiten, actúan y valoran. A continuación desarrollaremos brevemente cada una de ellas.

3.1. Ofrecimiento de los medios probatorios

Es el momento en el que cada parte pone en consideración del juzgador y de la parte contraria aquellos medios de prueba que utilizará para demostrar la veracidad de los hechos que sustentan su posición, esto es, sus pretensiones (tratándose del demandante) o sus defensas (tratándose del demandado).

En este sentido, el “ofrecimiento” consiste en la indicación de los medios de prueba se proponen al tribunal arbitral para demostrar los hechos que sustentan sus posiciones. Así, si entre los medios probatorios se ofrecen documentos, éstos serán presentados en el acto de ofrecimiento, salvo que no se cuente con ellos, en cuyo caso la parte los ofrecerá explicitando los datos que sirvan para su identificación. Si se ofrecen peritajes, se indicará la materia sobre la que deberán versar y si será el tribunal arbitral el encargado de la designación del perito que lo llevará a cabo. En caso se ofrezcan declaraciones de testigos, se precisará quiénes son y sobre qué hechos deben declarar. En síntesis, en el ofrecimiento se indicará el medio probatorio y qué es lo que se pretende demostrar con él, de modo que el tribunal esté en aptitud de determinar, en una etapa posterior, si los admite o no.

En todos los ordenamientos procesales -incluidos los arbitrales- se establece la oportunidad para su ofrecimiento, la misma que se vincula con la etapa postulatoria. Así, el D. Leg. N° 1071 (Ley de Arbitraje, en adelante, LA) ha previsto, en el artículo 39², que los medios de prueba deben ser aportados

² “Artículo 39.- Demanda y contestación
(...)”

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos y otras pruebas que vayan a presentar o proponer.”

(entiéndase, ofrecidos) al plantearse la demanda y la contestación. Evidentemente, en los casos de reconvencción será también en este momento y a la contestación de este acto.

Es importante tener en cuenta que la oportunidad en el ofrecimiento no constituye un mero formalismo sino que tiene como finalidad garantizar a las partes el conocimiento de todos los medios de prueba que serán materia del proceso, de manera que tengan la oportunidad de defenderse de ellos a través del ofrecimiento de otros medios probatorios, que tengan el propósito de contradecir aquellos presentados por la otra parte³.

Ahora bien, surge la pregunta *¿Qué ocurre si hay algún medio probatorio que no fue ofrecido por las partes en los actos postulatorios, pero acreditan un hecho controvertido en el proceso?*

La flexibilidad, sabemos, debe regir todo proceso arbitral. Ello no quiere decir que los medios de prueba se puedan presentar en cualquier momento y que siempre deban ser admitidos por el tribunal pues, de ser así, podrían presentarse “ases bajo la manga”, esto es, que un litigante de mala fe pueda ofrecer un medio de prueba extemporáneo dejando a su adversario en una situación de desventaja, limitando su capacidad de defensa y prueba en contrario, si el estado del proceso es, por ejemplo, el de ser laudado.

No obstante la flexibilidad del arbitraje, éste se rige el principio de eventualidad o preclusión y corresponderá a los árbitros la evaluación de cada caso concreto⁴ y la determinación de cuándo, a pesar de ser extemporáneo, decide su admisión, no sin antes otorgar a la parte contraria el derecho de contradicción, de modo que tenga la oportunidad de defenderse al respecto, como probar en contrario. Al respecto, KIELMANOVICH señala que “*el principio de contradicción de la prueba implica que la misma, para ser válida o por lo menos eficaz, debió haber sido producida con audiencia o con intervención de la parte contraria, de*

³ DEVIS ECHANDÍA señala que lo que se busca evitar con este principio de eventualidad en el ofrecimiento probatorio es que: “[...]. *Se sorprenda al adversario con (medios probatorios) de último momento, que no alcance a controvertir, o que se propongan cuestiones sobre las cuales no pueda ejercitar (eficazmente) su defensa*”.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Ed. ASTREA. Buenos Aires. 1981. p. 37.

⁴ Así, el artículo 43 de la LA dispone:
“Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determina de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

[...]”.

modo que ésta pudiese haber fiscalizado su ordenada asunción y haber contado con la posibilidad de ofrecer prueba en descargo”^{5,6}.

Lo mencionado implica que si el tribunal advirtiera que la admisión de un medio probatorio ofrecido extemporáneamente puede generar un trato no igualitario e inequitativo con la otra parte, debido a que no tendrá la oportunidad de defenderse, no podrá incorporarlo al arbitraje ni deberá ser valorado al momento de emitir su decisión (laudo).

3.2. Admisión de los medios probatorios

Una vez ofrecidos los medios de prueba, corresponde al tribunal arbitral determinar la admisión de los mismos, es decir, su incorporación al proceso, a fin de que sean valorados al momento de laudar.

A diferencia de lo que puede ocurrir, no todos los medios probatorios ofrecidos por las partes deben ser incorporados por el tribunal al arbitraje. Para determinar su admisión hay una suerte de “filtros” que los medios de prueba deben pasar⁷, y que están configurados por los principios que regulan su admisión: i) eventualidad; ii) pertinencia; iii) utilidad; y iv) licitud.

Como explicamos anteriormente, el principio de eventualidad se vincula directamente con la oportunidad del ofrecimiento de los medios de prueba.

La admisión de aquellos medios de prueba ofrecidos con posterioridad a la etapa postulatoria, dependerá de la discrecionalidad del Tribunal en la medida que guarden directa relación con lo que es materia de prueba, cuidando de otorgar a la otra parte el derecho de contradicción correspondiente.

⁵ KIELMANOVICH, Jorge. El “favor probatione” y demás principios sobre la prueba. En: La Prueba. Libro en Memoria de Santiago Sentís Melando. Librería Editorial La Plata. La Plata. 2005 p. 166.

⁶ DEVIS ECHANDÍA refiriéndose al principio de contradicción de la prueba señala que esto “significa que la parte contraria quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho a contraprobar, es decir, que debe llevarse la causa con conocimiento y anuencia de todas las partes: se relaciona con los principios de unidad y la comunidad de la prueba, ya que si las partes pueden utilizar a su favor los medios suministrados por el adversario, es apenas natural que gocen de oportunidad para intervenir en su práctica, y con el de lealtad de prueba, pues ésta no puede existir sin la oportunidad de contradecirla”. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría de la Prueba Judicial. Tomo I. 5ta. Edición Ed. Temis S.A. Bogotá. 2002. p. 123.

⁷ “[...] en el arbitraje, hemos reivindicado la conveniencia de conceder a los árbitros atribuciones suficientes como para dejar de lado las pruebas ofrecidas que no hagan estrictamente a la cuestión debatida. Por razones de celeridad y economía, resulta preferible que sólo se admita la sustanciación de aquellas medidas conducentes al esclarecimiento de los hechos controvertidos que sean relevantes para resolver el pleito. Pero también pensamos que en aras al conocimiento de la verdad material –aspiración a que debe tender todo órgano que ejerza jurisdicción– los árbitros deben tener la posibilidad de ordenar de oficio aquellas medidas que crean necesarias, aun cuando las partes no las hayan propuesto”. CAIVANO, Roque J. Arbitraje. 2da. Edición. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000. p. 229.

El *principio de pertinencia* alude a que debe existir relación entre los medios probatorios y los hechos que pretenden acreditar por ser parte de las pretensiones o de las defensas planteadas en el proceso. Así por ejemplo, si se está discutiendo la concesión de una ampliación de plazo en la ejecución de un contrato de obra, resultaría impertinente un medio de prueba referido a demostrar la validez del contrato, en la medida que entre las pretensiones planteadas no se encuentre una vinculada a este hecho.

El *principio de utilidad* determina qué resulta relevante para la admisión de un medio de prueba, que además de guardar relación con los hechos del proceso, estén destinados a demostrar aquellos que requieran serlo.

Para estos efectos es imprescindible tener presente aquello que no debe ser objeto de prueba en el proceso, concretamente: i) los *hechos admitidos*, esto es, aquellos que no hayan sido materia de contradicción o cuestionamiento expreso por la parte contraria; ii) los *hechos notorios*⁸, es decir aquellos conocidos por la mayoría de personas al haber sido de conocimiento público, regularmente a través de la prensa (por ejemplo, los feriados, los desastres naturales, las huelgas, etc.); iii) los *hechos presumidos*, que son aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico ha establecido algún tipo de presunción legal, sea absoluta o relativa, como es el caso del conocimiento del contenido de las inscripciones registrales, del derecho, de la paternidad del cónyuge en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio, etc.; y iv) los *hechos negativos*, esto es aquello que no ocurrió, en este supuesto la prueba se deberá orientar a los hechos efectivamente acaecidos, más no a lo contrario, pues resultaría imposible⁹.

El *principio de licitud de los medios de prueba*, es probablemente el que mayor controversia viene causando en estos tiempos. No es extraño que en un proceso arbitral una de las partes ofrezca en calidad de medios probatorios documentos que no le pertenecen por no ser ella la destinataria, o que cons-

⁸ "Hecho notorio es aquel que se conoce como cierto pacíficamente, en un medio determinado, en un ambiente determinado, en un grado de cultura determinada."

EISNER, Isidoro. *La prueba en el proceso civil*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1992 p. 58.

⁹ Al respecto, es pertinente tener en cuenta que la prueba de un "hecho negativo" mucha veces es implica probar indirectamente la ocurrencia de otro hecho (positivo) que excluye el anterior. Por ejemplo, no es posible probar que "determinada persona no estuvo en lugar", pero sin duda sí se puede acreditar dónde estuvo en el momento que es materia de análisis por el juzgador.

Así, EISNER señala:

"[...] esos aparentes "hechos negativos" que se afirman generalmente en juicio, ya sea por el actor o por el demandado, y que son negaciones que no siempre son meras negaciones de expectativa respecto de lo que afirme el contrario"

EISNER, Isidoro. Op. Cit. p. 58

tituyen correspondencia interna de la otra parte, por lo que no debiera haber tenido acceso a ella sin que medie una autorización.

Respecto de esto no existe en la LA ninguna disposición¹⁰ y, al no haberse previsto la prohibición a admitirlos, suele ocurrir que en la mayoría de los casos éstos son efectivamente admitidos y valorados por el tribunal, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de la parte “afectada” a iniciar la investigación a que hubiera lugar e incluso de existir indicios de la comisión de un ilícito penal, iniciar el proceso judicial correspondiente.

Es decir, en materia de licitud de la prueba, en la práctica se hace un distinción entre el medio de la prueba en sí mismo y la manera como éste ha sido obtenido. Entendiéndose que el medio probatorio tiene “valor” en la medida que acredita un hecho controvertido en el proceso, sin perjuicio de que se aplique la sanción correspondiente por la forma como se obtuvo.

Nuestra posición discrepa de esta interpretación: La Constitución es clara al contemplar que este tipo de documentos carece de efectos legales. Más aún, somos de la opinión que con ello se fomenta la proliferación de este tipo de actos en aras de conseguir un fin práctico, que no debe ser el propósito del arbitraje.

De manera paralela a los filtros previstos para la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes, también rige la potestad de los árbitros de solicitar –de oficio– aquellos que considere necesarios para un debido conocimiento de los hechos que configuran la materia controvertida, y respecto de los cuales las partes no han probado, o en todo caso, no lo hecho con la suficiencia que necesita el tribunal para adquirir convicción¹¹. Así, nuestra LA ha previsto de manera expresa esta posibilidad en el artículo 43¹².

¹⁰ Cabe señalar que si bien la legislación arbitral no contiene una disposición expresa, sí existe un mandato al respecto en la Constitución Política, que dispone:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales:

Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

(...)

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

(...)”

¹¹ CAIVANO, refiriéndose a la prueba de oficio, advierte:

“Como contrapartida, resulta conveniente que los árbitros tengan la facultad de tomar la iniciativa, dictando medidas de prueba u otras para “mejor proveer” que contribuyen a conocer la verdad material, a pesar de que las partes no las han ofrecido o solicitado. No obstante, esta facultad de los árbitros debe utilizarse con suma prudencia, de manera de evitar con ello suplir las negligencias o las torpezas de alguna de las partes que pueda alterar el igualitario tratamiento que debe darse a ambos litigantes”.

CAIVANO, Roque J. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. APENAC. Lima. 1998. p. 262.

¹² “Artículo 43.- Pruebas

El Tribunal arbitral tiene la facultad [...] para ordenar en cualquier momento la presenta-

3.3. La actuación de los medios probatorios

Algunos medios de prueba requieren de la realización de un acto posterior para que puedan tener tal calidad. Así, por ejemplo, una declaración testimonial solo se configura si ésta se presta o “actúa” a través de la respuesta al pliego de preguntas que será formulado por la parte que ofreció la declaración, sin perjuicio de aquellas que podrá formular su contraparte y el tribunal arbitral. Lo mismo ocurre con las declaraciones de las partes, las inspecciones o eventualmente con las pericias.

Los únicos medios de prueba que cumplen con su propósito con la sola presentación son los documentales, a los que también se llama “de actuación inmediata”, pues no requieren ningún acto posterior para servir como instrumento para acreditar determinado hecho.

En materia arbitral, la regla básica es la intermediación entre el árbitro, las partes y los elementos de prueba, de este modo toda actuación debe verificarse en una audiencia ante el tribunal arbitral, quien tendrá el contacto directo con el medio probatorio y estará en aptitud de extraer de él, sin mediar intermediarios, las conclusiones que lo conduzcan a tener determinada percepción de los hechos, que luego sustentarán la posición que adopten en el laudo.

Evidentemente, atendiendo al carácter dispositivo del arbitraje, también esta regla general está sujeta a que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, no decidan algo distinto. Así lo ha dispuesto el artículo 42 de la LA¹³. Por ejemplo, podría ocurrir que las partes pacten que para decidir una controversia, los árbitros solo podrán valorar medios probatorios documentales, o que acuerden que su controversia es de derecho, con lo cual ni siquiera será necesario contar con una etapa probatoria, ya que no existe discrepancia sobre los hechos que sustentan sus posiciones, pero sí sobre la forma como éstos deben ser interpretados. En supuestos como los señalados, es perfectamente válido que las partes fijen reglas procesales que prescindan de la audiencia de pruebas y del ofrecimiento de medios que requieren algún tipo de actuación.

Ahora bien, un punto álgido respecto a los medios de prueba que requieren de actuación, es qué ocurre si la parte o el tercero que debe llevarla a cabo se rehúsa, así por ejemplo, que quien tenga que prestar una declaración no

¹³ ción y actuación de las pruebas que estime necesarias”.

¹³ “Artículo 42.- Audiencias.

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de la actuación, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebran audiencias.

[...]”

concurra a la citación del tribunal, o quien tenga que exhibir un documento admitido a prueba, no lo presenta. Si estuviéramos en un proceso judicial, lo que correspondería sería la aplicación de un “apercibimiento”, de forma que, ante la renuencia de un testigo en prestar su declaración, el juez puede sancionarlo con una multa, además de disponer que sea conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública¹⁴. Similar sanción se aplica en caso de negativa a exhibir o reconocer un documento.

Sin embargo, es claro que los apercibimientos de esta naturaleza implican el ejercicio de la fuerza pública, propia del *ius imperium* del que los árbitros carecen. Por ello, cabe preguntarse qué es lo que les corresponde hacer a los árbitros frente a la negativa de la parte obligada a actuar un medio de prueba.

Existen tres posibilidades: i) que el tribunal arbitral otorgue a esta falta de actuación el mérito de indicio¹⁵ en el sentido que el resultado previsiblemente será desfavorable a la parte renuente a darle cumplimiento, lo que sería aplicable en el supuesto que se trate de un medio probatorio cuya presentación o actuación depende de la parte¹⁶; ii) que decida prescindir del medio de

¹⁴ Así el Código Procesal Civil peruano dispone lo siguiente en el caso de los testigos, de la falta de reconocimiento o de exhibición de documentos, respectivamente:

“Artículo 232.- Efectos de la incomparecencia

El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario”.

“Artículo 254.- Falta de reconocimiento por terceros

La ausencia o incumplimiento al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos”

“Artículo 261.- Incumplimiento de exhibición

El incumplimiento de la parte obligada a la exhibición, será apreciado por el Juez al momento de resolver, sin perjuicio de aplicar una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Si el que incumple es un tercero, se le aplicará una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal la que podrá ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el Juez. En ambos casos, la multa será de aplicación sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiera lugar.”

¹⁵ *“El indicio es un hecho del cual se infiere otro desconocido. Debe quedar suficientemente claro que el indicio es, por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro.”*

PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Ediciones Librería del Profesional. 13ra. Edición. Bogotá. 2002. p. 561.

¹⁶ Al respecto, resulta interesante mencionar que en las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, adoptadas el 1 de junio de 1999 (en adelante, Reglas IBA), se prevé lo siguiente en materia de “apercibimientos” ante la falta de cumplimiento de un mandato de actuación o presentación de medios probatorios:

“Artículo 9.- Admisibilidad y Valoración de las Pruebas.

[...].

4. Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que no haya sido objetada oportunamente o se negase

prueba, resolviendo únicamente con el material probatorio que ya obra en autos, aplicando en este escenario el mérito de la carga de la prueba¹⁷; o iii) que considere que el medio probatorio es imprescindible para el conocimiento de los hechos materia del proceso, por lo que opta por solicitar al Poder Judicial el auxilio de la fuerza pública que permita su actuación.

Al respecto, debemos tener en cuenta que la LA no ha previsto la posibilidad de que los árbitros apliquen apercibimientos en materia de prueba: nuestra legislación no regula la aplicación de multas ni la posibilidad de disponer que una persona sea conducida por la fuerza pública. Únicamente se contempla la facultad de que el tribunal arbitral decida prescindir de aquellos medios probatorios ofrecidos y no actuados¹⁸.

Tomando en consideración que la posibilidad de prescindir de un medio de prueba es una facultad de los árbitros, es pertinente evaluar qué ocurre cuando éstos consideran que su actuación es esencial para resolver la controversia. En este supuesto, si bien no pueden hacer efectivos apercibimientos para los cuales su “jurisdicción” carece de atributos, corresponderá solicitar el auxilio o la colaboración del Poder Judicial.

a suministrar un documento que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa Parte.

5. Si una Parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria, cualquier otra prueba relevante solicitada por la otra Parte, incluyendo testimonios, respecto de la cual la Parte a quien se dirigió la petición no presentó objeción oportunamente, o se negase a poner a disposición una prueba, incluyendo testimonios, que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, **el Tribunal Arbitral podrá inferir que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte**”. (Resaltados agregados).

- 17 En materia de declaraciones testimoniales, las Reglas IBA disponen:

“Artículo 4.- Testigos

[...].

8. Salvo que las Partes acuerden otra cosa, si un testigo que ha presentado una Declaración Testimonial no comparece a declarar en la Audiencia de Pruebas sin una razón válida, el Tribunal Arbitral **no tomará en cuenta esa Declaración Testimonial salvo que, por circunstancias excepcionales, el Tribunal Arbitral determine lo contrario.**

[...].

10. Si una Parte desea ofrecer como testigo a una persona que no comparecerá voluntariamente cuando así se le solicite, **la Parte podrá, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, solicitarle que adopte cualesquiera medidas legalmente disponibles para obtener el testimonio de esa persona.** La Parte identificará al testigo potencial, describirá los asuntos sobre los cuales es solicitado su testimonio e indicará por qué tales asuntos son relevantes y sustanciales para la resolución del caso. **El Tribunal Arbitral decidirá sobre esta solicitud y adoptará las medias oportunas si, a su discreción, determina que la declaración de dicho testigo podría ser relevantes y sustancial**”. (Resaltados agregados).

- 18 “Artículo 43.- Pruebas

[...].

El tribunal arbitral está facultado, asimismo, para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.”

El rol del Poder Judicial en materia probatoria de un arbitraje se puede considerar desde tres aspectos: complementario, colaborador y subsidiario¹⁹.

La intervención complementaria.- Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere necesariamente, tanto de la intervención arbitral, como de la intervención judicial²⁰.

En nuestra opinión, bajo este rubro se encuentran aquellos actos arbitrales que requieren de actividad coercitiva, como sería el caso de la actuación de medios probatorios²¹ cuando el tribunal considera que el medio de prueba resulta imprescindible para decidir la controversia.

Si requiere de determinada información migratoria que la entidad estatal se niega a proporcionar, o información bancaria que solo puede ser brindada mediante el levantamiento del secreto por parte de una autoridad judicial, o la declaración de un testigo que resulta una "pieza clave" en el proceso.

En estos casos, el tribunal arbitral puede solicitar la intervención judicial para que dicte las medidas coercitivas que permitan que un medio probatorio pueda ser actuado ante dicho órgano jurisdiccional o ante el propio tribunal arbitral, esto es, cuando sea necesario hacer efectivos apercibimientos que impliquen el uso de la fuerza.

En este supuesto, se pedirá la colaboración judicial conforme a lo previsto en el artículo 45 de la LA²², que puede ocurrir por iniciativa del tribunal o de

¹⁹ Es importante señalar que en todos los casos, el objetivo de la intervención judicial siempre será el de colaborar con la eficacia del arbitraje, evitando que éste no logre su finalidad debido a la ausencia de *imperium*.

Refiriéndose a este punto GONZÁLEZ DE COSSÍO señala: "La razón que motivó dicho precepto fue evitar que el procedimiento arbitral se empantanara por la imposibilidad del tribunal arbitral de obligar (coaccionar) la comparecencia de un testigo, presentar documentos o para tener acceso a bienes para su inspección. Para remediar dicha situación y brindar eficacia al procedimiento arbitral se estableció el deber de los jueces de "prestar su imperio" en ayuda del arbitraje."

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*. Ed. Porrúa. México. 2007. p. 40

²⁰ "Se produce en los supuestos en los que la intervención de la jurisdicción es requisito sine qua non para conseguir un determinado resultado [...]"

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Ed. BOSCH. Barcelona. 2000. p. 199.

²¹ CAIVANO, refiriéndose al tema probatorio en materia arbitral indica: "Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizá una de las más delicadas, por cuando la falta de *imperium* de los árbitros dificulta la producción de determinados medios de prueba. Pero si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo, deberán los árbitros evaluar la conveniencia de requerir el auxilio de la Justicia, en función de la importancia que dicha prueba tenga para el conocimiento de los hechos controvertidos y su incidencia en la resolución del caso."

CAIVANO, Roque. *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. APENAC. Lima. 1998. p. 263.

²² "Artículo 45.- Colaboración judicial

1. El Tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculta a la parte intere-

la parte del arbitraje previamente autorizada por el primero; quienes requieran al juez que adopte las medidas concretas que permitan su actuación por los árbitros, o que actúe directamente el medio de prueba, pudiendo incluso asistir el tribunal arbitral y participar en dicho acto.

Refiriéndose a la intervención judicial en la actuación probatoria CAIVANO considera que tendrá exactamente la misma función que cuando ésta es solicitada por otro órgano jurisdiccional (entiéndase, por otro juzgado) que no pudo actuarla por carecer, por ejemplo, de competencia por el territorio. Así precisa *“si bien las razones por las cuales ambos carecen de imperium son diferentes (el juez, porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro, porque la suya está privada de este atributo) la situación resulta, desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de imperium para suplir esta carencia”*^{23, 24}.

La intervención subsidiaria.- Se presenta en aquellos casos en los que existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros decidan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío –en cuanto a sus potestades–, a través del auxilio judicial²⁵.

sada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud e asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.”

²³ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje* [...]. p. 231.

²⁴ Similar posición asume CARMONA, quien refiriéndose a la legislación brasileña sobre la colaboración del Poder Judicial en la actuación de medios probatorios señala: *“El fenómeno que ocurrirá es semejante a aquél que se presenta en los casos de cumplimiento de un mandato precautorio: el juez que no tiene competencia (territorial) para practicar un acto, solicita a un juez delegado la realización de un acto fuera de su circunscripción; de la misma forma, el árbitro, que no tiene poderes coercitivos, solicita al juez la práctica de determinados actos que requieren el empleo de la fuerza”*. (Traducción libre).

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2da. Edición. Ed. Atlas. Sao Paulo. 2007. p. 264.

²⁵ CHOCHRÁN GIRÁLDEZ define en estos términos el carácter subsidiario de la intervención judicial: *“Se da en aquellos casos en los que la relación se produce como consecuencia del desacuerdo de las partes sobre un concreto aspecto del arbitraje o cuando los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos”*.

CHOCHRÁN GIRÁLDEZ, María Encarnación. Op. Cit. p. 197.

En nuestra opinión, este supuesto se presentará en los casos en que sea necesaria la actuación o conservación de un medio de prueba, de manera previa al arbitraje, debido a que si no es actuada en ese momento, existen razones para considerar que su eficacia puede perderse, resultando inútil esperar hasta que el tribunal arbitral esté conformado.

Es estricto, estamos frente a lo que en materia procesal se conoce como prueba anticipada²⁶; sin embargo, nuestro ordenamiento arbitral²⁷ ha recogido el contenido de esta institución pero bajo el rubro de medidas cautelares, siguiendo para ello lo previsto en la Ley Modelo UNCITRAL²⁸.

²⁶ Así el Código Procesal Civil regula la figura de la prueba anticipada en los siguientes términos:

“Artículo 284.- Disposición general

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada”.

²⁷ Así la LA ha establecido, en el rubro de medidas cautelares, lo siguiente:

“Artículo 47.- Medidas cautelares.

[...].

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;

b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinente para resolver la controversia.

[...].” (Resaltado agregado)

²⁸ La Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, Ley Modelo UNCITRAL) señala:

“Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:

a) mantenga o restablezca el estatus quo en espera de que se dirima la controversia;

b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.” (Resaltado agregado).

Asimismo, la misma Ley Modelo ha previsto en el artículo 17 A. que en este caso no será necesario demostrar que de no otorgarse la medida es probable que se produzca algún daño no resarcible mediante una indemnización, o que exista la posibilidad de que la demanda sobre el fondo no prospere. Evidentemente ello debido a que la naturaleza

Habiendo tenido el tratamiento de una medida cautelar, conforme al numeral 4 del artículo 47 de la LA, ésta puede ser solicitada ante el Poder Judicial antes del inicio del arbitraje –lo cual resultaría además totalmente razonable dada la naturaleza de la prueba anticipada y la necesidad de conservar la eficacia de un medio de prueba- sin que ello implique una renuncia él²⁹.

En este supuesto, resulta importante anotar que el peligro en la demora que legitima al justiciable a recurrir a la vía judicial a solicitar la actuación de una prueba anticipada (vía una medida cautelar previa al proceso arbitral) implicará que el solicitante se debe encontrar ante una necesidad impostergable de tutela, de modo tal que si espera que el tribunal arbitral se conforme, existirá el peligro de que el medio probatorio se vuelva inútil, pues no será posible contar con él en la etapa correspondiente del proceso.

La intervención del Poder Judicial será subsidiaria en la medida que no existe la posibilidad material ni jurídica de obtener una medida cautelar en la vía arbitral, en tanto aún no se cuenta con un órgano competente que se pronuncie sobre este pedido.

La intervención de colaboración: Nuestra LA en materia probatoria³⁰ ha permitido la actuación judicial con un rol que denominaremos “de colaboración”. En estricto, se trata de supuestos en los que tanto la obtención de una decisión, como su ejecución, pueden ser conseguidas en el proceso arbitral; sin embargo, nuestra ley autoriza a que también se puedan solicitar en la vía judicial, trasladándose lo actuado al arbitraje.

Entendemos que la lógica de este tipo de intervención se orienta esencialmente a otorgar al arbitraje determinadas “facilidades” de actuación, que permitan asegurar de mejor manera su eficacia.

propia de una medida para preservación de la prueba, no es la misma que aquella que normalmente se atribuye a una medida cautelar.

²⁹ Cabe hacer la salvedad que, en este caso, nuestra legislación actual no ha previsto que sea necesario la instalación del Tribunal o el inicio del proceso arbitral, bastando para ello la “conformación” del órgano arbitral, entendiéndose, que los árbitros hayan aceptado la designación como miembros del Tribunal que resolverá la controversia.

³⁰ Probablemente nuestra LA ha seguido lo dispuesto en la Ley Modelo UNCITRAL, que si bien ha previsto la intervención del Poder Judicial, no ha determinado los supuestos en los que ello puede ocurrir, limitándose a señalar que tendrá un rol de asistencia en la actuación de las pruebas. Textualmente dicha Ley Modelo dispone:

“Artículo 27.- Asistencia de los tribunales para la práctica de las pruebas.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de este Estado para la práctica de pruebas. El Tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables a los medios de prueba”.

El artículo 45 de la LA³¹, prevé que el Tribunal Arbitral –o cualquier de las partes con autorización de éste– podrá requerir la asistencia del Poder Judicial para la actuación de un medio probatorio; sin embargo, nos preguntamos en qué casos sería válido pedir al órgano jurisdiccional que actúe un medio de prueba cuando existe un tribunal arbitral en aptitud de hacerlo.

Se suele afirmar que ello es posible en los casos en que los medios probatorios requieran ser actuados en lugares distintos a la sede del tribunal. En nuestra opinión, esto no puede ser la regla pues, a diferencia de lo que ocurre en materia judicial –en la que los jueces tienen una competencia territorial limitada–, ello no ocurre con los árbitros, quienes tienen competencia en función a la controversia –no de un ámbito geográfico específico– y están en aptitud de realizar los actos necesarios para decidirla adecuadamente.

Por lo indicado, más allá de una situación de comodidad y menor esfuerzo, no existe ningún impedimento para que los árbitros se desplacen donde sea necesario y actúen directamente los medios de prueba, por ejemplo, realicen alguna inspección en el lugar de los hechos, pues solo así podrán tener contacto directo con la prueba y podrán extraer de ella los elementos necesarios para crearse convicción respecto de la manera como deben resolver.

En consecuencia, consideramos que de optarse por este mecanismo automatizado en la LA, debe tratarse de alguna situación absolutamente excepcional en la que –pese a lo que dispone la norma– tanto las partes como el tribunal estén de acuerdo con proceder de esta manera, pues es un deber de los árbitros resolver la controversia realizando los actos necesarios para decidir adecuadamente la materia sometida a su decisión.

³¹ “Artículo 45.- Colaboración judicial.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a las leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas”.

3.4. La valoración de los medios probatorios

Como resulta evidente, toda la actividad probatoria previa tiene como finalidad llegar al momento en que el tribunal arbitral valora los medios de prueba admitidos en el proceso y actuados, de ser el caso, y en consecuencia toma de ellos los elementos necesarios para crearle convicción respecto de la materia controvertida que deberá resolver³².

La LA no ha previsto una modalidad específica de valoración, y se limita a señalar que *“el Tribunal tiene la facultad de determinar de manera exclusiva [...] el valor de las pruebas³³”*, con lo que queda claro que, en nuestro sistema, los árbitros tienen libertad en la valoración, debiendo respetar únicamente determinadas pautas que garantizan el debido proceso en la manifestación del derecho a la prueba.

Por citar un ejemplo, todos los medios de prueba deben ser apreciados y valorados de manera conjunta, es decir, ninguno de ellos por sí mismo tiene más valor que otro, por lo que la persuasión o convencimiento del juzgador deberá partir de la apreciación de todos los medios probatorios, lo que implicará un análisis a fin de determinar si existe coincidencia o contraposición entre ellos, extrayendo la conclusión que más se adecue a lo que advierte como la realidad de los hechos y a su sentido de justicia.

Otro aspecto de consideración imprescindible en materia probatoria es el denominado *“principio de adquisición”*, según el cual una vez que un medio de prueba ha sido admitido en el proceso, deja de *“pertener”* a la parte que lo ofreció, y es completamente independiente del propósito para el que fue ofrecido y admitido. Esto significa que resulta perfectamente válido que un medio probatorio ofrecido por una de las partes para acreditar, por ejemplo, la ejecución de un contrato, sea utilizado por la otra para demostrar todo lo contrario, afirmando que con ese mismo medio de prueba se acredita que el cumplimiento no se produjo porque *“el pago”* verificado constituye

³² *“Si el derecho a probar tiene por finalidad producir convicción en la mente del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos alegados por los sujetos procesales resultaría ilusorio si el juez no apreciara razonadamente todos los elementos probatorios actuados en el proceso o procedimiento con el fin de sustentar su decisión.”*

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *“El derecho fundamental a probar y contenido esencial”* En Revista Ius Et Veritas N° 14. Lima. p. 184

³³ La LA señala:

“Artículo 43.- Pruebas.

1. El tribunal tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valoración de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.”

En el mismo sentido las Reglas IBA disponen:

“Artículo 9.- Admisibilidad y Valoración de las Pruebas

1. El Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia y peso específico de las pruebas”.

únicamente un pago parcial, con lo cual la prestación no ha sido honrada y el incumplimiento ha quedado acreditado.

En síntesis, con el principio de adquisición, el medio de prueba admitido deja de ser de las partes y pertenece “al proceso”, con lo cual el juzgador está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas³⁴.

Evidentemente, la actividad de valoración es subjetiva y en ella intervienen valores, factores psicológicos, culturales, etc. Todo esto es perfectamente válido e inherente a la naturaleza humana de la actividad de juzgar; sin embargo, lo que sí resulta imprescindible es que esta actividad de valoración respete determinadas reglas lógicas básicas, como es el caso de los principios que rigen un razonamiento formalmente válido³⁵, siendo imprescindible, además, que la misma sea explicitada a través de la motivación en el laudo³⁶.

Lo mencionado implica que para que una decisión sea válida es, en nuestra opinión, imprescindible que sea motivada³⁷; es decir, que se expliciten las razones que determinaron que un medio de prueba haya sido considerado como preponderante frente a otro y haya servido para confrontar varias interpretaciones de los hechos –muchas veces contradictorias–, precisándose

³⁴ “El principio de comunidad o adquisición de los medios de prueba señala que los medios probatorios aportados al proceso o procedimiento (sea que hayan sido ofrecidos por las partes o hayan sido incorporados por decisión del juzgador) pertenecen al proceso y no a quien los aportó o solicitó, de ahí que deben ser valorados sin tener en cuenta quien los ofreció ya que las conclusiones extraídas de la actividad valorativa pueden beneficiar a dicho sujeto procesal o a la parte contraria que bien puede invocarla”. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Apuntes sobre la valoración de los medios de Prueba”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° II. Asociación Civil Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima. 1988. p. 62.

³⁵ Nos referimos al respeto y aplicación de los principios lógicos clásicos, como es el caso del principio de identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente. Al respecto. BUSTAMANTE ALARCÓN señala: “[...], la valoración es una operación mensual, por lo tanto se encuentra sujeta a los principios lógicos que rigen el razonamiento correcto, de allí que toda valoración (y también toda motivación por ser el vehículo a través del cual conocer como se efectuó la valoración) que tenga alguna pretensión de validez debe ser realizada de tal manera que no afecte los principios lógicos aplicables al proceso”.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo. Ara Editores. Lima. 2001. p. 332.

³⁶ Refiriéndose al tema de la valoración de medios probatorios –en un escenario judicial pero que consideramos perfectamente aplicable al plano arbitral–, PARRA QUIJANO señala: “En síntesis, el derecho a la prueba en la arista que estudiamos se manifiesta así: Usted funcionario judicial debe estudiar todas las pruebas, haciendo un inventario y razonándolas una por una y después me debe presentar un estudio en conjunto, para saber cómo se deshogó mi derecho”.

PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 115.

³⁷ Desarrollamos un mayor análisis sobre este punto en el artículo sobre el deber de motivación en los procesos arbitrales.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Revista de Derecho Themis N° 43. Lima. Año 2001.

en qué medios de prueba se sustenta la posición adoptada por el tribunal al emitir su decisión³⁸.

En materia arbitral, los requisitos de validez de laudo (valoración de la prueba y motivación de la decisión) no pueden llevar a la parte disconforme con el método de valoración o con el resultado a cuestionar lo decidido pues, como sabemos, nuestra legislación no considera la apelación del laudo y el recurso de anulación contemplado en el artículo 63 de la LA no habilita a cuestionar temas de fondo, que incluyen evidentemente la valoración probatoria.

Por otro lado, también puede ocurrir que pese a los medios de prueba ofrecidos y actuados en el proceso, el juzgador no haya adquirido convicción respecto de la materia en controversia; sin embargo, el deber de fallar existe, y su función es resolver el conflicto emitiendo una decisión.

En estos casos, lo que corresponde es aplicar el “recurso extremo” de la carga de la prueba. Es importante tener en cuenta que si bien el conocimiento general nos suele llevar a considerar que la carga de prueba determina quién tiene el deber de probar^{39, 40}, con lo cual colocamos esta institución en el momento inicial del proceso, que es precisamente aquél en el que se produce el ofrecimiento del material probatorio, atendiendo al principio de comunidad o adquisición antes desarrollado, “quién ofrece qué” no resulta trascendente en el proceso, lo relevante es quién asume el riesgo que de que la prueba falte, lo que se advierte en la etapa final del proceso de decisorio.

DEVIS ECHANDÍA señala como una de las características de la carga de la prueba el ser una regla sustitutiva o sucedánea de prueba, en la medida que

³⁸ “Si no existe un discurso sobre los hechos, no podrá haber control popular. Ya que sobre ellos no se puede ejercer un dominio más accesible e igualitario de ese control”.

IGURTÚA SALVATIERRA, Juan. Citado por PARRA QUIJANO, Jairo. Op. Cit. p. 76.

³⁹ “Como es de esperarse, la carga de la prueba la tiene quien asevera un hecho. Es decir, en arbitraje, como en derecho procesal en general, rige la máxima *onus probandi actori incumbit*. Quien sostiene un hecho debe probarlo, so pena de que se deseche su pretensión (*Actore non probante reus absolvitur*) a menos que sea beneficiario de una presunción.

Debe entenderse que le corresponde probar no al actor o demandante desde n unto de vista procesal, sino al que afirma (*ei qui affirmat*) una pretensión o excepción y no quien lo niega (*non ie qui negat*)”.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Ed. Porrúa. México.2008. p. 251.

⁴⁰ REDFERN y otros señalan que este criterio sobre la carga de la prueba ha sido recogido en el artículo 24 del Reglamento UNCITRAL, así señala: “Otro aspecto de la presentación de pruebas es la carga de la prueba. Es práctica habitual de los tribunales arbitrales internacionales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso. Esta práctica está contemplada en el Reglamento de la CNUDMI. La única excepción a la regla son las afirmaciones obvias, notorias o que no necesiten ser probadas.”

REDFERN, Alan. HUNTER, Martín. BLACKABY, Nigel. PARTASIDES, Constantine. *La Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición. Ed. Aranzadi. Buenos Aires. 2006. p. 427.

*"[...] constituye una regla de juicio para regular la decisión cuando falta prueba; si ésta es suficiente, aquella no puede tener aplicación"*⁴¹.

Así, cuando pese a haber valorado todo el material probatorio que obra en el expediente, el tribunal no ha adquirido convicción o certeza respecto de la ocurrencia de determinado hecho o de su connotación, allí corresponde considerar que si quien tuvo la carga de probar no lo hizo, asumió el riesgo de que la decisión sea adversa a su posición. De este modo, la carga de la prueba se convierte en una suerte de indicio que nos lleva a la conclusión de que un hecho no probado no se suscitó de la manera como ha sido planteada por la parte que lo invocó⁴².

4. CONCLUSIONES

1. La finalidad de la actividad probatoria es la "reconstrucción" de los hechos que constituyen el sustento de las posiciones de las partes en el proceso.
2. La prueba es el resultado de esa convicción respecto de la verdad de la ocurrencia de los hechos invocados y, para lograrla, se utilizan los "medios de prueba".
3. La actividad probatoria comprende las siguientes etapas: i) ofrecimiento, ii) admisión, iii) actuación y iv) valoración.
4. El ofrecimiento es el momento en el que cada parte pone en consideración del juzgador, y de la parte contraria, los medios de prueba que utilizará para demostrar la veracidad de los hechos que sustentan su posición.

La oportunidad del ofrecimiento es en los actos postulatorios. Sin embargo, atendiendo a la flexibilidad propia del arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la posibilidad aceptar medios probatorios ofrecidos posteriormente, en la medida que los considere relevantes para la materia controvertida y que otorgue a la otra parte el derecho de contradicción correspondiente.

Asimismo, el tribunal arbitral está en aptitud de solicitar –de oficio– la incorporación de medios probatorios, en la medida que garantice a ambas partes el derecho a la igualdad y defensa.

⁴¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 424.

⁴² *"Al juez le basta para decidir en el fondo, sin recurrir a la regla de juicio contenida en la carga de la prueba, que en el proceso aparezca la prueba suficiente para su convicción, no importa de quién provenga. En consecuencia, no es correcto decir que la parte gravada con la carga debe suministrar la prueba o que a ella le corresponde llevarla; es mejor decir que a esa parte le corresponde el interés en que tal hecho resulte probado o en evitar que se quede sin prueba y, por consiguiente, el riesgo de que falte (el cual se traduce en una decisión adversa)".*

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. p. 462.

5. En la etapa de admisión, corresponde al tribunal arbitral determinar, de los medios probatorios ofrecidos, cuáles son incorporados al proceso y posteriormente actuados y valorados.

No todos los medios de prueba deben ser admitidos. Es necesario que previamente pasen por el filtro que implica la aplicación de los principios de i) eventualidad; ii) pertinencia; iii) utilidad; y iv) licitud.

6. La actuación es la etapa en la que se verifican aquellos actos necesarios para que los medios probatorios admitidos tengan tal calidad, cuando no basta su sola presentación.

En materia arbitral, la regla básica es la inmediatez entre el tribunal arbitral, las partes y los elementos de prueba. Toda actuación deberá verificarse en una audiencia –salvo que las partes hubiesen acordado algo distinto–, existiendo contacto directo entre los árbitros y el medio probatorio, lo que les permitirá extraer de él, las conclusiones que conduzcan a tener determinada percepción de los hechos que fundan las posiciones de las partes.

Cuando las partes o los terceros se rehúsan a actuar o a presentar medios probatorios que el tribunal arbitral considera relevantes para resolver la controversia, éste tiene las siguientes opciones: i) otorgar a esta conducta el mérito de indicio, en el sentido que asuma que el medio probatorio será previsiblemente desfavorable a la parte renuente. Esto se aplica en la medida que sea una de las partes la que no cumpla el mandato arbitral; ii) prescindir del medio de prueba, resolviendo únicamente con el material probatorio que ya obra en autos, aplicando en este escenario el mérito de la carga de la prueba; o iii) de considerar que el medio de prueba sea imprescindible para el conocimiento de los hechos, solicitar al Poder Judicial el auxilio de la fuerza pública que permita su actuación.

7. El rol del Poder Judicial en materia de actuación probatoria en un arbitraje, debe estar orientado siempre a colaborar con la eficacia del arbitraje, así cumple los siguientes roles: complementario, colaborador y subsidiario.

Su intervención será complementaria cuando la obtención de un medio probatorio requiera tanto de la intervención arbitral como de la judicial. Este será el caso cuando el tribunal considere que el medio de prueba resulta imprescindible para decidir la controversia, y requiera del *ius imperium* judicial para que dicte las medidas coercitivas que permitan su actuación, haciendo efectivos los apercibimientos que impliquen el uso de la fuerza.

En términos prácticos en este supuesto la actuación judicial deberá seguir el mismo parámetro que cuando esta colaboración es solicitada por otro

órgano jurisdiccional que carece de competencia para realizar ese acto específico.

La intervención subsidiaria se presenta cuando existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros actúen un medio probatorio, siendo imprescindible llenar este vacío –en cuanto a sus potestades–, a través del auxilio judicial.

Así, esta modalidad se presentará cuando sea necesaria la actuación o conservación de un medio de prueba, de manera previa al arbitraje, debido a que si no es actuada en ese momento, existen razones para considerar que su eficacia puede perderse, resultando inútil esperar hasta que el tribunal arbitral esté conformado.

Esto es lo que en materia procesal se conoce como prueba anticipada, sin embargo, nuestro ordenamiento arbitral ha recogido el contenido de esta institución pero bajo el rubro de medidas cautelares, siguiendo para ello lo previsto en la Ley Modelo UNICTRAL.

Finalmente, la intervención de colaboración prevista en nuestra LA en materia probatoria, permite la actuación judicial en supuestos en los que la actuación de un medio de prueba puede ocurrir en el proceso arbitral; sin embargo, nuestra ley autoriza a que también se puedan actuar en la vía judicial, trasladándose luego lo actuado al arbitraje.

La lógica de este tipo de intervención es dotar al arbitraje de determinadas “facilidades” de actuación, que permitan asegurar de mejor manera su eficacia; sin embargo, consideramos que la actuación de un medio de prueba por el Poder Judicial, debe ser una situación absolutamente excepcional en la que tanto las partes como el tribunal estén de acuerdo con ello, pues recordemos que es un deber de los árbitros resolver la controversia realizando todos los actos necesarios para hacerlo adecuadamente.

8. La valoración de los medios de prueba es el momento culminante de toda la actividad probatoria previa, en la medida que el tribunal arbitral extrae de ellos los elementos necesarios para crearle convicción respecto de la materia controvertida que deberá resolver.

En nuestro sistema, los árbitros tienen libertad en la valoración, debiendo respetar las pautas que garantizan el debido proceso en la manifestación del derecho a la prueba, como son: i) la aplicación de los principios lógicos que rigen un razonamiento correcto; y ii) la motivación o explicitación de la valoración realizada.

Por otro lado, en el acto de valoración, el tribunal deberá apreciar los medios de prueba de manera conjunta, considerando además el princi-

pio de comunidad o adquisición, según el cual, independientemente de quién haya aportado los medios probatorios, éstos pertenecen al proceso, con lo cual el árbitro está en aptitud de extraer de él las conclusiones que considere adecuadas.

El último paso del juzgador al momento de valorar los medios probatorios y, en consecuencia resolver la controversia, será recurrir a la carga de prueba. Esta constituye el “último recurso” cuando pese a haber valorado todo el material probatorio que obra en el expediente, el tribunal no ha adquirido convicción respecto de los hechos invocados. En este momento y ante la existencia de un “deber de fallar” corresponde considerar que si quien tuvo la carga de probar no lo hizo, asumió el riesgo de que la decisión sea adversa a su posición.

El arbitraje laboral en las relaciones individual y colectiva de trabajo

ALFONSO DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA (*)

*En homenaje al jurista y amigo inolvidable:
Manolo de la Puente. Que desde arriba nos siga
iluminando con su sonrisa siempre jovial.*

SUMARIO: 1. Comentarios iniciales. 2. El arbitraje en la Nueva Ley Procesal del Trabajo 3. El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo. 4. Consideraciones finales.

1. COMENTARIOS INICIALES

El ámbito creciente del servicio de la justicia pública proporcionada por el Estado a los ciudadanos, como resultado de haberse procesalizado a lo largo del tiempo toda clase de conflictos, ha dado lugar a dos situaciones que interesan a la administración de justicia: una, la del desmedido número de procesos a cargo del sistema judicial del Estado con la consiguiente ineficiencia, demora e incertidumbre en los resultados; y otra, el aumento de las formas alternativas de solución de conflictos, como el arbitraje, no tanto como un efecto de aliviar cuantitativamente la carga pública, sino como un resultado cualitativo del ejercicio de la autonomía individual y de afirmación de ciudadanía, en cuya virtud las partes someten libremente sus controversias a la decisión de terceros elegidos por ellos, desde luego con las mismas garantías establecidas por las normas constitucionales y legales, con el objeto de obtener prontamente y con más certidumbre y seguridad, un resultado en la solución de sus conflictos.

Nos interesa analizar la situación suscitada por el arbitraje, porque lo que ha ocurrido es que habiendo sido consagrado desde tiempo atrás en la

(*) Ex Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echecopar Abogados.

legislación nacional primero, y luego en las constituciones de 1979 y 1993, ha devenido en necesario, se ha sistematizado, ha demostrado su eficacia y bondad y ha concitado la preferencia de muchos ciudadanos y personas jurídicas, convirtiéndose así en un medio idóneo y legítimo de justicia, frente a la justicia pública que ha aumentado en casos pero ha decrecido en aceptación ciudadana.

Como la opción por el arbitraje tiene carácter voluntario, no impidiendo la posibilidad de acudir al poder judicial si alguna de las partes no desea esta solución, no existe óbice de legitimidad para el mismo. Por ello, la exclusividad jurisdiccional del Estado admite como excepción al arbitraje, tal como lo establece el artículo 139 de la Constitución.

El arbitraje constituye pues un medio ideal para la solución de controversias por su autonomía frente a la autoridad judicial, por su independencia y flexibilidad de actuación y por su carácter célere y definitivo. Destaco entre estos principios de la función arbitral, consagrados en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, su independencia y por qué no decirlo, su imparcialidad, más allá de intereses e influencias externas.

La solución arbitral está a disposición de los ciudadanos como una forma de opción frente a la tradicional lentitud del Poder Judicial y a la incertidumbre que produce su actuación dentro de la sociedad. El alto costo que significa para los litigantes esperar indefinidamente una solución judicial y de resultado incierto, puede ser muchísimo más oneroso de lo que puede implicar el costo del arbitraje, que tiene además la ventaja de su brevedad y mayor certidumbre en cuanto a los resultados. Más aún, cuando los arbitrajes están, en la mayor parte de los casos, sujetos a las normas de centros de arbitraje reconocidos, cuyos costos normalmente no son excesivos, pues están sujetos a tasas o tarifas razonables, previamente establecidas.

Cierto es que con la dación en enero de este año de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, se ha establecido un procedimiento laboral inspirado en los principios de intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad (artículo I del Título Preliminar), que de acuerdo a las disposiciones de la norma será muy rápido, lo cual pone en posición competitiva de eficacia en cuanto a la celeridad, al proceso judicial laboral frente al arbitraje laboral. Sin embargo, todo ello depende de las posibilidades de manejo tecnológico y económico, y de la capacidad de los jueces y del sistema judicial para lograr sus objetivos, quedando siempre como una interrogante la certidumbre y calidad del resultado, aunque consideramos que debe mejorar sustancialmente, precisamente debido al nuevo modelo procesal que, de ser bien aplicado, coadyuvará a tal resultado.

A pesar entonces de las bondades de esta nueva ley, considero que el arbitraje laboral será siempre una opción válida y en muchos casos mejor, que acudir a la solución de la justicia pública. Mejor, por ejemplo, en los casos de relaciones laborales que involucren a trabajadores de alto nivel, por ejemplo, de nivel gerencial, en los que la complejidad de los derechos y beneficios contractualmente acordados hace muchas veces necesario aplicar criterios de contenido económico y obligacional que puede ir más allá del simple manejo de normas laborales, para lo cual la presencia de un árbitro o árbitros con experiencia y conocimientos más amplios, puede ser conveniente y hasta necesaria.

Según hemos señalado anteriormente, el artículo 139 de la Constitución de 1993, reconoce la vigencia del arbitraje como una jurisdicción, por excepción, distinta de la exclusiva jurisdicción del Estado y la legislación vigente dota a este medio de garantías y procedimientos adecuados que permiten el desarrollo de un debido proceso con la ventaja de su celeridad y flexibilidad.

Desde luego que en materia laboral, el arbitraje tiene connotaciones especiales como veremos a continuación, porque si nos situamos en la base principista de esta rama del derecho, nos encontramos con características que lo hacen singular, principalmente en lo que se refiere a su carácter protector, que se refleja en las tres conocidas reglas del *in dubio pro operario*, de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa¹, que tienen precisamente como objeto proteger al trabajador, equilibrando de esta manera la desventaja que este tiene por su desigualdad jerárquica y económica frente al empleador.

También son importantes para el derecho del trabajo, el carácter irrenunciable de los derechos y beneficios de carácter legal (no así los derechos de carácter dispositivo) y la primacía de la realidad, por la cual el formalismo del documento o lo declarado en el contrato queda superado por lo que ocurre en la realidad².

En materia de derecho colectivo de trabajo, la garantía consiste en la efectividad del ejercicio de los derechos colectivos, que son derechos protegidos y fomentados por norma de rango constitucional, contenida en el artículo 28° de la Constitución, el cual “garantiza” la libertad sindical y “fomenta” la negociación colectiva y señala en su artículo 23 que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los principios del derecho del trabajo”, Ed. Depalma 1978, Buenos Aires, pp. 21 y ss.

² Ibidem. pp. 67 y 243.

Ramón Escaler Bascompte³ nos dice que “cabe matizar que la cuestión no es sencilla porque con el paso del tiempo, algunas materias que tradicionalmente se consideraban indisponibles, en un afán de potenciar el arbitraje, como consecuencia de esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales han devenido disponibles. Es lo que ha sucedido por ejemplo en ámbitos regulados por normas imperativas que tradicionalmente quedaban vedados al arbitraje y que hoy en día se admite que puedan solucionarse por los causes arbitrales, siempre y cuando los árbitros respeten las normas imperativas”.

El asunto puede parecer complejo, pero en el fondo es sencillo. El árbitro debe actuar conforme a los principios generales del derecho del trabajo y de acuerdo a lo que disponen las normas constitucionales y legales de carácter tuitivo que la informan. Esta es una obligación del árbitro que recibe el encargo de resolver una controversia laboral que, precisamente, tiene su origen en derechos constitucionalmente protegidos e irrenunciables y que se rigen por su propio sistema doctrinario y legal.

2. EL ARBITRAJE EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

En principio no debería existir limitación alguna para que pueda pactarse el arbitraje en una relación individual de trabajo. El artículo 104 de la ya derogada Ley Procesal de Trabajo N° 26636, señalaba que “las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje u optar por otro procedimiento arbitral”.

Una primera cuestión que surgía de esta norma era si toda o cualquiera relación individual de trabajo podía ser sometida, en caso de controversia, a una solución arbitral. En principio, parecería que cualquiera, sin embargo, en la experiencia profesional se puede apreciar que este tipo de pacto arbitral se da normalmente en relaciones individuales de trabajo de nivel de dirección o de confianza, pero no en niveles inferiores por obvias razones de orden práctico.

Pero entrando al tema mismo del arbitraje en la relación individual de trabajo, debemos señalar que muchas veces se han esgrimido objeciones a esta posibilidad, precisamente por razones de tuición jurídica y por razones de costo excesivo para el trabajador, propiciando excluir a estos casos del arbitraje. También se ha invocado el carácter irrenunciable y constitucionalmente protegido de estos derechos para considerar que no deben someterse a arbitraje.

³ ESCALER BASCOMPTE, “El arbitraje y su legitimidad constitucional”. En: *El Arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Biblioteca del Arbitraje Volumen 3, Mario CastilloFreyre y Palestra Editores S.A.C., 2007, p. 66.

La objeción relativa a la tuición jurídica no tiene a mi juicio asidero, pues el árbitro que tenga a su cargo resolver en un caso de relación individual de trabajo, tendrá que aplicar los criterios a que nos hemos referido con anterioridad, pues deberá observar los principios generales del derecho del trabajo, así como las normas constitucionales y legales aplicables.

La objeción sobre el costo del arbitraje se refiere a la situación de desventaja económica del trabajador en un arbitraje, pues los costos de la institución que organiza el arbitraje y los honorarios de los árbitros pueden resultar altos para la capacidad económica del trabajador. Sin embargo, no hay que olvidar que cuando el arbitraje se rige por normas de organizaciones arbitrales, por lo general los costos son razonables, pues hay tarifas y tablas que se aplican con base a los montos reclamados, sin perjuicio del valor económico que significa para el reclamante resolver su caso en breve tiempo.

Además, tampoco hay que olvidar que la Ley N° 27327 modificatoria del inciso l) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que la administración de justicia es gratuita para las personas de escasos recursos económicos y para todos los casos expresamente previstos por ley, estableciendo, en el caso específico de los trabajadores, ex trabajadores y sus herederos en procesos laborales y previsionales, un tope de 70 Unidades de Referencia Procesal (la URP equivale al 10% de la UIT, o sea S/. 375.00), también en los casos de amparo laboral o aquellos inapreciables en dinero por la naturaleza de la pretensión.

Nada impediría que en caso de presentarse una situación de beneficio de pobreza un árbitro pudiera aplicar la norma citada, corriendo los gastos por cuenta de la parte empleadora.

Respecto al carácter irrenunciable de los derechos laborales y a su contenido constitucionalmente protegido, hay que señalar que la Ley de Arbitraje contenida en el Decreto Legislativo N° 1071, no excluye el arbitraje laboral individual ni tampoco lo hace la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497. Ninguna de estas normas vulnera el carácter irrenunciable de los derechos laborales ni impide su protección constitucional pues en sede arbitral, tales derechos pueden y deben quedar igualmente protegidos.

Sin embargo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, señala en su Sexta Disposición Complementaria, lo siguiente:

“Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

Esta nueva norma toma partido evidente por limitar drásticamente la posibilidad de arbitraje en el ámbito de la relación individual de trabajo, pues implica que solamente los trabajadores altamente remunerados (que perciban por lo menos S/. 26,250 mensuales) pueden pactar arbitraje y nunca al inicio del vínculo laboral, o previamente a la conclusión de este, sino una vez que concluya.

La norma citada nos parece excesiva, no solamente porque como se ha manifestado anteriormente, las objeciones sobre la tuición no tienen base y aquellas sobre el costo son superables, sino porque limita la autonomía de las partes para acordar lo que conviene a su derecho.

No parece razonable convertir la tuición en una especie de limitación, incapacidad relativa o "*capitis deminutio*" del trabajador, aunque hay que convenir que el hecho que un trabajador no calificado o que no sea de nivel de dirección, pacte de antemano al inicio de la relación laboral el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir con motivo de la relación laboral, puede resultar excesivo, ya que podría usarse como un condicionante para el acceso al trabajo y, ante una situación de conflicto, como medio disuasivo del reclamo.

La jurisprudencia anterior a la nueva legislación que comentamos, no ha sido uniforme en este sentido. Hay ejecutorias del Poder Judicial como las de casación N° 1217-98, Lima, de 17 de noviembre de 1999, N° 629-99, Huaura, de 17 de julio de 2000, N° 90-98, Lima, de 6 de abril de 2000 así como las resoluciones de las Salas Laborales de la Corte Superior de Lima Exp. N° 2923-2000-BE(A) de 2 de noviembre de 2000 y Exp. N° 1320-2005-BE(A) de 23 de mayo de 2005, que señalan su procedencia manifestando que no vulnera el carácter irrenunciable de los derechos laborales, en concordancia con el artículo 26 inciso (2) de la Constitución.

Sin embargo, existen pronunciamientos jurisprudenciales en contra, como la resolución de 11 de julio de 2001, que señala que no es procedente el arbitraje en materia de laboral por afectar el principio de irrenunciabilidad de derechos sustantivos laborales.

Nada más lejos de la realidad. El someter en un contrato de trabajo el posible conflicto a un arbitraje no implica la disposición de derechos irrenunciables, más aún teniendo en cuenta como se ha manifestado anteriormente, que el árbitro, al igual que el Juez, debe aplicar los principios generales del derecho del trabajo y las normas constitucionales y legales protectoras. La libertad de contratar o pactar un arbitraje no implica renunciar a derechos sustantivos que serán materia del proceso arbitral, en el cual los árbitros, al igual que lo haría un juez de la jurisdicción pública, tendrá que aplicarlos y protegerlos.

Como señalan Vinatea RECOBA y Salvador VARGAS⁴ la propia Constitución en su artículo 58 permite la libertad de contratar en esta materia al amparo del artículo 139, numeral 1 de la misma Carta que reconoce la jurisdicción arbitral como un mecanismo válido para resolver las controversias, además de las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje, del Decreto Legislativo 1071 y la Nueva Ley Procesal del Trabajo que así lo admiten.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado en forma expresa sobre esta materia, salvo en el caso del derecho fundamental a la pensión como veremos luego, aunque tiene una sentencia de carácter vinculante expedida el 28 de febrero de 2006, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, que se refiere a la materia arbitral para sentar los siguientes criterios:

- a) Que resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI in fine del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las Resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (fundamento 8).
- b) Que el ejercicio de la jurisdicción arbitral no es un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*. Tiene su origen y su límite en el artículo 139 de la Constitución y no en la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 2, inciso 24 literal a de la misma (fundamento 11).
- c) El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación por los tribunales arbitrales de las normas constitucionales. Por ello reitera la protección de la jurisdicción arbitral por el principio de no interferencia señalado en el inciso 2 del artículo 139 de la Carta (fundamento 12).

Estos argumentos ayudan a disipar las dudas sobre la procedencia del arbitraje en materia laboral.

Respecto al problema de la tutela por condicionamientos de carácter económico, tenemos la interesante y autorizada opinión de Fernando Elías Mantero⁵ quien opina que para evitar prácticas abusivas en el arbitraje laboral individual, debe modificarse la Ley Procesal del Trabajo, para establecer limitaciones, debido al costo económico que puede tener el arbitraje y a la

⁴ VINATEA RECOBA, Luis; SALVADOR VARGAS, Alfredo Luis, "La posibilidad de someter a arbitraje controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo". En: *Aportes para la reforma del Proceso laboral peruano*. Lima, 2005, pp. 365 y ss.

⁵ ELÍAS MATERO, Fernando. "¿Es conveniente el arbitraje para la solución de los conflictos laborales jurídicos?". En: *Actualidad Laboral*, N° 299, Lima, Mayo 2001, pp. 5 y 6.

posibilidad que al pactarse en el inicio de la relación laboral, pueda resultar en un condicionante para obtener el empleo. Elías propone como medidas de corrección las siguientes:

- a) Limitar la posibilidad de permitir la celebración de un compromiso de sometimiento al arbitraje al momento de la iniciación de la relación laboral salvo que: a) 1. El pacto lo celebrara un trabajador calificado como de dirección; a) 2. El pacto fuera celebrado con el compromiso expreso del empleador de asumir el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral cuando no se tratara de trabajadores de dirección;*
- b) Restringir el sometimiento de las controversias colectivas con contenido jurídico al mecanismo arbitral por el período de vigencia de cada convención colectiva de trabajo a fin de dar la oportunidad de dejar sin efecto dicho mecanismo de no ser conveniente;*
- c) Permitir el acuerdo de sometimiento al procedimiento arbitral en materia laboral únicamente cuando la relación ha concluido.*

Como podrá apreciarse, ésta posición de Elías Mantero va un poco más allá de la Nueva Ley Procesal del Trabajo antes comentada. Sin embargo, el denominador común es la necesidad de establecer reglas que aseguren que el arbitraje en materia de relaciones individuales de trabajo, esté sujeto a determinadas garantías vinculadas a la tutela económica del trabajador. No a la tutela jurídica, que como se ha visto anteriormente está suficientemente protegida por la reglas que debe observar el árbitro en el desempeño de su encargo y que no difieren de aquellas que corresponden a la tutela jurisdiccional pública.

De las propuestas existentes, habría que optar entre la que establece una barrera económica (Nueva Ley Procesal del Trabajo) y la que establece una barrera conceptual (criterio de Elías Mantero). Sin embargo, nos inclinamos por una combinación de ambas soluciones, pues el problema no estriba en el arbitraje en sí mismo ni en los alcances de su protección jurídica, sino simplemente en una tutela económica para proteger al trabajador, que es la parte más débil en la relación laboral, de cualquier abuso que esa circunstancia pudiera traer.

En síntesis, el arbitraje en materia de la relación laboral individual es constitucional y legal, no vulnera derechos irrenunciables y obliga a los árbitros a aplicar los principios generales del derecho y las normas protectoras contenidas en la Constitución y en la Ley, siendo necesario dictar reglas de tutela económica como las señaladas en los párrafos precedentes, que impidan cualquier práctica abusiva.

En tal sentido, habría que modificar la Sexta Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo para recoger una fórmula más razonable, como aquella propuesta por Elías Mantero con los matices señalados en los párrafos precedentes.

Dicha fórmula podría expresarse en la posibilidad de celebrar un compromiso arbitral al inicio, durante o al concluir la vigencia de la relación laboral, solamente cuando el trabajador sea de dirección; o, en caso de no ser trabajador de dirección, exista el compromiso del empleador de asumir los costos del arbitraje, garantizándose al trabajador la libre elección de su defensa. En cualquiera otro caso, el compromiso arbitral deberá celebrarse solamente a la conclusión del vínculo laboral.

3. EL ARBITRAJE EN LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El Texto Unico Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (TUO de la LRCT) aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que recoge las disposiciones del Decreto Ley 25593 Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y sus modificatorias contenidas en la Ley N° 27912, señala en su artículo 61 lo siguiente:

“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.

A su vez, el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR de 14 de octubre de 1992, modificado por el Decreto Supremo N° 009-93-TR de 7 de octubre de 1993, señala lo siguiente:

“Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61° de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62° de la Ley”.

Como podrá apreciarse de las disposiciones transcritas, surgió aquí un problema de interpretación en el sentido de establecer si el arbitraje era voluntario o potestativo, pues la redacción de la norma legal podría prestarse a entenderlo de ambas maneras, mientras que el reglamento se adhería indudablemente a la interpretación de su carácter potestativo.

El texto de la ley parece ser claro al señalar que “las partes”, ambas, pueden someter el diferendo a arbitraje. Ello sería concordante con el carácter voluntario que le asigna el Convenio 98 de OIT a la solución de los convenios colectivos y va también en la línea del arbitraje como institución, cuyo carácter es eminentemente voluntario.

También Mario PASCO COSMÓPOLIS, defensor del arbitraje en la negociación colectiva como forma de evitar el intervencionismo estatal en la solución de los

conflictos colectivos con su fuerte dosis de voluntarismo y sentido político⁶, propiciaba “al arbitraje voluntario en cualquiera de sus formas posibles, en lugar de la resolución político-administrativa obligatoria”⁷.

Fernando Elías Mantero⁸ señala “que el arbitraje, como regla general, es un acto que requiere la voluntad de las partes, lo que a su vez significa que, salvo el caso de la excepción que la propia ley establece (*caso de los servicios esenciales ya derogado*), solamente se puede llevar a cabo si ambas partes lo acuerdan. Ello guarda plena concordancia con la esencia y naturaleza del arbitraje que se inicia inclusive con un compromiso arbitral que en algunos casos podría ser el único acuerdo a que hubiesen llegado las partes en la negociación” (el paréntesis agregado).

Respecto de la otra tesis, la del carácter potestativo del arbitraje, también existían argumentos a tenerse en cuenta. El primero de ellos la necesidad de que la negociación colectiva se fomente y se culmine con éxito, no debiendo quedar sujeta al veto de una de las partes y tratándose del empleador, a prácticamente obligar a los trabajadores a ir a la huelga como solución alternativa, desde que el Estado no interviene administrativamente para resolver la negociación colectiva cuando no hay acuerdo, como ocurría anteriormente. Y la huelga no necesariamente lleva al empleador a aceptar un arbitraje, pues no sería obligatoria en tal caso.

Si nos atenemos a la normativa constitucional vigente, podríamos inclinarnos por la solución potestativa por la sencilla razón de que el artículo 28 de la Constitución señala en su inciso 2, que el Estado:

“Fomenta la negociación colectiva y promueve las formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

Precisamente el carácter voluntario del arbitraje en la relación colectiva, podría llevar a una solución no pacífica del conflicto, pues habría que recurrir a la huelga que es una medida de fuerza. Mientras que la solución potestativa del arbitraje ayudaría a cumplir las finalidades señaladas en la Constitución.

Tan es así que la propia LRCT en su artículo 63 establece que cuando los trabajadores optan por la huelga, requieren de la aceptación del empleador si desean someter el diferendo a arbitraje por considerar que la opción por la solución de fuerza no les conviene. Ello tiene la lógica de entender que las

⁶ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Problemática de la Negociación Colectiva en el Perú”. En: *Revista Análisis Laboral*, N° 100, Octubre de 1985, p. 53.

⁷ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Solución de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación y el arbitraje”. En: *Revista Derecho* N° 37, Diciembre 1983, Lima, PUCP, Fondo Editorial, p. 55.

⁸ ELÍAS MANTERO, Fernando. “Derecho Laboral, Relaciones Colectivas de Trabajo”. Perú, Jus Editores, Primera Edición 1955, p. 213.

soluciones alternativas (arbitraje o huelga) son potestativas, pero que deben ser usadas dentro de un criterio de razonabilidad y no como armas de presión excediendo sus finalidades.

Ello podía llevarnos a entender el artículo 61 de la LRCT en el sentido que cuando señala que “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”, se está refiriendo a cualquiera de ellas, por ser potestad de cualquiera de ellas solicitarlo, precisamente como un medio pacífico de solución del conflicto cuyo desarrollo y terminación es fomentado por el Estado al amparo de la norma constitucional antes mencionada.

Juan Carlos CORTÉS CARCELÉN⁹ nos dice que el término “*podrán las partes*”, puede significar tres posibilidades, ambas podrán hacerlo de manera conjunta, o cada parte tiene la posibilidad de acudir al arbitraje en las condiciones que señala la ley. A nuestro entender *podrán las partes* no puede significar exclusivamente que podrán hacerlo de manera conjunta”.

La tesis potestativa es concordante con la estructura constitucional cuya finalidad de fomentar y solucionar pacíficamente los conflictos colectivos, se frustraría y no se cumpliría en el caso que el arbitraje fuera voluntario.

Obviamente esto es lo que busca el sentido de la norma constitucional contenida en el inciso 2 de su artículo 28, y lo que pretende la estructura de la LRCT que, si se analiza en sus artículos 57 a 63, nos indica que la ley propicia la mayor flexibilidad para que cualquiera de las partes impulse la solución del conflicto a través de los acuerdos directos, la solicitud de conciliación por cualquiera de ellas, el recurrir a cualquier medio válido para la solución pacífica de la controversia, tal como someterla a arbitraje o, en el caso de los trabajadores, acudir a la solución de hecho a través de la huelga, definida esta además, por la propia ley, como una suspensión colectiva, democrática, voluntaria y pacífica del trabajo, con abandono del centro de trabajo (artículo 72 de la LRCT).

En ese sentido, y como indicamos al inicio de este acápite III, el Reglamento de la LRCT aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR de 14 de octubre de 1992, modificado por Decreto Supremo 009-93-TR de 7 de octubre de 1993, entiende a la norma reglamentada en su sentido potestativo, pues señala en su artículo 46, referido al artículo 61 de la ley, que “*cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley*”.

El entender el arbitraje laboral como una solución potestativa de las partes o incluso ejercida conjuntamente por ambas, resuelve a nuestro juicio

⁹ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. En: *Revista del Foro*, Año LXXII, N° 1, 1994, p. 96.

de mejor manera el sentido constitucional de fomentar soluciones pacíficas al conflicto colectivo. Hay que tener presente que lo que la Constitución y las leyes persiguen en el caso de la negociación colectiva es la solución del conflicto por medios pacíficos utilizando las distintas alternativas que plantea la normativa vigente.

No tendría sentido en tal virtud, una legislación que llevara a un punto muerto una negociación colectiva, sin posibilidad de ser resuelta y sin hacer efectivo el derecho de los trabajadores al utilizar este medio, si la voluntad de una de las partes, en este caso la del empleador, pudiese frustrar tal derecho.

Felizmente, el problema ha quedado zanjado por la Resolución del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2010, Exp. N° 03561-2009-PA/TC en el caso presentado por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTAMPORPC) en que aclarando la sentencia de 17 de agosto de 2009 expedida por el mismo Tribunal, y siguiendo la argumentación y razonamiento analizados en los párrafos anteriores, precisa que el arbitraje es de carácter potestativo tal como lo señala el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), por lo cual, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este.

Sin embargo, por D.S. N° 014-2011-TR y R.M. N° 284-2011-TR se regulan el arbitraje potestativo en dos supuestos: (i) si no hay acuerdo en la primera negociación en el nivel o contenido de la negociación y, (ii) cuando dentro de la negociación se incurre en mala fe para dilatar, entorpecer o evitar el acuerdo. Estas disposiciones enturbian y dilatan la negociación y propician el mal uso de estos recursos, por lo cual consideramos que deben ser derogadas.

Sería conveniente y recomendable una solución normativa que defina esta situación para que no quede librada a pronunciamiento judicial o del Tribunal Constitucional.

Ya lo hace de manera acertada el Proyecto de Ley General del Trabajo aún pendiente de aprobación en el Congreso, cuando contempla en su artículo 385 que *“cualquiera de la partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva a otros medios pacíficos de solución [...]”*.

Respecto al desarrollo del arbitraje en materia laboral colectiva, este tiene un trámite sencillo de acuerdo a la LRCT y su reglamento Decreto Supremo 011-92-TR de 14 de octubre de 1992, modificado por Decreto Supremo 009-93-TR de 7 de octubre de 1993, Decreto Supremo 006-2001-TR de 22 de marzo de 2001, Decreto Supremo 013-2006-TR de 7 de julio de 2006 y Decreto Supremo

014-2007-TR de 28 de junio de 2007, que puede describirse de manera general, en los siguientes pasos:

Primero, el acta de compromiso arbitral: en la que se establecerá a cargo de quién estará el arbitraje y a falta de acuerdo cada parte nombrará un árbitro y ambos al presidente del tribunal y a falta de acuerdo lo nombrará la Autoridad del Trabajo (artículos 64 de la LRCT y 51 de su Reglamento). La falta de acuerdo para celebrar el compromiso arbitral no impide la continuación del arbitraje pues las normas señaladas establecen los mecanismos para que se lleve adelante el procedimiento. El no acuerdo de las partes sobre este acto inicial no impide ni frustra el proceso arbitral, pues la normativa señalada en el párrafo precedente, actúa supletoriamente, no sólo para nombrar a los árbitros, sino para continuar el proceso, laudar, establecer los honorarios y costas y seguir con todos los aspectos de arbitraje.

Hay en este caso un problema específico con el nombramiento de los árbitros, pues el proceso se inicia con su aceptación al cargo ante las partes en la primera audiencia y sin embargo estamos frente a un tribunal no vigente que sin embargo cita a la primera audiencia. Sería más conveniente que el nombramiento y aceptación precedan al inicio del proceso para que, constituido el tribunal, pueda actuar con libertad y autoridad legal.

Segundo, el inicio del procedimiento: a la aceptación del árbitro o árbitros ante las partes y levantamiento del acta respectiva. En este acto cada parte entregará su propuesta final al árbitro o a los árbitros en la forma de proyecto de convención colectiva con copia para la otra parte. Dentro de los cinco días siguientes pueden las partes formular sus observaciones a dichos proyectos (artículo 54 del Reglamento).

Tercero, la actuación de la prueba: con un plazo de 30 días para actuar cualquier prueba o pericia que establezca el árbitro o tribunal y para resolver el conflicto. Este plazo se cuenta desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral mencionada en el párrafo anterior. El árbitro o tribunal actuará de oficio cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, intermediación y lealtad (artículos 64 de la LRCT y 55 del Reglamento).

Cuarto, el laudo: que se dará a conocer dentro de los cinco días de concluido el proceso levantándose acta de la diligencia. El laudo debe recoger el planteamiento de una de las partes sin establecer una solución distinta ni combinar los planteamientos, aunque por equidad puede “atenuar” algún extremo fundamentando la decisión, como señala el artículo 65° de la LRCT.

El tema de la atenuación como sinónimo de “adelgazar” o “disminuir”, que son los significados que les da el Diccionario de la Real Academia Española, DRAE, trae una complicación cuando se trata de aumentar razonablemente algo que es muy bajo, por ejemplo si se recoge la posición de la empresa, que por lo general es baja. Este término merece un cambio normativo para señalar que el árbitro o tribunal puede “moderar” los extremos. Esta palabra en el DRAE tiene un significado inequívoco pues significa “templar, ajustar, arreglar una cosa, evitando el exceso”. A su vez “ajustar” tiene el significado de “arreglar, moderar” y el término “regular” significa “aumentar o disminuir coyunturalmente”¹⁰. La solución puede pues transitar por una facultad del árbitro o tribunal de moderar los extremos, en caso que el término atenuación pueda tener alguna limitación interpretativa, aunque se entiende que la intención del legislador no fue otra que otorgar a los árbitros tal facultad.

Hay un plazo de un día para que las partes puedan solicitar aclaraciones o correcciones, las que también podrán efectuarse de oficio por el propio árbitro o tribunal.

Quinto, la impugnación: el laudo es inapelable e imperativo para las partes aunque puede ser impugnado por razón de nulidad y por establecer menores derechos que los legales a favor de los trabajadores (artículos 65 y 66 de la LRCT y artículos 55 a 58 del Reglamento).

Si bien puede discutirse si la nulidad se trata de la nulidad del acto jurídico del artículo 219 del Código Civil, o de las causales de nulidad formal previstas en el artículo 122 del Código Procesal Civil, o de la nulidad contenida en los artículos 62 y 63 de la nueva Ley de Arbitraje Decreto Legislativo 1071 que rige desde el 1 de septiembre de 2008, hay que señalar que la jurisprudencia, desde luego anterior a la nueva Ley de Arbitraje¹¹, señala que las causales de anulación del laudo son aquellas de la Ley General de Arbitraje.

La jurisprudencia considera que no son causales de nulidad el que no se tenga en cuenta el dictamen económico del Ministerio de Trabajo, pues no hay obligación de recogerlo ya que tiene carácter referencial, o el que una de las partes no entregue su propuesta final en la audiencia de inicio del arbitraje, o si se trata de vicios del convenio arbitral, o requisitos de los árbitros, o inexistencia de aceptación, si se formulan con posterioridad a la audiencia inicial¹².

¹⁰ DRAE, 1998, Tomo I, p. 76 y Tomo II, pp. 1385 y 1758.

¹¹ Exp. 053-2006-ILA (S) de 27 de junio de 2007, Exp. 50-06 ILA, de 28 de junio de 2007, Exp. 414-93 de 29 de febrero de 1996, En Revista Actualidad Laboral, Nov. 1996, p. 54.

¹² Exp. 414-93, Res. de la Sala Laboral de 29 de febrero de 1996, en Actualidad Laboral Noviembre de 1996, p. 54; Exp. 254-94, Res. de la Sala Laboral de 14 de mayo de 1997, en Revista de Actualidad Laboral Mayo 1998.

A partir de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1071, según lo establece su artículo 62, el recurso de anulación es la única vía de impugnación del laudo y solamente tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente contempladas en el artículo 63 de la misma norma, estando “prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

Esta norma acota pues con claridad el campo de acción jurisdiccional para la revisión de los laudos.

Conforme al artículo 63 del Decreto Legislativo 1071, son causales de anulación del laudo, las siguientes:

- a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un arbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que la composición del Tribunal Arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de esta Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d) Que el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e) Que el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f) Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Las cuatro primeras causales sólo serán procedentes si fueron materia de reclamo expreso ante el tribunal y fueron desestimadas. Tratándose de los literales (d) y (e) la anulación afectará únicamente las materias no sometidas o no susceptibles de arbitraje siempre que sea separables y la del inciso (e) puede ser apreciada de oficio por la Corte Superior. La causal del inciso (g) sólo procede si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito inequí-

vocamente ante el tribunal arbitral y su comportamiento en el proceso no sea incompatible con el reclamo.

No procede la anulación del laudo si la causal invocada ha podido ser subsanada y la parte interesada no cumplió con solicitarla.

Sexto, el trámite del recurso de impugnación: se interpone dentro de los cinco días hábiles de notificado el laudo o la aclaración si fuere el caso, las partes pueden presentar su alegato dentro de los tres días hábiles de ingresado el expediente a la Corte Superior y se resolverá dentro de los diez días hábiles siguientes por el mérito de los autos. Contra esta resolución procede apelación dentro de tres días hábiles a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, la que por el solo mérito de los autos resolverá dentro de los quince días hábiles de recibida la causa (artículo 59 del Reglamento).

Desde luego que las partes, conforme lo dispone el artículo 61 del Reglamento, pueden celebrar una convención colectiva en cualquier momento del procedimiento poniendo fin a la negociación colectiva, sin perjuicio de cumplir las obligaciones económicas asumidas en el compromiso arbitral.

Cabe señalar también como tema peculiar, que las reglas procesales del arbitraje en la relación colectiva, si bien tienen sus lineamientos generales en la LRCT, sus específicos aspectos procesales se encuentran señalados en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas aprobado por Decreto Supremo 011-92-TR de 14 de octubre de 1992. Esto llama la atención pues las normas procesales son de orden público y deben estar contenidas en una ley como es lo usual y los vemos en el caso del proceso constitucional, civil, penal, laboral o arbitral general.

Obviamente este problema debería ser materia de norma de jerarquía legal, que otorgue el nivel necesario a la norma procesal en materia colectiva de trabajo.

Consideramos, después de lo expuesto, que las normas relativas al arbitraje en la relación colectiva de trabajo, deberían tener una aplicación automática, sin necesidad de celebrar o suscribir un compromiso arbitral, pues la ley contempla los procedimientos y requisitos necesarios para que este se desarrolle sin necesidad de acudir a la voluntad de las partes para establecer los aspectos procesales. Además, el carácter potestativo que se admite para el arbitraje laboral en la negociación colectiva, haría innecesario el compromiso arbitral.

Toda la legislación colectiva laboral está orientada y destinada a hacer posible la consecución o culminación de la negociación colectiva porque está protegida y fomentada por el Estado por mandato constitucional que, como ya hemos señalado, se encuentra consagrado en su artículo 28 inciso 2. En este sentido la normativa sobre negociación colectiva debe facilitar este propósito.

Debemos esperar por ello que la solución arbitral potestativa implícita en nuestro sistema jurídico y amparada por el Tribunal Constitucional, que de también consagrada legalmente para evitar cualquier cuestionamiento o litigio en esta materia y para hacer posible la culminación de la negociación colectiva una vez agotado el trato directo y las demás medidas de solución del conflicto como la mediación o la conciliación.

4. CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo a lo expuesto, el arbitraje en materia de la relación individual de trabajo, es constitucional y legal, no vulnera derechos irrenunciables y obliga a los árbitros a aplicar los principios generales del Derecho del Trabajo, las normas protectoras de carácter constitucional y las normas legales laborales de igual carácter.

Las reglas de tutela económica en el arbitraje individual, deben contener una garantía de gratuidad de costos y libre elección de su defensa para el trabajador que no es de dirección, sin importar el momento en el que se pacte arbitraje, caso contrario se celebrará al cese. Al mismo tiempo, debe garantizarse la total libertad de pactar arbitraje para los trabajadores de dirección.

En este tipo de arbitraje individual, el procedimiento arbitral señalado en la ley de la materia debe tener carácter supletorio a la voluntad de las partes, quienes pueden decidir sobre las normas procesales que se aplicarán en el procedimiento.

Las normas procesales del arbitraje en la negociación colectiva señaladas en la ley, deben ser de aplicación automática, sin necesidad de la celebración de un compromiso arbitral pues por su carácter potestativo conducen a un proceso arbitral normado que contempla todos los aspectos y garantías necesarias para un debido proceso.

Aplicar el criterio voluntario al arbitraje en la negociación colectiva, puede conducir a poner en cuestionamiento su protección constitucional y la consecución del proceso, dejándolo librado a la voluntad de una de las partes y obligando a los trabajadores a ir inexorablemente y no voluntariamente a la huelga como medio de solución del conflicto, poniendo en peligro su resultado.

Denegación de la ejecución forzosa del laudo de consumo por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje

MARÍA MARCOS GONZÁLEZ (*)

*A don Manuel de la Puente y Lavalle,
con reconocimiento y afecto*

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Carácter abusivo de la cláusula de sumisión a arbitraje.* 2.1. *Supuesto de hecho.* 2.2. *Calificación jurídica.* 3. *Tratamiento procesal de la nulidad del convenio arbitral en sede de ejecución.* 3.1. *Improcedencia de la denegación de ejecución.* 3.2. *Procedencia de la denegación de la ejecución.*

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión relativa a la denegación de la ejecución forzosa de un laudo como consecuencia de la apreciación de oficio por el juez ejecutor de la nulidad del convenio arbitral nos sitúa ante un problema procesal de gran interés científico y práctico; científico, porque nos encontramos ante un supuesto de control judicial del laudo arbitral cuyo análisis nos exigirá el estudio riguroso de los límites procesales a la autonomía de los árbitros; y práctico, porque la negación judicial de la eficacia ejecutiva de un laudo arbitral puede infundir en los ciudadanos una desconfianza hacia el arbitraje y una justificada huida de este método alternativo de resolución de conflictos.

En la práctica forense de los últimos cinco años se han planteado frecuentes solicitudes de ejecución de laudos arbitrales dictados por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y de Equidad (AEADE) en los que se ha condenado a los usuarios de líneas de telefonía móvil al pago de una indemnización a la empresa de telecomunicaciones respectiva por el incumplimiento de la obligación de mantener la línea contratada por determinado plazo de

(*) Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, Madrid, España.

tiempo, así como al abono de las costas del procedimiento arbitral y de los honorarios de los árbitros¹.

Las respuestas judiciales que se han dado a estas solicitudes de ejecución han sido contradictorias porque en unos casos el juez ejecutor ha despachado ejecución mientras que en otros la ha denegado por entender que la cláusula arbitral era nula, por abusiva, al no haber sido negociada individualmente, constituir un arbitraje distinto del de consumo, y perjudicar los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. También las Audiencias Provinciales han incurrido en estas contradicciones al pronunciarse sobre el recurso de apelación planteado frente a la resolución del juez ejecutor.

La Audiencia Provincial de Madrid ha tratado de resolver estas contradicciones a través del Acuerdo número 10/2004, de 23 de septiembre², adoptado en Junta de Unificación de Criterios, cuyo apartado 10 defiende que como regla, en el momento de despachar ejecución, el Juez ejecutor no puede analizar la validez, la suficiencia ni la existencia misma del convenio arbitral; antes bien, debe circunscribir su análisis a la regularidad formal del laudo. Ni siquiera la propia existencia, validez o eficacia del convenio arbitral puede ser alegada como motivo de oposición al despacho de la ejecución. Es ésta una competencia propia de los árbitros en el seno del arbitraje (artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre; en adelante, LA), y de la Audiencia Provincial a que corresponda el lugar en que se dictó el laudo o resolución (artículo 8.5 LA) en el seno de la acción de anulación que eventualmente se pueda promover [artículo 44.1, a) LA].

Este criterio general deriva de la interpretación de los preceptos contenidos en la Ley de Arbitraje, pero también tiene algunas excepciones como las derivadas de la normativa de protección de los consumidores y usuarios³. Y es precisamente en este ámbito excepcional en el que se desarrolla el objeto de nuestro estudio, ya que nos encontramos ante un laudo de consumo, por lo que una de las partes del proceso arbitral es un consumidor y en este caso

¹ En total el monto económico suele aproximarse a los 700 euros.

² Base de datos Aranzadi: JUR 2004 \307394. El Acuerdo fue adoptado por los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid con 22 votos a favor y 4 en contra; esta doctrina ha sido consolidada por numerosas resoluciones de esta Audiencia Provincial (V. Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 noviembre 2007, recurso 546/2007).

³ "Siendo la protección de los consumidores un tema de interés público, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales los que deben cuidar de que el equilibrio entre las partes que convinieron someter a arbitraje sus diferencias, sea efectivo y real, evitando que sus derechos, por el juego de las normas procesales, puedan verse dañados" (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, Auto de 11 septiembre 2007, recurso 298/2005).

la normativa dictada para su protección debe prevalecer sobre las previsiones de la Ley de Arbitraje⁴.

En estas páginas nos proponemos examinar el alcance procesal de esta regla excepcional en la que se ubica nuestro objeto de estudio, si bien de forma breve por razones de espacio. Comenzaremos exponiendo los supuestos de hecho que con mayor frecuencia se han planteado en la práctica con el fin de comprender con precisión cual es la realidad jurídica ante la que nos encontramos. A continuación, analizaremos la normativa vigente en nuestro sistema jurídico, así como las resoluciones judiciales relevantes del ámbito nacional y de la Unión Europea.

2. CARÁCTER ABUSIVO DE LA CLÁUSULA DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

2.1. Supuesto de hecho

Las actuaciones procedimentales instadas por las empresas de telefonía móvil al amparo de idénticas cláusulas arbitrales responden al siguiente esquema: a) la empresa incluye en el contrato de adhesión de telefonía móvil una cláusula de sumisión a arbitraje; b) el procedimiento arbitral se inicia a instancia de la empresa; c) el consumidor no acude al procedimiento arbitral a defenderse, por lo que el laudo se dicta sin contradicción; d) el laudo conde-

⁴ “Como recuerda la STS de 5 diciembre 2002, la autonomía de la voluntad se ve en cierto modo limitada o restringida en beneficio de la parte más débil de la contratación: “.. la doctrina se pronuncia en el sentido de que la producción de bienes y servicios en masa y la homologación de conductas de usuarios y consumidores, según patrones miméticos, junto con las necesidades de simplificación y normativización que imponen las organizaciones empresariales a la que no son ajenas prácticas que se desarrollan por la posición preeminente que ocupan en el mercado, ha propiciado y extendido, con carácter general, la contratación sujeta a contenidos del contrato tipificados que limitan la voluntad del contratante a la mera aceptación o simple adhesión al contrato que se ofrece por la parte llamada, por ello, predisponente. La libertad en este caso del contratante precisado de aquellos bienes o servicios se deduce a la prestación del consentimiento careciendo, por regla general, (aunque no siempre ocurre así), de posibilidades reales de negociación del contenido de las condiciones del contrato. Surgen de este modo, las “condiciones generales”, es decir, las impuestas por una de las partes contratantes a la otra, redactadas con carácter general, para todos los contratos de una misma clase, y que, en principio, tienden a favorecer a la parte que las impone. Las nuevas realidades sociales que son hoy lugar común en el tráfico jurídico dejan, a veces, mal parada la libertad de contratación por lo que el derecho ha establecido mecanismos compensatorios, ora sea mediante la declaración de las cláusulas oscuras que perjudiquen a la que se denomina “parte débil” del contrato, ora sea mediante sistemas de declaración de nulidad por abusivas de las condiciones generales. Estas materias, sin embargo, aunque pertenecen al derecho privado, no obstante las normas interventoras que las regulan, están regidas por leyes especiales. (Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Jurídicas de la Contratación, Legislación de Comercio y Directivas de la Unión Europea aplicables)” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14^a, Auto de 11 diciembre 2003, recurso 665/2003).

natorio es dictado por un árbitro designado por la AEADE; e) el consumidor no ejercita la acción de anulación frente al laudo; f) el juez ejecutor deniega la ejecución del laudo por considerar de oficio la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje; g) la Audiencia Provincial respectiva desestima el recurso de apelación de los autos de ejecución de títulos extrajudiciales⁵ y confirma la resolución del juez ejecutor.

En estos supuestos, como es fácilmente deducible del esquema expuesto, la cláusula de sumisión a arbitraje no ha sido negociada individualmente⁶ sino que aparece en el contrato de adhesión, de distribución de telefonía móvil, presentado por la empresa oferente; la remisión al arbitraje no es a una institución pública, sino a una asociación de carácter privado (AEADE); en el contrato de adhesión figura el anagrama de AEADE; en la cláusula también se establece que, con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato.

2.2. Calificación jurídica

La doctrina mayoritaria de las Audiencias⁷ ha considerado que esta cláusula perjudica claramente a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes: a) porque al tratarse de una institución arbitral privada se le impide acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institucional arbitral de consumo en la que participan además de la Administración Pública, profesionales de los sectores implicados, en este caso empresas de telefonía móvil y representantes de los consumidores⁸; b) porque en muchos

⁵ V. por todas, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 6 junio 2007, recurso 154/2007.

⁶ “Como hemos reiterado en otras muchas resoluciones anteriores (siguiendo el criterio de la Sección 14ª de esta misma Audiencia, por ejemplo, en Auto de 25 de febrero de 2004), la cláusula arbitral en cuestión, aunque aparezca en un impreso separado del contrato, ha de entenderse inserta en un contrato de adhesión celebrado con un consumidor” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Sentencia de 30 enero 2009, recurso 660/2006).

⁷ V. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 6 junio 2007, recurso 154/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 6 junio 2007, recurso 166/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 15 abril 2008, recurso 801/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 19 febrero 2008, recurso 654/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 26 junio 2006, recurso 369/2005; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 7 octubre 2005, recurso 177/2005.

⁸ Por otro lado, el hecho de que la sumisión al arbitraje tenga carácter opcional no implica la existencia de un convenio arbitral real que vincule a la parte; “Es el segundo inciso de la cláusula de sumisión a arbitraje el que introduce el carácter opcional, sólo para el caso de que el cliente merezca la calificación de consumidor o usuario. En tal supuesto, dice la cláusula, el cliente podrá someter cualquier cuestión derivada del presente documento tanto a procedimiento arbitral conforme se ha expuesto en el párrafo anterior, como a la

casos se obliga al consumidor a acudir a defenderse a una localidad lejana a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta –o incluso imposibilita– sus posibilidades de defensa; c) porque se le impone al consumidor una carga sobreañadida al establecer que, con independencia de la estimación o desestimación parcial de la reclamación, los costes del proceso arbitral los ha de abonar la parte que hubiese incumplido el contrato.

En consecuencia, si no se hubiera incluido esta cláusula, hubiera sido la jurisdicción ordinaria la que habría conocido de la reclamación y por consiguiente; a) el procedimiento por la cuantía se habría seguido imperativamente ante los Juzgados del domicilio del demandado (artículo 54 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC); b) El coste del procedimiento podía ser muy reducido al no ser obligatoria la presencia de abogado y procurador para ninguna de las partes, siendo gratuito cuando intervienen arbitrariamente las Juntas de Consumo⁹, en tanto que con la sumisión al arbitraje de la AEADE se le cargan unas costas que superan los 300 euros.

Por otro lado, en el contrato de adhesión en el que aparece inserta la cláusula arbitral consta también el anagrama de AEADE, de lo que la doctrina de las Audiencias¹⁰ ha deducido una evidente y previa relación de asesoramiento

vía judicial ordinaria, o al procedimiento arbitral de consumo, siempre y cuando la empresa estuviera adherida al mismo [...] La cláusula ofrece al consumidor dos vías para dirimir los conflictos derivados del contrato: la de la jurisdicción ordinaria y la del arbitraje, y dentro de esta última el arbitraje bien a impartir por AEADE o bien por el procedimiento arbitral de consumo. Se trata, como se ve, de una facultad de opción que, como tal, exigirá del consumidor una declaración de voluntad ulterior, sin que baste la exposición inicial de las distintas opciones que tiene para estimar que el consumidor queda vinculado a cualquiera de ellas, a elección de la otra parte contratante, la empresa de telefonía, sin necesidad de un acto volitivo posterior de aquél determinando una elección concreta, en particular la sumisión al arbitraje de AEADE. La cláusula no configura un convenio arbitral en el sentido del artículo 5.1 de la Ley de Arbitraje aplicable, sino una mera facultad que se brinda al consumidor para someterse a arbitraje, y en particular al arbitraje de AEADE, que no consta ejercitada en la forma que el precepto requiere, mediante expresión de la voluntad inequívoca de someter al arbitraje de AEADE las controversias que puedan derivarse de la ejecución del contrato. Esa declaración de voluntad no puede ser deducida ni es deducible del simple hecho de haber tenido la oportunidad de presentar alegaciones ante la propia AEADE en el procedimiento arbitral por ésta iniciado a instancia de la empresa de telefonía sin que previamente se haya obtenido del consumidor su consentimiento inequívoco de renunciar a la jurisdicción ordinaria y someter el asunto a arbitraje administrado por AEADE; siquiera consta dirigida una comunicación en tal sentido al consumidor para que éste manifestara su voluntad, aceptando o rechazando el arbitraje” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 16 enero 2006, recurso 324/2005).

⁹ V. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, modificado por RD 863/209, de 14 de mayo.

¹⁰ V., Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 15 abril 2008, recurso 829/2007; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 12 enero 2006, recurso 311/2005; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Auto de 14 marzo 2006, recurso 755/2004;

a una de las partes (que luego será beneficiaria de la condena)¹¹, incompatible con la imparcialidad exigida a los árbitros y que se erige como causa de inhabilidad para desempeñar la función (conforme al artículo 17.1 LA el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial). La doctrina mayoritaria ha entendido, con base en los datos que constan en los diversos expedientes¹², que la AEADE no se ha limitado a sugerir los términos de la cláusula arbitral, lo cual sería lícito, sino que ha facilitado el contrato completo, lo que supone un asesoramiento jurídico que le impide ser árbitro del litigio que pueda surgir posteriormente entre las partes en relación con los pactos convenidos¹³.

De hecho la propia AEADE comparece en los procesos de ejecución como parte ejecutante, asumiendo la posición de acreedor solidario, junto con la parte beneficiaria de la condena, reclamando ambos una cuantía elevada por el concepto de costas y gastos del arbitraje, lo que no encuentra otra justifica-

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 7 octubre 2005, recurso 177/2005; Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 16 enero 2006, recurso 309/2005.

¹¹ “Es cierto que esa vinculación entre el árbitro y una de las partes (la favorecida por la condena) no puede deducirse explícitamente en el presente caso, pues en el contrato no aparece el sello o anagrama de AEADE. Pero no podemos dejar de valorar que se trata del mismo tipo de formulario contractual, en el que obra idéntica cláusula de sumisión arbitral, si bien se ha suprimido la inclusión de la citada Asociación, que mostraba sin lugar a dudas la procedencia del formulario contractual” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 15 abril 2008, recurso 829/2007).

¹² De entre los que conviene resaltar que la Asociación no exige provisión de fondos a las personas que verifican su reclamación ante ella (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Auto de 11 diciembre 2003, recurso 665/2003).

¹³ “Ello se desprende tanto de la utilización del sello de dicha Asociación en los contratos promocionales de telefonía móvil, únicos -que sepamos- en los que consta la designación de la Asociación como institución arbitral, como del sentido estimatorio de los laudos, en los que se suele destacar en su fundamentación los graves daños y perjuicios que los incumplimientos de los consumidores producen a las pequeñas y medianas empresas de telefonía móvil habida cuenta su pequeña cuantía y la “imposibilidad de hecho de acudir a la justicia ordinaria por los costes que ésta comporta” de modo que, introduciendo la cláusula arbitral en los contratos, los pequeños litigios se derivan hacia la Asociación que procede a determinar los incumplimientos, a señalar las oportunas indemnizaciones y también a cargar al reclamado con los gastos del arbitraje que en todos los casos examinados por esta Sala y también en el presente suponen alrededor de un 50% o más de la indemnización que se establece Incumplido el requerimiento de pago, tras la emisión del laudo condenatorio, la propia Asociación se encarga de solicitar judicialmente la ejecución del laudo compareciendo con una única representación y defensa junto con la empresa de telefonía móvil, contando con la limitada oposición que permite la ley en esta fase, al gozar los laudos de la misma eficacia que una sentencia firme. La AEADE carece de la imparcialidad que debe presumirse de la institución arbitral a la que la utilización de tales métodos pervierte” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Auto de 11 diciembre 2003, recurso 665/2003).

ción que la estrecha vinculación entre la entidad que asumió el arbitraje y la parte favorecida por el laudo¹⁴.

Esta vinculación impeditiva de la función de arbitraje no consta que fuera aclarada a la parte usuaria en el momento de suscribir el contrato de adhesión que incorpora el convenio arbitral, y por este motivo, las Audiencias Provinciales han entendido que la parte usuaria no ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato el verdadero sentido y alcance de la condición general que acoge la cláusula arbitral, tal y como exige la legislación¹⁵, para que la misma quede incorporada al contrato, al tiempo que implica infracción de la obligación que se impone a los árbitros, por el artículo 17.2 LA de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad¹⁶.

¹⁴ Sin embargo, defiende la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 noviembre 2007, recurso 546/2007, que “La Asociación europea de Arbitraje de Derecho y Equidad es parte interesada en el presente procedimiento de ejecución, como entidad administradora del arbitraje, que ante la firmeza de un título ejecutivo (laudo arbitral) que contiene pronunciamientos de condena incumplidos a fecha de hoy por el deudor se le habilita para instar la ejecución como acreedora de la pretensión ejercitada, reclamando en virtud del artículo 37.6 de la Ley de Arbitraje, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado y demás gastos originados en el procedimiento arbitral, pues de ahí nace la legitimación de la entidad ahora apelante para despachar ejecución por aquellas cantidades concretadas en el laudo”.

¹⁵ V. artículo 7. a) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

¹⁶ “Atendiendo la AEADE exclusivamente a sus intereses” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Auto de 11 diciembre 2003, recurso 665/2003); “En concreto esta Magistrada sigue el razonamiento del auto de fecha 31 de marzo de 2005 de la reseñada Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid, en dicha resolución se indicaba textualmente: (...) Dicho de otro modo; la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes mas poderosos (...) una cosa es recomendar el arbitraje y determinada cláusula arbitral, y otra bien distinta es preparar los contratos, insertar obligatoriamente la cláusula arbitral, y después administrarlo, de forma que el arbitraje resulta prácticamente obligatorio cuando se quiere obtener un determinado tipo de teléfono móvil, y por último ejecutarlo. Tan es así, que en el modelo utilizado la fecha del contrato no aparece debajo de sus cláusulas, sino bajo la cláusula arbitral. Es fácilmente adivinable la crítica que merecería el Poder Judicial si asesorase previamente a un litigante en materia que luego se sometiera al conocimiento de los jueces, preparase los modelos de contratos y demás actos jurídicos que se hubieran de someter a litigio, y pudiese nombrar libremente para cada caso los Jueces que hubieran de decidir sobre aquellas materias y sobre esos actos; habíamos retrocedido muchos siglos en la defensa de las garantías ciudadanas. Es mas, llegados a este punto la duda aumenta geoméricamente: nos preguntamos quien ha sido el autor de los modelos de contrato, y si esa persona se encuentra en el círculo de los posibles árbitros designables por la institución arbitral. En definitiva, creemos que la asociación a la que se sometieron las partes no goza de la imparcialidad objetiva suficiente como para administrarlo”. En su fundamento jurídico quinto el auto precisa que si bien “en la primera de las resoluciones en las que esta Sala ha abordado el problema que hemos expuesto, rollo número 1/04, entendimos que esta falta evidente de imparcialidad de la asociación administradora del arbitraje, más que arrastrar la nulidad del laudo, lo que hacía era provocar la nulidad de la

3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA NULIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL EN SEDE DE EJECUCIÓN

Como sabemos, si el laudo, una vez firme, contiene pronunciamientos de condena y el deudor no los cumple, el acreedor puede instar la ejecución forzosa que sigue las normas reguladoras de la ejecución de títulos judiciales (artículo 44 LA), a los que aquellos se asimilan¹⁷.

Cuando se solicite la ejecución del laudo arbitral, el tribunal dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el laudo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (artículo 551 LEC). Por tanto, ante esta pretensión, el tribunal deberá analizar si concurren los requisitos procesales y presupuestos formales para despachar la misma; en cuanto a los primeros, debe vigilar su competencia funcional y territorial y la legitimación de las partes en función del convenio suscrito y del laudo recaído; y, sobre la regularidad formal del procedimiento arbitral solo deberá ocuparse de vigilar que se haya respetado el principio de audiencia y que las partes hayan recibido las notificaciones oportunas para defender sus derechos¹⁸,

cláusula arbitral. Ahora bien, una nueva reflexión nos debe llevar a dar un paso adelante, pues si tenemos en cuenta que la designación del árbitro ha sido decidida libremente por AEADE, sin intervención de las partes, que, en la anterior resolución, también aludíamos a las dudas que teníamos de que los redactores de los modelos de contrato se encontrasen en el círculo de los árbitros, y que es indudable que existe una estrecha conexión entre estos y la asociación, pues, tras examinar, en el ejercicio de nuestra jurisdicción, un amplio número de laudos cuyo procedimiento arbitral ha sido administrado por AEADE, vemos que se repiten los árbitros designados, ello, también, nos permitirá entender que la falta de imparcialidad que venimos denunciando se extiende a los propios árbitros y que, por tanto, el laudo también es nulo por ser contrario al orden público" (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 marzo 2007, recurso 803/2006).

¹⁷ En ese sentido, como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 23 noviembre 1995 "[...] el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)". V. también Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 noviembre 2007, recurso 546/2007; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 22 febrero 2008, recurso 7/2006.

¹⁸ "Desde esta perspectiva ha de analizarse el caso concreto y teniendo en cuenta que el laudo es una resolución con eficacia equiparable a la de las sentencias por ser la que dirime la controversia suscitada entre las partes justamente por el efecto propio del contrato de compromiso en el que, por voluntad concorde, han renunciado expresamente a someter sus divergencias a la jurisdicción civil ordinaria atribuyendo la resolución de las mismas a la arbitral a la que han de atenerse debiendo pasar por sus decisiones. Dicho esto, es evidente que en la notificación de los laudos no se puede rebajar las garantías que deben observarse para la notificación de las sentencias o, lo que es igual, a juicio de este Tribunal, no se puede tener por notificado un laudo atendiendo a argumentos que no servirían para tener por notificada una sentencia, cuales son los contenidos en las resoluciones citadas

pudiendo, asimismo, rechazar el laudo, por no ser conforme a la naturaleza y contenido del título, cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido)¹⁹. Además, también deberá denegarse la ejecución cuando el laudo arbitral sea contrario al orden público²⁰, entendido,

en el escrito de interposición del recurso de apelación. En el caso enjuiciado sólo tenemos constancia de que la Asociación que dictó el laudo remitió dos burofaxes, ninguno de los cuales fue entregado al interesado (folios 20 y 21) donde se refleja, en una de las ocasiones que se dejó aviso postal y en la otra, que se avisó al destinatario, sin que conste haber intentado previamente la notificación por medio de entrega personal, ni de haber realizado la indagación razonable a que obliga el artículo 5, letra a) de la ley de Arbitraje. A la vista del modo de proceder indicado y tratándose de un acto de comunicación de la importancia señalada, surgen inevitablemente las naturales reservas en cuanto a que el envío antes citado se corresponda con el laudo cuya ejecución se pretende, por lo que existe base suficiente para denegar de oficio la ejecución pretendida por falta de notificación del Laudo, en los términos exigidos en los artículos 5 y 37.7 de la Ley de Arbitraje o en el apartado 4 del propio Convenio Arbitral, que conlleva su falta de eficacia en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley de Arbitraje y de firmeza en la exigencia del artículo 517.2.2º LEC (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, Auto de 13 octubre 2008, recurso 95/2008).

¹⁹ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 marzo 2007, recurso 803/2006. En el mismo sentido, afirma la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, Auto de 14 noviembre 2008, recurso 717/2007 que “Tras realizar una primera aproximación a la materia, revisando las disposiciones específicas que contiene la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 y la Ley de Enjuiciamiento civil, entendemos que los tribunales, a pesar de no haber sido impugnado el laudo, no deben mostrar una actitud pasiva sino que existen cuestiones que no se pueden sustraer a su control pues, en otro caso, no se explicaría que la ley ordene que se deba acompañar a la demanda de ejecución el contrato arbitral (artículo 550 Ley de Enjuiciamiento civil), ni que el artículo 551 exija al juez antes de despachar ejecución, sin excepción alguna en función de los títulos base de ejecución, examinar que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título. Si a ello añadimos que entre los motivos de nulidad del laudo existen algunos apreciables de oficio por los tribunales, en concreto, los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado primero del artículo 41, es decir cuando una de las partes b) no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, cuando e) los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje, o si f) el laudo es contrario al orden público, podemos tener una base sólida para determinar el control que debe realizarse sobre el laudo que se pretende ejecutar”.

²⁰ La doctrina discrepa en torno a si la imparcialidad de los árbitros apreciada de oficio puede ser un motivo de denegación de la ejecución del laudo por ser contrario al orden público: a) A favor de esta posición encontramos las siguientes afirmaciones: “también existe otro obstáculo a su admisión (de la ejecución) que debe ser tenido en cuenta, al considerar que el laudo, por falta de imparcialidad de los árbitros, es contrario al orden público, puesto que el laudo cuya ejecución se pretende fue dictado por arbitro designado con AEADE, entidad con la propia ejecutante había concertado el arbitraje [...] La designación del árbitro fue decidida sin intervención de las partes, y los designados tienen una estrecha conexión con una de las partes sometidas al arbitraje, careciendo por ello de imparcialidad, lo que contraría al orden público” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 marzo 2007, recurso 803/2006); b) En contra; “Tampoco incluso puede realizar un control de los presupuestos del laudo o del procedimiento seguido para su

desde la perspectiva constitucional, “como el conjunto de principios jurídico públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados” (SSTC 11/87, de 11 de febrero, 116/1988, de 20 de junio y 54/1989, de 23 de febrero)²¹.

obtención que pudieran fundamentar en su día el recurso de anulación. Este control habrá sido realizado, en su caso, por la Audiencia Provincial al conocer de ese recurso de anulación; pero si el mismo no se produjo, aquellos presupuestos quedan cubiertos también por la eficacia de cosa juzgada del laudo” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 10 mayo 2005, recurso 236/2005); “Una vez dictado el laudo arbitral su anulación o declaración de nulidad sólo puede conseguirse mediante el ejercicio del correspondiente recurso de anulación aunque el motivo o causa de nulidad radique en la contravención por el laudo del orden público. Aunque sea tal motivo apreciable de oficio, su apreciación corresponde precisamente al Tribunal que conozca de la acción de anulación [...], si la repetida acción no ha sido deducida en tiempo y forma y, consecuentemente, el laudo ha adquirido firmeza, tiene la eficacia que como título de ejecución le reconocen los artículos 43 y 44 de la Ley Especial y el 517-2 de la de Enjuiciamiento Civil, sin que pueda entenderse que el artículo 551 de esta última autorice al Juez ante el que se insta la ejecución para revisar el contenido del laudo arbitral a fin de declarar su posible nulidad en dicho trámite, privándolo de su mentada eficacia de ejecución, como tampoco lo permite en relación con las sentencias firmes” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Auto de 6 septiembre 2007, recurso 383/2007); “la cuestión relativa a la imparcialidad de los Árbitros no puede ser apreciada en la fase de ejecución, lo cual nos lleva a admitir a trámite la demanda de ejecución porque el laudo arbitral fue correctamente notificado en el domicilio de la demandada, folios 9 a 16, acreditándose así la efectiva recepción y entrega del laudo a persona autorizada en relación a la ejecutada de lo que se deriva la firmeza de la resolución cuya ejecución se pretende” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Auto de 11 febrero 2008, recurso 706/2007).

- ²¹ “Con respecto a la referida a la falta de orden publico, debe recordarse sobre este concepto, lo explicado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 299/2006 (Sección 3), de 13 junio Recurso de Anulación núm. 907/2005 , en el sentido de que “[...] la infracción al orden público, no puede convertirse en resquicio permanente que abra la posibilidad, ante cualquier clase de infracción sustantiva o procesal, de sustituir el criterio del árbitro por el del Tribunal desde un control de legalidad y justicia intrínseca frente al juicio de equidad que no le corresponde cuando ni el procedimiento ni la decisión afectan ni contravienen ese orden público (SAP Madrid Secc. 19ª de 16-2-2004 [JUR 2004\250332]; AP Burgos S. 17-6-2004 [JUR 2004\192516]; SAP Barcelona 25-mayo 2004 [JUR 2004\213993]; SAP Albacete (Secc. 1ª) 10-3-2005 [JUR 2005\100610]). En efecto y así lo viene a sintetizar la A.P. de Madrid (Secc. 11ª) en Sentencia de 29-junio 2004 (JUR 2004\226083) “el orden público es un concepto jurídico indeterminado que, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional (SSTC 43/86 [RTC 1986\43] y 31/92 [RTC 1992\31]), se ha impregnado desde la entrada en vigor de la Constitución (RCL 1978\2836) del contenido de su artículo 24 , afirmación que ya tenía respaldo legal en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635), al establecer las pautas a seguir en la interpretación de las Leyes y los Reglamentos y que implícitamente es recogido en el artículo 21 de la propia LA, al hacer expresa referencia a la obligada observancia de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad de las partes, lo que unido al contenido del Título VII de la propia Ley -regulación de las impugnaciones-”, configura el concepto de Orden Público en un sentido más material que procesal, como el concepto operativo al residenciarse y ser perfectamente subsumible la impugnación derivada de supuestas infracciones procesales en este ámbito ... en el ejercicio de la acción de nulidad frente a un laudo, queda agotado, en el ámbito externo, en el examen de si se han obser-

Por otro lado, la doctrina de las Audiencias²² también ha entendido que otros defectos quedan convalidados ante el silencio de las partes que han recibido el laudo, por lo que el tribunal carece de la facultad de denegar la ejecución, y de suspender la misma, como son los casos en los que entiende que el convenio arbitral es nulo, o que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión pero susceptibles de arbitraje, o que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a los acuerdos suscritos entre las partes o a las normas imperativas fijadas por la ley²³.

De entre estas últimas cuestiones, ahora debemos plantearnos si en algún supuesto excepcional es admisible, cuando se solicita la ejecución de un laudo arbitral, el examen de oficio de la validez del pacto o convenio en virtud del cual se sometieron a arbitraje las partes, cuando ninguna de ellas hubiera alegado tal nulidad en las alegaciones iniciales del procedimiento arbitral ni tampoco hubieran ejercitado el recurso de anulación del laudo dictado que regulan los artículos 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de Diciembre. En concreto nos preguntamos por el supuesto relativo al laudo de

vado las formalidades esenciales que garantizan los principios de igualdad, audiencia y contradicción; y en el ámbito interno, si el laudo (a menos que las partes hayan convenido otra cosa propiciando un laudo conciliatorio durante las actuaciones arbitrales) colma la obligación de ser motivado, y si dicha motivación es reflejo del valor justicia constitucionalmente consagrado, esto es, si dicho valor aparece respetado en la medida que la concreta motivación ofrecida no atente "a los principios o directrices que en cada momento informan las instituciones jurídicas" (De Castro). "No atente a la función de los principios generales del Derecho (artículo 1-4 del Cc) en el ámbito de la autonomía de la voluntad (Picazo y Gullón) o que, al margen de "no atentar contra cualquiera de los derechos y libertades recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, según la interpretación que haga de los mismos el Tribunal Constitucional...", no conduzca a un resultado que repugne el buen sentido de lo equitativo y decente" (Cabanillas Sánchez)" (Audiencia Provincial de Valencia, Sección 11ª, Sentencia de 7 mayo 2009, recurso 924/2008).

²² Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 20 marzo 2007, recurso 803/2006 (con cita del Auto de 29 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14ª); Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, Auto de 14 noviembre 2008, recurso 717/2007.

²³ Con carácter general, la doctrina ha admitido el control por el juez ejecutor de los motivos referidos; V.

CORDÓN MORENO, F. *Arbitraje y jurisdicción; algunas cuestiones polémicas*, Pamplona, 2010, pp.203 y ss; SÁNCHEZ POS, Mª. V. *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*, Pamplona, 2009; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *De la ejecución forzosa del laudo*, en "Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre", Navarra, 2004, pp. 480 y 481; REMÓN PEÑALVER, J. y MENDIETA GRANDE, J., *De la ejecución forzosa del laudo*. En: "Comentario a la Ley de Arbitraje", Madrid, 2006, pp. 612 y ss.; PARDO IIRANZO, V. *De la ejecución forzosa del laudo*: En: "Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)", Navarra, 2004, pp. 1550-1552; SENÉS MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, Madrid, 2007, pp. 138 y 139; CUCARELLA GALIANA, L. *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de Arbitraje)*, Real Colegio de España, 2004, p. 261; MARCOS FRANCISCO, D. *La Ejecución del Laudo Arbitral de Consumo: ¿Cabe denegarla por Invalidez del Convenio Arbitral?*, "Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje", N° 2, 2009.

consumo, que como hemos adelantado se rige por la normativa de protección de los consumidores y usuarios, y para encontrar la respuesta adecuada examinaremos, en primer lugar, los argumentos a favor de la improcedencia de esta denegación, para entrar, en segundo lugar, en los argumentos a favor de la procedencia de la misma.

Nos encontramos ante una cuestión que ha recibido hasta fechas recientes una respuesta judicial contradictoria pero que, en la actualidad, debido a las novedades legislativas y a la más moderna jurisprudencia en materia de protección a los consumidores ha sido definitivamente resuelta, como veremos²⁴.

3.1. Improcedencia de la denegación de ejecución

El primer argumento que se ha esgrimido en contra de la denegación del despacho de ejecución del laudo arbitral por apreciar de oficio la nulidad del convenio arbitral es la eficacia ejecutiva del laudo firme. Una vez dictado el laudo arbitral, su anulación requiere del ejercicio de la correspondiente acción judicial, aunque el motivo o causa de nulidad radique en la contravención por el laudo del orden público, pues aunque sea tal motivo apreciable de oficio, su apreciación corresponde precisamente al tribunal que conozca de dicha acción de anulación²⁵. En caso de que la acción no haya sido deducida en tiempo y forma y por tanto el laudo haya adquirido firmeza, tiene la eficacia de un título de ejecución²⁶.

²⁴ “Esta cuestión, sumamente discutida y debatida en nuestros tribunales, ha venido dando lugar a la adopción por los mismos de resoluciones en parte contradictorias, siendo el criterio mantenido por esta Sala, hasta el momento, el de denegar la posibilidad del examen de oficio de la validez del pacto por el que las partes decidieron someter a arbitraje sus diferencias, cuando se pedía la ejecución de un laudo. Si bien es cierto que la discusión planteada dejará de tener cualquier tipo de interés una vez han entrado en vigor las previsiones contenidas en la Ley 44/2006, de 29 de Diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, vista la nueva redacción que la misma da entre otros preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al artículo 31.4 de la misma, no obstante entendemos que nuestro criterio debe ser modificado, y ello teniendo en cuenta, por una parte, el ámbito de la defensa de los consumidores y usuarios en la Unión Europea, al amparo de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril, y, por otra parte, la interpretación y evolución en el ámbito de la protección de los consumidores que se ha venido observando, conforme a dicha normativa, en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, Auto de 18 diciembre 2007, recurso 312/2007).

²⁵ V. FRANCO ARIAS, J., *La ejecución del laudo y particularmente la ejecución provisional, según la Ley de Arbitraje del 2003*, “Anuario de Justicia Alternativa”, N° 5, 2003, p. 184.

²⁶ “Una vez dictado el laudo arbitral su anulación o declaración de nulidad sólo puede conseguirse mediante el ejercicio de la correspondiente acción regulada en los artículos 40 y siguientes de la Ley de Arbitraje, y ello aunque el motivo o causa de nulidad radique en la contravención por el laudo del orden público, pues aunque sea tal motivo apreciable de oficio, su apreciación corresponde precisamente al Tribunal que conozca de la acción de anulación conforme al apartado 2 del precitado artículo 40, lo que supone que la acción ha

El segundo argumento que justifica la señalada improcedencia se fundamenta en el principio de rogación y de seguridad jurídica, imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, que constituyen una barrera a la revisión judicial de oficio cuando no está permitida expresamente por la ley. En consecuencia, si el despacho de la ejecución de las resoluciones arbitrales solo queda subordinado, al margen de la intervención de aquel frente a quien se dirija la ejecución, al concurso de los presupuestos y requisitos generales y a que el título no adolezca de ninguna irregularidad formal, a dicho ámbito ha de confinarse la intervención judicial en esta fase inicial de la ejecución²⁷.

La tutela judicial no puede ir mas allá de lo querido por la parte afectada por el acto o resolución ni de lo autorizado por la ley, sobre todo cuando al ejecutado le cabe, si ello fuera posible y no estuviera incurso la cuestión en preclusión, el ejercicio de la oposición permitida en los artículos 556 y 559 LEC, precepto éste último que en el apartado 3º de su número 1, contempla la nulidad radical del despacho de la ejecución cuando el documento presentado no cumpla los requisitos legales, y no solo formales, exigidos para llevar aparejada ejecución²⁸. Por lo tanto, frente a la solicitud de despacho de ejecución del laudo arbitral no es admisible la revisión de oficio por los tribunales de cuestiones sustantivas que afectan a la validez del laudo arbitral en función de la validez de la cláusula que establecieron las partes²⁹.

sido ejercitada; y Segunda, al hilo de la anterior, si la repetida acción no ha sido deducida en tiempo y forma y, consecuentemente, el laudo ha adquirido firmeza, tiene la eficacia que como título de ejecución le reconocen los artículos 43 y 44 de la Ley Especial y el 517.2 LEC, sin que pueda entenderse que el artículo 551 de esta última autorice al Juez ante el que se insta la ejecución para revisar el contenido del laudo arbitral a fin de declarar su posible nulidad en dicho trámite, privándolo de su mentada eficacia de ejecución, como tampoco lo permite en relación con las sentencias firmes" (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Auto de 29 septiembre 2006, recurso 478/2006 y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 9ª, Auto de 6 septiembre 2007, recurso 383/2007).

²⁷ "Por lo expuesto -declarábamos en el Auto de 19 de julio de 2006 (Rollo 2115/2006)- no es éste el momento procesal oportuno para pronunciarnos, de oficio, sobre la condición de consumidor del demandado, ni sobre la aplicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y/o la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, ni sobre el carácter supuestamente abusivo de alguna de las cláusulas pactadas" (Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Auto de 16 julio 2008, recurso 438/2008)

²⁸ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Auto de 16 julio 2008, recurso 438/2008; Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, Auto de 1 julio 2008, recurso 373/2007; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Auto de 11 febrero 2008, recurso 706/2007 y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Sentencia de 27 junio 2006, recurso 658/2005.

²⁹ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Auto de 11 febrero 2008, recurso 706/2007 y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Auto de 22 diciembre 2006, recurso 510/2006. Defiende la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 11 mayo 2006, recurso 150/2006 "la denegación del despacho de ejecución no puede basarse en cuestiones que afecten al fondo, sino únicamente en cuestiones tasadas legal y preceptivamente, como son las formales que afecten al título, o al proceso de ejecución si no fuera subsanable la falta de presupuesto formal, relacionadas con el artículo 551, como son la

La posibilidad de alegar la nulidad del convenio arbitral en la fase de oposición a la ejecución no se contempla en el artículo 556 LEC, que limita las causas al pago o cumplimiento de lo ordenado que se habrá de justificar, con carácter general, documentalmente. Esta regulación es coherente con la “intangibilidad” de lo decidido en las sentencias y en los laudos arbitrales, la cual comprende a los hechos que, por haber sido oportunamente alegados, quedan alcanzados por la eficacia de la cosa juzgada y a aquellos otros que, pudiendo haber sido alegados –háyanlo sido o no- quedan alcanzados por la preclusión³⁰. Por otro lado, el artículo 564 permite que si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos jurídicamente relevantes respecto de los derechos de ejecutante y ejecutado podrán hacerse valer en el proceso que corresponda. Sin embargo, nos encontramos de nuevo con la exclusión de los hechos constitutivos y los hechos impeditivos, por lo que tampoco el juez podrá tener acceso a los hechos de los que derivaría, en su caso, la nulidad del convenio arbitral. El AAP de Madrid, de 20 julio 2002 se pronuncia sobre la restricción referida en el supuesto de títulos ejecutivos judiciales o similares y afirma: “la razón es clara; al ser los hechos impeditivos concomitantes con los hechos constitutivos no pueden producirse con posterioridad en el tiempo; esto quiere decir que, o han sido planteados y discutidos en el proceso de declaración –y desestimados, ya que no se entiende de otro modo la condena del demandado- y quedan, por tanto, alcanzados por la cosa juzgada, o, en el supuesto de que no se hayan planteado pudiendo haberlo sido, quedarían, en todo caso, alcanzados por la preclusión acaecida”.

En consecuencia, en la fase inicial de la ejecución el juzgador no puede examinar, de oficio, si el demandado tiene la condición de consumidor, o si

jurisdicción, competencia, capacidad, defensa y representación de las partes, cualidad con que aparecen en el título o se justifique documentalmente, requisitos de la demanda, presentación de documentos, inexistencia de caducidad de la acción, y cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 548; debiendo de tenerse en cuenta igualmente que se cumplan los requisitos formales contenidos en la Ley de Arbitraje, como son la existencia de las correspondientes notificaciones fehacientes y conforme a los preceptos legales donde debe de existir clara constancia tanto de la recepción de la existencia del proceso arbitral y resolución posterior, como del contenido de las mismas, como se regula en todo tipo de procedimientos civiles y en el artículo 5,a) y concordantes de la citada LA 60/2.003 de 23 de Diciembre, donde se deberán de cumplir preceptivamente los requisitos pertinentes en este tipo de supuestos, para que se puedan formular en su caso las partes sometidas al arbitraje las alegaciones y recursos correspondientes, porque ante la falta en su caso de los mismos se les puede producir la indefensión sancionada en el artículo 24 de la Constitución española”.

³⁰ “Los títulos judiciales, al estar respaldados por la cosa juzgada, prueban de manera indiscutible la existencia de la deuda” (FRAGA MANDIÁN, *Aspectos generales de la oposición a la ejecución. Especialidad de la oposición a los títulos judiciales*, Sepin-NET, noviembre 2005, p.18).

alguna de las cláusulas pactadas tiene carácter abusivo, y en base a ello denegar el despacho de ejecución forzosa del laudo arbitral³¹.

3.2. Procedencia de la denegación de la ejecución

Los Tribunales están facultados para denegar el despacho de ejecución del laudo de consumo si aprecian de oficio la nulidad del convenio arbitral por ser contrario al orden público, cuando el consumidor no hubiera alegado la nulidad en las alegaciones iniciales del procedimiento arbitral, o por medio de la acción de nulidad contra el laudo, con base en el principio de efectividad en la salvaguarda de los derechos que el Derecho Comunitario ha establecido a favor de los consumidores³².

El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba, en España, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) cumple con la previsión de disponer de un único texto en el que se armonicen, regularicen y aclaren los aspectos legales vigentes sobre esta materia contenidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios³³.

³¹ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, Auto de 16 julio 2008, recurso 438/2008; Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª, Auto de 1 julio 2008, recurso 373/2007; Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, Auto de 11 febrero 2008, recurso 706/2007 y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, Sentencia de 27 junio 2006, recurso 658/2005.

³² Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, Auto de 14 noviembre 2008, recurso 717/2007. Como afirma el AAP Madrid, Sección 10ª, de 20 noviembre 2007, recurso 546/2007: "Sobre esta base, y habida cuenta de la importancia que ha adquirido en el ordenamiento comunitario la protección de los consumidores, la Directiva 93/13 también puede considerarse norma de orden público. En efecto, se trata de un conjunto de disposiciones de armonización aprobadas con el fin de garantizar una protección más eficaz del consumidor en el ámbito del mercado interior. Por tanto, son disposiciones importantes que pueden incluirse en la tarea de "fortalecimiento de la protección de los consumidores", enumerada en el artículo 3 CE, letra t), entre los cometidos fundamentales de la Comunidad, con la consecuencia de que los jueces nacionales deben garantizar su respeto siempre que deba actuar el oficio jurisdiccional (en anulación, pero también en sede de ejecución), aun cuando -como en el caso de autos- no se haya invocado su infracción en el procedimiento arbitral".

³³ Se incorporan también al Texto Refundido la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños causados por Productos Defectuosos y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

El Título II del Libro II del Texto Refundido establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas y cláusulas abusivas, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En este título se incorporan las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora para la Protección de los Consumidores y Usuarios, en materia de cláusulas abusivas (artículos 82 al 91). El artículo 83 TRLGDCU determina que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

El Título V del Libro I del Texto Refundido regula el acceso a la justicia de los consumidores y el Sistema Arbitral de Consumo. En la normativa sobre el pacto de sumisión al arbitraje de consumo se eleva la protección del usuario al disponer que se establecerá en el momento que surge la controversia por entender que es el adecuado para que el consumidor pueda evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayoría de los casos, se ve obligado a adoptar³⁴. De esta forma se trata tanto de evitar la utilización de fórmulas arbitrales ilícitas como de garantizar que el usuario no renuncie previamente a los derechos que la ley le reconoce. Esta regla se completa con la sanción de nulidad de cuantos pactos se suscriban contraviniéndola (artículo 57.4 TRLGDCU)³⁵.

Los tribunales españoles han trasladado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) varias cuestiones prejudiciales para consultar si es contrario al Derecho de la Unión Europea que un tribunal nacional se pronuncie de oficio sobre la nulidad de cláusulas abusivas³⁶ teniendo en cuenta el principio de rogación que informa el proceso civil español, y la respuesta recibida ha sido que los órganos jurisdiccionales ostentan dicha facultad, pues es un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva -impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva-, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. Resumo la doctrina al respecto contenida en sentencias recientes del TJUE:

³⁴ Dispone el artículo 57 TRLGDCU que “Los convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo previsto en este artículo, sólo podrán pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico”.

³⁵ V. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, de regulación del Sistema Arbitral de Consumo.

³⁶ Cfr. la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29).

- a) La STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08) en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha afirmado que “los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible”.
- b) La STJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones*) declaró que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula. Habida cuenta de esta apreciación, el Tribunal de Justicia precisó, por un lado, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es una disposición de carácter imperativo y, por otro, que, dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que dicha Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público.
- c) La STJUE de 4 de junio de 2009 en asunto C-243/08 (*Pannon GSM Zrt contra Erzsébet Sustikné*) no solo permite, sino que impone el examen de oficio del carácter abusivo de la cláusula: “así pues, el juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial. Cuando el juez nacional

considere abusiva tal cláusula, no debe aplicarla, salvo si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por el juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula". Igualmente, es incompatible con la Directiva una norma nacional que establezca que el consumidor únicamente podrá considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva en el supuesto de que la haya impugnado con éxito ante el juez nacional, porque una norma tal excluiría la posibilidad de que el juez nacional aprecie de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual.

- d) La STJUE de 26 de Octubre de 2006, en asunto C-108/05, afirma "que las previsiones del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE al establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no vinculan al consumidor, lo que trata es de establecer un equilibrio real entre las partes en un contrato, tomando esencialmente en consideración la inferioridad en que se encuentra una de ellas, siendo la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección otorgada por la Directiva a los consumidores, la que justifica que el Juez pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, para subsanar el desequilibrio existente entre consumidor y profesional".
- e) La STJUE de 21 de noviembre de 2002, (asunto *Cofidis*) (C-473/00, Rec. P. I 10875) reconoce a los jueces la facultad de apreciar la ilegalidad de una cláusula abusiva aun cuando el consumidor no la haya invocado dentro del plazo establecido por el Derecho nacional. A este respecto, el Tribunal de Justicia destacó que la protección que la Directiva 93/13 pretende garantizar a los consumidores es una "protección efectiva" y tiene por objeto que cese la utilización por los profesionales de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como impedir tales cláusulas, eventualmente incluidas en los citados contratos puedan vincular a los propios consumidores (apdos. 32 y 33). Según el Tribunal de Justicia de la Unión, en los procedimientos incoados por profesionales, dicho objetivo podría verse perjudicado por el "riesgo no desdeñable de que (el consumidor) ignore sus derechos" o de que "los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos". Para evitar este riesgo, es necesario que la citada facultad se extienda, al menos en el caso de las acciones ejercitadas por profesionales, también "a aquellos supuestos en los que el consumidor no invoque el carácter abusivo" de la cláusula incluida en el contrato dentro de "un plazo de preclusión" fijado por una norma nacional (apdos. 33 a 36).

- f) La STJUE de 27 de junio de 2000 (en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, Rec. P. I 4941) (*Océano Grupo Editorial, SA, contra Martina y otros*) declaró la posibilidad de control de oficio, sin necesidad siquiera de denuncia de parte, ante la incapacidad del mercado para expulsar con carácter definitivo cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores, y razona que: “el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. En litigios cuya cuantía es a menudo escasa, los honorarios del abogado pueden resultar superiores a los intereses en juego, lo cual puede disuadir al consumidor de defenderse ante la aplicación de una cláusula abusiva. Si bien es cierto que, en algunos Estados miembros, las reglas de procedimiento permiten a los particulares defenderse a sí mismos en tales litigios, existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra. De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula”.

Nuestra jurisprudencia no sólo ha incorporado la tesis del TJUE sobre la admisión de la apreciación de oficio sino que le ha dotado de un ámbito mayor de aplicación con el fin de garantizar al consumidor un nivel superior de protección. En este sentido, la reciente STS de 1 julio 2010 (La Ley 199007/2010) defiende la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas tanto si afectan al objeto principal del contrato como si no, al entender que “no existe obstáculo al control por los Tribunales del carácter abusivo de las condiciones generales, aunque se refieran al objeto principal del contrato, singularmente cuando no son claras y comprensibles, y en el caso enjuiciado la insuficiencia de información y la falta de transparencia, es determinante de un desequilibrio perjudicial para el consumidor y, en su consecuencia, de su carácter abusivo”. De este modo, el TS defiende que una cosa es que los Estados de la Unión no tengan obligación de controlar el carácter abusivo de las cláusulas claras y comprensibles, y otra muy diferente que ese control no sea posible en España, ya que 1) los límites al control del carácter abusivo de la cláusula impuestos por la Directiva son límites mínimos y (...) la Directiva no puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten normas más estrictas que las establecidas por ella misma, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección y 2) la norma nacional no ha transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva, y al tratar de las cláusulas abusivas la legislación de consumo no diferencia entre las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio

y contrapartida por un lado, y la cláusulas con otro contenido por otro, por lo que [...] los órganos jurisdiccionales nacionales pueden apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula”.

La STS 10 marzo de 2010 (La Ley 6875/2010) defiende que “la sentencia de apelación que considera de oficio, radical y originariamente inválido el pacto de no reclamar indemnización distinta de la pactada en el contrato de mutuo disenso no puede ser calificada de incongruente ya que esa operatividad *ipso iure* es una de las características de la nulidad absoluta”.

Desde este planteamiento, se comprende fácilmente la defensa de la denegación de la ejecución forzosa del laudo arbitral por la apreciación de oficio de la nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje inserta en el contrato de adhesión. Como dice el magistral AAP de Madrid, de 20 de noviembre de 2007, recurso 546/2007³⁷: “La protección que la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, otorga a éstos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta facultad no se hace depender de un concreto procedimiento y se ha de entender extensivo a todos aquéllos casos en que tenga intervención la jurisdicción, que en el caso de los arbitrajes son, o bien en procedimiento de anulación, o bien el proceso de ejecución. Al aplicar las disposiciones de Derecho nacional anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la normativa comunitaria. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el Juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva. En consecuencia, no puede accederse al despacho de la ejecución de un título de ejecución que debe reputarse jurídicamente inexistente al dimanar de un convenio arbitral viciado de nulidad absoluta, radical, *ipso iure* e insubsanable, al menos por las dos siguientes razones que compendian las ya expuestas: a) hallarse incluida como condicionado general de un contrato y no haberse negociado individualizadamente; y, b) comportar de facto la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto del de consumo y perjudicar los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dificultando sobremanera sus posibilidades de efectiva defensa [...]”.

³⁷ En igual sentido, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Sentencia de 22 febrero 2008, recurso 2006.

En consecuencia, los tribunales deben aplicar de oficio la normativa de protección de los consumidores y usuarios y esto supone que a) si el convenio arbitral no se presenta o el que se presenta debe tenerse por inexistente, el laudo no puede ser ejecutado debiendo ser examinados los requisitos formales por el Juzgado ante quien se presente la demanda³⁸; b) La sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, o del de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico, impuesta en el condicionado general de un contrato de adhesión, constituye una cláusula nula por abusiva al ser perjudicial a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, nulidad que debe ser apreciada de oficio por los tribunales³⁹; c) Dada la condición de empresario autónomo de la parte demandada, por cuanto no consta y no alegó la pretendida condición de consumidora, no procede la denegación de la ejecución forzosa⁴⁰.

³⁸ “El artículo 54,1 de la LA exige para que pueda procederse judicialmente a la ejecución de un laudo arbitral que se adjunte el convenio arbitral puesto que la autonomía y libertad de las partes es lo único que justifica, según antes se ha expuesto, que éstas hagan renuncia a la jurisdicción para que diriman sus diferencias en materias disponibles, terceros particulares” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, Auto de 6 junio 2007, recurso 154/2007).

³⁹ “Quien se somete al arbitraje no renuncia a la tutela judicial efectiva sino que ésta debe prestarse, con todo el respeto hacia la institución arbitral, si tal mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos vulnera derechos fundamentales y constitucionales, entendidos estos como el orden jurídico que conforma nuestro estado de derecho” (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14ª, Auto de 11 diciembre 2003, recurso 665/2003).

⁴⁰ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, Auto de 10 mayo 2005, recurso 236/2005.

La continuidad entre La Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense

VÍCTOR PÉREZ VARGAS (*)

Estos apuntes están dedicados al Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, maestro de muchas generaciones.

SUMARIO: 1. ¿Qué son los Principios de UNIDROIT? 1.1. Su influencia en la jurisprudencia arbitral internacional 1.2. Su papel en la jurisprudencia arbitral costarricense 1.3. Aplicaciones diversas de los Principios de UNIDROIT. 2. Algunos temas en particular 2.1. La autonomía de la cláusula arbitral 2.2. La interpretación restrictiva de la cláusula arbitral 2.3. El principio Kompetenz Kompetenz 2.4. El Derecho aplicable 2.5. La buena fe 2.6. Los deberes de cooperación 2.7. Principios del efecto útil 2.8. La presunción de competencia profesional 2.9. Los vicios de la voluntad 2.10. El cambio de circunstancias 2.11. El deber de mitigar daños 2.12. La previsibilidad del daño 2.13. La pérdida de chance 3. Conclusión 4. Aclaración final.

1. ¿QUÉ SON LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT?

En las tendencias unificadoras y armonizadoras en el comercio internacional, destacan diversas organizaciones; en primerísimos lugares se encuentran la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (en adelante "UNCITRAL" o "CNUDMI"), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (en adelante "UNIDROIT") Y la Cámara de Comercio Internacional, en adelante, "C.C.I.).

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Director de la Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Ellas han contribuido a la formación de la nueva *Lex Mercatoria* que, aunque tiene su origen principal en los usos y costumbres, se ha formalizado en recopilaciones de éstos (Como los INCOTERMS y diversos USOS BANCARIOS), en propuestas de Derecho Uniforme, como la Convención de Naciones Unidas en materia de compraventa internacional de mercancías (en adelante, “la Convención de Viena”), la Ley Modelo de Arbitraje Comercial y tantas más.

Todo este caudal ha sido elaborado por UNIDROIT donde, con el apoyo de juristas de las más diversas procedencias, que buscaron los principios y normas comunes a diferentes sistemas de Derecho Comparado, fueron preparados los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, “los Principios” o “los Principios de UNIDROIT”).

“Lejos de ser una mera compilación de usos y costumbres, los Principios son una codificación del derecho internacional de los contratos. La preparación de este instrumento implicó una ardua labor de estudios comparativos de los principales sistemas legales nacionales y de ciertos instrumentos internacionales como la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”¹.

Dentro del proceso de formación de la *Lex Mercatoria*, debe destacarse la Convención de Viena de 1980 sobre la Compraventa Internacional de Mercancías. Ella constituye el antecedente más importante de los Principios de UNIDROIT (de 1994) y, al igual que esta normativa, ha determinado el contenido de la jurisprudencia arbitral de nuestros días.

Muchos principios de UNIDROIT tienen su claro origen en esta Convención de la cual son transcripción literal.

Un ejemplo se encuentra en materia de responsabilidad por daños imprevisibles. El artículo 74 de la citada Convención², anticipa la formulación de UNIDROIT 7.4³ y de la jurisprudencia actual, en el sentido de que se responde por los daños previstos o que pudieron serlo al tiempo de contraerse la obligación y que los daños contractuales imprevisibles no deben ser indemnizados,

¹ MAC LAREN, Rosemarie, Los Principios de UNIDROIT en la Jurisprudencia Comercial Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2004

² Convención de Viena. artículo 74: La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato.

³ UNIDROIT, Principios, artículo 7.4.4 (Previsibilidad del daño) La parte incumplidora es responsable solamente del daño previsto, o que razonablemente podría haber previsto, como consecuencia probable de su incumplimiento, al momento de celebrarse el contrato.

salvo cuando haya dolo, regla de toda justicia. Esta regla puede considerarse todo un principio de la *Lex Mercatoria*.

A su vez, buena parte de la jurisprudencia se ha inspirado en materia de responsabilidad por daños imprevisibles en los Principios de UNIDROIT para los Contratos, y en la citada Convención de Naciones Unidas para la Compraventa Internacional, según veremos más adelante.

1.1. Su influencia en la jurisprudencia arbitral internacional

En muchos otros campos, la Convención de Viena de 1980 y los principios de UNIDROIT de 1994 han inspirado la jurisprudencia hasta la fecha actual. Los segundos, que, en buena medida, son una generalización de las reglas que los primeros establecían para la compraventa internacional.

Los arbitrajes nacionales, en algunos casos, acuden a estas dos fuentes de la *Lex Mercatoria*, para complementar la legislación interna.

José Luis Siqueiros ha hablado de los Principios de UNIDROIT como normativa aplicable por los árbitros en controversias comerciales internacionales.

Lo que ha hecho el Instituto de Roma es armonizar los principios generales utilizados en el tráfico mercantil de manera que al surgir una contienda las partes puedan acudir a los Principios de UNIDROIT para dirimir el diferendo y evitar de esa manera el sometimiento a un ordenamiento jurídico extranjero.

*“Existe una tendencia en aplicar los Principios Generales del Derecho y/o el Ius Mercatorum para la regulación de las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, es decir, con elementos que las vincula con más de un Estado, por ende, adquiriendo la relación jurídica su carácter internacional. Sin embargo, algunos tratadistas indican que en muchas ocasiones la aplicación de la Lex Mercatoria deja mucha incertidumbre dada su oscuridad, es decir, su aplicación se complica ya que sus reglas están dispersas y pueden interpretarse de manera distinta según donde y quienes la aplican, por eso ha surgido la iniciativa del Instituto de Roma en crear un cuerpo normativo común, unificador y armonizador, dirigido al tráfico mercantil, ya sea como Derecho Sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales o como herramientas (utilizadas por los árbitros) para la solución de controversias”*⁴.

A pesar de las críticas y dificultades que surgen al hablar de una jurisprudencia arbitral, la práctica nacional e internacional revela la reiteración de algunos principios generales que utilizan comúnmente los árbitros en el Comercio Internacional⁵.

⁴ http://www.emba.com.bo/index.php?option=com_content&view=article&id=91%3Aprincipios-de-UNIDROIT&Itemid=114&lang=es

⁵ “Although not binding, the Principles have been applied by arbitrators in a growing number of ICC cases”.

1.2. Su papel en la jurisprudencia arbitral costarricense

En un arbitraje ad hoc, en Costa Rica, los Principios fueron aplicados con base en el siguiente razonamiento:

"[...] las partes mismas convinieron en la cláusula décima de la carta de intenciones que actuarían entre ellas "con base en la buena fe y sanas costumbres, de conformidad con las más sanas prácticas comerciales y términos amistosos". Este enunciado faculta al Tribunal para aplicar tales reglas, como lo ha hecho en casos semejantes la Corte de la Cámara de Comercio Internacional (V. Casos 8908 de 1996 y 8873 de 1997. International Court of Arbitration Bulletin, vol 10/2-Fall-1999, p. 78 y ss. Así citados en el laudo)".

En otro laudo costarricense se justificó del siguiente modo la aplicación de Los Principios, como doctrina:

"Sin que constituya una aplicación de Derecho no pactado ni invocado por las partes, sino por su valor doctrinario, cabe recordar que los principios de UNIDROIT se han aplicado reiteradamente, en al muchos casos sometidos a la Corte de Arbitraje Internacional de la C.C.I. hasta 1998 y en el arbitraje nacional [...] Las razones por las cuales este Tribunal considera que los Principios de UNIDROIT resumen "las más sanas prácticas comerciales" a que aluden las partes son : 1. Los Principios son una recopilación hecha por expertos internacionales procedentes de todas las partes del planeta, sin intervención de los estados o gobiernos, lo cual redundo en su alto grado de neutralidad y calidad y en su habilidad para reflejar el estado actual del consenso en la materia, 2. Al mismo tiempo, los Principios de UNIDROIT están ampliamente inspirados por el Derecho Internacional uniforme, particularmente la Convención de Viena de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías. 3. Los Principios de UNIDROIT son particularmente aptos para ser aplicados en el campo arbitral. 4. Ellos han sido especialmente concebidos para ser aplicados a los contratos internacionales y 5. Más que vagos principios, ellos proporcionan reglas específicas útiles.

El arbitraje nacional e internacional, en buena medida, se ha alimentado de la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁶.

1.3. Aplicaciones diversas de los Principios de UNIDROIT

"La práctica arbitral y la doctrina en el campo revelan tres principales tipos de aplicaciones para los Principios de UNIDROIT:

http://74.125.47.132/search?q=cache:_O8Wp-iawNgJ:www.netcase.net/court/arbitration/id4126/langtype1034/index.html+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=122&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a

⁶ OVIEDO ALBÁN, Jorge. Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales http://www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf

como lex contractus, en otras palabras, como la ley que las partes acuerdan utilizar para regir sus relaciones y los conflictos que surjan a partir de ellas.

como medio para interpretar y complementar normas de carácter internacional, entre ellas, convenciones, leyes modelo y otras que los sujetos del contrato han elegido para regular la ejecución de las cláusulas contractuales.

*como medio para interpretar y complementar leyes nacionales, cuando las partes han dispuesto que éstas han de ser las normas que se apliquen*⁷.

*“Los casos en que los árbitros de la Corte Internacional de Arbitraje han hecho uso de los Principios de UNIDROIT como lex contractus, cuando las partes eligieron una ley no nacional para reglar la resolución de sus disputas, son numerosos”*⁸.

Igualmente, resulta interesante que los árbitros nacionales también hayan utilizado los Principios y la jurisprudencia de la C.C.I. en la motivación de sus laudos⁹.

2. ALGUNOS TEMAS EN PARTICULAR

2.1. La autonomía de la cláusula arbitral

La autonomía de la cláusula arbitral es un principio general, cuyos orígenes se remontan a la actividad jurisprudencia norteamericana en el caso *Prima Paint* de 1967 y a la jurisprudencia de la Cámara de Comercio Internacional, desde 1968¹⁰.

⁷ MAC LAREN, Rosemarie. Op. Cit.

⁸ MAC LAREN, Rosemarie, op.cit.

⁹ http://74.125.47.132/search?q=cache:n5DQuUzKLEkJ:www.puj.edu.co/banners/APLICACIONES_DE_LOS_PRINCIPIOS.pdf+UNIDROIT+C.C.I.+laudos&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a
ver también.

<http://74.125.47.132/search?q=cache:nhu0QIIIvO4J:biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/viewPDFInterstitial/525/892+UNIDROIT+C.C.I.+laudo>
[s&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=cr&client=firefox-a](http://74.125.47.132/search?q=cache:nhu0QIIIvO4J:biblioteca.unisabana.edu.co/revistas/index.php/dikaion/article/viewPDFInterstitial/525/892+UNIDROIT+C.C.I.+laudo)

¹⁰ *Prima Paint Corporation vs Flood and Conklin Manufacturing Co.* U.S. Supreme Court, 12 de junio de 1967 -388 US 396 1967, Yearbook on Commercial Arbitration T. II, 1977, p 123, cit p. HUYS, op.cit., p.486. V. también SANDERS, Peter, Trends in the field of international commercial arbitration, recueil des cours de l'Academoe de Droit International de La Haya, 1975-II, Sithof, Leyden, 1976, p 215.

“La autonomía de la cláusula compromisoria en relación con el contrato que la contienen (otro principio perteneciente al derecho “anacional” del arbitraje) viene afirmada por el árbitro, sin considerar la posibilidad de una solución en contrario del derecho nacional que regla la cláusula de arbitraje” (DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Gráficas Morales, Madrid, 1985, 101).

“[...] deberá recordarse que en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato...la cláusula de arbitraje que figura en un contrato internacional, puede regirse perfectamente por una ley distinta a la aplicable al contrato principal” (Caso C.C.I. 1507 de 1970).

“Es una norma, ahora admitida en materia de arbitraje internacional [...] el que ... el acuerdo compromisorio, ya se celebre por separado o en el mismo acto jurídico a que se refiere, goza siempre, salvo en circunstancias excepcionales, de una completa autonomía jurídica, excluyén-

De conformidad con este principio el acuerdo de arbitraje no es simplemente un accesorio de un contrato, sino que es un contrato en sí mismo, que puede permitir un análisis independiente e, incluso merecer la aplicación de un Derecho diferente.

La autonomía de la cláusula arbitral se encuentra consagrada en la Ley Modelo de UNCITRAL en cuyo artículo 16 se lee “[...] una cláusula compromisoria, que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará, ipso iure, la nulidad de la cláusula compromisoria”. También el principio se encuentra en nuestra Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y en diversos Reglamentos de Arbitraje Institucional.

2.2. La interpretación restrictiva de la cláusula arbitral

La cláusula arbitral implica una renuncia a la jurisdicción común. En cuanto renuncia que es, debe interpretarse restrictivamente. Sólo lo expresamente pactado por las partes es susceptible de ser sometido a un proceso arbitral. Así lo ha sostenido la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

dose que pueda verse afectado por una posible invalidez de ese acto” (Caso C.C.I. 1526 de 1968). “Es una regla admitida actualmente en materia de arbitraje internacional, o en vías de serlo de un modo uniforme que [...] el acuerdo compromisorio, ya se hayan concluido por separado o esté incluido en el acto jurídico al que se refiere, tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, excluyéndose que pueda verse afectado por una posible invalidez de este acto” (1976, CASO C.C.I. 2476).

“La demandada ha impugnado la competencia del Tribunal Arbitral basándose especialmente en el hecho de que el contrato de licencia no tenía valor, siendo defectuoso su consentimiento, por el profundo desacuerdo existente sobre las bases mismas del contrato, o que al menos estará viciado. En consecuencia la demandada ha pretendido que la cláusula de arbitraje a la cual se refería la demandante no podía tener ningún efecto. De acuerdo con el Reglamento... la pretendida nulidad o inexistencia alegada de un contrato no ocasiona, salvo excepción en contrario, la incompetencia del árbitro. Si el árbitro admite la validez del convenio de arbitraje seguirá siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones” (Caso C.C.I. 2476 de 1976).

Una sociedad suiza Y demandada junto con otras sociedades, una francesa y otra de Luxemburgo alegó que “no estaba vinculada por el contrato litigioso, debido a que sus representantes no estaba capacitados en el momento de efectuarse las negociaciones. “[...]el Tribunal estimó que en virtud de la autonomía jurídica de que goza la cláusula compromisoria en materia de arbitraje internacional, era competente para juzgar sobre la no oponibilidad del contrato con respecto a Y. “La nulidad contrato principal no es una excepción de incompetencia, sino un medio de defensa con respecto al fondo” (DERAINS, 209)

Resultando que la sociedad Y (suiza) invoca la nulidad del contrato [...] que sus “representantes” habían firmado sin tener capacidad para ello [...] aparece como una norma material del Derecho Mercantil Internacional: que al descartar cualquier incidencia de la impugnación de la validez del contrato sobre la cláusula compromisoria, al menos cuando se trata de un contrato internacional, tiene como consecuencia permitir a los árbitros pronunciarse sobre las impugnaciones relativas a la validez del contrato” (Caso C.C.I. 2694 de 1977).

“La exclusión de la justicia ordinaria, que es el efecto principal del acuerdo arbitral, se ha de mirar siempre con criterio restrictivo. Esto, por lo demás resulta de lo que dispone el artículo 11 del Código Procesal Civil para quien la jurisdicción de los árbitros está limitada al negocio o negocios que expresamente les hayan sometido” (N. 200 de las 15 hs. Del 7 de abril del 2006).

Los árbitros no tienen competencia más allá de lo que las partes han convenido, ni tampoco sobre cuestiones diferentes de las previstas en el acuerdo arbitral. Como la existencia de la competencia arbitral deriva del consentimiento de las partes, sobre puntos que no fueron previstos expresamente, o que fueron expresamente excluidos hay incompetencia (sobre el tema de la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral, véase: Revista Judicial, N. 32 de marzo de 1985, pp. 157 y ss).

Es un principio universal que “los árbitros han de concretarse a los puntos sometidos en el acuerdo arbitral”¹¹. Los árbitros no tienen competencia más allá de lo que las partes han acordado.

El secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, quien hace poco visitó nuestro país, ha dicho: “la ausencia de toda ambigüedad en la voluntad de las partes es una condición “*sine qua non*” para que los árbitros tengan el poder suficiente”¹².

El acuerdo arbitral debe ser interpretado en forma restrictiva pues con él se sustrae de una manera excepcional a las partes de su Juez natural. En este sentido los tribunales del sistema romano (especialmente belgas, franceses y latinoamericanos) han afirmado el principio de que éste es de interpretación restrictiva.

También la jurisprudencia francesa ha mantenido la tesis de la interpretación restrictiva de los acuerdos arbitrales¹³.

Es la jurisprudencia belga la que ha desarrollado mejor el principio de que la convención de arbitraje debe ser interpretada en forma restrictiva (así: Trib Com. Bruxelles, 6 janvier, 1955, Trib Com. Anvers, 8 de octubre de 1956 y Corte de apelaciones de Bruxelles, 13 de noviembre de 1974). En el mismo sentido se ha manifestado la doctrina belga, para la cual los límites de la competencia arbitral están en la voluntad expresa de las partes, en lo previsto en la cláusula arbitral¹⁴.

También la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha sostenido que no se puede acudir al arbitraje, si éste

¹¹ Véase CABANELLAS. *Repertorio Jurídico*, Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 144

¹² DERAIS, Ives. *Jurisprudencia Arbitral*, Clunet, 1974, p. 938

¹³ *Rivista Trimestrale di Diritto Commerciale*, 1976, p. 704

¹⁴ HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy. *L'arbitrage en Droit belge et international*. Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 151 y ss

no resulta en forma inequívoca de la voluntad de las partes: “La convención de arbitraje es de interpretación restrictiva”¹⁵.

En la doctrina argentina el tratadista Alsina, afirma sobre las cláusulas arbitrales: “deben interpretarse en forma restrictiva, por cuanto la cláusula compromisorio implica una renuncia al principio general de sometimiento a la jurisdicción judicial”¹⁶. La jurisprudencia argentina ha hecho uso del principio de interpretación restrictiva de los acuerdos arbitrales en reiterados fallos.

En esta materia, la jurisprudencia de la C.C.I. sigue más la tradición romana continental europea y latinoamericana que la anglosajona¹⁷. En los países del “Common Law” la jurisprudencia ha afirmado que “cuando hay dudas sobre si un asunto es materia de arbitraje, la cuestión se resuelve en favor del arbitraje”¹⁸ y que “cualquier duda debe ser resuelta dentro de la línea de la política liberal de promover el arbitraje”¹⁹. Contrariamente, “los tribunales belgas, franceses y latinoamericanos han reiterado el principio de que en caso de duda, la cláusula debe interpretarse restrictivamente. Se considera que la sentencia de los árbitros “ha de concretarse a los puntos que se les sometieron”²⁰. El árbitro no tiene jurisdicción más allá de lo que expresamente las partes han convenido, ni tampoco sobre cuestiones diferentes de las previstas por las partes en la respectiva cláusula. Alsina ha dicho: “Las partes no suelen ser muy precisas en sus expresiones y éstas deben interpretarse en forma restrictiva, por cuanto la cláusula compromisoria importa una renuncia al principio general de sometimiento a la jurisdicción judicial”²¹.

¹⁵ Laudos C.C.I., 1974, Números 2138 y 2321, Clunet, 1975, pp. 934 y 978

¹⁶ ALSINA. *Tratado Teórico-práctico de Derecho procesal Civil y Comercial*, Tomo VII, EDIAR, Buenos Aires, 1965, pp. 35 y 36

¹⁷ PÉREZ VARGAS, VÍCTOR. *La interpretación de las cláusulas arbitrales*, *Apuntes de Derecho Comparado*, Revista Judicial, N° 32, marzo de 1985, p. 158.

Algunos laudos de la C.C.I., donde se ha afirmado esta regla son:

“Las cláusulas compromisorias son de interpretación estricta y el Tribunal [...] no podrá excederse de su competencia (Caso C.C.I. 2138 de 1974 ;flexibilidad en CASO C.C.I. 2321 de 1974).

“[...] cuando se trata de apreciar su validez o su eficacia, el árbitro debe guiarse por el deseo de garantizar el funcionamiento del acuerdo elaborado por las partes para solucionar los litigios [...]” (2321 de 1974).

¹⁸ Southern Bell Tel Co. V. Louisiana Power and Light Co, DC La, 1963, 221 F. Supp 364.

¹⁹ Oregon Pacific Forest Products Corp. V. Welsh Penal Co, or, 1965, 248, F. Supp. V. más referencias jurisprudenciales sobre el principio “favor arbitration”. En: PÉREZ VARGAS. Op. Cit. En: Revista Judicial N° 32, p. 157.

²⁰ CABANELLAS. *Repertorio Jurídico*, Heliasta, Buenos aires, 1974, p. 144.

²¹ ALSINA. *Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Tomo VII, Juicios especiales, EDIAR, Buenos Aires, 1965, p. 35.

2.3. El principio Kompetenz Kompetenz

Este Principio fue desarrollado desde 1968; hoy es de aceptación universal y se encuentra incorporado en nuestra Ley. De conformidad con él, los árbitros tienen competencia para resolver sobre su propia competencia²².

La jurisprudencia arbitral costarricense en varios casos se ha referido a este principio, diciendo: “implica que este Tribunal tiene competencia para decidir sobre su propia competencia, lo cual obedece al principio “iudex actionis est eo ipso iudex exceptionis”²³.

2.4. El Derecho aplicable

Sobre el Derecho aplicable, en caso de falta de designación de las partes²⁴, no puede decirse que haya jurisprudencia uniforme. En algunos casos se han usado los métodos tradicionales de “conflicto de leyes”²⁵; en otros se ha optado por la sede del arbitraje²⁶; de amplia utilización ha sido el método de los factores

²² “La posibilidad que el árbitro tiene de proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral””. (DERAINS, p. 101). “Es norma admitida en materia de arbitraje internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia” (Caso C.C.I. 1526 de 1968).

“Según el artículo 13, párrafo 3, del Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el árbitro tiene la competencia de su propia competencia. Además, es un principio esencial, generalmente reconocido por el Derecho del Arbitraje (Caso C.C.I. 2521 de 1975 ; V. también : CASO C.C.I. 1507 de 1970, CASO C.C.I. 213, 8 de 1974).

²³ Por ejemplo en: Expediente CCA01-AR01-01-01, Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

²⁴ “Resultando que todos los poderes y la competencia del tribunal arbitral provienen del acta de misión y que al contrario de lo que ocurre en un tribunal judicial, aquél se encuentra vinculado a la voluntad de las partes [...]” (Caso C.C.I. 1581, cit. p. DERAINS

“Habiendo hecho las partes una elección expresa...el árbitro no puede sustituir la elección hecho por las partes por la suya” (Caso C.C.I. 1512 de 1971).

²⁵ Se apoya en una referencia a las normas de Derecho Internacional Privado vigentes en el lugar del arbitraje y en los otros países con los que el litigio guarda conexión (así en el CASO C.C.I. 1434 de 1975).

“Si los árbitros pueden evidenciar que, en relación con el extremo planteado, las normas de conflicto de los diferentes estados con los que el litigio se encuentra vinculado, son del mismo tenor o conducen al mismo resultado, también puede aplicar esas normas de conflicto comunes [...]” (Caso C.C.I. 1776 de 1972 ; 1970 CASO C.C.I. 1689; 1972: CASO C.C.I. 1759 y CASO C.C.I. 2096).

²⁶ En un caso, había varios contratos de venta celebrados entre una empresa de aluminio yugoslava, vendedora y un comprador americano. Las partes no habían precisado el Derecho aplicable.

“El único lugar con el que el contrato tenía una relación específica era París, designado como lugar del arbitraje. En virtud de la libertad que los árbitros tienen, en materia de arbitraje internacional, para aplicar la norma de conflicto que consideran adecuada, el Tribunal Arbitral decide arbitrar el litigio según el Derecho francés” (Caso C.C.I. 27735 de 1976).

de conexión²⁷; en otros se ha afirmado el por discrecional de los árbitros²⁸ y, en numerosas ocasiones, desde 1969, se ha hablado de la aplicabilidad de un Derecho ANACIONAL²⁹, identificado con la *Lex Mercatoria*.

²⁷ Se estableció que las partes no había determinado ley aplicable. Pero que era la Ley de Kuwait la aplicable por diversos puntos de conexión, como el lugar donde fue concluido el contrato, el lugar de residencia de la parte que debía cumplir, además de que se dijo que el acuerdo y su cumplimiento no tienen ningún vínculo con otros países que no sean Kuwait, donde todo el contrato fue discutido, perfeccionado y ejecutado (Caso C.C.I. 5835 de 1996, ICC p 33).

En un caso donde había un vendedor yugoslavo y comprador iraní. (entrega en Irán), se discutió el Derecho aplicable. El árbitro resolvió en favor de aplicar el iraní.

“El árbitro en esta búsqueda deberá tener en cuenta numerosos elementos para poder determinar el sistema jurídico con el que la transacción tiene una mayor y más efectiva relación. Entre ellos, los más importantes son el lugar de conclusión, los lugares de residencia o de establecimiento de las partes, así como la naturaleza y el objeto del contrato. No tengo duda de que el contrato tiene una más estrecha y efectiva relación con Irán” (1972 CASO C.C.I. 1717 p. 73, cit. DERAIS, Yves, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Gráficas Morales, Madrid, 1985, p. 72).

Una sociedad francesa se había comprometido frente a una sociedad española a garantizar el suministro, montaje y funcionamiento de todo el material necesario para la construcción en España de una fábrica. Se dijo :

“...hay aquí una convergencia de indicios de localización que debe conducir a que se designe la ley española como aplicable al caso” (Caso C.C.I. 2438 de 1975).

²⁸ “Esta libertad...no significa una discreción completa e ilimitada [...] el árbitro... no puede eludir los principios generales fundamentales del procedimiento” (Caso C.C.I. 1512 DE 1971).

En un caso donde había dos Contratos : a. uno de agencia general de venta, donde la parte Suiza se compromete a distribuir en USA y Méjico productos de la parte italiana. B. Otro, una contraescritura donde decía: “único objeto el hacer de la sociedad suiza un intermediario entre la sociedad italiana y “C” residente en USA, único autorizado para vender en USA y Méjico”, se dijo que el Contratos. Derecho Aplicable. era el italiano, tomando en cuenta el lugar principal de ejecución y considerando elemento secundario la moneda de pago. Se expresó:

“[...] las instancias arbitrales disponen de cierto poder discrecional en cuanto a la elección de la ley aplicable cuando las partes no la han designado” (1966, CASO C.C.I. 1422, DERAIS, p. 67).

²⁹ “el infrascrito árbitro no considera necesario decidir si es aplicable al contrato que se somete un sistema particular de derecho nacional” (1972, CASO C.C.I. 2151, Cit. DERAIS, p. 72 y de 1971, CASO C.C.I. 1512).

“El árbitro internacional carece de una *lex fori* de la que pueda tomar las normas de conflicto de leyes” (1971, CASO C.C.I. 1512).

“[...] los árbitros no pueden recurrir a tales normas en la medida en que su poder no lo reciben de ningún Estado” (1970, CASO C.C.I. 1776).

En un caso donde el actor era francés y el demandado sueco :

“Las partes no indicaron en sus acuerdos ni en su correspondencia el derecho nacional que llegado el caso estimaban debería aplicarse a sus relaciones o a sus desavenencias. De este modo han otorgado implícitamente al árbitro la facultad y el poder de aplicar a la hora de interpretar sus obligaciones las normas del derecho y en sus defecto, los **usos del comercio**” (1969 CASO C.C.I. 1641 p. 71 Véase además : de 1969, CASO C.C.I. 1641 Cit. p. DERAIS, p. 70).

“La conducta posterior de las partes, por ejemplo el haber sometido sus disputas a las reglas de la I.C.C. es una clara evidencia y confirmación de que las partes estaban a favor de la “deslocalización” de la resolución de la disputa... escoger el arbitraje comercial internacional tiene un efecto “deslocalizante” en el Derecho aplicable” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

2.5. La buena fe

El artículo 1.7 de “los Principios” establece que “(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”.

Este principio ha sido aplicado para la interpretación de los contratos en numerosos laudos³⁰, tanto en relación con la fase de formación como con respecto a la fase de ejecución³¹.

También el tema de la buena fe ha sido importante en relación con los costos del proceso arbitral³².

“Seis de los nueve contratos contienen la expresión “justicia natural”. “reglas de justicia natural” en relación con la resolución de la disputa mediante arbitraje... El hecho de que los contratos estén en inglés no es decisivo, dado que el inglés ha llegado a ser un instrumento internacional para expresar los términos y condiciones de sofisticadas transacciones...” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

“Las referencias a “la justicia natural”, “reglas de justicia natural” encontradas en la mayoría de los contratos, deben ser uniformemente interpretadas como relativas no solamente a la justicia procesal, sino al especial tipo de justicia sustancial que las partes tuvieron en mente, sobre la base de la neutralidad de la ley aplicable al mérito” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99). “...los árbitros no están ligados a las reglas estrictas de un derecho nacional cuando se trata de determinar si, y en que medida, los usos del comercio pueden aplicarse, eventualmente en sustitución de normas dispositivas de la ley... esto permite a los árbitros atribuir un lugar más importante a los usos del comercio y en consecuencia, a las reglas consuetudinarias establecidas a nivel internacional... Naturalmente, todo esto se aplica cuando se trata de verdadero usos : esto es, de usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el ramo considerado : debe establecerse que se trata de reglas que las personas comprometidas en el comercio internacional (y particularmente en el ramo en cuestión) consideran aplicables, sin ninguna necesidad de referencia expresa, porque ellas han llegado a ser obligatorias como consecuencia de un uso continuado...” (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

³⁰ Ejemplos:

“Las convenciones deben interpretarse de buena fe teniendo cada parte la obligación respecto a la otra de no actuar de tal manera que pueda perjudicarla”. (Caso C.C.I. 2291, 1975). Y con posterioridad a UNIDROIT:

“Las reglas relativas a la interpretación y a la buena fe contenidas en los principios de UNIDROIT, artículos 1.7, 4.1 a 4.8 y 2.11 son en todo caso un útil marco de referencia para aplicar y juzgar un contrato internacional” (Caso C.C.I. 8909 de 1998).

³¹ “Ya desde 1932 un laudo de la C.C.I.... subrayaba que las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe. En este mismo sentido el CASO C.C.I. 2443 de 1975 ha declarado que “las partes deben ser perfectamente conscientes de que sólo una colaboración leal, total y constante entre ellas podrá eventualmente permitir resolver, por encima de las dificultades inherentes a la ejecución de cualquier contrato, los numerosos problemas derivados de la extrema complejidad de la formulación y enmarañamiento de los compromisos litigiosos”. Y los árbitros añaden : “se impone esta obligación de cooperación que, con razón la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato” (DERAINS, 159)

“La buena fe y el espíritu de cooperación deben presidir la ejecución de los contratos (Caso C.C.I. 2291, 1975).

³² “[...] de conformidad con los principios generales del Derecho del arbitraje internacional, el Tribunal en su decisión sobre costos, debe tener en cuenta, no solamente el resultado

Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia arbitral costarricense:

*“La buena fe contractual impone no solo un respeto a las disposiciones que expresamente hayan convenido las partes en su contrato, sino además una colaboración recíproca, armonía y lealtad, especialmente cuando se debe enfrentar y resolver un diferendo”*³³.

*“La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que “cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar” (Laudo N° 2291, cit.p. DERAINS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). “Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato” (CCI, Laudo 2443 de 1975) y con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (CCI, Laudo 9593 de 1998)”*³⁴.

2.6. Los deberes de cooperación

En los contratos de prestaciones recíprocas, las partes deben dar cumplimiento al principio de buena fe y, con su cooperación recíproca, deben poner los mejores esfuerzos para la consecución de los fines acordados. Se trata de realizar los comportamientos instrumentalmente indispensables para la

del proceso, sino también la conducta de las partes durante aquel. Las partes en el arbitraje internacional tienen un especial deber, en **buena fe**, de contribuir a que el proceso progrese y abstenerse de cualquier táctica dilatoria. La conducta del demandado durante todo el proceso, de ninguna manera se conforma con estos requerimientos. El demandado no pagó los adelantos de los costos requeridos para el arbitraje. Además, no sólo se atrasó en presentar su contrademanda [...] y no asistió a las audiencias [...] etc. Por las anteriores razones, el demandado debe reembolsar al actor los adelantos de costos [...]” (Caso C.C.I. 8486 de 1996).

“No cabe extrañarse de que la parte que en este negocio obtiene ganancias y cuya excepción de incompetencia se admite, sea condenada a soportar una parte de los gastos del procedimiento. El artículo 20 de Reglamento [...] al indicar que el laudo definitivo del árbitro, además de la decisión de fondo, liquida los gastos del arbitraje y decide cuál de las partes debe efectuar el pago o en qué proporción se reparte entre ellas, otorga plena libertad al árbitro para repartir los gastos. El hecho de tener en cuenta un comportamiento criticable para hacer soportar una parte que, sin embargo ha sido satisfecha, una parte de los gastos, corresponde asimismo a la práctica de los tribunales franceses” (DERAINS, REF. L 2558 de 1976).

³³ Laudo arbitral #A-05-02, de las 17:35 horas del 27 de junio del 2002. Centro de Resolución de Conflictos (CRC), del Colegio Federado de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica.

³⁴ Tribunal Arbitral ad-hoc. San José, Costa Rica, quince horas del treinta de abril del dos mil uno. Se dijo en este laudo: De conformidad con la jurisprudencia reciente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en aplicación de los Principios de UNIDROIT (artículo 7.1.6.), una parte incurre en grave negligencia si muestra una elemental falta de atención a las consecuencias de su acción y si realiza un cumplimiento substancialmente diferente de lo que la otra parte razonablemente esperaba” (CCI, Laudo 6320 de 1992, ICC Yearbook XX-1995, p. 62 y 5835, de junio 1996).

realización de la obligación principal; así lo ha afirmado la jurisprudencia arbitral internacional³⁵.

Sobre esta obligación de cooperación, con base en UNIDROIT, se afirmó en un reciente laudo costarricense:

“El deber de cooperación es uno de los principios de la Lex Mercatoria, que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Sobre todo, encuentra su ámbito de aplicación en materia de ejecución de contratos. La Corte de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que “cada parte tiene la obligación de tener con el otro un comportamiento que no le pueda perjudicar” (Laudo N. 2291, cit.p. DERAIS, Yves, Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, Morales, Madrid, 1985, p. 57). “Se impone esta obligación de cooperación que, con toda razón, la doctrina moderna encuentra en la buena fe que debe gobernar la ejecución de todo contrato” (C.C.I., Laudo 2443 de 1975) y con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha consagrado que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los contratos (C.C.I., Laudo 9593 de 1998)”³⁶.

2.7. Principios del efecto útil

“Una regla de interpretación universalmente admitida exige que, ante dos interpretaciones contrarias o dos sentidos posibles de los mismos términos de un contrato, y ante la duda, se prefiera la interpretación que atribuye a las palabras un determinado alcance, antes que las que las consideran inútiles o incluso absurdas”³⁷.

2.8. La presunción de competencia profesional

Para la jurisprudencia arbitral internacional, debe prevalecer la voluntad expresada en los negocios; considerando que los comerciantes “tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente” y para ejercitar “una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen [...]. La tendencia internacional ha trascendido a la jurisprudencia arbitral nacional, con la aplicación de principios como el de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio”³⁸.

³⁵ “[...] con respecto a la buena fe y deberes de cooperación, recientemente, ha establecido que según los Principios de UNIDROIT (artículo 5.3) los usos del comercio internacional requieren de la buena fe en el cumplimiento de los Contratos” (CCI, Laudo 9593 de 1998).

³⁶ Expediente CCA 15 ARO7 08 02- Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

³⁷ (Caso C.C.I. 1434 de 1975).

³⁸ RAMÍREZ CALDERÓN, Ana Lucía. La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses. Revista Judicial N° 92, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 2009

Estas presunciones han sido aplicadas en dos campos: Los vicios de la voluntad y el campo de circunstancias.

2.9. Los vicios de la voluntad

El error en los negocios comerciales, por lo general, no ha sido admitido en la jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional³⁹ y de la Cámara de Comercio de Costa Rica⁴⁰.

La doctrina de la jurisprudencia arbitral ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen [...]”⁴¹.

En Costa Rica, en algunos casos se ha alegado vicio de la voluntad a la hora de la firma de contratos de fideicomiso⁴². En algunos casos ha hablado

³⁹ “Una vez que se ha obligado mediante su firma, no puede unos meses después, liberarse del mismo, con el pretexto de que no se había dado cuenta exacta de lo que había firmado. En efecto, el error en la sustancia del contrato no puede admitirse como causa de anulación, salvo cuando es disculpable teniendo en cuenta las cualidades del que lo comete...si antes de la firma, la demandada no había realizado un profundo estudio de la situación del mercado español, cometió una negligencia inexcusable, de la que sólo ella es culpable [...]” (1972, CASO C.C.I. 1990).

“Se presume que los prácticos del comercio internacional entablan con conocimiento de causa las operaciones que negocian y no podrán pretender que no estaban en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que asumían. La personalidad de los contratantes excluye cualquier error in negotio” (L- 1512 de 1971).

“Resultando que la demandada, representada en sus negociaciones con la demandante por el señor X, eminente industrial tanto por su experiencia en los negocios, como por sus conocimientos profesionales y de las costumbres de los hombres, no puede afirmar con seriedad que ha firmado el contrato por agotamiento, subyugado por la fogosidad y las artes oratorias de un interlocutor” (L- 1397 de 1966).

“Resultando que si incluso la demandada tiene la impresión de haberse comprometido de un modo imprudente, y sobre todo, como ha declarado, de haber sellado un acuerdo en base a unos “precios excesivamente onerosos”, la imprudencia en personas mayores de edad y en sus sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos” (Caso C.C.I. 1397 de 1966).

“[...] la presión que la demandante haya podido ejercer sobre la demandada no ha sido, sin duda, mayor que la que suele darse normalmente en las relaciones entre un concedente y un concesionario” (1972, CASO C.C.I. 1990).

⁴⁰ Expediente CCA20-ARO7-07-00, demanda declarada sin lugar, con base en la presunción de competencia profesional

⁴¹ V. DERAINS, Yves. *La jurisprudence arbitrale de la C.C.I. en matiere de vente internationale : experiences et perspectives. Convegno sulla compravendita Internazionale*. 1980, Roma.

⁴² Expediente CCA20-ARO7-07-00, citado

de engaño (o sea, dolo), de error y, también de violencia moral (amenazas, coacción o intimidación).

En uno de estos casos se dijo: La parte actora ha alegado vicios de la voluntad. El Tribunal comparte al respecto la doctrina sostenida por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Tal doctrina ha sido radicalmente restrictiva en materia de vicios de la voluntad, o del consentimiento, aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio, que significa que se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen, habiéndose afirmado que “la imprudencia en personas mayores de edad y en su sano juicio no es obstáculo para la conclusión de contratos válidos”⁴³. En relación con el respeto a la voluntad expresada, los árbitros se han manifestado muy restrictivos. En aplicación del mismo principio, hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o “imprevisión” [...] el Tribunal utiliza esta presunción para subrayar que los firmantes (que se deben presumir aptos profesionalmente para el comercio) del contrato de Fideicomiso no podían ignorar el alcance de las cláusulas a que se sometían. Además de referirse al vicio de violencia, o amenazas, la actora reiteradamente ha hablado de error. Valen a este respecto las mismas consideraciones expuestas en relación con el principio de presunción de competencia profesional que, como se dijo: “supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y se espera de ellos que ejerciten una salvaguardia diligente de sus propios intereses y se comporten como prácticos razonables en lo que hacen”.

Dentro de estos principios destaca el del “efecto vinculante del contrato” (*pacta sunt servanda*) y la “presunción de competencia profesional” la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas o previsiones en el contrato. Estos principios, ampliamente utilizados en la jurisprudencia arbitral costarricense han sido avalados por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Solo a manera de referencia, en un pronunciamiento reciente, de las 15:10 horas del 15 de enero del 2003, la Sala Primera al confirmar un laudo arbitral donde aplicó el principio de competencia profesional, afirmó: “[...] y antes por el contrario, como lo resalta el laudo, sus representantes eran personas familiarizadas con este tipo de negocios y en el caso concreto discutieron y consintieron expresamente el clausulado.” [...] la accionada es agente económico y para efectos de

⁴³ V. DERAIS, Yves. Op. Ult. Cit.

ofertar y vender su producto, debió contar con el elenco profesional conocedor y actualizador sobre legislación e ingeniería, a fin de evitar no solo contraer pactos con presunta violación de la normativa vigente y por virtud de ello, las consecuencias legales del caso. En realidad las relaciones comerciales se inspiran bajo el principio de buena fe y de confianza. [...] conforme con los principios de competencia y diligencia profesionales y de la doctrina sobre los actos propios, este tribunal llega al convencimiento de los términos en que la accionada se obligó y considera inaceptables, los motivos alegados [...] ⁴⁴.

La Sala Primera de la Corte ha avalado la doctrina de la presunción de competencia profesional, diciendo ⁴⁵: “Cabe resaltar, en punto al tema de la emisión de los certificados CPF y DRV y su traspaso, que el Tribunal también se fundamentó en el principio de la *“presunción de competencia profesional”*, desarrollado como doctrina aplicable por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional”. Afirmó: “Además, según el referido principio, estima el órgano arbitral que tratándose de negocios jurídicos y el hecho de llevar a cabo actividades empresariales, procede presumir y exigir competencia y diligencia al empresario moderno al desarrollar sus negocios. De esta manera, como lo sigue exponiendo el órgano arbitral, impera un criterio restrictivo en la ponderación de reclamos entre las partes del contrato, en lo atinente a actuaciones y omisiones al suscribir o ejecutar la negociación, bajo la suposición de que los comerciantes cuentan con suficiente capacidad profesional para definir sus contratos de modo libre y responsable, esperándose de ellos una diligente salvaguardia de sus propios intereses. Cierra este razonamiento diciendo que *“[...] los firmantes del Fideicomiso y en caso particular, la parte aquí demandante, no podía ignorar el alcance, ni las vaguedades de las cláusulas a las que se sometió al firmar el contrato de Fideicomiso, ni debió permanecer inactiva frente a posibles omisiones de la contraparte, pues se supone que los comerciantes tienen la suficiente capacidad para percibir y discernir la conveniencia y efectos de los negocios jurídicos en los cuales se involucran y para actuar oportunamente en defensa de sus intereses”*. Todo ello es parte de la motivación del laudo a lo que, dicho sea de paso, el recurrente no pudo enlazar con ninguna de las causales taxativas de nulidad”.

2.10. El cambio de circunstancias

Aplicando el principio de “presunción de competencia profesional” y “presunción de apreciación de los riesgos” de los operadores del comercio, en relación con el respeto a la voluntad manifestada, los árbitros se han ma-

⁴⁴ Cit.p. RAMÍREZ, *Revista Judicial*. Op. Cit.

⁴⁵ Res: 000753-F-2007 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las nueve horas veinte minutos del diecinueve de octubre de dos mil siete

nifestado muy restrictivos⁴⁶; hay jurisprudencia reiterada rechazando el tema de la excesiva onerosidad sobreviniente o “imprevisión”. Este principio ha sido un componente constante de la *Lex Mercatoria*.

Se ha admitido la modificación del contrato o su resolución, solamente si las partes lo han pactado de tal manera⁴⁷. En caso, contrario, la presunciones la de que los contratantes no quisieron ninguna ineficacia sobreviviente o transformación de los efectos jurídicos del contrato, en caso de cambio de la base negocial⁴⁸.

⁴⁶ “[...] la necesidad de limitar la aplicación de la supuesta doctrina “*Rebus sic stantibus*” (a veces aludida mediante las expresiones “*frustration*”, “*fuerza mayor*”, “*imprevisión*” y otros términos similares) a aquellos casos en los que las razones apremiantes lo justifican, considerando no sólo el carácter fundamental de las modificaciones, sino también el carácter particular de los contratos de que se trata, las exigencias de lealtad y equidad y todas las demás circunstancias del negocio” (1971, CASO C.C.I. 1512).

“los árbitros... especialmente rigurosos cada vez que una parte intenta liberarse de una de sus obligaciones contractuales en nombre del principio “*Rebus sic stantibus*”, sin poder invocar una cláusula de revisión o de ajustamiento a la variación de precios. Los árbitros tienden a presumir que las partes se han abstenido de incluir, a sabiendas, tales cláusulas en su convención y que en consecuencia, el principio “*Pacta sunt servanda*”, otra regla fundamental de la *LEX MERCATORIA*, debe ser aplicado sin excepción. Esta tendencia está reforzada por la idea de que las partes deben velar por la salvaguardia de sus intereses” (así también CASO C.C.I. 1512 de 1971 y 2004 de 1975, DERAIS, p. 159).

Otro ejemplo de reticencia de los árbitros del comercio internacional con respecto a esta excepción del carácter sacrosanto de los contratos (1971, CASO C.C.I. 1512).

⁴⁷ “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAIS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios [...] No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

“En cuanto a la devaluación de la peseta, habrá podido convertir las importaciones de Italia a España en más onerosas, pero no en imposibles” “...sin duda la demandada tenía derecho a prevalerse de la devaluación del mes de noviembre de 1967 para invocar el beneficio del artículo 18 del contrato, en el que se preveía la transformación de la concesión de venta en concesión de producción (en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil) (1972, CASO C.C.I. 1990).

“...laudos citados... han mostrado que los árbitros otorgan plenos efectos a las cláusulas de readaptación (DERAIS, 183, cita L 1990 de 1972, L 2478 de 1974, L 2291 de 1975).

⁴⁸ “En un contrato de suministro de carburante el anexo que decía “En caso de devaluación o revaluación de franco francés o del dólar, las partes se reunirán para examinar las

“La tendencia en los procesos de arbitraje internacionales, es la aplicación del principio de *Pacta sunt servanda* de la manera más rígida”⁴⁹. Esta resulta de una aplicación adicional de la presunción de competencia profesional⁵⁰. Esta línea ha sido continuada por la jurisprudencia arbitral reciente, restringiendo la aplicación de los Principios de UNIDROIT⁵¹.

consecuencias de la nueva situación y acordar las medidas a establecer para restablecer el equilibrio contractual según las intenciones y espíritu inicial del contrato, por lo que respecta a las cantidades no entregadas”. Se consideró que dicha cláusula excluía todo automatismo (V. DERAINS, 115). “Salvo que haya una estipulación de las partes en que se prevea un derecho automático a la rescisión del contrato, la ejecución debe continuar.

“El anexo del contrato no constituye, de hecho más que una obligación de negociar con vistas a convenir las medidas a adoptar...No es en modo alguno una cláusula de revisión de precios... No otorga a las partes un derecho automático para la rescisión del contrato en caso de fracaso de las negociaciones” (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

La demandante (italiana) había confiado a la demandada (española) la venta de los productos de su fabricación, sin embargo, una cláusula del contrato preveía la transformación de esta concesión de venta en una concesión de producción en el caso de que la importación de dichos productos de Italia a España fuese imposible o simplemente objetivamente difícil. En este caso la sociedad española debería abonar un canon correspondiente al 10% de sus ventas.

⁴⁹ RAMÍREZ, Ana Lucía. La creación de una Jurisprudencia Arbitral Difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los Laudos Arbitrales Costarricenses.

⁵⁰ “[...] para rechazar el argumento basado en la noción de “frustration”, como para estimar que no se puede tener en cuenta la máxima “*Rebus sic stantibus*”, se desprenden, al menos dos ideas forzosas : la primer la de la preeminencia sobre cualquier otro principio de la norma “*Pacta sunt servanda*” que sólo puede derogarse en casos excepcionales...la segunda idea... es que los prácticos del comercio, por el hecho de presumirse que tienen experiencia en los negocios, están obligados a protegerse por sí mismos, mediante disposiciones contractuales adecuadas, de los acontecimientos que pueden sobrevenir y que sean susceptibles de perjudicar la ejecución del contrato. Por eso, si el contrato no contiene tales disposiciones, no se considera como involuntaria esta laguna y la máxima “*Pacta sunt servanda*” exige que el contrato sea ejecutado como fue concebido inicialmente, con conocimiento de causa, hasta que se demuestre lo contrario” DERAINS, 93 ; así : 1972, CASO C.C.I. 1990).

“Considerando además que el principio “*Rebus sic stantibus*”, invocado por X, no puede ser aplicado en este caso. Conviene, en efecto, retener esta noción con reserva y prudencia, sobre todo cuando la intención de las partes se ha manifestado claramente en un contrato. Esta preocupación se impone aún más, cuando se trata de transacciones internacionales, en las que, en general, las partes conocen los riesgos que pueden sufrir y pueden, por ello, formularlos de manera precisa. Y que, además, los prácticos del comercio internacional deben comprometerse con conocimiento de causa en las operaciones que negocian, y no pueden pretender que no están en condiciones de darse cuenta de la importancia de las obligaciones que corren a su cargo” (Caso C.C.I. 2404 de 1975)

⁵¹ En relación con la construcción de una carretera en Argelia, el actor, una compañía francesa, entró en una relación contractual con el demandado “1”, una compañía española, cuyos derechos fueron cedidos al demandado “2”, también español. Debido que el actor se atrasó en la realización del trabajo, el demandado le pidió que aumentara los recursos para recuperar el tiempo perdido. El actor explicó que el atraso se debió a las condiciones en Argelia que le impidieron movilizar el personal necesario y el trabajo extra solicitado. Luego se hizo una enmienda al contrato. El trabajo siguió pero atrasado. El demandado reclama penalidad por el atraso y le envió al actor unos títulos de crédito para que los firmara, a lo que el actor se negó. Así, las cosas el actor presentó la demanda arbitral alegando fuerza mayor por el atraso. Reclamó además el pago de unas facturas. El accio-

2.11. El deber de mitigar daños

Se le ha denominado también deber de minimizar pérdidas. Es ampliamente conocido en materia de seguros, pero ha sido aplicado en diferentes campos por la jurisprudencia arbitral⁵².

nado contrademandó para obtener el pago de las penalidades por el atraso. El tribunal no consideró aplicable UNIDROIT en relación con el tema de "*hardship*" en las condiciones que lo pedía el actor. Examinó los diversos reclamos y estableció las sumas debidas. Los costos fueron divididos a la mitad (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

"El único medio para justificar su aplicación será el de decir que se trata de una "codificación" de los usos existentes y que los Principios de UNIDROIT deben ser aplicados en calidad de usos codificados. Para llegar a esta conclusión será necesario probar que las reglas invocadas por la actora (en particular la de *hardship*, artículo 6.2.1) corresponden a un uso internacional generalmente establecido [...] Queda excluido que se pueda considerar las disposiciones en materia de *hardship* contenidas en UNIDROIT como usos del comercio. Se trata de lo contrario, de reglas que no corresponden, al menos en el momento actual, a la práctica corriente de los negocios en el comercio internacional y que no serán aplicables sino cuando las partes hagan referencia a ellas" (Caso C.C.I. 8873 de 1997).

El demandado (turco) había ordenado a una planta de producción de cubitos de azúcar. Debido a que el demandado falló en sus pagos, el actor (holandés) dió por terminado el contrato de venta y pidió compensación e intereses, destacando su intento de mitigar los daños, vendiendo parte del equipo... el demandado alegó su imposibilidad de financiar el pedido debido a cambios económicos imprevistos en el mercado de caña turco de caña de azúcar, en tipo de cambio y costos de energía, etc. y que no había podido obtener financiamiento bancario. El árbitro resolvió que el contrato era eficaz por cuanto el financiamiento no era una condición. Consideró que estos eventos no liberaban al demandado y que ellos eran parte de los riesgos asumidos por éste.

"El criterio decisivo aquí es el principio *pacta sunt servanda*, tal como se expresa en el artículo 1.3. de UNIDROIT [...] la terminación de un contrato sobre la base del acaecimiento de circunstancias imprevistas ("*hardship*", "cláusula *rebus sic stantibus*,") debe ser admitida solamente en casos extremos y raros [...]. El principio subyacente en el comercio internacional es más bien que las mismas partes asumen sus correspondientes riesgos de cumplimiento de los contratos, a menos que los riesgos hayan sido expresamente distribuidos en el contrato mismo. El artículo 6.2.1. de UNIDROIT establece específicamente que el mero hecho de que un contrato implique mayores dificultades económicas para una de las partes no es suficiente justificación para aceptar un caso de "*hardship*" [...] una caída dramática de precios y la diferencia de tipo de cambio no constituyen por sí mismos circunstancias imprevisibles y en consecuencia no justifican la terminación del contrato" (Caso C.C.I. 8486 de 1996, p 69).

⁵² "El recurso de hecho la *Lex Mercatoria* es todavía más notable por lo que respecta al deber que tiene el acreedor de minimizar sus pérdidas. El recuerdo de este deber, consagrado por el artículo 88 de la L.U.V.I., es una constante de la práctica arbitral (cf. L 2142 de 1974, L 2103 de 1972, Ls. 2216, 2139 y 2478 de 1974, DERAIS, 165).

"A menudo ocurre que la parte perjudicada trata de atribuir toda la responsabilidad del perjuicio sufrido a su cocontratante, que sin duda habría podido reducirlo, actuando sin tardar, desde el momento en que hubiese tenido conocimiento del incumplimiento de aquel" (2404 DE 1975. V. también : CASO C.C.I. 2103 y CASO C.C.I. 2216 de 1974, DERAIS, p. 76).

"[...] la parte que invoca un perjuicio sólo puede ser indemnizada en la medida que haya hecho todo lo posible para limitar el daño sufrido, ha sido consagrada por la ley uniforme de ventas con carácter internacional de bienes muebles de 1964, en su artículo 88" (DERAIS, 86).

En un caso de venta de carburante, en que se produjo una variación de precios, considerando que la falta de entrega ha obligado a la parte a reemplazar las cantidades que les faltaban para hacer frente a sus compromisos, se dijo :

2.12. La previsibilidad del daño

En este tema, como ya se adelantó, se muestra una directa filiación de los Principios en relación con la Convención de Viena. En efecto en ambos cuerpos normativos aparece la limitación de responsabilidad a los daños previsibles⁵³.

2.13. La pérdida de chance

Un concepto ampliamente aplicado, siguiendo los Principios de (artículo 7.4.3. al 2) ha sido el de pérdida de chance o de oportunidades, considerándose que la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización⁵⁴.

“Para calcular el importe exacto de este perjuicio, hay que tener en cuenta la diferencia existente entre el precio fijado en el contrato y el precio en que la demandada pudo, o habría podido obtener las cantidades que le faltaban [...] en virtud de los principios de derecho... le corresponde a la parte perjudicada adoptar todas las medidas para no aumentar el daño (Caso C.C.I. 2478 de 1974).

Con posterioridad a UNIDROIT, la jurisprudencia ha seguido la misma línea:

“La conducta (consistente en la disposición de un equipo después de un largo período de bodegaje) es consistente con el principio generalmente aceptado de mitigación del daño, según se expresa en UNIDROIT 7.4.8.” (Caso C.C.I. 7110 de 1995,98 y 99).

⁵³ “[...] las reglas expuestas por el tribunal Arbitral en lo que respecta al cálculo del daño reparable, son asimismo conformes con las que se siguen habitualmente por los árbitros del comercio internacional en esta materia, ya se trata de previsibilidad del daño o... Por lo que respecta a la **previsibilidad** del daño, el tribunal arbitral hace referencia al laudo dictado en 1968 en el asunto 1526. Este veía, en el cálculo del daño, teniendo en cuenta el curso ordinario de las cosas y de lo que era previsible, un principio de alcance internacional [...] La limitación a los daños previsibles se recoge, asimismo, en los artículos 82 y 86 de la Ley Uniforme de 1964 sobre la venta con carácter internacional de bienes muebles corporales (Caso C.C.I. U.V.I.)” (DERAINS, 165).

⁵⁴ “Dado que el actor incumplió sus obligaciones de ejercitar sus mejores esfuerzos... dado que el daño sufrido por el demandada, a este respecto, no puede ser precisamente determinado debido al hecho de que se basa en presunciones sobre lo que “hubiera sido” el beneficio...el Tribunal Arbitral, tomando en cuenta los artículos 7.4.3. y 7.4.9. de los Principios de UNIDROIT, decide que el actor debe compensar al demandado por la pérdida de oportunidades (chance) de disfrutar el probable beneficio de los proyectos abortados” (ICC p 68, caso C.C.I. 8331, diciembre de 1996).

“[...] en razón de la actitud de la parte actora, la demandada ha perdido un chance de rentabilizar convenientemente las instalaciones... la pérdida de un chance puede ser reparada en la medida de la probabilidad de su realización. Así lo expresan los principios de UNIDROIT relativos a los contratos del comercio internacional (artículo 7.4.3. al 2), que consagra como se sabe reglas ampliamente admitidas a través del mundo en los sistemas jurídicos y en la práctica de los contratos internacionales” (Caso C.C.I. 8264 de 1997, *Bulletin* p 64).

El actor se había obligado a diseñar, producir y poner en marcha unas instalaciones industriales. Se había pactado, además, la transmisión del actor al demandado de la propiedad industrial requerida. El demandado había aceptado pagar sumas fijas y proporcionales. El actor reclamó al demandado haber dejado de pagar las sumas proporcionales sin justificación y haber dejado de enviar informes. El demandado justificó su falta de pago debido al incumplimiento del actor de proporcionar las mejoras necesarias, por lo cual pidió compensación. El tribunal consideró que el demandado había cumplido sus obligaciones de informar. Determinó luego el monto de las sumas proporcionales debidas y luego consideró la contrademanda basada en el alegado incumplimiento del actor en

Artículos 7.4.3: “(1) La indemnización sólo procederá con respecto a los daños y perjuicios, aún cuando sean futuros, que pueden determinarse con un grado razonable de certeza. (2) La pérdida de una “chance” [...] puede ser objeto de indemnización en proporción a la probabilidad de su realización. (3) Cuando el monto de la indemnización no pueda establecerse con un grado suficiente de certeza, la determinación de dicho monto queda sujeta a la discreción del tribunal”.

En Costa Rica, en el antes citado arbitraje ad-hoc, se aplicó esta doctrina, con base en las siguientes consideraciones:

Aplicando la sana crítica, el Tribunal considera que el perjuicio resarcible no es el monto total de la pérdida sufrida o ganancias dejadas de percibir tal y como las actoras lo reclaman, no el valor global de la ganancia o pérdida, sino la proporción de ese valor que en concreto representa la frustración de la “chance” que es atribuible al agente según las circunstancias del caso. En caso de pérdida de “chance”, la reparación de un daño no puede ser sino parcial. Así, la jurisprudencia francesa⁵⁵, puesto que en la pérdida de “chance” u oportunidad se hace necesaria la intervención de otros elementos que son inciertos, para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible. El resarcimiento no puede comprender el íntegro de la ganancia a la que se aspiraba puesto que ella dependía de otros factores ajenos al daño ; en consecuencia, los Tribunales deben otorgar una indemnización razonable, siguiendo su buen criterio y considerando las otras concausas necesarias para producir la ventaja o ganancia⁵⁶.

3. CONCLUSIÓN

En síntesis: asistimos a una de las manifestaciones más interesantes de la armonización y unificación del Derecho Comercial anacional.

cuanto a proporcionar los cambios relativos al diseño, manufactura uso y mantenimiento del equipo cubierto por el contrato. El tribunal consideró que no había incumplimiento total del actor, en consecuencia rechazó la contrademanda, pero admitió que el actor faltó en el cumplimiento al deber de proporcionar información, lo que condujo a una pérdida de oportunidad para el demandado, de acuerdo con el artículo 7.4.3. de UNIDROIT. Se estimó el daño en un décimo de la suma reclamada. Decidió no ordenar el pago de intereses de las sumas debidas en vista de que las omisiones del actor justificaban esta falta de pago entonces (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

⁵⁵ Civ. 1^{re}, 27 mars 1973: JCP 1974. II. 17643, note R. Savatier; Gaz. Pal. 1973. 2. 630, note Doll 9 mai 1973: eod. loc.) por ejemplo, el daño resultante para la víctima de la pérdida de un “chance” de obtener un mejoramiento está en función directa con la gravedad de su estado (Civ. 1^{re}, 7 juin 1989: D. 1991. 158, note J.-P. Couturier; Defrénois 1990. 746, obs. Aubert 8 juill. 1997: Bull. civ. I, n° 239; JCP 1997. II. 22921, rapp. Sargos 2^e esp.

⁵⁶ v. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*, U. Católica del Perú, 1988 .

Es claro que, por sí mismos, ni los Principios de UNIDROT ni la Jurisprudencia de la C.C.I. constituyen fuentes formales vinculantes, pero su autoridad los ha hecho merecedores de reconocimiento universal y, en modo creciente, han venido utilizándose en el arbitraje internacional y nacional, identificándoseles, desde su origen en la Convención de Viena, con la nueva *Lex Mercatoria*⁵⁷.

4. ACLARACIÓN FINAL

Esta exposición no ha pretendido ser exhaustiva. Quedan fuera de ella muchos otros temas que han sido desarrollados por los laudos de la C.C.I., como la capacidad de los Estados para comprometerse en arbitraje (desde 1968)⁵⁸, la renegociación⁵⁹, la oferta poco razonable⁶⁰, el rechazo de ofertas razonables⁶¹, la esencialidad en la inexecución contractual⁶² el contrato de distribución (donde se

⁵⁷ “El Tribunal considera que el asunto debe resolverse a la luz de los principios generales del comercio internacional y es de la opinión de que tales principios están incorporados en la Convención de Viena sobre la venta internacional (Viena Sales Convention) la que refleja ampliamente los usos aceptados y las reglas del comercio”. Aunque la Convención de Viena no sea aplicable directamente al contrato (el demandado era vietnamita y Viet Nam no la ha ratificado), el Tribunal considera que ésta refleja los usos del comercio internacional” (Caso C.C.I. 8502 de 1996, ICC).

⁵⁸ “Un Estado no está privado de la aptitud para comprometer” (Caso C.C.I. 1526 de 1968). “El árbitro confirmó su competencia frente al Estado demandado, considerando que éste no podía invocar legítimamente su inmunidad jurisdiccional para sustraerse al procedimiento” (DERAINS, comentario al CASO C.C.I. 2321 de 1974). “La inmunidad de jurisdicción no tiene lugar en materia de arbitraje internacional, ya se acuse al Estado por actos realizados de *iure gestionis* o *iure imperii*. Esto es una consecuencia más del hecho de que el árbitro no administra justicia en nombre del Estado, sino que ejecuta una misión que las partes le han confiado, circunstancia que ya justifica que no esté obligado a aplicar un sistema de conflicto de leyes estatales” (DERAINS, comentario al CASO C.C.I. 2321 de 1974). “[...] no considero que la doctrina de la inmunidad deba tener ninguna aplicación en un procedimiento arbitral que, como ocurre en Suecia, se lleva a cabo con independencia de los tribunales locales” (Caso C.C.I. 2321 de 1974).

⁵⁹ Siendo habitual la renegociación... las partes deben demostrar una diligencia normal, útil y razonable en la salvaguardia de sus intereses, velando especialmente por no hacer ofertas presurosas, no razonables y susceptibles de sorprender al cocontratante” (Caso C.C.I. 2291, 1975)

⁶⁰ “Este laudo, así como el de 1974 señala que este deber de la buena fe no podría excluirse de las negociaciones que se refieren a la readaptación de un contrato... la obligación de negociar de buena fe implica abstenerse de cualquier propuesta manifiestamente inaceptable y que deba conducir necesariamente al fracaso de las negociaciones” (DERAINS, 180). “Es un principio de derecho suizo (culpa in contrahendo), conforma además con un principio general del Derecho, que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo; y esto se aplica tanto si la negociación tiene por objeto un contrato propiamente dicho o, como en este caso una transacción para resolver el litigio” (1976 CASO C.C.I. 2580).

⁶¹ “[...] los árbitros habían sancionado a un comprador por haber rechazado un aumento de precio propuesto por el vendedor, considerando que por este rechazo no había puesto de su parte todo lo que podía para minimizar sus pérdidas” (DERAINS 180, CASO C.C.I. 2478 de 1964 y otros en el mismo sentido 2142 de 1974, 2103 de 1972, 2216 de 1974, 2404 de 1973).

⁶² “El árbitro señala que según los usos del comercio internacional el retraso en la apertura

ha aplicado conjuntamente la convención de Viena y los Principios de UNIDROIT)⁶³, el contrato de *know how*⁶⁴, la cesión del contrato⁶⁵, los deberes de información en el contrato de licencia⁶⁶, el llamado velo social⁶⁷ y la fuerza mayor⁶⁸.

de un crédito documentario sólo constituye causa justa de rescisión de un contrato de venta, cuando el plazo señalado para embarcar la mercadería haya expirado [...] ya que hasta ese momento la ejecución del contrato conserva para él un interés suficiente, que el retraso en la apertura del crédito no ha hecho desaparecer" (DERAINS, 79) ; "Según los usos del comercio internacional el retraso en la apertura de un crédito documentario sólo constituye causa de rescisión de un contrato de venta, cuando el plazo señalado para embarcar la mercancía haya expirado" (DERAINS, p. 79) ; se dijo:

"Este modo de rescindir unilateralmente el contrato como consecuencia en la prestación de una de las partes, no es admitido...el retraso de una de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones no puede tener como consecuencia el que la otra se libere del convenio, salvo que los usos o el derecho nacional lo autoricen" (1969. CASO C.C.I. 1675).

"En un caso donde una empresa española que se había obligado a realizar unos trabajos de electrificación en Libia: El uso invocado... según el cual un contratista no puede abandonar la obra más que en caso de grave infracción de su cocontratante con sus obligaciones, se corresponde de hecho con los principios generales que regular la excepción *non adimpleti contractus* [...]" (DERAINS, 189).

"No sería conforme con la buena fe el oponerse a la inexecución de una obligación relativamente secundaria, para eximirse de cumplir uno mismo con la obligación principal" (DERAINS, 189) (Caso C.C.I. 2583 DE 1976).

⁶³ "[...] el demandado intentó cambiar las prácticas y hábitos entre las partes desde 1993 en relación con los plazos de pago. De acuerdo con el artículo 9.1. de la Convención de Viena... "las partes están vinculadas por cualquier uso que hayan acordado y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas" Esta regla fue extendida a los principios de UNIDROIT, artículo 1.8 que establecen que "las partes están vinculadas por cualquier uso que hayan acordado y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas" (Caso C.C.I. 8817 de 1997).

⁶⁴ "un conjunto coherente y aprovechable de datos técnicos : prototipos, planos, soluciones tecnológicas, indicaciones relativas a la fabricación y a las maquinarias, etc." (Caso C.C.I. 1397, 1966, DERAINS. p. 63).

⁶⁵ Antes del aviso de terminación, la actora fue asumida por otra empresa "X" del mismo grupo y el contrato fue transferido a ésta. El árbitro consideró que esta transmisión era eficaz frente al demandado, basándose en UNIDROIT 2.19 y que el actor no tenía ya legitimación, por lo que se rechazó su demanda. Del mismo modo rechazó la contrademanda afirmando que estaba dirigida contra una parte que ya no era contractualmente responsable. Los costos fueron divididos entre las dos partes.

"La parte actora no podrá a la vez ceder el contrato y continuar a invocarlo... El contrato ya no le pertenece y no puede valerse de los derechos que pertenecen a "X" en calidad de cesionario" (Caso C.C.I. 8223 , 1995, 1998).

⁶⁶ "[...] es incontestable que la parte actora ha gravemente faltado a sus obligaciones generales de información en relación con su licencia. El contrato de licencia obliga a un comportamiento activo [...] la falta e transparencia es contraria al principio general según el cual las obligaciones contractuales deben ser ejecutadas según buena fe, principio particularmente exigente en un contrato internacional de cooperación industrial que tiene por objeto la realización efectiva de una transferencia de tecnología a largo plazo" (Caso C.C.I. 8264 de 1997).

⁶⁷ La convención se inserta dentro de una red contractual [...] ni el grupo A, ni su presidente, ni ninguna de las sociedades miembro de aquel, puede ampararse tras la redacción de tal cláusula particular interpretada literalmente y aislada del contexto del conjunto de los acuerdos, para solicitar su declaración de culpabilidad en un litigio que afecta directamente al grupo o a la Organización [...]" (Caso C.C.I. 1434 de 1975).

⁶⁸ "En su definición de fuerza mayor, el Tribunal arbitral se atiene a una concepción de lo más

clásica, que es por regla general la de los árbitros del comercio internacional. Este classicismo aparece tanto en el plano de los elementos constitutivos de la fuerza mayor, imprevisibilidad e irresistibilidad [...] como en lo referente a la aplicación del concepto mismo a las repercusiones de la legislación de control de cambios sobre la ejecución del contrato. (DERAINS 109, ref : 1974 CASO C.C.I. 2216. V. También CASO C.C.I. 1512 de 1971 y CASO C.C.I. 2142 de 1974).

“Un suceso de fuerza mayor es “stricto sensu” un suceso anónimo que presenta los caracteres de imprevisibilidad (es decir que en el momento en que se produce, no hay ninguna razón especial para pensar que se va a producir) y de irresistibilidad (es decir que el demandado se ha encontrado en la imposibilidad absoluta de ejecutar el contrato)” (Caso C.C.I. 2139 de 1974).

“Esta actitud que se manifiesta en el laudo dictado en 1973, en el asunto 1782, así como en los laudos dictados en 1974 en los asuntos 2216 y 2478 es característica de los árbitros del comercio internacional. Su rigor refleja la preocupación que tienen por no admitir, más que muy excepcionalmente, derogaciones al principios “*Pacta sunt servanda*”, como ya habíamos subrayado [...] en relación con el laudo dictado en 1971 en el asunto 1512” (comentario al CASO C.C.I. 2139 de 1974 DERAINS, 122).

Esta decisión (1974 CASO C.C.I. 2142) “puede considerarse de lo más clásica...define el concepto de fuerza mayor con base a dos criterios, a saber: la imprevisibilidad y la insalvabilidad” (DERAINS, p. 76).

“las amenazas (de embargo de productos de una empresa nacionalizada no constituyen fuerza mayor, realizadas por las empresas antes explotadoras) ; no revisten los caracteres de imprevisibilidad e irrestitibilidad constitutivos de la fuerza mayor” (1974 CASO C.C.I. 2142 p. 75 ; en el mismo sentido en 1972, CASO C.C.I. 2103, cit. p DERAINS, p. 76).

Una sociedad noruega, demandada por inexecución alegaba la baja sufrida en los precios del petróleo, que se produjo entre la fecha de conclusión del contrato y la fecha en que debería haberse efectuado su recogida...además de que las autoridades de control de cambios de Noruega se habían opuesto a la ejecución de la transacción dado que podría ocasionar una pérdida de divisas para Noruega y se alegaba que esta intervención era un supuesto de fuerza mayor. “...en general no se reconoce el carácter de fuerza mayor a las prohibiciones de ejecución que emanan de las autoridades de cambios. (DERAINS, 109, ref : 1974 CASO C.C.I. 2216. V. También CASO C.C.I. 1512 de 1971).

“La intervención de las autoridades de control de cambios noruega no constituye un supuesto de fuerza mayor que exonere a la demandada ya que no presentaba los requisitos exigidos de imprevisibilidad e irresistibilidad” (DERAINS, 106, ref : 1974, CASO C.C.I. 2216).

CAPÍTULO VIII

MISCELÁNEA

Tendencias en el Derecho Internacional Privado contemporáneo

CÉSAR DELGADO BARRETO (*)

SUMARIO: 1. *Presentación.* 2. *Rasgos del tráfico externo contemporáneo.* 2.1. *Movilidad de las personas naturales.* 2.2. *Presencia significativa de las personas jurídicas.* 2.3. *Participación de los Estados.* 3. *Principales características del derecho internacional privado contemporáneo.* 3.1. *Pluralismo metodológico.* 3.2. *Cambios técnicos-jurídicos de la norma conflictual.* 3.2.1. *El paradigma de Savigny.* 3.2.2. *Críticas al modelo de Savigny.* 3.3. *Diversificación de las reglas del derecho internacional privado étáticas.* 3.3.1. *Introducción.* 3.3.2. *Reglas de derecho internacional privado convencional.* 3.3.3. *Derecho internacional privado de fuente institucional.* 3.3.4. *Contexto del sistema jurídico étático de derecho internacional privado.* A. *Lex Mercatoria.* B. *Derecho internacional público.* 3.4. *Especialización normativa de las reglas de derecho internacional privado.* 3.4.1. *Introducción.* 3.4.2. *Modalidades de la especialización.* A. *Especialización material.* B. *Especialización por grado de heterogeneidad.* C. *Especialización por el dominio espacial de las reglas.* 3.4.3. *Alcances y efectos de la especialización.* 3.4.4. *Límites de la especialización.* 3.5. *Flexibilización de las reglas de derecho internacional privado.* 3.5.1. *Introducción.* 3.5.2. *Función atributiva.* 3.5.3. *Función correctiva.* 3.6. *Materialización de las reglas de derecho internacional privado.* 3.6.1. *Introducción.* 3.6.2. *Presentación de los objetivos y de los valores del derecho material.* 3.6.3. *Alcance de la materialización.*

1. PRESENTACIÓN

Conocí al Dr. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE en mi condición de docente de la Facultad de Derecho de la PUCP, amistad que se profundizó cuando participé como miembro de la Comisión de Coordinación del Doctorado, en la cual él era el Coordinador en que nos reuníamos semanalmente durante el año lectivo en el Seminario de Tesis I y II. Soy testigo de excepción de su dedicación y esfuerzo y de su valiosísima contribución a la consolidación de nuestro doctorado de lo cual dan fe nuestros graduados en sus excelentes tesis.

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. RASGOS DEL TRÁFICO EXTERNO CONTEMPORÁNEO

2.1. Movilidad de las personas naturales

En el siglo XXI se han multiplicado las relaciones privadas internacionales y nuestra sociedad se encuentra fuertemente internacionalizada habiéndose generalizado los movimientos migratorios, lo cual plantea problemas en lo que respecta al derecho internacional privado referidos a la condición de los extranjeros, a la ley aplicable y a la jurisdicción competente en la relación laboral, así como a las repercusiones de las migraciones en el Derecho de familia.

La presencia de los migrantes suscita numerosas cuestiones jurídicas en el marco del denominado Derecho Internacional del Trabajo y de la Seguridad Social, y cuya solución no debe perder nunca de vista el carácter “tuitivo” del Derecho laboral.

El hecho de las migraciones repercute en el ámbito de la familia. Pensamos, por ejemplo, en los matrimonios y divorcios, cuya legislación, en la Unión Europea está impregnada de un individualismo que da más importancia a los efectos de integración y de libre circulación de las personas sobre los valores de estabilidad y continuidad de la familia. En la actualidad el estado de las personas es tratado por las normas comunitarias europeas como una mercancía.

Otro rasgo del tráfico externo de personas naturales es lo que se ha venido en denominar los desplazamientos derivados de la sociedad del ocio. El turismo internacional hace que se desplacen cada año millones de personas, incentivando las actividades económicas, financieras y sociales, generándose todo tipo de relaciones jurídicas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales; entre las primeras podemos mencionar, entre otras, los contratos de arrendamiento y de servicio, así como, la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito; y en lo que respecta a las relaciones extrapatrimoniales, los matrimonios y divorcios entre personas cuyo estatuto personal está regido por leyes distintas, o casos de filiación tanto natural como adoptiva.

2.2. Presencia significativa de las personas jurídicas

En el actual proceso de globalización las personas morales tienen una gran importancia debido a actividades económicas que trascienden continuamente las fronteras y se proyectan a nivel mundial en el cumplimiento de sus fines específicos, lo cual permite la libre circulación de mercancías, servicios y capitales. Hoy en día se admite que las personas morales tienen personería jurídica internacional y, salvo excepciones, gozan de todos los derechos reconocidos a los extranjeros como personas naturales.

La existencia de un mercado mundial permite las fusiones de grandes empresas, lo que da a las sociedades transnacionales un gigantesco poder económico, que avasalla en muchos casos a los mismo Estados.

2.3. Participación de los Estados

Los Estados a partir de su *jus imperium* tienen facultad para normar las actividades económicas que se desarrollan en su territorio, y en lo que respecta a la contratación internacional, si bien es un hecho que la posición predominante en el mundo actual es la de admitir la autonomía de la voluntad, también lo es que el ámbito dentro del cual las partes pueden elegir la ley está siempre delimitado en forma más o menos severa por las llamadas “leyes de aplicación necesaria”.

Tanto la Convención Interamericana sobre Contratos Internacionales en México de 1974, como el Convenio de la Comunidad Económica Europea de 1980 en Roma sobre obligaciones contractuales, admiten la autonomía de la voluntad en materia de elección de la ley pero dentro de ciertos límites. Estas limitaciones establecen en primer lugar, la aplicación de las leyes imperativas de la *lex fori* y de otros Estados conectados con el asunto, y en segundo lugar, el rechazo de una norma por el juez en base a la excepción del Orden Público.

3. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO

3.1. Pluralismo metodológico

En 1974 KEGEL dictó en la Academia de Derecho Internacional de La Haya su curso titulado, “The crisis of conflict of law”¹. Como lo ha puesto en relieve LOUSSOUAM² el método conflictual ha sido objeto de ataques e impugnaciones diferentes cuyo objetivo esencial parece ser despojar a la regla de conflicto de su exclusividad metodológica, e incluso de su supremacía, para reducirlo a uno de los métodos posibles en la reglamentación jurídica del tráfico externo.

CARRILLO SALCEDO³, se pregunta sobre estos ataques e impugnaciones y el mismo responde: por la excesiva complejidad del método conflictual, por las posibilidades que encierra de incertidumbre e imprevisibilidad respecto del resultado material y, finalmente, por la doble crítica de exceso e insuficiencia

¹ KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of law” Recueil des cours. Tome 112 (1964 II), pp. 92-206.

² LOUSSOUAM, Yvon. “Cours Général de Droit International Privé”. Recueil des cours, tome 139 (1973 II), pp. 279-280.

³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Derecho Internacional Privado”. Madrid 1976. Ed. Tecnos, segunda Edición, pp. 186-194.

de internacionalismo. Exceso, porque tratándose de normas conflictuales, bilaterales, el método conflictual lleva a la neutralización de la *Lex fori*, a una igualdad funcional entre el Derecho propio y el Derecho extranjero, con lo cual se desconocería el intervencionismo del Estado en las relaciones privadas internacionales; defecto, porque el procedimiento del conflicto de leyes parece ignorar el carácter específico de las relaciones internacionales, al conducir a la aplicación de una ley interna para la solución de un problema internacional.

Cuando al método conflictual se le critica por insuficiencia de internacionalismo se sugerirá para reemplazarlo el método de las normas del derecho internacional privado material; cuando por el contrario se le critica por el exceso de internacionalismo, el remedio adecuado se buscará en las leyes de policía y orden público, en las normas de aplicación necesaria. La dualidad de remedios no debe sorprender –ha dicho irónicamente LOUSSOUAM– pues sería inconcebible que se pretendiese curar dos males contrarios mediante un remedio único. La más importante contribución que las normas de Derecho Interno de aplicación necesaria y las normas materiales de Derecho Internacional Privado han supuesto para la concepción actual de nuestra disciplina radica en que el Derecho Internacional Privado, ya no puede quedar reducido e identificado con el conflicto de leyes.

Nuestra disciplina, como reflexión científica, y como sistema positivo tiene que tomar conciencia de la pluralidad de métodos de los cuales dispone para reglamentar el tráfico externo, y de cómo su más importante problema consiste para decirlo con palabras del maestro BATIFFOL⁴: “en dar a cada uno de los métodos la parte que le corresponde, resolviendo así las dificultades que nacen de su concurrencia y conflicto, de su dinámica”.

En la base del nuevo Derecho Internacional Privado –nos dice el profesor BOGGIANO⁵– está la admisión y utilización del pluralismo metodológico normativo no tanto por la internacionalidad de los casos como por las valoraciones y principios de las diversas esferas del Derecho material en que tales casos se presentan. El pluralismo metodológico da lugar a un sistema normativo en el cual aparece una concurrencia de diversas estructuras normológicas. A juicio del profesor BOGGIANO el conflictualismo clásico se mantiene inspirando las normas generales. El sustancialismo creciente, pese a su vital simplicidad, no puede regir todos los ámbitos de la materia y requiere el indispensable complemento integrador del conflictualismo. Es más, aun allí donde rige el sustancialismo, también requiere el auxilio conflictualista. El exclusivismo

⁴ BATIFFOL, Henri. “*Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé*”. Recueil des cours, tome 139 (1973 II), pp. 79-84.

⁵ BOGGIANO, Antonio. “*Del viejo al nuevo Derecho Internacional Privado*”. Buenos Aires 1981. Editorial de Palma, pp. X- XIII.

particularista sólo puede armonizarse y servir al fin del Derecho Internacional Privado si se limita a ser estrictamente excepcional, autolimitándose con precisión suficiente para generar certeza en el ámbito de la aplicación de la *Lex fori*.

3.2. Cambios técnicos - jurídicos de la norma conflictual

3.2.1. El paradigma de Savigny

Antes de SAVIGNY el modelo de nuestra disciplina era la teoría de los estatutos, surgida en Italia en los siglos XIII y XIV a partir de las glosas de ALDRICUS Y ACCURSIO y que fue desarrollada por escuelas diferentes en Francia y especialmente en los Países Bajos, hasta el siglo XIX.

SAVIGNY desplazó el interés de los juristas de los efectos territoriales o extraterritoriales de las leyes a la relación jurídica constituida en piedra angular de todo su sistema jurídico. Este fue el primer paso para la iniciación de un giro copernicano acerca de la concepción del Derecho Internacional Privado. A partir de él y prosiguiendo con MAURY, BATIFFOL, VAN HECKE, AGUILAR NAVARRRO, AGO, CARRILLO SALCEDO, GOLDSHMIDT, BOGGIANO, entre los más importantes, aún empleando diferentes palabras, apuntan a lo mismo: a la relación privada internacional como objeto de nuestra disciplina. En lugar de constituir sistemas generales sobre la nacionalidad o la finalidad de las leyes, SAVIGNY analiza cada institución para saber cual es la ley que le conviene de acuerdo a su naturaleza. Esto le permite llegar a soluciones de conflicto uniformes en diferentes países -en la medida que exista un fondo común en sus sistemas-, para cada relación jurídica, y en vista de la investigación del derecho aplicable, SAVIGNY fija su sede o asiento. Estas sedes se determinan por relaciones de hecho, es decir, lo que hoy llamamos puntos o factores de conexión entre los cuales hay que elegir en cada caso.

Nos dicen BATIFFOL y LAGARDE⁶ que reforma y reorganiza por primera vez un inventario metodológico de las reglas de conexión en un orden lógico, considerando sucesivamente a las personas, cosas, contratos, y las acciones, e introduciendo en el Derecho Internacional Privado la consideración de las grandes categorías del Derecho romano.

3.2.2. Críticas al modelo de Savigny

Cuando en la década del 60 se planteó la crisis del procedimiento de las reglas de conflicto, en tanto que modelo o paradigma de la doctrina, habría que considerarla desde una perspectiva más general como la de la "Crisis

⁶ Batiffol, Henri y LAGARDE, Paul. "*Droit International Privé*". Paris 1981. Editorial Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1981, Septieme Edition, p. 284.

del Derecho en el alba del siglo XX". El paradigma de la regla de conflicto multilateral surgió de la confianza en la ciencia jurídica propia del siglo XIX que –como nos recuerda GONZALEZ CAMPOS–, no es la misma hoy en día, en que la ciencia del derecho ensaya nuevos fundamentos y métodos, tanto en el lenguaje como en la interpretación, sea de nuevas posibilidades de construir un sistema por la integración de datos sociales y de valores jurídicos. Asimismo, la sociedad internacional actual difiere profundamente de la época de SAVIGNY y en consecuencia, las relaciones privadas internacionales que el derecho internacional privado debe reglamentar también han sufrido un profundo cambio en la época actual de la mundialización de la economía. Dentro de esta realidad nuestra disciplina debía renovarse desde el ángulo de los problemas técnicos jurídicos. La regla de conflicto multilateral tenía ciertos defectos sobre todo, la abstracción y el dogmatismo que justifican un retorno a la teleología del realismo y la equidad, buscándose un acercamiento necesario entre el mundo de las normas, de las realidades y de los valores en la vida privada internacional, a fin de alcanzar soluciones justas.

Las tendencias en la evolución de nuestra disciplina se pueden observar en la realidad normativa y jurisprudencial, así como en la doctrina. Según GONZALEZ CAMPOS⁷ las reglas del Derecho Internacional Privado en la actualidad se caracterizan por la diversificación, especialización, flexibilización y materialización, que al constituir características fundamentales nosotros las desarrollaremos en sus rasgos esenciales.

3.3. Diversificación de las reglas del derecho internacional privado étáticas

3.3.1. Introducción

Las reglas de nuestra disciplina son creadas por cada uno de los ordenes étáticos que forman parte de la sociedad internacional integrada por Estados soberanos, independientes e iguales. Estas reglas al haber sido dadas en base al "principio de exclusividad" sólo obligan a sus propias autoridades. El conflicto internacional –si bien es el ejemplo típico– no agota la temática del conflicto de leyes, pues el conflicto puede también oponer leyes que pertenecen a un mismo orden jurídico denominándose entonces conflicto interno, porque se plantea al interior de un Estado o de una unión de Estados. AGUILAR NAVARRO⁸, siguiendo a VITTA, clasifica los conflictos internos en interlocales e interpersonales. Los primeros se producen en los Estados pluriterritoriales

⁷ GONZALEZ CAMPOS, Julio. *"Diversification, specialization, flexibilization, materialization des Regles de Droit International Privé"*. Recueil des cours. Tome 287(2000) pp. 9-426.

⁸ AGUILAR NAVARRO, Mariano. *"Derecho Internacional Privado"*, Madrid 1982, vol I. Tome II, pp. 33 y ss.

(el territorio se toma en su sentido legal), como es el caso de los Estados federados; mientras los conflictos interpersonales acaecen cuando al interior de una misma soberanía los diversos grupos sociales pertenecientes a diferentes etnias, confesiones o razas están regidos jurídicamente por distintos derechos, como es el caso, por ejemplo del Líbano.

La diversificación de las reglas de conflicto puede aumentar en el caso de que ciertos Estados plurilegislativos contengan reglas diferentes para los conflictos internacionales. Asimismo, la unidad y diversidad de la organización judicial puede diferir. Se puede observar que en ciertos Estados plurilegislativos las reglas de derecho internacional privado relevan de los Estados federales, como es el caso de los Estados Unidos, sucediendo lo contrario en el caso de España en que el Estado unitario tiene la competencia judicial exclusiva.

3.3.2. Reglas de derecho internacional privado convencional

La coexistencia en los ordenes jurídicos étáticos de reglas de derecho internacional privado tanto de fuente interna como de fuente internacional constituye una realidad innegable e implica asimismo una diversificación normativa al interior de cada uno de los sistemas. Constatamos una gran expansión de las convenciones interetáticas, a nivel bilateral como multilateral; una de cuyas consecuencias es el "conflicto de convenciones" aplicable al caso sublitis que se puede plantear al juez interno.

Según GONZALEZ CAMPOS⁹ la coexistencia de dos grupos de reglas -internas y convencionales- estaría en contradicción con las finalidades de dos movimientos surgidos en la segunda mitad del ciclo XIX. De un lado, la corriente de unificación internacional del derecho material, lo que debía conducir a la eliminación del conflicto de leyes, al desaparecer la diversidad normativa. Y por otro lado, el movimiento hacia una codificación internacional de las reglas de derecho internacional privado, cuya finalidad era eliminar el particularismo inherente a la pluralidad de los sistemas étáticos, cada uno reglamentando de una manera divergente las situaciones privadas internacionales.

Actualmente se admite con el concurso de las organizaciones internacionales, avocadas a la tarea de unificación del derecho, como es el caso de UNIDROIT o de CNUDCI, que la voluntad política de los Estados no es muy favorable a la unificación del derecho material interno, el que ha quedado reducido a ciertas materias patrimoniales.

⁹ GONZALEZ CAMPOS, Julio, Op. cit. pp.96 y ss.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado pronto abandonó la idea de una codificación general y completa de las materias, para volver hacia temas particulares y precisos. En América la OEA asimismo abandono la utópica aspiración de emprender una codificación global, concretando sus esfuerzos e ir avanzando en temas específicos y en desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana.

Si por una parte el siglo XX se caracterizó por su tendencia hacia la codificación, vale decir, hacia una obra sistemática completa y con una voluntad de permanencia. Hoy en día se habla de la descodificación y de un proceso de creación del derecho que escapa completamente de los códigos, así como una “especialización sectorial” de las reglas jurídicas, adaptándose a una época en que la diversidad y el cambio son más importantes que la unidad y la estabilidad¹⁰.

3.3.3. *Derecho internacional privado de fuente institucional*

El tercer grupo de reglas en el orden jurídico étático está constituido por el derecho internacional privado de fuente institucional, que constituye una novedad en relación con el pasado. La manifestación más importante a nivel mundial la encontramos en la Comunidad Europea. Como nos dice GONZALEZ CAMPOS¹¹ se ha puesto en marcha un proceso que conduce a la “comunitarización de los sistemas del derecho internacional privado al servicio de la comunidad europea”. Después del Tratado de MAASTRICHT de 1992, que instituyó la Unión Europea la evolución en lo que concierne al derecho internacional privado nos muestra una cierta relativización del carácter intergubernamental y una ampliación de los objetivos de la reglamentación comunitaria.

3.3.4. *Contexto del sistema jurídico étático de derecho internacional privado*

A) *Lex mercatoria*

Hemos visto que el sistema de derecho internacional privado está constituido por fuentes autónoma, convencional e institucional, influyendo asimismo el llamado contexto transnacional, fundamentalmente la nueva Lex mercatoria. El derecho uniforme surge y se desarrolla no sólo a través del derecho convencional uniforme -interetático-, sino también y sobre todo por la acción autónoma y espontánea de la práctica que ha dado origen al llamado Derecho espontáneo o nueva Lex mercatoria internacional. La socie-

¹⁰ P DELNOY. “La codification forme dépassée de législation” RAPPORTS BELGES, AL XI Congrès International du Droit Comparé”. Bruxelles, 1982, pp. 129 y ss.

¹¹ GONZALEZ CAMPOS, Julio. Op. Cit. pp. 120 y ss.

dad internacional extra estatal y no nacional de compradores y vendedores se apoya sobre organizaciones profesionales que laboran un derecho corporativo, emplea contratos tipo, manifiesta una marcada predilección por el arbitraje, y tiene la firme convicción de que las relaciones mercantiles internacionales deben estar reguladas por normas propias específicas¹², sin embargo, hay que tener en cuenta que este derecho sólo tiene vigencia en la medida en que los ordenamientos jurídicos estatales lo toleran y consienten.

A partir de la década del 60, la búsqueda de una nueva Lex mercatoria aparece en la doctrina. Existe un movimiento muy neto hacia la autoregulamentación de las relaciones comerciales internacionales y la elaboración de un "derecho material extraetático". En este proceso ocupa un rol central el arbitraje comercial internacional, pues el arbitro, al no tener una Lex fori como el juez étático, puede libremente fundarse –salvo la determinación concreta de las partes en lo que concierne al derecho aplicable– sobre las cláusulas del contrato y el conjunto de los principios y reglas de la Lex mercatoria.

Este espacio, donde la flexibilización y materialización del derecho son sus elementos constitutivos, está unido al mismo tiempo a los órdenes jurídicos étáticos, que otorgan un rol preponderante a la autonomía de la voluntad en las relaciones del comercio internacional.

Por otra parte, la Lex mercatoria está condicionada por las disposiciones internacionalmente imperativas de los ordenes étáticos, en lo relativo al "orden público internacional"¹³. Es necesario tener en cuenta los diferentes puntos de reencuentro del arbitraje comercial internacional con las jurisdicciones étáticas, sea por la adopción de medidas provisionarias y de administración de la prueba, sea para la ejecución de las sentencias arbitrales, o en razón del recurso de nulidad de éstas ante el juez étático. En consecuencia, la Lex mercatoria se encuentra en relación de complemento con los ordenes étáticos pues los Estados guardan un poder de control todas las veces en que el dominio de los intereses étáticos estén comprometido.

B) Derecho internacional público

Para completar el panorama es necesario referirnos al contexto jurídico más amplio donde se insertan las relaciones privadas que es el de la sociedad internacional lo que nos conduce al Derecho Internacional Público.

La conexión mas directa del Derecho Internacional Público con nuestra disciplina parte del hecho que las reglas del derecho internacional privado

¹² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. pp. 124 y 125.

¹³ LALIVE, Pierre. "Ordré Public Transnational (Ou rééllement international) et Arbitraje International" Revue d' Arbitraje, 1986, pp, 329 y ss.

que no son internas tienen como fuente un tratado internacional o el acto de un órgano de una institución internacional, lo que nos conduce al derecho internacional general, en el primer caso y al derecho internacional particular, de las organizaciones internacionales en el segundo. El derecho de los tratados rige el procedimiento formal de elaboración de las reglas convencionales, sirviendo además para resolver las cuestiones que pueden ser planteadas al juez interno, como por ejemplo, las reservas, en el caso de los tratados multilaterales o el problema de la interpretación, a lo que habría de añadir el caso de aplicación de tratados sucesivos, sobre la misma materia y los efectos de la sucesión de Estados sobre los tratados.

3.4. Especialización normativa de las reglas de derecho internacional privado

3.4.1. Introducción

Las reglas de conflicto multilateral están constituidas por ciertas categorías con carácter abstracto y general: el estatuto de la persona, los bienes, las obligaciones contractuales y extracontractuales, la familia y las sucesiones. Este empleo muy general y abstracto permitía asegurar el respeto por parte de las reglas de derecho internacional privado, de los grandes sectores del orden jurídico, pero también una “universalización del modelo”. En la actualidad estamos lejos de esta descripción. Los últimos 50 años son de evolución hacia otro modelo, según el cual, las reglas de conflicto son más numerosas en los ordenes étáticos y convencional, caracterizadas por una especialización de las reglas en relación a la materia reglamentada. Es un sistema que trata de dar una respuesta jurídica a la diversidad que ofrece la realidad social. Lo que se traduce en una especialización normativa en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales. Nos dice FOYER¹⁴ que el estudio de los diferentes sistemas de derecho internacional privado muestra una cierta tendencia a aumentar las reglas de conflictos de leyes en un esfuerzo de adaptación creciente a las cuestiones planteadas.

Este proceso de especialización de las reglas de derecho internacional privado aparece también en las convenciones internacionales que tratan sobre los conflictos de jurisdicción, conflictos de leyes, y de ejecución de los juicios. Podemos añadir que otro de los rasgos más significativos del derecho contemporáneo es la función de los jueces, en tanto creadores de reglas de “segundo grado”, en la actualidad el derecho no se identifica con la ley, como sucedía en el pasado. Por lo que no sorprende que en el dominio del

¹⁴ FOYER, “*Problemes de conflicts de lois an matière de filiation*”. Recueil de Cours, tome 1993 (1985), pp, 1 y ss.

derecho internacional privado muchas de las nuevas reglas han surgido de las decisiones judiciales.

En esta tendencia de especialización de las reglas de derecho internacional privado, en el sentido amplio del término la doctrina ha identificado tres aspectos diferentes: una especialización material que trata sobre las relaciones de la vida jurídica internacional de la persona que constituye la materia reglamentada por las reglas de conflicto. Frente a las grandes categorías elaboradas por la doctrina en el pasado, la legislación actual a “deconstruido” este concepto, adaptando reglas de conflicto más específicas o concretas en relación a la materia a reglamentar. Una segunda forma de especialización es por “grados de heterogeneidad”, la cual toma en cuenta la internacionalización mas fuerte, buscándose soluciones especiales en las reglas de derecho internacional privado, en respuesta a este dato de la realidad social. Por último, en una tercera forma, la especialización también puede hacerse por la extensión espacial de las reglas o especialización por Estados, que viene a relativizar la concepción tradicional de las reglas de conflicto en tanto reglas de alcance universal.

3.4.2. Modalidades de la especialización

A) Especialización material

Frente al modelo tradicional según el cual la ley era sólo un producto del legislador étático, este producto se desdobra en lo que respecta a las varias materias, bajo la acción de una legislación uniforme adoptada internacionalmente. Los tratados internacionales, en el cuadro de la integración económica y política regional, culminan en una legislación supranacional, como es el caso de los actos normativos del derecho derivado de la Comunidad europea. Es evidente que esta pluralidad de legislaciones conduce naturalmente a una fragmentación y a una especialización de las reglas jurídicas.

La complejidad de la vida internacional de las personas plantea problemas que el derecho internacional privado está llamado a resolver. En el pasado dichas situaciones constituían un grupo “marginal” en el conjunto de la vida jurídica reglamentada por el Estado y por su contenido limitado encontraban respuesta en las grandes categorías de derecho privado. En la actualidad, tanto el derecho privado material, como las materias que constituyen el objeto del derecho internacional privado han devenido en más complejas, lo que exige una “refinación del modelo”¹⁵.

¹⁵ LOSSOUAM, Yvon. “Cours Général de Droit International Privé”, Recueil des cours, Tome 139 (1973), pp. 287-288.

La especialización ha sido una respuesta a la evolución. No es suficiente en la hora actual tener una sola regla de conflicto para los actos ilícitos o para las obligaciones contractuales utilizando una categoría jurídica muy general, llegándose a la misma conclusión en los dominios más tradicionales como son los derechos reales, o de la familia. En suma, como en las otras ramas del derecho las reglas del Derecho Internacional Privado han pasado de las generalidades de las categorías jurídicas, a la especialización. Es decir, hacia las “reglas especiales”.

B) Especialización por grado de heterogeneidad

En la concepción teórica de SAAVIGNY las relaciones privadas internacionales estaban consideradas en abstracto sin tener en cuenta los fines de su reglamentación, ni el grado más o menos de la dispersión en el espacio del elemento extranjero. Lo que traía como resultado que la localización de la relación tenía lugar en el orden jurídico de un solo Estado, por la toma en consideración de un solo elemento de la relación. La regla general teniendo una sola conexión puede dar respuesta adecuada en los casos extremos: primero, cuando la situación es absolutamente homogénea, porque todas las conexiones concernientes a las personas y los hechos pertenecen a la esfera de un solo orden jurídico; en segundo lugar, cuando la situación es completamente heterogénea, pues, el grado de dispersión de los elementos puede justificar el recurso a una sola ley para regirla. Pero el problema aparece en las situaciones intermedias, como sucedió en el caso *BABCOCK Vs JACKSON*, de la Corte de Nueva York, en 1963, en donde el autor del daño y la víctima, tenían su domicilio en Nueva York y no en Ontario, lugar del accidente.

Para descartar estos inconvenientes, uno de los caminos seguidos por el proceso de especialización de las reglas de derecho internacional privado ha sido la especialización por grado de heterogeneidad, caracterizada por la adopción de soluciones diferentes para las situaciones que tienen distintos grados de dispersión en el espacio.

C) Especialización por el dominio espacial de las reglas

La regla de conflicto en la concepción teórica de SAVIGNY tenía un *alcance universal*. Se aplicaba a todas las situaciones de *carácter internacional*, sin tomar en consideración los Estados a los cuales estaban conectados. Tenía un efecto multilateral. En la actualidad se puede constatar la existencia de reglas de derecho internacional privado diferentes en los órdenes jurídicos étáticos para las relaciones privadas de carácter internacional a las que ellas son aplicadas.

Las reglas de carácter regional son una consecuencia del fenómeno de integración económica y política. En la Unión Europea, de conformidad con

la Convención de Ginebra de 1968 sobre competencia judicial, éstas sólo son aplicables a las personas domiciliadas en los Estados miembros de la Unión Europea, y las reglas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales, a las producidas en un Estado miembro, por el contrario las reglas internas son aplicables a las situaciones conectadas con terceros Estados. De la misma manera el Reglamento 1346/2000/CU sobre *procedencia de insolvencia* sólo es aplicable si el centro principal de los intereses del deudor se ubican en la Comunidad europea; las reglas internas de los Estados miembros son aplicables a los deudores fuera del cuadro general.

En suma, se puede constatar la existencia de dos grupos de reglas de derecho internacional privado en los órdenes jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea: el uno para las situaciones *Ad Intra* de este cuadro de integración regional y el otro para las situaciones *Ad Extra*. Una suerte de Federal Conflicts Rules frente a las International Conflicts Rules de los Estados Unidos.

3.4.3. Alcances y efectos de la especialización

Si la primacía de la ley hoy no es cuestionada, sin embargo, el monopolio normativo no solo pertenece al legislador, pues el orden jurídico abre “*espacios de decisión*” al juez y es lo que permite la creación normativa, a un “segundo nivel”. La especialización puede ciertamente ser obra del legislador por la heterogeneidad de las situaciones, pero también por la obra del juez en los “espacios de decisión”, abiertos por las reglas que él debe aplicar. Y es en esta óptica en que la flexibilización aparece como una vía abierta por el sistema por medio de las decisiones del juez el cual está mas cerca de la realidad social para el examen del caso que le son sometidas, y en consecuencia, puede llegar más fácilmente que el legislador a una especialización normativa. Si la conexión principal no tiene suficientemente en cuenta la complejidad de la situación, conduce a la especialización normativa por la vía judicial.

Se ha estimado también que la “*privatización*” de las soluciones jurídicas es una de las actuales características de nuestra época. Se admite que estamos en presencia de una nueva deficiencia del legislador de reglamentar el conjunto de la realidad social. Sin embargo, resulta mas exacto el considerar que el orden jurídico deja a los interesados la tarea de reglamentar sus relaciones admitiendo que éstas están en mejor situación para establecer las reglas que los deben regir, sin perjuicio de que el juez pueda intervenir ulteriormente para hacer respetar los valores superiores del orden jurídico.

De lo que resulta que la creación de soluciones jurídicas de un segundo nivel puede ser obra de los particulares. Lo que nos conduce directamente a los lazos entre la especialización normativa y la autonomía de la voluntad

a partir de un dato: el esplendor de ésta última en el derecho internacional privado actual. Esta tarea la pueden cumplir los interesados individualmente en ciertas materias, sea bilateralmente o en condición de grupo social.

Esta autonomía no se limita al ámbito del conflicto de leyes, sino que también se extiende al dominio de la competencia judicial, en que las partes pueden elegir el tribunal competente. En fin, la Convención Interamericana sobre la ley aplicable a los contratos internacionales admite el carácter normativo de los usos del comercio internacional, reconociendo indirectamente la capacidad de los grupos sociales de crear reglas especiales (artículo 10).

3. 4. 4. *Límites de la especialización*

La especialización de las reglas de derecho internacional privado ofrece ciertamente ventajas porque permite adaptar las reglas a las necesidades propias de cada una de las materias o a los aspectos concretos de las situaciones en la vida de las personas. Pero no es menos cierto que desde una perspectiva más general el proceso de especialización normativa conlleva también riesgos. La tendencia a la individualización de las soluciones, subyacente en este proceso puede conducir efectivamente a una fragmentación del orden jurídico, perdiéndose la perspectiva de conjunto. En síntesis, una súper especialización puede provocar el abandono de elementos fundamentales del orden jurídico en tanto que sistema normativo.

En lo que concierne en particular al derecho internacional privado, el peligro es todavía mas grave tanto por el objeto de sus reglas como por la diversidad de sus fuentes. La materia reglamentada está constituida de situaciones de la vida internacional, vale decir, conectadas con dos o varios ordenes jurídicos y teniendo en cuenta, que una de las funciones del derecho internacional privado es la de coordinar los diversos sistemas jurídicos que pueden regir estas situaciones, pudiéndose esta función verse comprometida por la especialización excesiva, si cada Estado adopta una fragmentación muy amplia de las situaciones se hace muy difícil que los contactos entre los diversos ordenes jurídicos pueden coincidir. Por ejemplo, una regla general abstracta tal como la *Lex Loci Delicti* ofrece una solución común a los diversos Estados. Pero si se adopta un régimen particular para los accidentes de circulación por carretera que combina a esta ley con la matricula del vehículo, la búsqueda de soluciones comunes se hace más difícil. Es por eso mismo si se admite que la regla general y abstracta puede producir resultados inequitativos o inapropiados, la búsqueda de una situación especial "mejor" puede asimismo conducir a una falta de uniformidad en las soluciones. Para evitar estos inconvenientes es necesario que los diversos órdenes internos suscriban convenios interetáticos que contengan soluciones flexibles y una misma

ponderación de los hechos, dejando a los jueces la aplicación de las normas tomando también en cuenta los resultados a que llevaría la aplicación de las diversas leyes sustantivas étáticas a los casos concretos, lo que nos lleva a la llamada materialización de las reglas de derecho internacional privado.

3.5. Flexibilización de las reglas de derecho internacional privado

3.5.1. Introducción

El único procedimiento normativo utilizado en el modelo de SAVIGNY fue el de la “regla de conflicto multilateral”. Los otros procedimientos presentes en el derecho positivo se consideraban como simples “anomalías” en relación con el paradigma. En consecuencia, el modelo étático construido bajo este paradigma era considerado “completo”, en razón de la simplicidad de los elementos que lo integran, al estar compuesto por un número limitado de reglas de conflicto multilaterales por el empleo de las grandes categorías de derecho civil que definen la materia a conectar por la regla de conflicto.

Un tal modelo fue consagrado por las codificaciones nacionales del siglo XIX. Asimismo, el modelo postulaba la separación de las reglas de conflicto –cuya función es localizadora– del elemento material constituido por el derecho sustantivo aplicable. La justicia del derecho internacional privado, en tanto que justicia de la localización finaliza con la designación del orden jurídico aplicable.

Las transformaciones posteriores del Estado y de la ciencia jurídica hicieron que el modelo de SAVIGNY deviniera en inapropiado, por su carácter abstracto, alejado tanto de la realidad social como de los objetivos y valores del derecho material. Y de allí la aparición en el siglo XX de un triple proceso de “especialización”, “flexibilización” y de “materialización” de las reglas de derecho internacional privado.

Para GONZALES CAMPOS¹⁶ esta flexibilización no es sino la expresión del “principio de aproximación” de las situaciones a reglamentar por un orden jurídico dado y su puesta en marcha se traduce por la búsqueda del “lazo más estrecho” de tales situaciones con un sistema jurídico, lo que se relaciona con el elemento que conduce a la localización de la conexión de la regla de conflicto. Este “principio de aproximación” puede tener una función “atributiva” como “correctiva”, en la reglamentación de las situaciones privadas internacionales.

¹⁶ GONZALES CAMPOS, Julio, *Op. Cit.* p 214.

3. 5.2. *Función atributiva*

Esta función puede expresarse en los siguientes términos: la ley que debe regir una situación privada internacional es la del Estado con el cual ella presenta lazos más estrechos. Se puede considerar que esta función atributiva del “principio de aproximación” coincide con la función localizadora de la regla de conflicto en el modelo de SAVIGNY, aunque el medio utilizado, difiera como lo expresa LAGARDE¹⁷: “al paso abstracto de SAVIGNY, el principio de aproximación lo sustituye por un paso concreto, fundado en el examen de los diferentes elementos de la situación en su conjunto”.

El examen de los cambios de las conexiones de las reglas de conflicto, lleva a constatar que sólo ciertas conexiones tradicionales han sobrevivido al transcurso del tiempo, como es el caso de la LEX REI SITUS, para los inmuebles, mientras la mayor parte han sufrido un cambio, como es el caso por ejemplo, del domicilio y de la *Lex Locus Contractus*¹⁸.

También se observa, que si bien ciertas conexiones históricas todavía permanecen, como el de la *Locus Delicti* o de *La Locus Celebrationes* para la forma de los actos jurídicos, no juegan en la actualidad un rol absoluto, sino que han sido obligadas a compartir su dominio con otras conexiones alternativas o subsidiarias.

En este proceso de reemplazo de las conexiones tradicionales, GONZALES CAMPOS¹⁹ cita el ejemplo del desplazamiento de las conexiones tanto de la nacionalidad como del domicilio, a favor de la residencia habitual –noción que nosotros pensamos está más cerca del domicilio desprovisto del factor de intencionalidad, *Animus*-. Esta noción está presente en las Convenciones de Unificación adoptadas en La Haya, a partir de la década del 50. Por una parte, la aparición de una nueva conexión para las cuestiones del estatuto personal puede estar caracterizada por el abandono de nociones de derecho estricto, en favor de una noción constituida por un “conjunto de elementos fácticos”, lo que permite excluir de un lado cuestiones ligadas a los conflictos de nacionalidad y descartar, por otro lado, nociones tales como el domicilio ficticio. Por otra parte, la residencia habitual es una “conexión abstracta” a concretizar en los hechos de litigio sometidos al juez el cual debe hacer una ponderación de las circunstancias ligadas a dos o varios órdenes jurídicos, lo que excluye todo automatismo en la puesta en práctica; contrariamente la

¹⁷ LAGARDE, Paul. “*Le principe de proximité dans le Droit International Privé Contemporain*”. Recueil des cours. Tome 196 (1986 I) pp. 9 y ss.

¹⁸ VIRGÓS SORIANO, Miguel. “*Lugar de celebración y lugar de ejecución de la contratación internacional*”, Madrid 1989.

¹⁹ GONZALES CAMPOS, Julio, Op. Cit. p. 220.

noción de residencia habitual puede llevar a una situación de imprevisibilidad en ciertas situaciones en las que la residencia habitual comenzó a jugar al comienzo de una situación, y que después de varios años debe ser determinada, como podría ser el caso del régimen de bienes del matrimonio, cuando este ha cambiado el domicilio conyugal de origen.

Otro caso de conexión todavía más abierta es la que se refiere a los “lazos más fuertes” de la situación con un orden jurídico dado, y que se encuentra en varias legislaciones y convenios internacionales. El empleo de esta conexión nos muestra que el legislador se ha limitado a indicar que es el juez el que debe concretizar, el principio de aproximación, en cada caso concreto por el conjunto de los hechos del litigio, y así llegar a encontrar la “regla de la especie” que corresponde.

El estatuto personal comprende no solo el estado y capacidad civil de las personas naturales, sino también el Derecho de familia, el cual ha sufrido profundas transformaciones en la época contemporánea. La familia tradicional se fundaba en dos pilares fundamentales: la superioridad de la institución matrimonial, sobre otro tipo de uniones, y el privilegio de la masculinidad. A partir de la segunda mitad del siglo XX hay una aceleración en las transformaciones de la sociedad occidental y concretamente del Derecho de familia. Por todas partes aparece una aspiración a lograr la igualdad jurídica entre hombre y mujer; que se traduce en una igualdad entre marido y mujer y entre padre y madre; siendo también reivindicada la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales²⁰. Todo lo cual ha provocado -según la expresión que se ha convertido en clásica- el estallido del estatuto personal en el sentido amplio del término²¹.

Todo esto ha conducido necesariamente al abandono de las reglas de conflicto fundado en conexiones únicas y rígidas, en varios Estados, en el conjunto de las relaciones de familia. Tal es el caso, por ejemplo del artículo 2084 del Código civil peruano sobre filiación extramatrimonial.

El legislador puede también aplicar “el principio de aproximación” en el dominio de la competencia judicial directa fundado, en los lazos más estrechos del litigio con el juez al que se atribuye competencia.

Si en el dominio del conflicto de leyes se ha sostenido que existe una idea propia de la justicia, fundada en la búsqueda de la localización más apropiada de las situaciones internacionales, en el dominio de la competencia judicial, -aunque la función unilateral de las reglas sólo conduce a la atribución de la

²⁰ FOYER, JACQUES. “*Problemes de conflicts de lois en matiere de filiation*”. Recueil de cours, Tome 180 (1983 II), pp. 12 - 117.

²¹ BATIFFOL, Henri. “*La crisis del estatuto personal*” Valladolid 1978.

competencia de los tribunales de un Estado dado; T. PFEIFER –citado por GONZALES CAMPOS²²– se refiere también a un principio de justicia, poniendo el relieve que por su puesta en práctica ciertos modelos opuestos han sido utilizados por los diferentes sistemas. La primera oposición es la que aparece fundada sobre “el poder”, mientras la otra concepción se funda sobre “la libertad de los sujetos y la protección de sus derechos”. Se ha subrayado que el primer modelo concibe la administración de justicia en las situaciones privadas internacionales como la expresión de la soberanía del Estado, proyectando su poder a fin de que sus tribunales administren justicia, sobre el territorio étático, a las personas y a los bienes que allí se encuentran.

Frente a este modelo de soberanía tenemos el modelo de justicia privada, según el cual se fija la jurisdicción en la tarea de suministrar una tutela efectiva a los conflictos Inter Privatos. Según VIRGÓS y GARCIMARTIN²³: su reflejo en el sistema de competencia judicial e internacional es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares y la configuración como principio regulador de la proximidad razonable del asunto de litigio con el foro.

El principio de la aproximación presenta diferencias entre las reglas de conflicto de leyes y las reglas de competencia jurisdiccional. Mientras las primeras deben conducir a la designación de una ley aplicable, en principio única, las segundas pueden admitir la designación de varios tribunales competentes. Una segunda diferencia es que las reglas de competencia jurisdiccional –salvo que resulten de un tratado internacional- son unilaterales e indican solamente en qué casos los tribunales del Estado que ha dictado estas reglas serán competentes. Mientras que las reglas de conflicto de leyes, por el contrario son la mayor parte de las veces bilaterales y pueden designar aplicable tanto a la ley del foro, como la de un Estado extranjero.

Estas dos diferencias esenciales entre las reglas del conflicto de leyes y las reglas de competencia jurisdiccional explican que el principio de aproximación no puede jugar un rol idéntico en estos dos dominios.

El derecho positivo comparado ofrece lo más a menudo al demandante una elección entre varios tribunales posibles, no pudiendo exigir que el foro elegido sea el que presenta con el litigio los lazos más estrechos. Lo más que se puede exigir es que el foro escogido presente al menos un lazo estrecho con el litigio, pero no necesariamente los lazos más estrechos²⁴.

²² GONZALES CAMPOS, Julio, Op. Cit. p. 235.

²³ VIRGÓS SORIANO, Miguel y FRANCISCO GARCIMARTIN ALFERES. “Derecho procesal civil internacional” Madrid 2007 Civitas Ediciones, SL. p. 54

²⁴ LAGARDE, Paul. Op. Cit. p. 131.

Por otra parte, si se establece que el foro elegido no cumple con esta exigencia mínima, la consecuencia será forzosamente diferente de lo que sucedería en el caso de conflicto de leyes. El tribunal elegido no podrá reenviar el litigio al tribunal de otro Estado que presente los lazos requeridos con el litigio, debiendo sólo declararse incompetente, sin poder dar una solución al litigio que se le ha sometido.

Estas diferencias ligadas a la estructura específica de las reglas de conflicto de leyes y del conflicto de jurisdicciones, son sin embargo relativamente menores en relación al rol que juega el principio de aproximación en su función atributiva. La determinación del tribunal internacionalmente competente supone, la definición de una conexión que justifica esta competencia y el principio de aproximación juega un cierto rol en esta determinación. Como en el conflicto de leyes, pero bajo formas diferentes, el principio de aproximación puede servir en la elaboración de claves de competencia internacional directa. Pero su función más importante es una función correctiva de las reglas de competencia jurisdiccional.

3. 5. 3. *Función correctiva*

En lo que concierne a la “función correctiva” del principio de aproximación, LAGARDE²⁵ a justamente observado que se trata de un elemento nuevo en relación al procedimiento tradicional y que también está al servicio de la finalidad localizadora que es inherente a este procedimiento, en tanto, que viene a sustituir a la solución prevista por el legislador en una regla de conflicto, por otra solución adoptada por el juez que toma en consideración los lazos más estrechos de la situación con otro orden jurídico.

La novedad estriba, en que en el procedimiento tradicional la localización prevista por el legislador no puede ser corregida por el juez. En la actualidad, por las llamadas “cláusulas de excepción” se atribuye al juez institucionalmente el poder de concretizar la elección de la ley aplicable²⁶ el juez debe actuar según un trámite que también está fundado en el principio de aproximación, es decir, tomando en consideración las circunstancias concretas del caso en su conjunto, lo que le va a permitir establecer, por delegación, la derogación de la solución prevista por el legislador en una regla de conflicto, si la situación presenta manifiestamente lazos más estrechos con otro orden jurídico.

Produciéndose un doble efecto, por una parte como efecto inmediato la justicia del derecho internacional privado, fundada en la localización más

²⁵ LAGARDE, Paul. *Ibidem*. pp. 97 y ss. en lo que concierne a la función correctiva de las reglas de conflicto, y pp. 134 y ss. sobre la corrección de las reglas de competencia judicial.

²⁶ PICONE, P. “*La Riforma Italiana del diritto internazionale privato*”. Milán 1968. p. 80.

apropiada, y asegurada por la corrección prevista en la regla de conflicto. Por la otra parte un efecto mediato que es el de adaptar las reglas de conflicto “rígidas” del sistema tradicional a la evolución general, tanto de la realidad social, como del derecho internacional privado. A estos dos efectos positivos se añade uno negativo, derivado de la búsqueda de la localización más apropiada, que es una menor certeza jurídica y previsibilidad, a diferencia del modelo de SAVIGNY en el cual estos dos valores estaban presentes.

En relación al campo de aplicación de las “cláusulas correctivas” de la localización, se hace habitualmente una distinción entre las cláusulas generales y las cláusulas especiales. El ejemplo más característico, es sin duda el artículo 15 de la Ley Federal suiza de 1987 según la cual:

“III. Cláusula de excepción

El derecho designado por la presente ley no será excepcionalmente aplicado si, respecto del conjunto de las circunstancias, resulta manifiesto que la causa no tiene más que un vínculo muy laxo con este derecho y que ella se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho.

Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho”.

En lo que respecta a la competencia judicial el sistema etático está construido en base a la idea de una “aproximación razonable” de los litigios con el orden jurídico del foro, de lo que se deduce una delimitación de cada Estado del volumen de competencias que decide atribuir a sus tribunales, delimitación que se expresa claramente en el carácter unilateral de las reglas de competencia jurisdiccional de los sistemas etáticos de derecho internacional privado. Sin embargo, el legislador no goza de una libertad absoluta para determinar el volumen de competencia judicial internacional, que va atribuir al conjunto de sus tribunales, estando limitado por el principio de la “protección jurídica efectiva”, de los derechos e intereses de los particulares. El derecho a la tutela jurisdiccional es ante todo un derecho fundamental reconocido como tal universalmente, por ejemplo, entre otros en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución peruana.

De esto se deduce, de una parte el hecho que el legislador tiene un límite, tanto máximo como mínimo, en relación a su libertad en el establecimiento del sistema etático de competencia judicial internacional. Por otra parte, también se deduce la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre estos dos polos.

En efecto, el volumen de competencia judicial atribuido a los órganos jurisdiccionales del Estado debe ser “suficiente” para asegurar el derecho constitucional de acceso efectivo a los tribunales en las situaciones internacionales. Por el contrario, si para asegurar los derechos de la defensa en el proceso el demandado no debe estar sometido a una carga excesiva, de lo cual se deduce que es solamente en función de la proximidad del litigio que

él podrá ser llevado delante de nuestros tribunales. Lo que implica, que el legislador haya recurrido al principio de proporcionalidad para elaborar las reglas de competencia judicial de su sistema.

El principio constitucional de una tutela judicial efectiva debe ser considerado bajo otras perspectivas. Tal sería el “foro de necesidad” contemplado en el artículo 2063 del Código Civil.

Este foro se denomina también de urgencia y sólo protege a las personas naturales que necesitan protección judicial por estar sufriendo en el país algún daño físico o moral, o se encuentren en inminente peligro de sufrirlo, a pesar de estar domiciliados en el extranjero. En este caso se hace necesario una acción correctiva de carácter positivo –para evitar supuestos de denegación de justicia–, por la vía del establecimiento de un “foro de necesidad” en su propio sistema.

La segunda situación se caracteriza por el hecho que los tribunales nacionales son competentes para conocer el litigio, pero una corrección del sistema se revela necesaria si el conjunto de las circunstancias en un caso de la especie conduce al juez nacional, a estimar que tal litigio posee manifiestamente lazos más estrechos con otro orden jurídico y que estos tribunales son competentes para conocer del litigio. En este caso, una corrección de carácter negativo puede ser fundada por la vía del *Forum Non Conveniens*, el juez declarando que un foro extranjero dado es más apropiado para conocer del litigio.

Esta cláusula de excepción proviene de los derechos anglo-americanos, más no es reconocida sino excepcionalmente por los derechos continentales europeos²⁷.

3. 6. Materialización de las reglas de derecho internacional privado

3.6.1. Introducción

Para el paradigma de la regla de conflicto multilateral de Savigny, la determinación de la “naturaleza” de la relación de derecho permite encontrar su “sede” en la conexión a un determinado orden jurídico, lo que conduce a la localización de la relación en causa.

El juez en un segundo momento del razonamiento debe aplicar las reglas del derecho sustantivo del orden jurídico en la cual la relación de derecho ha sido localizada por las reglas de conflicto, para encontrar allí la solución de fondo del litigio. La “localización” constituye la función esencial de la regla de conflicto multilateral. GONZÁLES CAMPOS²⁸ hace referencia a una “esfera de

²⁷ LAGARDE, Paul. Op. Cit pp. 142-157.

²⁸ GONZALES CAMPOS, Julio. Op. Cit. p. 408.

justicia conflictual” caracterizada por la búsqueda de la mejor localización espacial de las diversas relaciones privadas internacionales.

En el pensamiento de SAVIGNY la determinación de la “naturaleza” de la relación de derecho y de su “sede” se hace en función de conceptos jurídicos abstractos elaborados por la ciencia jurídica, lo que asegura su neutralidad en relación a los elementos concretos del orden material.

3.6.2. Presentación de los objetivos y de los valores del derecho material

Este postulado de la separación de la regla de conflicto y del derecho material aplicable, no podía estar de acuerdo con los fines del Estado y de la ciencia jurídica a mediados del siglo XX. En efecto, si el Estado social interviene en la economía ensayando la transformación de la realidad social, el derecho se constituye en un instrumento al servicio de los fines de transformación de la sociedad etática. Lo que excluye en principio que se pueda hablar de la neutralidad del sistema jurídico en general, y en particular de la neutralidad de las reglas de derecho internacional privado en relación a los valores y objetivos sociales, económicos o políticos que gobiernan el derecho material, pues esto equivaldría como lo dice POCAR²⁹ a que las reglas de conflicto y el derecho material no son el producto de una misma sociedad etática.

A esta argumentación se puede añadir, en primer lugar, que determinados objetivos y ciertos valores jurídicos que tienen un alcance social muy significativo son reconocidos por las constituciones etáticas, lo que conduce a su protección por el conjunto del orden jurídico etático, así por ejemplo, nuestra Constitución en el artículo primero proclama que: “la defensa de la persona y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En segundo lugar, en las “Convenciones Internacionales se impone también el respeto de los derechos y libertades fundamentales de la persona, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La constatación de esta realidad normativa exige que la totalidad del orden jurídico etático, comprendido el sistema de derecho internacional privado, se estructure en base a los fines y valores que inspiran el derecho material. Se ha comprobado que el procedimiento del conflicto de leyes es por sí solo *insuficiente* para tomar en cuenta la realidad social y jurídica actual. Así como los objetivos del Estado en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, especialmente el rol creciente del Derecho Económico y de la necesidad de la protección de ciertos grupos de personas, como es el caso de los menores, trabajadores o consumidores.

²⁹ POCAR, Fausto. *Protection de la partie faible en Droit Internationale Privé*. Recueil des cours, tome 188 (1984 V) p. 355.

A partir del auge del neoliberalismo en las últimas décadas del siglo XX se ha puesto un mayor énfasis en la autonomía de la voluntad, sobre todo en el dominio de las obligaciones contractuales. Con la crisis financiera del 2008 se ha constatado la necesidad de una cierta regulación del Estado en las relaciones económicas tanto internas, como internacionales. El legislador después de reconocer una amplia esfera de libertad a los contratantes cuando se encuentran en pie de igualdad hace uso de las reglas de aplicación inmediata para defender aquellas normas éticas fundamentales.

El orden jurídico ético persigue objetivos sociales concretos, derivados del Estado social, que inspiran también el derecho internacional privado, recibiendo los efectos de esta “materialización del derecho”, estando obligado a utilizar reglas materiales que incorporen valores y objetivos concretos como reglas imperativas directamente aplicables a las situaciones internacionales. De esta manera el Estado del foro está llamado a intervenir utilizando un procedimiento distinto del método conflictual tradicional, que es la reglamentación a través de normas materiales internacionalmente imperativas.

Sin embargo, este camino no es el único para tomar en cuenta los objetivos del Estado social sino que el legislador y eventualmente la jurisprudencia pueden penetrar estos objetivos en el cuadro de una regla de conflicto sin que sea necesario referirse directamente a los objetivos en el enunciado de la nueva regla, como sería el caso de la *Lex Originis* en materia de protección de los bienes culturales que reemplaza a la *Lex Rei Situs*.

En este mismo camino se puede hacer referencia al caso de la protección de los consumidores en que la jurisprudencia para proteger a la parte más débil ha recurrido a la aplicación de las reglas imperativas del derecho material del foro. Con posterioridad estas soluciones han sido reemplazadas, en el caso de la Comunidad Europea por la inclusión de una regla especial en el artículo 5 de la Convención de Roma sobre ley aplicable a los contratos internacionales³⁰.

3. 6.3. Alcance de la materialización

Resumiendo lo expuesto podemos hablar de un proceso de “materialización” de los sistemas éticos del derecho internacional privado en un sentido amplio, constatamos en efecto que al lado de la regla de conflicto tradicional, surgen otros procedimientos de reglamentación. Entre ellos encontramos el llamado directo a las reglas que tienen un contenido material. Esto se puede lograr a través de diferentes modalidades, entre estas: el procedimiento de reglas materiales especiales de fuente ética para las relaciones privadas internacionales. Asimismo, el procedimiento de reglas de derecho material

³⁰ GONZALES CAMPOS, Julio. Op. Cit. pp. 350-353.

uniforme incluidas en las convenciones internacionales. Por último, tenemos el procedimiento especial según el cual el legislador en base al respeto de la autonomía de la voluntad reconoce a los particulares la facultad de elegir un árbitro que resuelva sus conflictos legales, aplicando también un derecho no estatal basado en los principios y reglas de la *Lex Mercatoria*.

Al margen de estos procedimientos se pone énfasis actualmente en la “materialización” en el seno mismo del procedimiento conflictual de las reglas de conflicto multilateral. Para poner en relieve esta tendencia en los sistemas étáticos del derecho internacional privado se toma en consideración la última fase del proceso conflictual, o sea la “localización” de las relaciones privadas internacionales.

En efecto, una “corrección” de la localización puede hacerse si se toma en consideración no solo la regla de conflicto general para una determinada materia, sino también otra regla perteneciente al mismo “grupo normativo”; otra modalidad puede ser la de asegurar el contenido material deseable por la vía de una excepción a la regla general. Asimismo, se puede conseguir que una vez designado el orden jurídico aplicable por una regla de conflicto localizadora, el contenido material de ésta, sea confrontado con otro sistema jurídico conectado también con la situación en causa y el resultado derivado del primero sea corregido por el segundo, en este caso el derecho internacional privado va actuar en dos escalones. Por último, ha sido puesto en relieve que una sumisión ciega del juez a la regla de conflicto puede llevar a incoherencias jurídicas si dos aspectos de una misma situación internacional, a pesar de su lazo estrecho con el derecho material interno, son objeto de reglas de conflicto distintas y que los ordenes jurídicos aplicables conduzcan a resultados inapropiados, lo que habría que corregir por la vía de adaptación. En todos estos casos se puede estimar que el resultado material corrige la localización.

La tendencia a la materialización –nos dice GONZÁLES CAMPOS³¹– no está en oposición fundamental con la tendencia a la “flexibilización” que ha modificado, sin cambiar su finalidad localizadora, el paradigma de la regla de conflicto multilateral elaborada por SAVIGNY a mediados del siglo XIX. El uno y el otro en realidad son dos alternativas de una elección que hace el legislador al dictar las reglas del sistema étático de derecho internacional privado. Pero en esta elección no goza enteramente de una libertad, pues, la materialización se impone en aquellos sectores de situaciones privadas internacionales en las cuales existe una más fuerte intensidad de los objetivos y de los valores del derecho material, y, por consiguiente el derecho internacional privado está llamado a asegurar en el plano internacional, la unidad y la coherencia de los valores presentes en los órdenes jurídicos estáticos.

³¹ GONZÁLES CAMPOS, Julio. *Ibidem*.

La autonomía de la voluntad en la conformación de las relaciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español (*)

MONTSERRAT GUZMÁN PECES (*)

SUMARIO: 1. *Planteamiento de la cuestión.* 2. *La autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado en el ámbito del estatuto personal y familiar.* 2.1. *En materia de filiación.* 2.2 *Determinación del nombre y apellido.* 2.3. *En materia matrimonial y en relación con las obligaciones alimenticias.* 3. *Manifestaciones de la autonomía de la voluntad en el sector de las obligaciones.* 3.1. *Alcance y significado del fenómeno de la integración en este ámbito.* 3.2. *Las obligaciones contractuales.* 3.3. *La responsabilidad extracontractual.* 4. *Consideraciones finales.*

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En los trabajos de los últimos quince años la doctrina más destacada ha puesto de relieve la transformación del Derecho Internacional Privado, en diversos ámbitos y, un ejemplo de ello lo constituye el papel preponderante de ciertas fuentes de producción normativa¹ y, el avance de la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y familiar². Por otro lado, los principios orientadores de la regulación de tráfico externo han cambiado y la búsqueda

(*) Sirva esta modesta aportación como homenaje a la extensa y valiosa contribución del gran jurista peruano el Dr. D. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE en el ámbito del contrato privado.

(**) Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá-Madrid, España.

¹ Desde la perspectiva del Derecho internacional privado español, es innegable como el proceso de cooperación reforzada entre los Estados miembros ha conducido a que la regulación de fuente autónoma juegue un papel menos preponderante en el sector de la competencia judicial internacional, del derecho aplicable y del reconocimiento de resoluciones judiciales. Tampoco resulta particularmente claro establecer el papel de las fuentes de producción internacional cuando se trata de Convenios anteriores ratificados por Estados miembros en materias que se ven afectadas por la normativa reglamentaria ni precisar la dimensión *ad extra* de la normativa emanada de la UE.

² *Vid.* OVERBECK, A. E. V. "Y irresistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux itineraries en Droit, Hommage à F. Rigaux, Bruxelles* : 1993, pp. 619-636.

da de la sede de la relación jurídica que constituía la máxima del método multilateral cede a favor de otras fórmulas que tienen en cuenta otro tipo de intereses en presencia³, especialmente de protección de la parte débil de la relación jurídica y el respeto a los Derechos Humanos⁴. Además ciertos objetivos e intereses vinculados a la integración socio-política, económica y jurídica condicionan las fuentes de producción normativa⁵, las técnicas de reglamentación⁶ (ley aplicable o cooperación de autoridades) y claramente la opción metodológica (búsqueda de un método unitario, flexible, etc.). También el fenómeno globalizador que se traduce en un aumento de las relaciones jurídico privadas internacionales requiere un tratamiento particularista en relación a los distintos escenarios internacionales⁷ en que se desenvuelven las mismas⁸. Por su parte, el individuo a la hora de constituir una relación

³ JAYME, E. "Identité culturelle et integration: le droit privé postmoderne". En: Revista: *Cours general de Droit International privé*, R. des C., Tomo 252, 1995, pp. 56 y ss.

⁴ Reflexiones extraídas del trabajo todavía inédito de J.M. ESPINAR VICENTE, titulado en la versión que generosamente me ha facilitado el autor, "De lo tradicional y de lo nuevo en el Derecho internacional privado contemporáneo".

⁵ STRUYCKEN, A.V. M. "Les Conséquences de l'integration Européenne sur le development du Droit International Privé". En: Revista : R. des C., Tomo 232, 1992-I, p. 270. En relación a las consecuencias del desplazamiento del Derecho internacional privado de los Estados miembros a favor de una Comunidad de Derecho. Vid. También DE MIGUEL ASENSIO, P. A. "Integración europea y Derecho internacional privado". En: *Revista de Derecho Comunitario europeo*, 1997, núm.2, p. 429-430. También Vid. ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., "La «europeización» de decisiones de Derecho Privado". En: Revista: *REDI*, vol. LX, 2008-I, pp. 47 y ss. Como señala el autor, la relación entre el sistema europeo y los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se había producido a través del orden público del Estado requerido, pero al suprimirse ese control por ejemplo en los títulos europeos supone una constatación de la integración de sistemas, de la cesión de la soberanía de los Estados y, en definitiva de la pérdida de protagonismos de los Estados miembros.

⁶ GONZALES CAMPOS, J.D. "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé". En: Revista: *RCDI*, t. 287, 2000, pp. 121 y ss. ; y Vid. SÁNCHEZ LORENZO, J.D., "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", *Obra homenaje al profesor Julio Diego González Campos*. Tomo II, Madrid: 2005, pp. 1765- 1786.

⁷ Vid. ESPINAR VICENTE, J.M. *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid: Civitas, 1997, pp. 108 y ss. El autor describe como en la actualidad las relaciones privadas internacionales se desenvuelven en torno a cuatro escenarios: integración, coordinación, cooperación y confrontación, atendiendo al grado de afinidad jurídica entre los diversos sistemas jurídicos. En el último trabajo por el momento inédito que el autor ha tenido la amabilidad de facilitarme, describe como en el nuevo orden internacional los principios claves del modelo anterior, basados en la reciprocidad, equidad y neutralidad axiológica han cedido a favor de planteamientos basados en la legitimidad; la cesión de soberanía del Estado y el de la primacía de los intereses de la Comunidad Internacional. Vid. del mismo autor, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Madrid: UAH, 2008, pp. 60-63.

⁸ Vid. PAMBOUKIS, CH. P. "Droit Intenational Privé holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé". En: Revista : *Cours general de Droit International privé*, R. des. C., Tomo 330, 2008, en especial pp. 417- 428. El autor plantea las dificultades de articulación de reglas en el modelo de integración por la multiplicidad de espacios jurídicos.

jurídica busca traspasar las fronteras jurídicas de los Estados y convertirse en sujeto activo de la regulación, sin ser verdaderamente consciente del riesgo que supone en algunas ocasiones la integración de la respuesta jurídica amparada en derechos divergentes. Es a la hora de dotar eficacia a las relaciones jurídicas constituidas por los particulares al margen de los cauces diseñados por el legislador nacional cuando se plantean verdaderos conflictos, puesto que en ocasiones sin llegar a oponerse frontalmente al orden público, llega a quebrar la lógica y coherencia del sistema.

Pues bien, todos estos componentes interconectados entre sí constituyen el soporte desde el que analizar el papel de la autonomía de la voluntad en las diferentes instituciones seleccionadas, en atención, fundamentalmente a los cambios legislativos experimentados en los últimos años. Se trataría de inducir si en estos sectores caracterizados tradicionalmente por su carácter no dispositivo, predomina la libertad de las partes a la hora de constituir, disolver y transformar situaciones jurídicas internacionales y, si existe cierta coherencia legislativa entre los distintos sectores analizados. En ocasiones es el propio Estado el que a través de su sistema jurídico concede ese margen de libertad individual manifestándose en la posibilidad de elección de Tribunal, del derecho aplicable y del contenido material de la relación jurídica como tendencia imparable en las sociedades modernas de nuestro entorno y, en otras, será el propio individuo el que busque el amparo de la legislación que más se adecue a sus intereses y, aquí se muestra totalmente permeable el comportamiento de los sujetos a la hora de planificar su esfera de intereses patrimoniales o económicos y la conformación de su ámbito personal y familiar⁹. Es fundamentalmente esta última cuestión la que se muestra más interesante de análisis, especialmente cuando el individuo en uso de su libertad personal configura situaciones jurídicas al margen de lo establecido, incluso contraviniendo normas imperativas. Por lo tanto el objeto de análisis se centraría, al hilo de las manifestaciones más recientes de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar y en el sector de las obligaciones, en poner de manifiesto su alcance en relación con los valores o intereses en presencia apreciados en un momento de gran trascendencia para el Derecho internacional privado actual por las transformaciones políticas, sociales, culturales y económicas de la sociedad en su conjunto.

⁹ Vid. GSNNSGÉ, P. "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit International privé de la famille". En: Revista : *Rev. crit. dr. International, privé*, 81(3), 1992, pp. 441 y ss.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL ÁMBITO DEL ESTATUTO PERSONAL Y FAMILIAR

A principios del siglo pasado lo que se consideraban como obligaciones convencionales entre las partes constituía una de las cuestiones más controvertidas de nuestra disciplina. La autonomía de la voluntad tenía que ser conjugada con la autoridad de las leyes imperativas y la esfera de eficacia de aquella se circunscribía casi exclusivamente al ámbito contractual, dado que en las demás materias el legislador establecía una reglamentación no dispositiva y su inobservancia se sancionaba con la nulidad de los actos jurídicos constituidos. En el ámbito familiar, curiosamente fue en materia matrimonial, donde la voluntad de los contrayentes alcanzó cierto protagonismo, especialmente para extender los efectos extraterritoriales de los contratos y romper con los límites estrictos de los estatutos (personales y reales), evitando así el posible conflicto de leyes¹⁰. A lo largo del s. XIX ocupó un papel ciertamente preponderante, pero en el s. XX se debate si la voluntad de las partes de establecer estipulaciones contractuales queda sometida al imperio de la ley¹¹.

2.1. En materia de filiación

En la constitución de la filiación adoptiva resulta interesante destacar cómo interactúa la autonomía de la voluntad del adoptante o adoptantes con la protección del interés prioritario y superior del menor. Pues bien, en esta materia se detecta como la libertad individual actúa de modo especialmente relevante en lo que he venido denominando las vías previas a la constitución

¹⁰ Se le atribuye a Dumoulin (s. XVI) la creación de la teoría de la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial. Niboyet relata como la idea parte de este Abogado, con el objetivo de satisfacer las necesidades de sus clientes y ganar sus asuntos, dado que en la práctica encontraba bastantes obstáculos para garantizar los efectos extraterritoriales al contrato matrimonial. Para asegurar dichos efectos, consideró que en los contratos matrimoniales la voluntad de las partes podría resultar soberana y auténtica fuente de producción normativa, garantizándose así, su aplicación universal. Esta idea caló y fue acogida por la Jurisprudencia de la época, desarrollándose por los autores del s. XVIII, que llegaron a concebir en este ámbito a la voluntad de las partes como una regla principal. No obstante, como puso de manifiesto Bertrand d' Argentré, contemporáneo y adversario de Dumoulin, esta doctrina no consideraba el alcance de las normas imperativas, como posteriormente se puso de manifiesto en el S. XIX., época en la que se desarrolló ampliamente la doctrina de la autonomía de la voluntad, entendiéndose como un derecho de las partes de elección de ley con algunas excepciones: en materia de capacidad, forma, inexistencia de conflicto de leyes, contratos no comprendidos en el Derecho Privado, donaciones y sucesiones y, el orden público. Vid. NIBOYET, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*, traducción de A. RODRÍGUEZ RAMÓN, primera edición. Madrid: Reus, 1930, pp. 651- 661. Vid. NYBOYET, J.P., *La Théorie de l'autonomie de la volonté*. En Revista : *R. des Cours*, 1927, Vol. I, pp. 8-13 y 53.

¹¹ NYBOYET. *Op. Cit.* p. 669.

judicial de la adopción desde la perspectiva del derecho español¹². En este proceso cuando los adoptantes se dirigen a la Entidad Pública con competencia en materia de protección de menores, la de la residencia habitual de los adoptantes, para que ésta emita el denominado certificado de idoneidad, éstos en uso de su autonomía de la voluntad pueden configurar una relación jurídica con un menor procedente de un país determinado, incluso región, concretando la edad, sexo, raza entre otras cuestiones¹³. El certificado de idoneidad se otorga en función del país elegido para la adopción, de tal modo que si la adopción concreta no llega a constituirse, la autoridad central del Estado de recepción (en terminología convencional) debe proceder a su adaptación. Por tanto, la declaración de idoneidad, se establece en relación con menores de unas edades y características específicas, atendiendo a las preferencias expresadas por los adoptantes¹⁴. Además dicha declaración de idoneidad no supone un acto constitutivo de un derecho, es más si transcurridos tres años de la declaración de idoneidad no se llega a constituir, será preciso actualizar el expediente procediéndose a una nueva valoración¹⁵. En particular en la

¹² En España resulta de aplicación la Ley 54/2007 que regula la competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero y la conversión en adopciones en forma plena. Por su parte la citada Ley incorpora por referencia el Convenio de la Haya de 1993 en materia de protección de menores y adopción.

¹³ En cuanto a los criterios que se tienen en cuenta para declarar idóneos a los adoptantes, hay que señalar que existe un criterio general, que surgió tras la reunión de la "Comisión Técnica Inter-autonómica" organizada por la Dirección General de Protección Jurídica del Menor y la Familia que tuvo lugar con anterioridad a la ratificación del Convenio de la Haya. Del informe elaborado además de las consideraciones sociales, familiares, medios de vida etc., se acordó tener en cuenta: La consideración de las motivaciones a la hora de la elección de un niño extranjero; disponibilidad para la aceptación de rasgos étnicos diferenciados; referencias en cuanto a la cultura del país de origen del menor; aceptación de riesgos de naturaleza psíquica o física de niños extranjeros, internos en instituciones de protección; aceptación de enfermedades; edad del niño, sexo, existencia de hermanos etc.

¹⁴ Vid. GUZMÁN PECES, M. *La adopción internacional. Guía para adoptantes mediadores y juristas*, Madrid: La Ley, 2007, especialmente, pp. 186-190.

¹⁵ Vid. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y CAMPUZANO DÍAZ, B. "El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional privado español". En: Revista: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, N° 1888, marzo 2001, pp. 18 y ss.. Coincidimos con los citados autores en que la importancia de la valoración de la idoneidad de los adoptantes es inadecuada en algunas resoluciones de la DGRN respecto de niños nepalíes, por cuanto se califica como un "requisito formal fácilmente subsanable". En otras ocasiones, como ponen de ejemplo los autores, se ha llegado a conceder la idoneidad a un enfermo de esquizofrenia paranoide (Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 13 de noviembre de 1998), dato que extraña por cuanto las enfermedades mentales en muchos casos se tienen en cuenta para la retirada de la guarda y custodia de menores a los padres biológicos. Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. "El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)". En: Revista: *Aranzadi Civil*, N° 12, octubre 1998, p. 20. En definitiva la importancia del requisito de la idoneidad en el reconocimiento de las adopciones constituidas en el extranjero obedece como señala la citada autora a que "[...] en ciertos supuestos su ausencia puede ser indicativa de la existencia de una

adopción internacional, la voluntad de los adoptantes juega un papel crucial a la hora de determinar que aspectos de los menores estarían dispuestos a aceptar en relación con las diferencias étnicas, culturales¹⁶, religiosas, etc., cuestión con la que me he mostrado especialmente crítica por considerar que constituyen “adopciones a la carta” y que la legislación aplicable, lejos de limitar, fomenta.

Por otro lado, en cuanto al establecimiento de la filiación por gestación sustitutiva, son los particulares los que en uso de su libertad no amparada en la legislación aplicable, buscan dotar de eficacia a una relación de hecho constituida en el extranjero que desplegará sus efectos en España. Hasta aquí, el juego normal de la actividad privada, lo que sorprende es el razonamiento que emplea la Dirección General de los Registros y del Notariado (en lo sucesivo DGRN), primero en la Resolución de 18 de marzo de 2009¹⁷, sobre inscripción de filiación de hijos nacidos por gestación de sustitución y posteriormente en la Instrucción de 5 octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Los hechos eran los siguientes: Un matrimonio de varones homosexuales¹⁸ (entiendo que el razonamiento hubiera sido idéntico con independencia de la condición sexual de los solicitantes) viajan a California y contratan según el procedimiento establecido en dicho Estado los servicios de una mujer gestante que da a luz a gemelos (el material genético es aportado por uno de los cónyuges). En este caso, en la certificación registral californiana constaba que los padres biológicos eran los solicitantes. Al instar la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular español en los Ángeles se rechazó al considerar que conforme a la legislación española aplicable la filiación materna se determinaba por el parto.

En primer lugar, hay que señalar que el artículo 10 de la Ley de reproducción asistida, ley 14/2006 decreta nulo de pleno derecho el contrato en el que se convenga la filiación por sustitución. No obstante, plantea soluciones que se

adopción fraudulenta, o cuanto menos, irregular”.

¹⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 18ª de 15 de junio de 1999, rec. 908/1998, en la que la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto contra el auto que resolvía que la demandante no era idónea para adoptar un niño de nacionalidad guatemalteca. La Sala valorando todo el material probatorio obrante en Autos entiende que la solicitante de adopción está en condiciones de garantizar las necesidades, la estabilidad, cuidados y respeto a sus señales de identidad que le permitan un desarrollo integral, por lo que debe ser valorada como persona idónea para adoptar a ese menor.

¹⁷ Para una defensa de los argumentos de la decisión del centro directivo, *vid.* CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. En: Revista: Cuadernos de Derecho Transnacional, octubre 2009, vol. I, núm. 2, pp. 294-319.

¹⁸ Desde el 2005 en España se permite el matrimonio de homosexuales y el establecimiento de una filiación adoptiva por los mismos.

han ignorado por el momento: Primero, quedaría determinada la filiación del nacido por el parto, Segundo, prevé la determinación de la filiación respecto del padre biológico y, Tercero, permite la adopción del hijo del consorte. Por lo tanto, el carácter imperativo de la norma impide a los españoles contratar la filiación por sustitución y lo sanciona con la nulidad de pleno derecho, pero dota de eficacia a la filiación biológica materna y en su caso, la del padre que aporta el material genético. La madre cuya filiación queda determinada podría renunciar al hijo, aunque dicha renuncia para que despliegue efectos en España tendrá que realizarse pasados treinta días del parto. A partir de este momento se podría adoptar al hijo del consorte como preceptúa el apartado tercero del artículo 10 y, teniendo en cuenta que la Constitución española consagra la protección de los hijos con independencia del tipo de filiación, en nada perjudica esta vía de solución al interés superior de los menores en este caso.

En segundo lugar, no encontramos ningún sentido en acudir al orden público para integrar en nuestro sistema jurídico una relación jurídica constituida en el extranjero contraviniendo una norma de policía española. Pero es que además la eficacia en España de los actos o relaciones jurídicas constituidas en el extranjero será la que prescriba el sistema jurídico español y no la pretendida por los solicitantes o la que conste en una certificación registral extranjera, puesto que es necesario integrar el alcance de la misma de manera que no quiebre la coherencia del sistema jurídico. Tampoco entendemos en qué se opone al interés superior del menor la inscripción de una filiación acorde con la realidad. Es más, creo que se opone al interés del menor y a derechos fundamentales recogidos en textos internacionales la inscripción pretendida por los solicitantes.

Pongamos otro símil para entender mejor el planteamiento: En España la Ley 30/1979 de 27 de octubre sobre extracción y transplante de órganos, en su artículo 2 establece que “no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano transplantado”. Imaginemos que existe un receptor de órganos que en lugar de seguir el cauce previsto en una norma imperativa española decide comprar un órgano en el extranjero y acudir a un Hospital con una certificación médica oficial (registral incluso) para que se realice el transplante. No parecería de recibo amparar este tipo de prácticas que envuelven tráfico o comercio de órganos a costa de personas procedentes en algunos casos de países con fuertes desequilibrios sociales, amparándonos en que no se opone al orden público y, la protección de cualesquiera otro tipo de intereses en presencia. Y

estas connotaciones, a mi juicio, se reproducen en el supuesto de la gestación por sustitución.

Pues bien, llegados a este punto de reflexión existirían dos planteamientos: El primero de ellos, despojado de juicios de valor, consistiría en reformar la legislación vigente¹⁹ y permitir la gestación por sustitución en España e inscribir obviando la filiación materna o teniendo en cuenta la solución actual (filiación biológica paterna y filiación adoptiva del hijo del consorte) y, la segunda de ellas, por la que me inclino, estaría en la línea de lo que sostiene Espinar Vicente²⁰ cuando afirma que la prohibición de este tipo de contratos responde al objetivo de velar por el interés prioritario del menor que en este caso se concreta en el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos y, al igual que en el ejemplo traído a colación, proteger a las partes débiles de la relación jurídica: evitando el tráfico de menores y protegiendo a las mujeres en este tipo de prácticas comerciales (gestantes a cambio de un precio). Además el reconocimiento supone dar cabida al *forum shopping* especialmente de aquellos que se pueden permitir viajar a estos países y realizar este tipo de negocios jurídicos en materia de establecimiento de filiación²¹. Los recurrentes son españoles y viajaron a dicho país el tiempo suficiente para contratar la gestación y que se produjera el nacimiento, pero como se desprende del caso, el centro efectivo de vida y dónde despliega sus efectos la relación jurídica es en España, por lo tanto discrepo con los planteamientos que de una manera un tanto artificiosa, en mi opinión, conectan el supuesto con otro Estado.

Por último, señalar que resulta curioso comparado con el tratamiento que hace no tantos años se daba a las adopciones constituidas en el extranjero en forma simple²² al impedir su reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español, a pesar de que no contradecían ninguna norma imperativa española ni se oponían al interés prioritario del menor, más bien todo lo contrario,

¹⁹ Este fue uno de los planteamientos propugnados por Álvarez GONZÁLEZ en la Ponencia sobre Gestación por sustitución presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en el V Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado : Tendencias en la evolución del Derecho Internacional que tuvo lugar los días 24 y 25 de marzo de 2011.

²⁰ ESPINAR VICENTE, J.M. "Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación de sustitución y el amparo a los actos en fraude a la Ley". En: Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. *Liber Amicorum* al Profesor José Luis IGLESIAS BUHIGUES, ESPLUGUES MOTAS y PALAO MORENO (Coord.), Valencia: Tirant Blanch, 2012, pp. 598-604.

²¹ Cfr. CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Gestación por sustitución [...]". *Loc. Cit.* pp. 317-318. Sostienen que en el caso no existe un viaje al extranjero sólo para litigar porque los recurrentes se trasladaron a California muchos meses antes del nacimiento de los menores para poder optar por la gestación por sustitución y existen muchos elementos conectados con dicho Estado.

²² Sobre la diferente tipología, Vid. CALVO BABIO, F. *Reconocimiento en España de las adopciones simples realizadas en el extranjero*, Madrid: Dykinson, 2003.

como hemos venido sosteniendo. En efecto, el encargado del Registro Civil entendía en innumerables resoluciones que este tipo de adopciones no podían ser inscritas por la inobservancia de las condiciones previstas en el párrafo quinto del artículo 9.5 CC. En estas cuestiones llamábamos la atención²³ sobre la incorrecta práctica judicial a la hora de abordar los problemas clásicos internacional-privatistas.

Un análisis adecuado del *iter* en el procedimiento de reconocimiento conducía a entender el proceso del siguiente modo: Cuando se solicitaba la inscripción registral de la adopción constituida en el extranjero por adoptantes españoles, lo que realmente se estaba requiriendo es que se comprobara que la resolución extranjera daba fe de la existencia de un título bastante para acreditar la relación jurídica constituida. A continuación el encargado del Registro Civil debiera comprobar la concurrencia de los requisitos formales, a los que anteriormente aludíamos, y los requisitos de fondo, en concreto, la competencia de la autoridad extranjera en la constitución, si se habían otorgado los consentimientos y autorizaciones necesarios respecto del adoptando y por último si los adoptantes con residencia habitual en España (al tiempo de iniciar la tramitación del expediente adoptivo) resultaban idóneos. Una vez efectuadas estas comprobaciones, si concurrían los requisitos que hemos mencionado, la relación jurídica constituida en el extranjero se debía inscribir y producir los efectos que le atribuye el sistema jurídico español a la filiación adoptiva²⁴.

Por el contrario si la relación jurídica no lograba superar el filtro inicial, no tendría eficacia constitutiva y no producirá los efectos de una filiación adoptiva²⁵. Por tanto, en pura técnica legislativa no se puede establecer que no serán reconocidas las adopciones cuyos efectos no se correspondan con los previstos por el sistema jurídico español, porque una vez que la relación jurídica se inscribe como adopción, el primer efecto es la atribución de la

²³ Vid. ESPINAR VICENTE, J.M. "*La adopción de menores constituida en el extranjero y el reconocimiento de la patria potestad en España (Algunas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)*". En: Revista: *Actualidad Civil*, septiembre, 1997, pp. 757-771.

²⁴ En algunos casos, los adoptantes constituían una adopción en forma simple porque en el Estado de procedencia del menor el único tipo de adopción existente, no porque supusiera una medida de protección temporal de menores. Hay que tener en cuenta que cuando se procura la protección del menor a través de la adopción internacional es porque ha resultado imposible integrar al menor en otra familia en su país de origen, puesto que ésta se constituye con carácter subsidiario.

²⁵ Piénsese en el supuesto de que la autoridad que constituyó la adopción no tuviera competencia para ello según sus propias normas competenciales; falta de consentimiento de los padres biológicos; o cualquier otro impedimento que pudiera conducir a entender que la adopción no responde al interés superior del menor.

nacionalidad española de origen al adoptado y los efectos de la adopción son los previstos para las relaciones paterno-filiales a las que queda asimilada la adopción por el juego combinado de los artículos 39 CE, 108 CC y 9.4 CC. En cualquier caso la Ley 54/2007 ha venido a solventar estas cuestiones al facilitar la conversión de las adopciones simples en plenas si reúnen los requisitos para ello.

2.2. Determinación del nombre y apellido

Esta es una de las materias dónde se aprecia una evolución mayor hacia un derecho dispositivo, puesto que los particulares en uso de su autonomía de la voluntad tienen un amplio margen de libertad para satisfacer sus intereses²⁶. Hasta hace no muchos años la Dirección General de los Registros y del Notariado español (DGRN) consideraba éste un ámbito indisponible atendiendo al criterio de la estabilidad del nombre.

Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español los derechos que se derivan de la condición de hijo serían, el derecho a los apellidos, a recibir asistencia y cuidados de todo orden; a percibir alimentos, a obtener la nacionalidad de los padres y, el derecho a la sucesión. Respecto a los apellidos el artículo 109 del Código civil establece que *“la filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley. Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley. El orden de apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimiento posteriores de sus hermanos del mismo vínculo. El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos”*.

Pues bien, la tendencia contraria parece haberse abierto camino, dado que la autonomía material de los padres permite alterar el orden de los apellidos para evitar una posible discriminación. En este sentido, mencionar que acaba de entrar en vigor una reforma de la Ley de Registro Civil²⁷, que permite a am-

²⁶ Vid. LARA AGUADO, A. *“Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado relativa a los nombres y apellidos”* Derecho Registral Internacional, Libro Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero, Madrid: Iprolex, 2003, pp. 155-173 y, en la misma obra, J. Carrascosa González, *“La ley aplicable al nombre de las personas físicas y la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en especial pp. 148 y ss.

²⁷ BOCG IX Legislatura 90-1, de 8 de septiembre de 2010. En la Exposición de Motivos se alude al carácter del nombre y apellido al configurarse como *“un elemento de identidad del nacido derivado del derecho de la personalidad y como tal se incorpora a la inscripción de nacimiento. Con el fin de avanzar en la igualdad de género se prescinde de la histórica prevalencia del apellido paterno frente al materno permitiendo que ambos progenitores sean los que decidan el orden de los apellidos. Igualmente se sistematiza y agiliza el procedimiento de cambio de nombres y apellidos y se somete, como regla gene-*

bos progenitores, con el objetivo de evitar discriminaciones por razón de sexo, decidir el orden de los apellidos. A su vez se agiliza el procedimiento para el cambio de nombres y apellidos, resultando competente para ello el Encargado del Registro Civil. En particular el artículo 49 del Proyecto establece que en la inscripción de nacimiento deberán constar los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre y los apellidos que le correspondan de acuerdo a su filiación. En el caso de que la filiación paterna y materna esté determinada, los padres de común acuerdo podrán decidir el orden de los mismos. Y en caso de desacuerdo o cuando no hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, será el Encargado del Registro Civil el competente para determinar el orden los apellidos según su orden alfabético. La única limitación al respecto vendría determinada por el orden de los mismos establecidos en la primera inscripción de nacimiento, que condicionaría en buena lógica la inscripción de los nacimientos posteriores con idéntica filiación.

No obstante, al margen de las críticas que merecen algunos aspectos de esta reforma, la aplicación del derecho material español, cedería en el caso de que supusiera un obstáculo a los objetivos propuestos en el ámbito de la integración europea²⁸, especialmente por lo que respecta a la libertad de circulación en el territorio de la UE. En este sentido, hay que hacer mención a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 2010, que establece las siguientes reglas:

En primer lugar, está previsto que los españoles que nazcan fuera de España, en el territorio de la UE, siempre que al menos uno de los progenitores tenga su residencia habitual en dicho Estado, cuando hayan sido inscritos en el Registro local extranjero los apellidos del nacido, conforme a la ley local, podrán inscribirse con los mismos apellidos en el Registro Civil Consular español, incluso cuando el orden de los apellidos sea distinto al previsto por la ley española, al resultar aplicable la ley de la residencia habitual y el nacido no ostente la nacionalidad del país de nacimiento.

En segundo lugar, hay que incidir en que es necesario la concurrencia de una serie de requisitos, que en este caso se concretarían en el nacimiento en el territorio de la UE; que al menos uno de los progenitores, cuya filiación resulte determinada, tenga su residencia habitual en dicho país; que para

ral, a la competencia del Encargado del Registro Civil. En cuanto a la filiación, se elimina toda referencia a la no matrimonial, con plena equiparación a la matrimonial”.

²⁸ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional privado”. En: *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 10, 2010. Versión electrónica: www.rej.ujaen.es. El autor señala como en el ámbito de la ley aplicable al nombre y apellido se muestra de modo más evidente la tendencia hacia el libre desarrollo de la personalidad, aunque se muestra especialmente crítico por ejemplo en relación a los controles efectuados sobre los matrimonios fraudulentos.

la determinación de los apellidos resulte aplicable la norma de Derecho internacional privado del lugar de nacimiento y, el punto de conexión sea la residencia habitual y, conforme a la leyes materiales de ese país no se admita el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer respecto de leyes distintas a las españolas. Además la inscripción de los apellidos conforme a la ley del país de nacimiento tiene que ser solicitada por ambos progenitores conforme al artículo 156 del CC o, por uno con el consentimiento del otro, salvo que uno de los padres haya sido suspendido o privado del ejercicio de la patria potestad. Únicamente no procederá la aplicación de lo previsto anteriormente cuando los apellidos determinados conforme a la ley local resulten contrarios al orden público español y, cuando se infrinja el principio de homopatrimonia entre hermanos por diferir de los apellidos que ostenta otro hijo mayor de idéntica filiación.

Por último en los supuestos de diversidad de apellidos derivados de los conflictos de leyes en materia de plurinacionalidad, la Instrucción señala que en el caso de nacimiento en España, si además de la nacionalidad española poseen la nacionalidad de otro país miembro de la UE, habrá que estar a lo previsto en la Instrucción de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español.

La Instrucción de la DGRN de 24 de febrero de 2010 está basada en la Sentencia del Tribunal de Justicia (caso Grunkin- Paul) de 2008²⁹ que tenía por objeto una decisión prejudicial planteada por un Tribunal alemán en relación a la interpretación de los artículos 12 y 18 CE en un supuesto de determinación del apellido de un niño de nacionalidad alemana, nacido y con residencia en Dinamarca cuyos progenitores de nacionalidad alemana tenían apellidos diferentes. Conforme a la certificación registral de la autoridad danesa competente, el niño recibió en virtud del derecho danés el apellido Grunkin-Paul con el que también se inscribió en su partida de nacimiento danesa. Por su parte en el Registro Civil alemán se denegó el reconocimiento del apellido del niño tal y como había sido determinado en Dinamarca debido a que conforme al artículo 10 de la Ley de introducción al Código civil alemán el apellido de una persona se regía por la ley de la nacionalidad e impedía al hijo llevar un apellido doble (el del padre y de la madre). Los padres interpusieron recursos contra la denegación de inscripción que fueron desestimados. Finalmente presentaron una demanda ante el *Amtsgericht Flensburg* que decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial en base a si la prohibición de discriminación contenida en el artículo 12 CE y,

²⁹ STJUE Asunto C-353/06 Gran Sala, Caso Proceso Penal contra Stefan Grunkin de 14 de octubre de 2008.

al derecho a la libre circulación del artículo 18 CE de todos los ciudadanos de la Unión, resultaba compatible con el artículo 10 de la ley alemana en materia de conflicto de leyes que excluían la competencia de otra ley que no fuera la de la nacionalidad para regular el apellido.

El Tribunal de Justicia declaró que la oposición de las autoridades alemanas a reconocer el apellido de un niño tal y como se había determinado e inscrito en otro Estado miembro (el del nacimiento y residencia del menor se oponía al derecho a la libre circulación del artículo 18 CE. El Tribunal de Justicia entendió que aunque la conexión nacionalidad obedecía al objetivo de garantizar la determinación del apellido de una manera estable y continuada, en las circunstancias descritas, tal conexión ofrecía un resultado contrario al pretendido, puesto que al cruzar de una frontera a otra el apellido cambiaría. Además se alegaron otro tipo de condicionamientos como el inconveniente que produciría la disparidad de apellidos en el orden profesional y privado, en particular de los efectos jurídicos de los actos o documentos oficiales expedidos con un apellido u otro; también a la hora de probar la identidad, normalmente de acuerdo a un pasaporte que al ser el niño alemán correspondía de manera exclusiva a las autoridades alemanas. Entiende el Tribunal que todos estos obstáculos a la libre circulación sólo se podrían justificar si estuvieran basados en “consideraciones objetivas y fuera proporcionado al objetivo legítimamente perseguido” y en el presente litigio todos los motivos invocados para denegar el reconocimiento e inscripción no manifiestan este carácter.

En definitiva, en materia de nombres y apellidos la competencia de la ley de la nacionalidad del niño puede ceder ante la ley de la residencia habitual de un Estado miembro en las circunstancias descritas anteriormente y, en este caso, la autonomía de la voluntad de los progenitores otorgada por el derecho de la nacionalidad vendría limitada por los objetivos perseguidos en el escenario de la integración europea, en particular siempre que suponga un obstáculo a la libre circulación en el ámbito de la UE.

2.3. En materia matrimonial y en relación con obligaciones alimenticias

En materia matrimonial los cónyuges disponen de un amplio margen de libertad³⁰ a la hora de elegir la ley que regirá los efectos (artículo 9.2 CC), aunque como señala ÁLVAREZ GONZÁLEZ³¹ con permiso de la ley de la nacio-

³⁰ Vid. DOMÍNGUEZ LOZANO, P. “Nuevas estructuras familiares en la Unión Europea”, *Derecho, Sociedad y Familia: Cambio y continuidad*, Madrid: UAM, 2007, pp. 189-206.

³¹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Libro Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla: 2005, p. 149. El autor señala que la realidad la ha convertido en “una solución rúcana y quizás sólo al alcance real de determinados matrimonios

nalidad común y como conexión subsidiaria. Dejando al margen las críticas que ha suscitado la conexión nacionalidad común en cuanto a los efectos del matrimonio y a la disolución del mismo, existen otras facetas en las que la autonomía de la voluntad de los futuros contrayentes resulta bastante operativa, por poner algunos ejemplos, en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio se ha eliminado el requisito de la heterosexualidad; en cuanto a la forma de celebración del mismo (en forma civil, religiosa, conforme a ley española, conforme a ley del lugar de celebración); y a la hora de disolver el matrimonio si resulta aplicable el derecho material español el simple hecho de presentar la demanda resulta suficiente para decretar su disolución, sin que sea necesario alegar causa alguna. Incluso está previsto en la normativa de fuente institucional, como analizaremos a continuación, que las partes elijan el derecho aplicable a la separación judicial y el divorcio. En todos estos ejemplos que acabamos de señalar primarían derechos inherentes a la persona como el de la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad religiosa entre otros que actuarían como marco de referencia si de los que se trata es de constituir relaciones jurídicas ante nuestras autoridades y como límite a la hora de dotar de eficacia en España a las constituidas en el extranjero.

No obstante, nos encontramos con que el español que en uso del libre desarrollo de la personalidad decide contraer nupcias con un extranjero, se le somete a un proceso de verificación para evaluar su consentimiento y discernir si existen fines migratorios fundamentalmente. Aquí la libertad de los individuos de contraer matrimonio se ve cercenada por directrices administrativas en materia de extranjería que no deberían encontrar su fundamento en esta sede³². A raíz de la Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995, se impuso la comprobación de la veracidad del consentimiento matrimonial (para evitar la simulación) en los expedientes previos a la celebración del matrimonio en España cuando uno de los contrayentes estaba domiciliado en el extranjero, incluso cuando la celebración se realizaba en el extranjero. En dicha Instrucción se exigía en la fase del expediente previo a la celebración del matrimonio civil, la audiencia personal de cada contrayente reservada y por separado para que el Instructor a través de una entrevista en la que se incluyen una serie de preguntas que permitan dilucidar si existe un auténtico

con la capacidad suficiente para organizar ex ante (antes de la celebración del matrimonio) y en documento público tal opción”.

³² Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional*, *op. cit.* especialmente p. 273. El autor sostiene que la calificación registral debe situarse al margen de la simulación del consentimiento, fundamentalmente atendiendo a que estamos ante un Derecho fundamental que no se debe ser abandonado a criterios meramente administrativos, cuando este control es más acorde que se realice a posteriori a través del Ministerio Fiscal con todas las garantías jurisdiccionales.

consentimiento matrimonial³³ y que dependiendo del celo en el cumplimiento de sus obligaciones del funcionario en cuestión³⁴, podrían resultar un tanto cómicas si no fuera porque estamos en presencia de un derecho fundamental de la persona, el *ius nubendi* y debe presidir una certeza racional absoluta en la decisión denegatoria de celebración del mismo.

Más recientemente la DGRN a través de la Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre los matrimonios de complacencia ha descrito los elementos o indicios que se deben tener en cuenta por los empleados del Registro Civil en la entrevista personalizada a los contrayentes, incidiendo especialmente en datos personales y familiares; conocimiento del otro; relaciones previas al matrimonio, diferencia de edad, convivencia, hijos en común, etc. Durante este período resulta sorprendente el elevado número de Resoluciones de la DGRN denegando la celebración o inscripción de los matrimonios atendiendo al criterio de la existencia de datos suficientes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial³⁵.

³³ Conforme al artículo 246 Reglamento del Registro Civil español, el instructor del expediente puede interrogar a los futuros contrayentes para cerciorarse de la verdadera intención matrimonial y descubrir posibles fraudes.

³⁴ Vid. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. "La capacidad y la simulación en el matrimonio: Fraude y extranjería en la Doctrina de la DGRN", *Derecho Registral Internacional, Op. Cit.* p. 293 y ss.

³⁵ *Ad exemplum* sólo en una semana del mes de octubre de 2006, el Centro Directivo denegó las siguientes: RDGRN (2da.) de 2 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre española y cubano. Boletín de Información del Ministerio de Justicia (en lo sucesivo BIMJ), N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 124-127. RDGRN (1ª) de 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre pakistaní y española. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 131-133. RDGRN (2da.) de 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 133-136. RDGRN (3ª) de 3 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre español y cubana. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 136-138. RDGRN (4ª) de 3 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, ecuatoriana y española. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 138-140. RDGRN (4ª) de 4 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre española y cubano. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 148-150. RDGRN (1ª) de 6 de octubre de 2006, sobre matrimonio celebrado en el extranjero entre cubano y española. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 161-164. RDGRN (5ª) de 6 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y uruguayo. BIMJ, N° 2047 de 15 de octubre de 2007, pp. 167-169. RDGRN de 7 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y nigeriana. BIMJ, N° 2048 de 1 de noviembre de 2007, pp. 100-102. RDGRN (1ª) de 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española. BIMJ, N° 2048 de 1 de noviembre de 2007, pp. 102-104. RDGRN (3ª) de 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre marroquí y española. BIMJ, N° 2048 de 1 de noviembre de 2007, pp. 105-107. RDGRN (4ª) de 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y uruguayo. BIMJ, N° 2048 de 1 de noviembre de 2007, pp. 107-109. RDGRN (5ª) de 9 de octubre de 2006, sobre autorización de matrimonio civil entre español y boliviana. BIMJ, N° 2048 de 1 de noviembre de 2007, pp. 109-112.

También la Fiscalía se ha interesado por este tipo de matrimonios, y así, la Circular 1/2002 de 19 de febrero sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención Fiscal en materia de extranjería interviene “preventivamente” supervisando el expediente tramitado ante el Encargado del Registro Civil y por si esto no fuera suficiente, está previsto que a posteriori ejercite la acción de nulidad si tuvieran conocimiento de la posible existencia de un matrimonio simulado. También a nivel europeo se han establecido medidas para luchar contra los matrimonios contraídos con el objetivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de los nacionales de terceros países.³⁶ En definitiva en este ámbito sería más acorde un control o verificación a posteriori teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos contemplados³⁷, aunque no albergó ningún tipo de esperanza al respecto teniendo en cuenta los controles férreos que se están desplegando en materia de inmigración en los últimos tiempos.

A los efectos que aquí interesan haremos una breve mención del papel de la autonomía de la voluntad en el Reglamento sobre alimentos³⁸ (Bruselas III) y, el Reglamento en materia de separación y divorcio³⁹ (Roma III). Pues bien, el primero de ellos se circunscribe a las relaciones alimenticias derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad, en los ámbitos propios del Derecho internacional privado⁴⁰, esto es, la competencia judicial internacional, la ley aplicable⁴¹, el reconocimiento y eficacia de las resoluciones judiciales⁴² y la cooperación entre autoridades centrales. Merece especial aten-

³⁶ Vid. Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 4 diciembre 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, DOCE C 382 de 16 diciembre 1997.

³⁷ Vid. SÁNCHEZ LORENZO S. *Loc. Cit.* pp. 273- 274.

³⁸ Reglamento UE núm. 4/2009 de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Diario Oficial núm. L 7 de 10 de enero de 2009.

³⁹ Reglamento UE núm. 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece un procedimiento de cooperación reforzada en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio. Diario Oficial L 343 de 29 de diciembre de 2010.

⁴⁰ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: Competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”. www.reei.org

⁴¹ En relación a la ley aplicable, ésta se determinará conforme a lo previsto en el Protocolo de la Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento, conforme al artículo 15 y, en relación a los Estados miembros no vinculados resultarán de aplicación las normas de conflicto de fuente autónoma o convencional en materia de alimentos. Y ésta es la principal crítica al Reglamento, el no haber podido poner de acuerdo a los Estados miembros respecto del derecho aplicable.

⁴² Por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Reglamento prevé dos situaciones atendiendo a si la resolución ha sido dictada en un Estado miembro parte del Protocolo de 2007 o no. En el primer caso, el reconocimiento será automático, sin que sea necesario acudir a ningún procedimiento de *exequatur* y, en el segundo de los

ción la determinación de la competencia, puesto que este Reglamento confiere un amplio margen de libertad para la elección de foros en los que reclamar la obligación, así conforme al artículo 3 se podrán reclamar los alimentos ante el órgano jurisdiccional de la residencia habitual del demandado; o de la residencia habitual del acreedor; o ante el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes; o ante el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Además de otros foros como el de la nacionalidad común (artículo 6) y el *forum necessitatis* (art.7), contempla la sumisión expresa en el artículo 4 como complemento a los foros anteriormente citados, con la excepción de que el alimentista sea menor de dieciocho años de edad y, la sumisión tácita en el artículo 5 si el demandado comparece en el proceso realizando cualquier acto procesal, distinto al de impugnar la competencia.

Por su parte, recientemente ha entrado en vigor el Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010, sobre ley aplicable a la separación y el divorcio (efectos personales), que responde al objetivo básico de armonización de soluciones en el ámbito conflictual al ya existir otro instrumento europeo en el sector de la competencia judicial, el denominado Bruselas II. Pues bien, en este Reglamento de ámbito de eficacia universal, se apuesta por la autonomía de la voluntad, cuando se establece con carácter general la libertad de elección de ley y, a falta de elección de la ley aplicable, como conexión subsidiaria se opta por la aplicación de normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate. Pretendiendo con ello garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que dicho cónyuge estime más favorable a la protección de sus intereses. En cuanto a los criterios de vinculación a los que se refiere el Reglamento, es necesario que garanticen que el procedimiento de separación o divorcio se rija por una ley con la que los

casos, el reconocimiento es automático pero será necesario acudir a un procedimiento de ejecución. En relación a las transacciones judiciales y a los documentos con fuerza ejecutiva se benefician del mismo sistema de reconocimiento y de declaración de ejecutividad conforme al artículo 48 del Reglamento.

cónyuges tengan un vínculo estrecho. No obstante el Reglamento condiciona o limita la elección de ley en el artículo 5 cuando establece que: los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable, siempre que sea una de las siguientes leyes: la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o la ley del foro.

En definitiva, en este Reglamento se plasma la autonomía de la voluntad de las partes, aunque en mi opinión esta apuesta no es tan decidida como pudiera parecer a priori, puesto que esta elección tiene que ser informada y condicionada a que tenga vinculación especial⁴³, por lo que no actuaría como conexión autónoma. Tampoco queda muy claro a quien le corresponde la tarea informativa sobre el derecho extranjero elegido y en caso, de que la autoridad judicial o extrajudicial desaconseje la ley elegida, la duda se plantea nuevamente. Dejando a un lado que la elección de ley se oponga al orden público por resultar discriminatoria, la autonomía de la voluntad en este ámbito va a resultar muy poco operativa, y va a conducir en muchas ocasiones a la aplicación de la ley del foro. Además en la práctica judicial española la aplicación del derecho extranjero⁴⁴ plantea aún hoy muchos problemas⁴⁵.

3. MANIFESTACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL SECTOR DE LAS OBLIGACIONES

3.1. Alcance y significado del fenómeno de la integración en este ámbito

La codificación europea en materias propias del Derecho Internacional privado ha puesto de manifiesto como la delegación legislativa a favor de instituciones internacionales se ha convertido en la práctica habitual y en los últimos años el proceso de armonización jurídica emprendido en el seno de la UE ha relegado a las otras fuentes de producción normativa (autónoma e

⁴³ Como señaló ARENAS GARCÍA en su ponencia en el Seminario en honor al Profesor González Campos, sobre el Reglamento Roma III que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid: la autonomía de la voluntad puede operar como auxiliar del principio de proximidad, no teniendo lógica que operara como principio autónomo atendiendo a los principios de contenido material del Reglamento.

⁴⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Artículo 12, apartado 6 del Código civil: Aplicación judicial y extrajudicial del Derecho extranjero", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. DÍAZ ALABART, eds.). Tomo I, Vol. 2, Madrid: Edersa, 1995, en especial pp. 1027-1031.

⁴⁵ *Vid. ad exemplum* Sentencia núm. 338/2008 del Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Resolución conforme al derecho español por falta de prueba del contenido del derecho extranjero.

internacional) a un papel cada vez más residual. El proceso de armonización legislativa, la cooperación reforzada y el reconocimiento mutuo constituyen los elementos esenciales en la construcción europea y los Estados han cedido esta competencia para garantizar en este ámbito el cumplimiento de estos objetivos. Si bien es cierto que la unificación europea del Derecho privado material resulta una realidad todavía lejana, el impulso europeísta de la última década se ha plasmado de modo equitativo tanto en el ámbito patrimonial como en el ámbito familiar.

La competencia del legislador europeo le viene atribuida en virtud del artículo 81 del Tratado de Lisboa⁴⁶ (antiguo artículo 65 del Tratado de Amsterdam) y encuentra su justificación en la mejora del funcionamiento del mercado interior⁴⁷ a través de medidas que fomenten la compatibilidad de normas aplicables en los Estados miembros, en particular referentes al derecho aplicable y al ámbito de la competencia judicial⁴⁸. Además el Consejo Europeo desde la reunión de Tampere celebrada hace más de una década se propuso como objetivo prioritario la mejora de los mecanismos de cooperación judicial en materia civil, impulsando el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y fomentando las reglas relativa a la armonización de normas de conflicto de leyes como piedra angular para garantizar la libre circulación de resoluciones judiciales. En este sentido en el ámbito europeo la tendencia unificadora ha resultado imparable para potenciar que los comerciantes que operan en este ámbito de influencia conozcan de antemano que con independencia de dónde planteen sus litigios, la ley aplicable no va a ser sustancialmente distinta de un Estado a otro y, también que la parte considerada “débil” de la relación jurídica⁴⁹, por ejemplo el consumidor reciba una protección adecuada

⁴⁶ BOE núm. 286 de 27 de noviembre de 2009.

⁴⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. “La Constitución europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *www.reei.org*, N° 9, 2005, p. 3 y ss.

⁴⁸ El objetivo fundamental es garantizar la cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales.

⁴⁹ La integración europea ha supuesto un cambio metodológico esencial en el Derecho internacional privado. Se parte de una calificación autónoma; se limita la autonomía de la voluntad en el ámbito de las obligaciones atendiendo a intereses dignos de protección por ejemplo en materia de contratos celebrados por los consumidores; se limita el orden público nacional para favorecer la libre circulación de resoluciones y, se utilizan técnicas normativas equivalentes en el ámbito de las obligaciones y en materia familiar. Más específicamente en el ámbito de la contratación mercantil, el Prof. Fernández Rozas distingue diversos tipos de métodos: En una primera clasificación distingue los contratos transnacionales en los que es necesario acudir a la autoridad del Estado aunque estén bajo el patrocinio de un organismo internacional (Incoterms, Usos y Prácticas Uniformes); en una segunda clasificación estarían los contratos con fórmulas flexibles que no implican obligatoriedad para el Estado (Leyes uniformes, recomendaciones) o, basadas en un

a sus intereses, lo que implica en estos casos que el vendedor-profesional no podrá eludir, con independencia del derecho aplicable, las normas de aplicación inmediata o imperativas de los Estados miembros, porque de otro modo se estaría favoreciendo la competencia desleal de empresas que operan en el mercado interior⁵⁰ y no se estaría dando entrada a la aplicabilidad de las normas protectoras en este ámbito.

Este razonamiento política y económicamente adecuado en un escenario de integración de soluciones⁵¹, plantea dudas e inconvenientes si se intenta trasladar a un mercado *ad extra*. En este sentido, los primeros inconvenientes surgieron del ámbito de aplicación espacial de los diversos instrumentos normativos existentes, puesto que el Convenio de Roma de 1980, resultaba de ámbito de aplicación universal entre los Estados que lo han ratificado, en cambio el Reglamento Roma I en el que se ha transformado el citado Convenio, facilita que la ley designada conforme a sus propias reglas, según establece el artículo 2 pueda ser la de un tercer Estado. Por tanto, siguiendo a Sánchez Lorenzo, el escollo que se plantea es la falta de competencia del legislador europeo tanto en el ámbito de la competencia judicial como en sector del conflicto de leyes para ordenar el comercio extracomunitario. En su opinión, los Estados miembros han obviado entrar en este debate, porque han considerado que sostener un sistema universal de competencia judicial y de normas de conflicto de leyes presenta ventajas en cuanto a la eficiencia y seguridad jurídica⁵².

Convenio internacional. Y, por último estaría la fórmula de la integración económica que pretendería la uniformidad. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS. *Derecho [...]. Op. Cit.*, pp. 62-63.

⁵⁰ Vid. PAREDES PÉREZ, J.I. "Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal", En Revista: *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440. El autor propone una norma que finalmente con un contenido similar se ha plasmado en el artículo 6 del Reglamento 864/2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales.

⁵¹ En el sentido propuesto por ESPINAR VICENTE. En: *Ensayos [...]. Op. Cit.* pp. 108-109.

⁵² Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. "El carácter *ultra vires* del Reglamento "Roma I" y el test de compatibilidad de las normas imperativas estatales", En Revista: *AEDIPr*, 2006. Tomo VI, pp. 165-178. El autor vierte unas interesantes reflexiones sobre la competencia legislativa comunitaria al hilo de dos cartas de profesores franceses y el debate suscitado en torno a ellas, dirigidas al Presidente de la República Francesa en las que se critica la competencia legislativa de la UE para promulgar normas de carácter universal y la limitación de las normas imperativas nacionales por efecto de las disposiciones comunitarias. En sentido positivo, se ha pronunciado Paredes Pérez en relación a la protección de los consumidores al entender que el artículo 65 TUE debería interpretarse de manera funcional, atendiendo por un lado, a la protección del consumidor activo y pasivo y, por otro lado, a la afinidad de objetivos de protección que caracteriza la legislación en materia de consumo, asegurando en este caso la cooperación y la coordinación entre distintos sistemas jurídicos. J. I. PAREDES PÉREZ, J.I. "La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta de lege ferenda". En: Revista: *AEDIPr*. Tomo VI, 2006, pp. 87-114.

Interesa destacar además que los últimos Reglamentos que han visto la luz, en el sector del derecho aplicable tienen un ámbito de eficacia universal y dotan a la autonomía de la voluntad de las partes de un papel preponderante en la constitución de las relaciones jurídicas. Esta dimensión *ad extra* de los Reglamentos europeos y, la falta de unificación material de las legislaciones de los Estados miembros, es lo que conduce a que éstos incluyan salvaguardias para evitar que quiebren los principios anteriormente enunciados, sustituyendo el orden público nacional de los Estados miembros, por el orden público europeo⁵³, limitado a los supuestos de discriminación, protección de cierto tipo de intereses y, en los que no se garantice debidamente el derecho de defensa del demandado⁵⁴. Obviamente al no existir una uniformidad material⁵⁵ a nivel europeo es preciso proteger a las partes de la protección que le dispensaría una ley estrechamente vinculada al asunto, pero también es necesario establecer cauces muy precisos para determinar la operatividad de legislaciones extranjeras⁵⁶.

3.2. Las obligaciones contractuales

En este ámbito existía un alto grado de integración entre los Estados miembros, desde sus inicios y así, el Convenio de Bruselas de 1968 en el ámbito de la competencia judicial relativo a las obligaciones civiles y mercantiles y, posteriormente el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales conformaban un importante elenco normativo conformado por reglas uniformes de aplicación entre los Estados miembros. En el supuesto español además, los criterios a la hora de la determinación de la competencia resultaban muy similares a la luz del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y, por su parte el Convenio de Roma de 1980, al resultar de

⁵³ BASEDOW, J. "Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la Jurisprudence", *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit International privé: esprit et méthodes*, París : Dalloz, 2005, especialmente pp. 71-74. El autor analiza a través de la Jurisprudencia como el orden público europeo desplaza al orden público nacional con el objetivo de satisfacer los principios fundamentales del derecho comunitario y como se le atribuye una función correctiva para evitar que el orden público de los Estados limite el juego de las reglas de conflicto.

⁵⁴ ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. La europeización de decisiones de Derecho Privado, En Revista: *REDI*, vol. LX, 2008-I, pp. 47 y ss. Como señala el autor, la relación entre el sistema europeo y los sistemas constitucionales de los Estados miembros, en el ámbito del reconocimiento de decisiones extranjeras se había producido a través del orden público del Estado requerido, pero al suprimirse ese control por ejemplo en los títulos europeos supone una constatación de la integración de sistemas, de la cesión de la soberanía de los Estados y, en definitiva de la pérdida de protagonismos de los Estados miembros.

⁵⁵ Vid. SÁNCHEZ LORENZO, S. La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material, *Obra homenaje al profesor Julio Diego González Campos*. Tomo II, Madrid: 2005, pp. 1765- 1786.

⁵⁶ JAIME, E. "Identité culturelle et integration [...]". *Loc. Cit.*, pp. 56 y ss.

aplicación con carácter universal, desplaza al artículo 10.5 del Código Civil español, normativa de fuente autónoma para determinar el derecho aplicable, a sectores y aspectos obligacionales muy específicos. Con la transformación de los citados Convenios en Reglamentos europeos, se consolida el proceso de unificación de reglas en el ámbito contractual.

Es indudable que el proceso de uniformización de reglas que obedece a procedimientos normativos específicos⁵⁷ en el ámbito contractual, ha avanzado en gran medida con la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el instrumento comunitario Roma I⁵⁸. Constituía una premisa fundamental para el desarrollo de los intercambios comerciales internacionales, por lo que los Estados miembros tenían que dar un paso más en el desarrollo de la normativa de Derecho internacional privado de fuente institucional. Como ha puesto de manifiesto, entre otros, el Profesor FERNÁNDEZ ROZAS, el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales supuso “el único modelo efectivo de unificación en la Unión Europea”⁵⁹, pero como ha señalado el citado autor el Convenio adolecía de una interpretación uniforme entre los Estados, dado que sus normas no podían ser interpretadas directamente por el TJUE, lo que confería a los Estados un cierto margen de libertad en la tarea interpretativa que no conjugaba precisamente con los intereses comunitarios en este ámbito⁶⁰. También resulta llamativo en este proceso la tendencia hacia la ampliación *ratione materiae* de la legislación de la UE que inicialmente se proyectó se ha

⁵⁷ STRUYCKEN, A.V. M. “*Les Conséquences de l’intégration Européenne sur le développement du Droit International Privé*”. En: *Revista R. des C.* . Tomo 232, 1992-I, p. 270. En relación a las consecuencias del desplazamiento del Derecho internacional privado de los Estados miembros a favor de una Comunidad de Derecho.

⁵⁸ *Vid.* Libro verde de la Comisión, Bruselas, 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final. Especialmente pp. 9 y 10 en el que se mencionaba como no se pueden entender cumplidos los objetivos del Convenio de Roma sin tener en cuenta el Convenio de Bruselas de 1968 posteriormente transformado en el Reglamento de Bruselas I para la consecución de un mercado común en el que se garantice el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil en cualquier Estado miembro.

⁵⁹ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Ius Mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid: 2003, p. 402. En una versión más actualizada, el autor afirma que “El Derecho uniforme se configura como la técnica de reglamentación óptima para las transacciones comerciales internacionales, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores jurídicos. FERNÁNDEZ ROZAS J.C., ARENAS GARCÍA, R. y DE MIGUEL ASENSIO, P. *Derecho de los negocios internacionales*, 2da. edición, Madrid: Iustel, p. 63.

⁶⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius Mercatorum [...] Op. Cit.*, p. 403 y ss. ; *Derecho de los negocios, op. cit.*, pp. 65-68. *Vid.* también Study Group on a European Civil Code, *Principles. Definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, European Law Publishers, 2009.

proyectado sobre el ámbito patrimonial y que en la actualidad se ha expandido a sectores del Derecho del Familia⁶¹.

Pues bien, en este ámbito la libertad de las partes para elegir la ley aplicable se configura como la clave del sistema, además las partes pueden incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal (la *lex mercatoria* por ejemplo) o un convenio internacional. A falta de elección de ley, se estará a la ley más vinculada con el contrato específico de que se trata (la ley de la residencia habitual del prestador característico) y, si no puede determinarse ésta, el contrato se regirá por la ley del país que presente los vínculos más estrechos. No obstante la elección de ley al contrato encuentra diversos límites: el primero de ellos, se establece en el apartado tercero del artículo 3 del Reglamento y se refiere al hecho de que todos los elementos de la situación estén localizados en un país distinto a aquel cuya ley se elige. Pues bien, en este caso la elección no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo. El segundo de los límites, se consagra en el apartado cuarto del artículo 4 cuando alude a que la situación se encuentre conectada con uno o varios Estados miembros en el momento de elección de ley, pues bien, dicha elección se entenderá sin perjuicio de las disposiciones del Derecho comunitario que no puedan excluirse mediante acuerdo. El tercero de los límites, vendría de la protección otorgada a las partes denominadas “débiles” de la relación jurídica por encontrarse en un plano de desigualdad jurídica respecto a la otra parte contratante. Esta calificación se otorga a los consumidores y trabajadores. Pues bien, el artículo 6.2 se establece que la elección de ley no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo y, por su parte el artículo 8 que regula el contrato individual de trabajo confiere una protección idéntica a los trabajadores. El cuarto de los límites, está relacionado con la observancia de disposiciones que un país considera esenciales para la salvaguardia de sus intereses públicos (normas de policía). En este caso, la elección de ley no puede restringir la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro (artículo 9.2) y, podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida que tales leyes hagan la ejecución del contrato ilegal (artículo 9.3).

⁶¹ ALVAREZ RUBIO, J.J. “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia”, www.reei.org, pp. 19 y 20. El autor pone de manifiesto estas cuestiones y las califica como una “verdadera revolución del DIP”, aunque se muestra crítico con la falta de atención prestada a la pluralidad de legislaciones internas que coexisten dentro del ordenamiento jurídico español. Entiende que el respeto a la plurilegislatividad debe estar presente en el proceso de unificación y armonización.

3.3. La responsabilidad extracontractual

Con la entrada en funcionamiento de algunos Reglamentos es necesario establecer reglas de funcionamiento claras que permitan conocer la operatividad de otros instrumentos internacionales. Uno de los ejemplos más llamativos lo constituye el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que en su artículo 28 establece unos criterios poco clarificadores para señalar las relaciones existentes con Convenios como el de ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera de 1971⁶² o, también el Convenio de la Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad del fabricante por sus productos de 1973⁶³.

El problema se plantea porque este Reglamento al igual que el Roma I resulta directamente aplicable para designar la ley aplicable entre los Estados miembros a las obligaciones extracontractuales y dicha ley de conformidad con el artículo 3 tendrá un carácter universal con independencia de que sea la de un Estado no miembro. A su vez, el Reglamento pretende ser respetuoso con los compromisos internacionales contraídos anteriormente por los países europeos pero no lo resuelve a mi juicio en el artículo 28, cuando señala "1) El presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del presente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. 2) No obstante, por lo que respecta a las relaciones entre Estados miembros, el presente Reglamento, en la medida en que afecte a las materias reguladas por el mismo, primará frente a los convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros". Obviamente desde la perspectiva de la integración, el Convenio internacional deviene menos operativo al tener un alcance más limitado y al carecer del efecto directo que caracteriza al Reglamento, pero se deberían evitar las distorsiones relativas a la aplicabilidad puesto que suponen un obstáculo al buen funcionamiento del mercado interior. Dejando a un lado, la deficiente técnica legislativa, que ha dado lugar a numerosas interpretaciones, el apartado segundo desplaza la aplicación de los Convenios celebrados entre Estados miembros, lo que en nada se compadece con la declaración de intenciones de la exposición de motivos del Reglamento.

Pues bien, con carácter general la ley aplicable a las obligaciones contractuales será la ley del país donde se produce el daño (artículo 4) pero se permite que las partes puedan elegir la ley aplicable mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño o, en el supuesto de que las partes

⁶² BOE N° 264 de 4 de noviembre de 1987.

⁶³ BOE N° 21 de 25 de enero de 1989.

desarrollen una actividad comercial, también pueden acordar antes de que se produzca el hecho generador del daño, a condición de que la elección sea expresa o resulte de manera inequívoca de las circunstancias del caso y no perjudique los derechos de tercero. Pero del mismo modo, que en las obligaciones contractuales, la autonomía de la voluntad se encuentra con tres límites: primero, la elección de ley no puede impedir la aplicación de la ley de otro país que no puede excluirse mediante convenio si en el momento en el que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación están localizados en ese otro país. Segundo, tampoco la elección puede excluir las disposiciones imperativas del Derecho comunitario si todos los elementos de la situación se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros en el momento que ocurre el hecho generador del daño (artículo 14). Por último, se puede excluir la aplicación de una ley si resulta manifiestamente incompatible con el orden público del foro. En definitiva, se podría concluir poniendo de manifiesto que en el sector de las obligaciones la autonomía de la voluntad ha sufrido un importante retroceso, tan sólo frenado por el avance de la solución de controversias por medios alternativos a la Jurisdicción, esto es, el auge cada vez mayor del arbitraje en estos ámbitos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los ejemplos seleccionados en el ámbito familiar y en el sector de las obligaciones muestran como la autonomía de la voluntad de los particulares se ha ido ampliando progresivamente en sectores que antaño se configuraban como no dispositivos. En la actualidad en el ámbito europeo, cada vez son más frecuentes estas manifestaciones convencionales de las partes a la hora de diseñar la relación jurídica, por lo que respecta a las estipulaciones del derecho material, a las cláusulas de elección de foro y al derecho conflictual, amparadas en la normativa de diversa fuente de producción normativa, aunque especialmente destacable en el escenario de la integración europea.

No obstante, la libertad individual cede en favor de cierto tipo de intereses que garantizan la protección de los más débiles (menores, consumidores, trabajadores, etc.) y de los derechos considerados como inherentes a las personas. En otras ocasiones, la previsibilidad y certeza en el resultado; la seguridad jurídica; la libertad de circulación en el ámbito europeo también actúan como freno al poder dispositivo de los particulares. Tampoco podemos olvidar ciertos obstáculos provenientes de políticas migratorias; intereses públicos (a través de normas imperativas); la aplicación del derecho extranjero por nuestros órganos jurisdiccionales. En definitiva estos serían algunos de los ejemplos seleccionados para poner de manifiesto como la autonomía de la voluntad sigue encontrando múltiples y diferentes límites en su extensión.

Comisión de la Verdad y justicia transicional. El caso peruano

SALOMÓN LERNER FEBRES (*)

Para Manuel de la Puente y Lavalle: Con respeto y afecto.

Es un hecho conocido que el último cuarto de siglo representó para la sociedad peruana uno de los períodos más duros de su historia republicana. Particularmente, la etapa comprendida entre los años 1980 y 2000 tuvo el sello de un profundo y continuo ciclo de violencia que en muchos momentos parecía rebasar los límites de lo resistible. La intensidad del conflicto experimentado, expresado en el desgarramiento social y personal que se vivió, no solo puede medirse en pérdidas materiales y humanas, sino también en las terribles secuelas que todavía nos persiguen, exigiendo de nosotros una respuesta satisfactoria y la justa expiación por aquello de lo que directa o indirectamente, en mayor o menor medida, todos los peruanos fuimos responsables.

Este periodo se inició en pequeñas y empobrecidas localidades de los Andes, en donde la organización de inspiración maoísta autodenominada PCP-Sendero Luminoso comenzó lo que, según su estrategia político-militar, sería una “guerra popular” conducente al derrocamiento del Estado peruano. Sabotajes, asesinatos de autoridades, extorsiones a los campesinos más humildes y desprotegidos por el Estado, salvajes campañas punitivas contra las comunidades andinas que se resistían a seguirlos, fueron algunos de los métodos de violencia y terror que pusieron en marcha. No pasó mucho tiempo antes de que a esta sostenida escalada de violencia de la que empezábamos a ser testigos, se sumara el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, agrupación igualmente subversiva que se ensañó principalmente con la población de las áreas urbanas y parte de la región amazónica de nuestro territorio. El país, viviendo en estado de permanente zozobra por la amenaza que representaba

(*) Rector Emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Presidente de la Comisión de la Verdad.

la presencia implacable y despiadada de ambos grupos, tuvo que soportar aun un tercer flagelo, proveniente esta vez de las propias fuerzas policiales y militares del Estado, de aquellos que paradójicamente debían garantizar el bienestar y los derechos elementales de los ciudadanos, así como velar por la seguridad de la población. Muchas veces ellos mismos combatieron a las organizaciones subversivas con procedimientos igualmente transgresores de la legalidad y la dignidad, incurriendo en una práctica sistemática o generalizada de violaciones de derechos humanos, poniendo de manifiesto los niveles aberrantes a los que puede llegarse con la utilización de una razón meramente estratégica que niega el fundamento ético-moral al que en todo momento debería responder. Lo peor del caso es que estos hechos se veían refrendados por la desgraciada figura de un gobierno autoritario y corrupto como no se había visto antes, el cual –haciendo uso de métodos de amedrentamiento o manipulación para deshacerse de sus adversarios políticos y de todo aquel que levantase una voz articulada de crítica al régimen– se sirvió de las miserias y los miedos de una nación moralmente turbada para ganar adeptos, forzar adherencias y ocultar, así, el saqueo progresivo que hacía de nuestras arcas y de la sustancia de las pobres instituciones democráticas que todavía luchaban por sostenerse en pié.

Lamentablemente, no son pocos los países cuya historia se encuentra marcada por el desarrollo de una serie de sucesos trágicos de magnitud tal que hayan hecho peligrar su estabilidad misma como comunidad política. Si bien es cierto que la vida de una comunidad se encuentra colmada de esas pequeñas o grandes desavenencias que son resultado de cuestionamientos a ciertos contenidos normativos o valorativos que cotidianamente dan sentido a las acciones de las personas, no es menos cierto que muchas veces la palabra dotada de significado –elemento humanizador por excelencia al que le corresponde reforzar o renovar los acuerdos que constituyen la estructura del pacto social– es reemplazada por medios coactivos o instrumentalizada en beneficio de ciertas élites con afanes de dominación. Al ocurrir esto, suele desencadenarse una reacción sin solución aparente de continuidad que puede llevar, en los casos más extremos, a la destrucción de los vínculos interpersonales y sociales sobre los cual se funda toda comunidad.

No es necesario argumentar a favor del carácter singular que cada una de estas experiencias adquiere según el contexto histórico-cultural en que se dan. Una multiplicidad enorme de factores entra en juego al configurarse cada situación, por lo cual el modo de ser vivida e interpretada puede variar de manera significativa. De este modo, no siempre serán iguales las formas en que los pueblos afronten aquellos sucesos que, en virtud de su fuerza devastadora, penetran en el corazón de la sociedad, disolviendo las bases

mismas de la convivencia. No obstante, y pese a la irrepetible singularidad que gobierna cada serie de eventos, puede afirmarse la existencia de ciertos principios constantes, que –lejos de cerrar las puertas al diálogo– lo promueven y sustentan. Cabe, pues, la posibilidad de referirnos a ciertos elementos que deben ser tomados en cuenta en el tratamiento de los males causados por el ejercicio de la violencia a gran escala. Identificar estos elementos y buscar que se integren como parte del carácter y la mentalidad colectivos de las sociedades, ha sido uno de los principales propósitos de las distintas comisiones de la verdad que se han formado en los últimos años en varios lugares del Globo. Ellas, inspiradas por el espíritu de la justicia transicional, intentan dar los primeros pasos para recomponer en todos sus niveles el tejido social deteriorado luego de largos períodos de violencia política.

A partir de mi experiencia como presidente de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú puedo afirmar que el camino hacia el cumplimiento de aquel propósito es tan largo como sinuoso, y que los desafíos a hacer frente son múltiples y complejos, ya que múltiples y complejas suelen ser las verdades que corresponde desvelar. Es por eso que debemos comenzar por entender a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de buscar la verdad a través de procesos como los que el concepto de justicia transicional abarca.

Una comisión de la verdad, por principio de cuentas, no intenta meramente poner de manifiesto o analizar los hechos en su carácter fáctico o pretendidamente objetivo, como las llamadas ciencias exactas quizá podrían hacerlo. Por el contrario, las verdades que deben perseguirse se hallan referidas a la esfera de lo humano y lo social, y son –por su propia esencia– multidimensionales. Para llegar a ellas y aprehenderlas en su real entidad, es menester apelar no solo a la observación y a la recopilación de datos, sino a la reconstrucción por medio de un delicado proceso de diálogo y cooperación mutua, en el cual cada vivencia debe ser considerada y cada historia escuchada. Complejas redes de sentimientos, valoraciones, recuerdos y heterogéneas interpretaciones se entrelazan con la facticidad de los sucesos. Así, lo que debe buscarse es dotar de sentido a los hechos que, solo en apariencia, se hallan aislados y desprovistos de carácter moral, elaborando un relato coherente y común que permita explicar –nunca justificar– las razones más profundas de los conflictos producidos. Naturalmente, para llevar a cabo tal tarea, es necesario contar con la participación de la sociedad en su conjunto, pero, en especial, con aquellos que padecieron en carne propia series indescriptibles de vejaciones de toda naturaleza. Y es que los fenómenos sociales signados por la violencia y el maltrato a gran escala –aquellos que las comisiones de la verdad deben revelar e intentar subsanar– siempre conllevan una secuela de víctimas a las cuales se les infligió daños profundos, tanto a nivel físico como

espiritual. Es por ello que al reconocer el valor de sus experiencias se les estará devolviendo la voz y la dignidad que por muchos años les fue arrebatada. Solo así se podrá asegurar que el resultado final del proceso restaurador no sea recibido como el mandato de una voz exterior, sino como una auténtica obra colectiva generada por todos los ciudadanos comprometidos y, por ello, capaz de suscitar la libre adhesión, el acatamiento y la identificación de la sociedad entera.

Ello significa que las tareas a realizarse deben estar orientadas por el deseo de establecer una labor continua de renovación y refundación de todo el tejido social. Este trabajo de reconstrucción de los vínculos interpersonales entre los miembros del colectivo destruido por la violencia, tomará la forma de un proceso vivo de *reconciliación* toda vez que las voluntades de los individuos puedan hacerse partícipes y reconocerse mutuamente como responsables directos o indirectos, tanto de los hechos generadores de la violencia, como del no menos culpable enmascaramiento de los mismos bajo formas unilaterales y deliberadamente sesgadas de verdad.

Tras estas consideraciones, veamos ahora algunas ideas referentes a las tareas y a los elementos conceptuales con los que la CVR encaró el problema de la violencia social y política.

Debemos comprender, en primer lugar, que la reconciliación no es algo que alguna institución determinada pueda, en sentido estricto, producir. Por el contrario, se trata de un proceso compuesto por un conjunto de experiencias que únicamente se consolidará plenamente con el transcurrir de los años y, en ese sentido, compete a todos los miembros de la sociedad llevarlo a cabo. Podemos decir, eso sí, que las comisiones de la verdad pueden propiciar ese proceso, esto es, pueden orientar a la comunidad política en esa dirección y, especialmente, promover que existan las condiciones básicas sin las cuales sería imposible pensar en una reconciliación genuina.

Ahora bien, contra lo que no pocas veces suele pensarse, ni las comisiones de la verdad ni los procesos de reconciliación que estas fomentan se esfuerzan en alcanzar algún tipo de absolución de los crímenes y atropellos cometidos; no se trata simplemente de retirar la mirada o bloquear la memoria para instaurar una paz que, de llevarse a la práctica, siempre resultaría ficticia e inestable. La reconciliación, pues, está muy lejos de ser el cómodo olvido o el dejar en la ignorancia todo lo ocurrido. Por otra parte, este proceso tampoco se ocupa en exclusiva de los detalles específicos ni se agota en la búsqueda de arreglos entre las partes y actores concretos; es, en vez de ello y según hemos dicho ya, una meta nacional que involucra a la sociedad entera. La reconciliación, según podemos observar, no es una acción, ni una política, ni siquiera una ley impuesta a la sociedad verticalmente. Ella solo puede concebirse como

un desarrollo progresivo voluntariamente asumido por la comunidad nacional en tanto tal: tiene que ser el fruto de un diálogo, de una concertación de pareceres y de voluntades.

Concebida de esta manera, es claro por qué ella representa la fundación de un nuevo pacto social, en cuya determinación deben diferenciarse básicamente tres niveles distintos. Estos campos en que debe realizarse la reconciliación se refieren, en primer lugar, a la dimensión político-administrativa; en segundo lugar, a la dimensión social; y, por último, a la dimensión interpersonal. El primer nivel involucra la necesidad de lograr que entre el Estado, sus instituciones y la sociedad se restablezcan lazos de diálogo y entendimiento como partes de un organismo cuyo funcionamiento coordinado debe estar regido por el respeto a los derechos del hombre y del ciudadano. En el segundo, de lo que se trata es de fortalecer las relaciones entre los distintos espacios de la sociedad civil. Y, finalmente, se debe conseguir que los miembros individuales de las instituciones o comunidades que se enfrentaron restauren sus relaciones allí donde se vieron interrumpidas en medio de la violencia generalizada.

Quienes participamos en la CVR entendimos que la reconciliación debía ser a la vez punto de llegada y estación de partida para las naciones golpeadas por la violencia. Luego de lo mencionado, puede verse quizás con mayor nitidez por qué ello es así. Es punto de llegada porque solo cuando las verdades descubiertas se ponen al servicio de un entendimiento de nuevo cuño y de un diálogo franco y enriquecedor entre todos los miembros de la sociedad, puede quedar justificada aquella renovación del dolor pasado en que consiste el proceso de reconstrucción y reinterpretación moral de los hechos. Por otra parte, es punto de inicio porque será a partir de esa reconciliación genuina –sustentada en un acto de valentía cívica como es el examen propuesto– que se hará más robusta nuestra fe en la creación de una democracia que no sea una mera formalidad, sino el espacio en que nos reunamos efectivamente todos los ciudadanos, reconocidos plenamente, además, en nuestra condición de seres humanos.

Debido a su naturaleza ampliamente comprensiva y a sus características específicas, el proceso de reconciliación que afrontamos en el Perú nos interpela acerca de una cuestión que, a primera vista podría parecer banal o perdida en el terreno de lo puramente especulativo, pero que, bien mirada, nos abre la posibilidad de realizar auténticamente nuestras metas. Me refiero aquí al asunto concerniente al uso mismo del término “reconciliación”. Usualmente, la reconciliación se entiende como el regreso a una situación previa de concordia o como el reestablecimiento de vínculos preexistentes que habían quedado disueltos. Ello, en nuestro contexto, podría significar que, antes del período de violencia desatado en las últimas décadas, vivíamos en un estado

de armonía y estabilidad social o, al menos, inmersos en una razonable y pacífica convivencia. Lamentablemente, hemos llegado a comprender que eso no fue así. En efecto, algo que se puso de manifiesto luego de la ardua labor de investigación y análisis de los hechos efectuada por la CVR, fue que los veinte años de violencia que padecimos los peruanos no significaron sino la acentuación de una considerable cantidad de males que desde hacía mucho tiempo aquejaban ya a la sociedad toda: el autoritarismo, la inequidad, la pobreza, el racismo, y, en general, la tendencia al maltrato mutuo que todavía hoy continúa siendo el gran mal por erradicar. Con esto quiero decir –aunque cueste admitirlo– que el período de violencia referido se inserta coherentemente en nuestra historia, una historia plagada de desigualdad y desprecio, pero también nutrida de una multiplicidad de factores que nos permite ahora aprender de nuestros errores y promover en todo el país una sincera reflexión sobre lo ocurrido, de modo que se haga posible una genuina unidad. La tarea consiste, así, en recuperar los hechos en su determinación fáctica, pero no como meros átomos aislados, sino razonablemente interpretados dentro de un relato pleno de significado para todos. Es aquí que la dimensión histórica de la reconciliación cobra toda su fuerza: solo entendiendo que el momento presente constituye una parte irremplazable de nuestra historia nacional, determinada fatalmente por el pasado, pero alentada por un porvenir pleno de esperanzas, podremos comprender hasta qué punto debemos no solo reconstruir, sino, sobre todo reinventar y reformar desde sus cimientos nuestra manera de relacionarnos como ciudadanos de una misma nación. Si llamamos “reconciliación” a este proceso es precisamente porque lo entendemos en el sentido de alcanzar los propósitos que nuestra historia y nuestra humanidad demandan; propósitos cuya esencia moral y ética nunca han dejado de estar presentes en el espíritu que nos constituye como nación, aquel que a pesar de los profundos desencuentros nos sigue permitiendo sabernos como partícipes de una misma identidad y herederos de la mismas ancestrales tradiciones. Es al cumplimiento de aquellos altos ideales expresados ya en nuestro acto fundacional como nación independiente, quizás nunca contemplados con total claridad, a los que debemos ahora dedicar nuestros esfuerzos. Es a esos principios que nos definen como comunidad política a los que nos referimos, pues, cuando hablamos de reconciliarnos. Haberles fallado significa habernos fallado a nosotros mismos y, en tal sentido, haber rechazado la oportunidad de consolidarnos realmente como una asociación libre de hombres y mujeres. Optar por la reconciliación significa, entonces, retomar nuevamente los hilos de nuestro pasado –próximo y remoto– para permitirnos finalmente concretar las tareas que por falta de conciencia moral y por debilidad ética habíamos dejado pendientes.

Para que la reconciliación se lleve a cabo a cabalidad se requiere, como indiqué anteriormente, tomar conciencia de y poner en marcha una serie de elementos que, pese a surgir de la reflexión sobre casos disímiles, pueden mantener entre sí notables similitudes.

Estos se refieren, en primer lugar, a la búsqueda de la verdad de los hechos acaecidos. Una verdad que, lo he dicho ya, no consiste ni en la formulación de enunciados *a priori* que corresponden a objetividades formales, ni a hechos naturales absolutos. El propósito aquí debe ser, más bien, acercarnos en la medida de lo posible a establecer verdades que, sin perder su condición fáctica, estén referidas a la *praxis* humana, libre y responsable. La verdad a la que debemos aspirar es aquella relativa a ciertas acciones o conductas de naturaleza ética y política, esto es, de naturaleza intersubjetiva. Las comisiones de la verdad, en virtud de este rasgo humano, deben aspirar a una verdad que al mismo tiempo procure una curación espiritual. En otras palabras, debe lograrse que la dimensión moral de la verdad que se ponga al descubierto tenga también un efecto sanador y regenerador. Las verdades de la sociedad humana son, por definición, complejas y multifacéticas, y tienen que ser, más que descubiertas en sentido estricto, reconstruidas en un fino proceso de diálogo y cooperación mutua. Afirmar esto no significa abandonarse al cómodo relativismo, para el cual no existe la Verdad sino solo verdades adecuadas a cada sujeto y a cada interés; ni implica, tampoco, refugiarse en una postura escéptica, para la cual la Verdad, si existe, es inaccesible. Se trata, únicamente, de reconocer la densidad propia de las verdades humanas, su cualidad de ser portadoras no solamente de una adecuación entre los enunciados y los hechos, sino también de sentimientos asociados a esos hechos, de ilusiones o temores generados por ellos, de sedimentaciones que a la larga transforman las vidas particulares y las vidas colectivas.

El primer ingrediente para lograr la reconciliación será, pues, la verdad. Pero –repito– no solo la verdad fáctica, sino una verdad ligada al ejercicio de la *memoria colectiva*. La reconciliación, en este sentido, será posible solo a partir del develamiento de un pasado común. Asumida en un sentido rico y pleno, la memoria –segundo elemento de la reconciliación– no ha de entenderse como simple evocación de hechos ya ocurridos ni como mera experiencia intelectual. Es, por el contrario, una comunión de experiencias dotada de afectividad, y que aspira a tender un puente entre el pasado y el presente para la reasignación de un nuevo y superior sentido a sucesos que el tiempo amenaza constantemente con clausurar. Es cierto que el mal y el atropello, una vez cometidos, no se pueden eliminar. Ellos se integran a la cadena de la eternidad y permanecen ahí por siempre. Frente a ellos solo hay una cosa por hacer. Me refiero a la reapropiación de los hechos a través de su

reconocimiento y aceptación para, a partir de tal entendimiento, brindarles una nueva inteligibilidad que abra las puertas del arrepentimiento y del perdón. El olvido, debemos tenerlo presente, no es jamás un remedio, sino un proceder agravante que profundiza el mal. La razón de ello es clara: porque en la actitud de aquel que finge que nada ha ocurrido, en la postura sumisa o interesada que condena la conmemoración, se halla latente, en el fondo, una renuncia a la facultad de dar sentido. Preconizar el olvido implica escudarse en la indiferencia frente al daño y traicionar así el principio de solidaridad que se encuentra en los cimientos de la vida civilizada. No solo es una actitud cómoda y fácil de resignación frente al daño ocasionado, sino también el desperdicio de la oportunidad de hacernos efectivamente dueños del pasado y de luchar contra la aparente perennidad de los hechos. En última instancia, es aceptar una mirada frívola sobre el presente porque no se tiene el coraje de ahondar en sus raíces para, desde allí, purificarlo y darle un nuevo significado.

El ejercicio deliberado de la memoria aparece como una forma más valiente, más honesta y más eficaz de hacer frente a aquello que duele y que ya no puede ser sustraído a la cadena de lo existente. Esa memoria es, ciertamente, un atributo individual. Cada uno de nosotros sabe rescatar de su pasado los hechos que resultan importantes para su propia historia de vida. Sin embargo, en el caso de esa violencia que se ejerce en perjuicio de la comunidad política, la memoria ha de ser también colectiva. Así como el diálogo, en su necesaria pluralidad, funda la comunidad humana, esta, en relación con su pasado, necesita también descansar sobre un legado de recuerdos compartidos, los cuales constituyen y conservan las tradiciones y las identidades de los pueblos.

La búsqueda de la verdad y el ejercicio de la memoria apuntan a un tercer elemento, el cual posee un lugar privilegiado en el proceso de la reconciliación. Me refiero a la justicia, concepto de suyo relacional y multidimensional, que abarca aspectos no solo jurídicos y morales, sino también psicológicos, políticos, sociales y culturales. Es decir, se despliega en y a través de cada uno de los ámbitos de interacción al interior del mundo humano. Cualquier intento por ver realizada la justicia debe pasar por su correcta comprensión y esta, a su vez, debe evitar toda concepción unilateral y visión simplificadora. Todas las perspectivas que incluye la justicia transicional se encuentran, en efecto, interconectadas, sin posibilidad de aislamiento.

La justicia que buscan las sociedades que han iniciado el camino hacia la transición democrática es, por principio de cuentas, esencialmente política. Y esto, querámoslo o no, implica una serie de factores vinculados con estrategias de negociación entre las distintas fuerzas que protagonizaron los eventos, es decir, aquellos sectores pertenecientes tanto a los gobiernos y grupos responsables de violaciones de derechos de cualquier clase como a

los encargados de reestablecer o crear un orden justo y solidario. Ahora bien, esta transición no es el resultado únicamente de una decisión política aislada o de alguna forma de imposición, sino que en gran medida es deudora de las expectativas y demandas de la población que se vio directa o indirectamente involucrada en los hechos de violencia. Y esto, naturalmente, apunta no ya a la búsqueda de un equilibrio de poderes, sino, concretamente, a la sanción de los responsables y a la modificación de las condiciones estructurales –sociales, políticas y económicas– que propiciaron el surgimiento de los conflictos y la violencia. Además de estas perspectivas, podemos concebir a la justicia transicional también bajo su aspecto moral y psicológico, lo cual no es sino analizar el problema desde el punto de vista de las víctimas individuales de las vejaciones. La esperanza y la lucha por la restauración de su propia dignidad y de las normas que garantizan las bases del respeto mutuo es lo que impulsa aquí la realización de la justicia. Y este aspecto se encuentra estrechamente relacionado con la propia percepción que las víctimas tienen de los hechos, esto es, de la verdad.

Tomando en cuenta el concepto de justicia transicional en su más amplio espectro, puede decirse que nuestro acercamiento a la verdad será moral solamente cuando sea construido sobre un horizonte de relaciones sociales equitativas, de restauración del respeto mutuo y de reconocimiento de cada quien en su radical calidad de ser humano. La justicia –no debemos olvidarlo– no solo es condición, es también consecuencia del proceso de reintegración y deberá entenderse tanto en su naturaleza judicial, de lucha contra la impunidad, como también en las dimensiones políticas, sociales y personales. De este modo, el señalamiento de los culpables y la correspondiente acción judicial, por un lado, y el intento de ofrecer reparación a los daños sufridos por la población, por otro, se constituyen en necesidades ineludibles para la reconciliación.

Esta justicia a que aquí me refiero, no obstante, no debe ser confundida con la venganza. Si lo que se busca es dar lugar a un nuevo comienzo, más bien debe ser el perdón un componente adicional a tomar en cuenta, tan indispensable como los anteriores. El acto individual de perdonar pertenece a aquel ámbito de lo incondicionado donde el único aliciente es la libre voluntad de reiniciar las relaciones allí donde el agravio y la ofensa interrumpieron la vía del entendimiento mutuo. Ante la apariencia de la ruptura y la desmembración, y contra la alternativa de la venganza y la violencia, el perdón –si va unido al arrepentimiento y a la aceptación de las culpas y del castigo correspondiente– surge como un camino alternativo, como una salida del mecanismo causal y siempre condicionado que constituye la dinámica: agravio–venganza. La justicia, en este sentido, no puede ser sinónimo de venganza, ya que mientras

la venganza y el perdón son elementos excluyentes, el perdón y la justicia se complementan a la perfección.

He de decir ahora, como antes en reiteradas ocasiones, que el término del mandato legal de una comisión de la verdad no agota en absoluto el proceso de formación de una sociedad justa y democrática, aquel es solo el comienzo de una misión a largo plazo que debe comprometer a todo el país. A lo que da lugar el trabajo de una comisión de la verdad –el cual, por cierto, nunca se desarrolla a espaldas de la ciudadanía– es a una segunda y preciosa oportunidad que no debe ser desaprovechada. El último fruto su labor consiste, entonces, en el mensaje que esta deja en cada conciencia individual, el cual debe estar orientado a la restauración de los lazos sociales, así como a la reforma de las instituciones, pero, sobre todo, a la inversión de las circunstancias que permitieron el conflicto extremo. Así pues, son necesarias reformas legales e institucionales para transformar la forma de ser del Estado y de sus relaciones con la población, pero es aun más necesario, e incluso urgente, la modificación de los valores y actitudes de la población misma, de modo tal que el ejercicio de la violencia contra cualquier persona y el atropello a los derechos sea siempre, bajo cualquier aspecto, causa de rechazo y protesta por parte de todos los ciudadanos de un país.

Las metas y los desafíos son enormes cuando se trata de recomponer desde sus cimientos los nexos esenciales de una sociedad. A pesar de tales dificultades, vemos hoy en día, cada vez con mayor frecuencia, que los ciudadanos miembros de las naciones fuertemente golpeadas por la violencia están dispuestos a recorrer, a sabiendas de los riesgos que pueden presentarse, el arduo pero en última instancia satisfactorio camino hacia la reconciliación, la verdad y la justicia.

La Defensoría del Pueblo y su labor en la consolidación democrática del Perú

BEATRIZ MERINO LUCERO (*)

SUMARIO: 1. Palabras iniciales. 2. Aparición de la figura del “Ombudsman”. 3. Incorporación de la figura del Ombudsman en el contexto de los países latinoamericanos. 4. La incorporación de la defensoría del pueblo en el sistema constitucional peruano. 4.1 Diseño constitucional. 5. Papel de la Defensoría del Pueblo en la consolidación de la institucionalidad democrática en el Perú. 5.1. Defensa y promoción de la transparencia y el acceso a la información pública. 5.2. Supervisión de la prestación adecuada de los servicios públicos y la protección ambiental. 5.3. Trabajo en materia de promoción del diálogo y prevención de los conflictos sociales. 6. Reflexiones finales.

1. PALABRAS INICIALES

Para quienes lo conocieron, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE fue siempre un ejemplo de persona justa, solidaria y libre, cuya vocación por la docencia universitaria le permitió no solo transmitir conocimientos consistentes a sus alumnos, sino virtudes, principios y valores. Del mismo modo, su incansable labor profesional lo llevó a consagrarse como uno de los juristas peruanos más importantes del siglo XX.

¿Cómo no celebrar sus grandes aportes en los estudios de la teoría del contrato? Sin duda, su obra constituye ya un referente imprescindible para todos aquellos que desean ingresar al mundo del Derecho Civil patrimonial y, específicamente, al estudio de los contratos.

Así, pues, se trata de un jurista sabio, creativo e inteligente. Además, hablo de un maestro, no solo del Derecho, sino de la libertad, la justicia y la solidaridad. Por ello, en lo que concierne a la Defensoría del Pueblo, estoy convencida de que su visión y su espíritu continuarán motivando a quienes trabajan en esta institución, convencidos de que su tarea más necesaria es contribuir a la consolidación democrática del país.

(*) Ex Defensora del Pueblo en el Perú.

2. APARICIÓN DE LA FIGURA DEL “OMBUDSMAN”¹

Tal como se sostiene en diversos estudios históricos, hace más de 200 años se dio origen, en Suecia, a la figura del *Ombudsman*², cuya misión era ejercer una vigilancia general para asegurarse el cumplimiento de las leyes y normas estatutarias, así como de las obligaciones de los servidores públicos.

El *Ombudsman* surgió como un Comisionado del Parlamento -aunque independiente de éste-, con la misión de supervisar las actividades de la Administración, visibles en los procesos sumarios e informales (iniciados de oficio o a instancia de algún ciudadano), tras los cuales emitía informes no vinculantes, en los que formulaba sugerencias a la Administración e incluso proponía las reformas legislativas que considerase oportunas.

De esta manera, la experiencia del *Ombudsman* sueco abona una larga historia que da cuenta no solo de la bondad del diseño conceptual de esta institución, sino de la legitimidad que ha adquirido mediante el ejercicio de su función, guiada por principios que enaltecen la condición humana, como la defensa y protección de la dignidad, la no discriminación, la equidad y la libertad.

A fines del siglo XVIII, Suecia transitaba por un cambio de estructuras políticas, al reconocerse la separación de poderes, lo cual exigía establecer instituciones de control que, independientemente de los poderes reconocidos, asegurasen la protección de los derechos de las personas y el cumplimiento de las obligaciones de los servidores públicos.

Así, pues, las bondades de su naturaleza y de sus fines promovieron en toda Europa la difusión de la figura del *Ombudsman* más allá de sus fronteras, hasta que arribó a España, en donde ocupó un espacio preponderante. Pero si bien la institución del *Ombudsman* actual preserva aún una esencia escandinava -evidente en su autonomía y su independencia-, en América Latina somos tributarios del modelo que acuñó el ordenamiento jurídico español.

3. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN EN EL CONTEXTO DE LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Para comprender la aparición del *Ombudsman* latinoamericano es necesario partir de la experiencia española. En el contexto de su transición a la

¹ El término “*Ombudsman*”, que se puede traducir como “el representante de otra persona”, apareció por primera vez en la Constitución Sueca de 1809. Fairen Guillén, Víctor. *El Defensor del Pueblo. Ombudsman*. Tomo I, Parte General. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 33.

² El antecedente más remoto del *Ombudsman* es la figura del “*Justittie Kansler*”, creado por el rey Carlos XII de Suecia en el siglo XVI.

democracia, España introdujo en la Constitución Política de 1978 la figura del Defensor del Pueblo, acogiendo el núcleo institucional del *Ombudsman* sueco, constituido por: 1) el origen parlamentario, 2) la protección de los derechos fundamentales de la persona, y 3) el control de la Administración³.

Asimismo, y al igual que su par sueco, el Defensor del Pueblo español tiene la obligación legal de dar cuenta de su actuación al Poder Legislativo mediante un informe anual⁴. Una característica adicional del Defensor del Pueblo en España es su legitimidad activa para interponer demandas de inconstitucionalidad contra las leyes que, a su juicio, vulneren el orden establecido por la Constitución.

Posteriormente, y de acuerdo al modelo español, la figura del Defensor del Pueblo se ha expandido a la región latinoamericana, en donde ha asumido, paulatinamente, características propias, a tono con la realidad social y política de los países que la integra. En razón de ello, no es posible entender y describir adecuadamente estas características, sin aludir a los principales fenómenos sociales y políticos que signaron el momento histórico en que el *Ombudsman* fue percibido como un modelo de institución que se necesitaba en América Latina.

Cuando la institución del *Ombudsman* se asomó a esta región en los años ochenta y noventa del siglo pasado –fue Guatemala el primer país que decidió adoptarla–, América Latina se encontraba pugnando por deshacerse de dictaduras caudillistas y preparándose para instalar, primero en su Derecho, y después en la conciencia de sus ciudadanos, los valores propios del sistema democrático.

En rigor, la transición hacia la democracia no ha sido precisamente una tarea exenta de vicisitudes. Es evidente que la tradición autoritaria existente en América Latina ha erosionado el grado de confianza de los ciudadanos respecto de sus instituciones y, en última instancia, del sistema democrático en su conjunto.

Muestra de ello es el reciente *Informe 2010* de la Corporación Latinobarómetro. El documento indica que aproximadamente un veinte por ciento (20%) de la población latinoamericana desea un gobierno autoritario, en tanto que el sesenta por ciento (60%) confía en la democracia como un régimen político que asegure el desarrollo de los pueblos de América Latina⁵. Igualmente, el

³ ESCOBAR ROCA, Guillermo. *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*. Madrid: Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 167 y ss.

⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO. *Régimen jurídico del Defensor del Pueblo*. Madrid: Defensor del Pueblo, 1996.

⁵ LATINOBARÓMETRO, *Informe 2010*. Santiago de Chile: Corporación Latinobarómetro, 2010, p.

Barómetro de las Américas señala que solamente el sesenta y cinco (65%) de los habitantes de América Latina opta por la democracia como régimen político⁶.

El segundo factor que ha influido profundamente en el accionar del *Ombudsman* latinoamericano es el marcado contexto de exclusión y discriminación social que se registra en la región. Ciertamente, pese a haber sido escenario de civilizaciones milenarias, nuestras sociedades no logran procesar aún, adecuadamente, la multiculturalidad que las caracteriza, una situación que se refleja, con claridad, en los conflictos sociales que a diario se suscitan en nuestros países.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la discriminación, la injusticia y la desigualdad social continúan afectando a millones de personas en nuestra región, restringiendo el ejercicio de sus derechos humanos.

La incapacidad social de reconocernos como parte de un todo se encuentra en la base misma de las debilidades institucionales del sistema democrático de nuestros países, que incide directamente en la concepción y forma de actuación del Estado, en todos sus niveles de Gobierno.

Según las cifras del último Informe de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (2010), América Latina es la región más desigual del mundo. La brecha entre el país con mejor posición en el Índice de Desarrollo Humano (Barbados) y el más bajo (Haití) consta de 103 puestos, en un ranking de 169 países⁷.

En dicho contexto histórico, la institución del *Ombudsman* debe ser considerada como uno de los indicadores del cambio. Hasta los años ochenta y noventa, los Estados de la región habían carecido de instituciones de control y fiscalización de las actuaciones de sus funcionarios en lo concerniente a los derechos humanos⁸.

Cabe preguntarse, entonces: ¿qué distingue a los *Ombudsman* de América Latina de sus pares europeos? Evidentemente, en un permanente clima de desconfianza ciudadana hacia sus propias instituciones, y de un incipiente desarrollo de la democracia, uno de los roles fundamentales de los *Ombudsman* latinoamericanos es su compromiso con la consolidación de la institucionalidad democrática.

25 y ss.

⁶ USAID. *Cultura política de la democracia, 2010. Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles: Informe sobre las Américas*. Nashville - USA: Vanderbilt University, diciembre 2010, p. 36.

⁷ Ver: http://www.pnud.org.pe/downloads/IDHG2008/hdr_20072008_sp_indictables.pdf.

⁸ FIO e IIDH. *Informe de la Secretaría Técnica*". Período 2000-2001, San José, noviembre 2000-septiembre 2001.

En ese sentido, es pertinente ponderar el criterio del ex Defensor del Pueblo de Colombia, Eduardo Cifuentes, quien en una oportunidad aseveró que la Defensoría del Pueblo “debe emplearse a fondo como ente educativo, como ente de promoción de derechos, como ente de defensa preventiva y reactiva de derechos, como ente que incide en la opinión pública [...]”⁹.

En efecto, en democracias jóvenes (con una ciudadanía que aún no tiene cabal conciencia del ejercicio de sus derechos), la Defensoría del Pueblo es una de las entidades llamadas a cumplir esta “labor pedagógica”, vale decir, la materialización de su función constitucional de defensa y promoción de los derechos fundamentales de todas las personas.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO

El primer antecedente de la incorporación de la Defensoría del Pueblo en el sistema constitucional del Perú aparece en el inciso 4 del artículo 250 de la Constitución Política de 1979, mediante el cual se otorgó al Ministerio Público algunas de las funciones que hoy son propias de la Defensoría del Pueblo, al disponer que le correspondía “actuar como defensor del pueblo ante la administración pública”.

Sobre la base de este artículo constitucional, mediante la Resolución 192-89-MP-FN del 27 de abril de 1989, se creó la denominada Fiscalía Especial encargada de los asuntos de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos y, posteriormente, durante el segundo semestre de 1990, se instalaron 11 Fiscaías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos en los distritos judiciales de Áncash, Arequipa, Apurímac, Ayacucho, Callao, Huancavelica, Huánuco, Junín, La Libertad, Piura y San Martín¹⁰.

Con posterioridad, y en vista de las dificultades que se advertía en el cumplimiento de funciones tan particulares por un órgano adscrito a otro, cuya función principal era sustancialmente distinta, durante el debate de las atribuciones del Ministerio Público que se produjo en la 40ª Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático (6 de abril de 1993), la representación parlamentaria planteó la discusión sobre la conveniencia (o inconveniencia) de mantener fusionado al Ministerio Pú-

⁹ CIFUENTES, Eduardo. “La Defensoría del Pueblo en Colombia”. En: *Debate Defensorial*, Revista de la Defensoría del Pueblo, N° 4, Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 37.

¹⁰ CHÁVEZ VALDERRAMA, Clodomiro. “La Defensoría del Pueblo en el Perú”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales 6*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, pp.157-164.

blico con la Defensoría del Pueblo o sobre la posibilidad de separar a ambos órganos como instituciones autónomas¹¹.

A lo largo del debate constitucional se optó razonablemente por incorporar a la Defensoría del Pueblo como un órgano autónomo (artículos 161 y 162), disponiendo que le corresponde “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.

4.1. Diseño constitucional

Según el Texto Constitucional, la Defensoría del Pueblo ha sido configurada como un órgano autónomo, al que le corresponden tres funciones básicas:

- Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad.
- Supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal.
- Supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Además, el Defensor del Pueblo está obligado a presentar informes anuales al Congreso de la República y cada vez que éste lo solicite. Asimismo, está facultado para proponer medidas que faciliten el cumplimiento de sus funciones. También está dotado de iniciativa en la formación de leyes, gozando de legitimación para la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Los órganos públicos tienen la obligación de colaborar cuando él lo requiera. Su proyecto de presupuesto se presenta al Poder Ejecutivo y el propio titular lo sustenta ante esa instancia y en el Congreso.

Cabe anotar que la Constitución Política distingue la Defensoría del Pueblo del Defensor del Pueblo, en tanto titular de la entidad, señalando que su estructura en el ámbito nacional se establecerá por ley orgánica. En consecuencia, al legislador le corresponde diseñar la presencia de la Defensoría en el ámbito nacional, en el marco de un Estado unitario, pero descentralizado.

El Defensor del Pueblo es elegido y removido por el Congreso de la República mediante una votación calificada de dos tercios del número le-

¹¹ La propuesta fue formulada, entre otros, por el congresista Fernando Olivera, a la que se adhirió Carlos Ferrero. Al día siguiente (41ª Sesión de la Comisión de Constitución), los congresistas Carlos Ferrero y César Fernández Arce, del grupo oficialista, sugirieron la separación de las funciones atribuidas al Defensor del Pueblo de las que corresponden al Ministerio Público. Después se acordó conformar una subcomisión integrada por los citados congresistas y Lourdes Flores (PPC) para elaborar un texto alternativo sobre el Defensor del Pueblo. En la 42ª Sesión, realizada el 12 de abril, fue aprobado, con algunas modificaciones, el articulado propuesto por dicha subcomisión.

gal de miembros. No se encuentra sujeto a mandato imperativo, goza de la prerrogativa del juicio político antes de acudir al Poder Judicial, así como de inmunidad e inviolabilidad. Para ser elegido se requiere tener 35 años y ser abogado. El cargo, que dura cinco años, tiene las mismas incompatibilidades que los vocales supremos.

De esta manera, el Defensor del Pueblo goza de autonomía e independencia, y debe presentar un informe al Congreso, con periodicidad anual, respecto del desempeño de su gestión.

Con posterioridad, el 8 de agosto de 1995 se publicó la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, mediante la cual se desarrollaron las atribuciones que los artículos 161 y 162 de la Constitución Política le asignaron.

En términos generales, esta ley recogió la experiencia de la Fiscalía Especial de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos, pero también la experiencia normativa comparada de países europeos (como España) y de América Latina. La ley configuró a la Defensoría del Pueblo como una institución autónoma e independiente, cuyas características más resaltantes son las siguientes:

En lo que concierne a su configuración orgánica, habría que señalar que el Defensor del Pueblo es asistido por los Defensores Adjuntos en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, los cuales son seleccionados mediante concurso público por un período de tres años (artículo 7). De ellos, el Defensor del Pueblo designa al Adjunto que lo representará en caso de impedimento temporal o cese, cuando le sea imposible continuar en el cargo, hasta que lo asuma el sucesor (artículo 8).

Por otro lado, con relación a su configuración funcional, la Defensoría del Pueblo inicia y prosigue, de oficio o a pedido de parte, investigaciones referentes a los excesos de la administración estatal o de sus agentes, incluyendo a las personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y la prestación de servicios públicos por particulares.

Del mismo modo, está legitimada para interponer demandas de inconstitucionalidad, hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción popular y acción de cumplimiento en defensa de los derechos constitucionales. Además, inicia o participa, de oficio o a pedido de parte, en cualquier procedimiento administrativo en defensa de los derechos de las personas.

Otra atribución consiste en presentar iniciativas legislativas, así como promover la suscripción, la ratificación, la adhesión y la difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La ley no alude en forma expresa a la función mediadora y conciliadora, así como a la labor de promoción y difusión de los derechos humanos. Sin

embargo, en mi opinión, la Defensoría del Pueblo debe asumir esta tarea porque es consustancial a su visión y a su misión.

Por lo demás, la ley ha previsto un procedimiento (artículos 20 y ss.) para la atención de quejas de los ciudadanos y las ciudadanas, a lo cual se une la posibilidad de llevar a cabo acciones inmediatas en los casos en que se estime conveniente.

5. PAPEL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA EN EL PERÚ

Como ya se señaló anteriormente, la figura del Defensor del Pueblo en nuestro país, al igual que en América Latina, ha adoptado características propias con relación a la realidad social en la que vivimos. Ello, además, se advierte en la labor que ha desempeñado a lo largo de sus años de funcionamiento en pro de la consolidación de la democracia.

5.1. Defensa y promoción de la transparencia y el acceso a la información pública

Al respecto, la Defensoría del Pueblo promueve activamente en el Perú la transparencia y el acceso a la información pública que conserva o produce el Estado, con el convencimiento de que sólo desterrando de nuestra realidad la tan arraigada “cultura del secreto” –que es propia de un entorno de tradición autoritaria– se podrá garantizar que la gestión de lo público responda efectivamente a la satisfacción del interés general.

De esta manera se puede afirmar que la transparencia, así como el acceso a la información pública, cumple una triple función en el Estado democrático. En primer lugar, opera –a la vez– tanto como un valor superior del ordenamiento jurídico, como un derecho fundamental, mediante el cual se posibilita que todas las personas gocen el ejercicio de otros derechos reconocidos por la Constitución Política y las leyes. En segundo lugar, socava la corrupción, así como las malas prácticas gubernamentales. En tercer y último lugar, repercute en la legitimidad misma del Estado de Derecho y el sistema democrático ante la población.

Del mismo modo, en su rol de contribuir a la consolidación del Estado democrático en el Perú, la Defensoría del Pueblo, al igual que las demás Defensorías del Pueblo latinoamericanas, ha jugado un papel importante en la supervisión de la neutralidad de los funcionarios públicos en los procesos electorales, en todos los niveles de gobierno, para garantizar la neutralidad de los funcionarios públicos y el derecho al voto de los ciudadanos.

La desconfianza de la ciudadanía frente a las instituciones y a las posibles manipulaciones de los resultados electorales forzó la participación de los Ombudsmen en los procesos electorales. Ha sido, precisamente, gracias a la legitimidad social que las Defensorías del Pueblo han sabido ganarse mediante sus actuaciones, que se ha originado la tarea de fiscalizar a los órganos encargados de garantizar que los resultados de las votaciones traduzcan fielmente la voluntad popular, así como prevenir que los fondos públicos sean desviados hacia fines proselitistas.

5.2. Supervisión de la prestación adecuada de los servicios públicos y la protección ambiental

En materia de prestación de servicios públicos cabe precisar que, en América Latina, aún existen vastos sectores de la población que no cuentan con servicios básicos como el agua y la electricidad. Por ejemplo, según cifras del 2008 que difundió la Organización de Naciones Unidas en la región viven aproximadamente 45 millones de personas sin acceso a electricidad¹².

En este dramático escenario, la labor de las Defensorías del Pueblo (como la nuestra) ha consistido en promover políticas inclusivas que permitan el acceso de todas las personas a estos servicios básicos mínimos, a partir de reconocer el derecho universal al agua, así como el derecho a la calidad en los servicios básicos.

Del mismo modo, las Defensorías del Pueblo en América Latina han mostrado su preocupación por velar a favor de una adecuada gestión ambiental por parte de los Estados. Así, por ejemplo, en el Perú, la Defensoría del Pueblo impulsó el establecimiento de una autoridad ambiental y exhortó a mejorar los estándares normativos sobre calidad ambiental¹³.

5.3. Trabajo en materia de promoción del diálogo y prevención de los conflictos sociales

Por otro lado, la desigualdad, la exclusión, las tensiones culturales y la debilidad de la institucionalidad democrática para procesar la conflictividad social hacen que, lamentablemente, nuestra región sea constantemente sacudida por conflictos sociales de suerte que, en el Perú, por ejemplo, un reto actual de la Defensoría del Pueblo es contribuir a que la violencia no se instale como la forma cotidiana y efectiva para solucionar las diferencias.

¹² Ver: http://hdr.undp.org/en/media/IDH_20072008_Comunicados_Prensa.pdf.

¹³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Memoria de Gestión Institucional*. Beatriz Merino. *Defensora del Pueblo*. 2005-2010. Lima: Defensoría del Pueblo, 2010, pp. 57 y 58.

Las poblaciones canalizan su protesta por medio de la interrupción de las vías de comunicación o la toma de infraestructura energética estratégica, lo que pone en grave riesgo los servicios públicos esenciales y, además, afecta a los derechos de la sociedad en su conjunto.

Ante la reiteración de esta situación, la Defensoría del Pueblo interpone sus buenos oficios para acercar a las partes porque una institución como la Defensoría del Pueblo –cuyo mandato central es la defensa de los derechos fundamentales, que se desempeña como una institución “puente” entre la sociedad civil y la administración pública, y que además goza de una importante legitimidad social– difícilmente podría mantenerse al margen de los conflictos sociales. En razón de ello, asume una función mediadora o facilitadora del diálogo entre las partes.

Así, por ejemplo, en el Perú, la Defensoría del Pueblo ha contribuido al estudio del tema de la conflictividad social, en la medida en que ha desarrollado una estrategia de defensa de derechos orientada a la prevención de la violencia y la creación de condiciones mínimas para el diálogo destinado a la solución de los conflictos.

De esta manera, en el Perú, la Defensoría del Pueblo es uno de los primeros *Ombudsman* en América Latina que ha decidido estudiar la conflictividad social en el país y, a partir de ello, promueve eficazmente el diálogo como la principal herramienta de solución¹⁴.

Como se puede observar, estos son algunos ejemplos de la labor que desempeña la Defensoría del Pueblo en el Perú. Al igual que sus pares latinoamericanas, participan en la consolidación de una democracia que garantice la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas, la correcta actuación de los funcionarios y servidores públicos, así como una atención adecuada a los grupos más vulnerables.

6. REFLEXIONES FINALES

El decidido rol que las Defensorías del Pueblo latinoamericanas han desempeñado en la consolidación democrática de nuestra región conlleva una responsabilidad y un gran reto para la Defensoría del Pueblo en el Perú, que proseguirá avanzando para dar cumplimiento a sus objetivos, en el ejercicio de su insoslayable vocación de servicio, cumpliendo con su mandato constitucional de protección de los derechos.

De este modo, la Defensoría del Pueblo seguirá promoviendo el diálogo racional y pacífico entre los diversos estamentos y actores de la sociedad pe-

¹⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *Memoria [...]*. p. 65.

ruana, a partir del cual podremos construir consensos y proyectos comunes que nos permitan afianzar un sistema democrático, así como alcanzar los niveles de desarrollo que aseguren condiciones de una vida digna para todas las personas.

El Derecho del Trabajo: De ayer, de hoy, de siempre

MARIO PASCO COSMÓPOLIS (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El Derecho del Trabajo, ayer.* 3. *El Derecho del Trabajo, hoy.* 4. *Nuevo orden económico mundial.* 5. *globalización.* 5.1. *Impacto de la Globalización en el mundo del trabajo.* 5.2. *Impacto de la globalización en el Derecho del Trabajo.* 6. *Por los linderos del Derecho del Trabajo.* 7. *La informalidad y sus devastadores efectos.* 8. *El derecho del trabajo de siempre.* 8.1. *La globalización: ¿amenaza o esperanza?* 9. *Centralidad de los Derechos Humanos fundamentales.* 10. *Necesidad de reafirmar los principios.*

1. INTRODUCCIÓN

La rúbrica de este artículo podría haber sido “Derecho del trabajo: pasado, presente y futuro”; y con ello podría haber consistido, quizás, en un recuento y una constatación. Hemos elegido, en cambio, denominarlo “Derecho del trabajo: de ayer, de hoy, de siempre”, para que intente ser una reafirmación.

Porque el derecho del trabajo es y siempre será un derecho de los trabajadores, nacido y desarrollado en torno a la idea cenital de que la relación de trabajo es intrínsecamente desigual, con una parte poderosa y otra débil, y que el rol que le compete es el de compensar esa desigualdad con otra de signo inverso, que es la esencia del principio protector. Este principio le es consustancial, al punto de que, si no existiera, el derecho de trabajo perdería su razón de ser. Porque, como se ha dicho más de una vez, el principio protector es al derecho del trabajo lo que alcohol al vino.

Por eso, esta presentación quiere ser una reafirmación de la vigencia de los principios que dan cimiento axiológico a nuestra disciplina, en homenaje

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro del Trabajo y Promoción del Empleo. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

a un distinguido civilista, el Dr. Manuel DE LA PUENTE LAVALLE, a quien siempre caracterizó su sensibilidad social.

2. EL DERECHO DEL TRABAJO, AYER

El derecho del trabajo nació en Europa a las finales del siglo XIX, como respuesta a los excesos de la industrialización y el maquinismo, y al pensamiento ultraliberal; se desarrolló con vigor y se expandió al mundo entero a lo largo del siglo XX; y alcanzó sus más elevadas cotas en el periodo de la posguerra. La suficiencia de los salarios, siempre crecientes; la garantía de permanencia en el puesto de trabajo, fruto de la estabilidad laboral; la amplitud de la cobertura de la seguridad social; la presencia gravitante de las organizaciones sindicales en la toma de las decisiones políticas en materia social, justificaban esa optimista caracterización.

“El derecho del trabajo fue, pues, el producto de un proceso histórico lleno de antecedentes, [...] que culmina con la valoración del hombre del trabajo, del trabajo humano, que lo coloca por encima de las cosas, del producto del trabajo y de los medios de producción”¹.

En el mismo sentido, Alain SUPIOT² sostiene que “la historia del derecho del trabajo ha sido la de un redescubrimiento progresivo de la dimensión personal de este bien (el trabajo), lo que conduce a situar en un primer plano, no ya al trabajo como un bien, sino al trabajador como sujeto de derecho”.

En nuestro Continente, la formación del derecho del trabajo se había ido dando a lo largo del siglo XX y se produjo, apreciada a través del desarrollo de su legislación y de la doctrina, de manera evolutiva, coherente, con evidentes paralelismos y similitudes entre los diversos países, aunque también y como es obvio con rasgos propios y diferenciales.

De ello dan cuenta primorosa diversos estudios comparados producidos como homenaje a algún maestro destacado –caso de Mozart Víctor Russo-mano, en 1988–, o para conmemorar algún aniversario, como sucedió en ese mismo año, en el 40 aniversario de la revista uruguaya *Derecho Laboral*, y más recientemente el cincuentenario de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (año 2007).

Se aprecia así que, a diferencia de lo sucedido en Europa, donde la locomotora de los cambios fueron los sindicatos, entre nosotros lo fue la legislación, debido en gran parte de la debilidad del movimiento sindical. La legislación,

¹ HERNÁNDEZ, Lupo. *Novedades y tendencias actuales del Derecho del Trabajo*. Santo Domingo, Instituto de Estudios del Trabajo, 1987, p. 1.

² SUPIOT, Alain. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, p. 64.

al ocupar en muchos países el espacio natural de la negociación colectiva, ha sido al mismo tiempo causa y efecto de esa debilidad. Sea como sea, lo concreto es que las legislaciones son en general detallistas y omnicomprensivas; ése es quizás su rasgo más característico.

Todo ello configura el Derecho del Trabajo del ayer.

3. EL DERECHO DEL TRABAJO, HOY

Hoy vivimos un mundo sustantivamente diferente al de nuestros padres; distinto incluso a aquél en el que transcurrió nuestra juventud. Los paradigmas que han transformado nuestro entorno social, económico, político, jurídico, cultural y aún personal y familiar, en especial durante la década postrera del pasado siglo, son la globalización o mundialización, las nuevas tecnologías, la integración, la descentralización productiva y, más en la entraña de nuestro mundo del trabajo, la flexibilización laboral.³

El hoy del derecho del trabajo abarca, en nuestra opinión, los últimos 30 o 35 años, y se inicia con la crisis del petróleo. La “*carrera ascendente*” del derecho del trabajo, como refiere Hugo CARCAVALLO⁴, “tuvo su final en 1973, al estallar dicha crisis, que conmovió a las economías occidentales y exigió la búsqueda de remedios o paliativos para superar el trance, trágicamente materializado en el desempleo”.

Hasta ese momento, nadie discutía la idea de un derecho laboral unidireccional, progresivo, irreversible, que acumulaba derechos y beneficios a favor de los trabajadores, sin que existiera posibilidad de una regresión peyorativa.

La mencionada crisis puso en cuestión tal idea del derecho laboral y con ello comenzó a erosionar la ilusión de la sociedad de bienestar construida en los años precedentes, por algo bautizados en Europa como los treinta años gloriosos, basados en el espectacular resurgir de los países devastados por la guerra en sucesivos “milagros”: el milagro alemán, el milagro italiano, y luego la laboriosa construcción de la unidad europea por quienes habían sido los más sañudos enemigos a lo largo de la historia.

Esa crisis, y su secuela de empobrecimiento y desempleo, trajo consigo los primeros cuestionamientos al rol del derecho laboral y las primeras acusaciones en su contra, al atribuírsele responsabilidad colateral en dichos acontecimientos.

³ Para el desarrollo de todos estos tópicos, consultar nuestra ponencia al Congreso Interamericano de Administración de Personal, de la FIDAP, Buenos Aires 1995, titulada *Las Relaciones Laborales en América Latina*.

⁴ ACKERMAN, Mario et al: *Ensayos sobre el Futuro del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Zavalía S.A, 1997, p. 31.

Dos fueron a la sazón los conceptos dominantes: la concertación social y la flexibilización.

Le Acordó SCOTTI, en Italia, los pactos de la Moncloa, primero, y los Acuerdos de las décadas ochentas y noventas, en España, sólo por citar los más próximos y conocidos, apuntaron a conjurar la inflación a través de la contención salarial, habiendo obtenido todos ellos señalado éxito. Pero dejaron sembrada la semilla que habría de conmover los cimientos del derecho del trabajo de entonces: la flexibilización.

Hay un dato de la realidad del que no todos han tomado cuenta: los procesos europeos son replicados en América latina entre tres y cinco años después de sucedidos. Así, si los acuerdos macrosociales de Italia y España se dieron a fines de los setenta e inicios de los ochenta, nuestros países adoptaron la idea e impulsaron la concertación inmediatamente después, a lo largo de esa década. Algo parecido aconteció con la flexibilización, que tuvo su auge en Europa en la primera mitad de los ochenta, y en América en la segunda.

La explicación pueda ser encontrada, acaso, en la intensificación del intercambio académico entre ambos continentes, ya que las dos ideas dominantes ingresaron antes por la vía teórica y no necesariamente por la acción de los interlocutores sociales. En otras palabras, fueron los laboristas quienes inocularon en los actores sociales la necesidad de adaptar el derecho del trabajo a los nuevos desafíos que se venían produciendo.

4. NUEVO ORDEN ECONÓMICO MUNDIAL

Los años postreros del siglo XX transcurrieron a un ritmo vertiginoso de cambios en todo el entorno social y, en especial, económico en que el mundo se venía desarrollando. Por una parte, apareció el concepto dominante de la globalización; por otra, el desarrollo pasmoso de las nuevas tecnologías, en particular en el campo de la informática y de las telecomunicaciones, transformó de raíz no sólo la forma de producir, sino incluso la de vivir.

El desplome de la Unión Soviética, premonitoriamente precedido por la caída del muro de Berlín, dio paso a la hegemonía abrumadora de un país –los Estados Unidos– y la prevalencia universal de una ideología –el neoliberalismo–, emblemáticamente representada por el llamado “Consenso de Washington”, que condensa los lineamientos por los que habrían de discurrir en lo sucesivo las relaciones comerciales entre países y el ordenamiento, en cada uno de éstos, de sus respectivas economías. Las palabras clave de todos estos procesos pasaron a ser productividad, competitividad, tercerización y sobre todo flexibilización.

Como paradigma de ese pensamiento, había surgido con enorme fuerza expansiva el criterio de que la legislación laboral generaba rigideces que atentaban contra la vivacidad de las empresas, restándoles capacidad para competir dentro de un mundo globalizado. La propuesta derivada de tal premisa fue la exigencia de la flexibilización de las normas laborales.

Estaba implícito –y muchas veces llegó a hacerse explícito– el cuestionamiento al derecho laboral como tal. La rudeza de estos embates fue tan abierta y persistente que llevó a más de uno a preguntarse cuál era el futuro del derecho del trabajo o, con una dosis combinada de escepticismo y melancolía, si tenía el derecho del trabajo algún futuro.

5. GLOBALIZACIÓN

La globalización⁵ ha sido definida como “un proceso en virtud del cual las economías nacionales se integran de forma progresiva a la economía mundial, hasta el punto de que su evolución depende cada vez más de los mercados internacionales y en menor medida de las políticas económicas de los gobiernos nacionales”⁶, o sea, una creciente internacionalización e interdependencia de las economías dentro de un único y gigantesco mercado comercial, financiero y bursátil.

Aunque hay quienes sostienen que no es un fenómeno en verdad nuevo y que las economías, de un modo u otro, han estado siempre intervinculadas, lo que caracteriza y califica a la globalización es su inmensa, incontenible expansividad, que se origina –y a la vez se sustenta– en comunicaciones instantáneas y muy baratas, en el avance de los transportes y el prodigioso desarrollo de la informática.

Más que una ideología, aunque tenga una, debemos pensar en ella como un movimiento, un hecho de la realidad, una etapa hacia un escenario distinto de la historia económica, con profundas implicaciones en el terreno de lo social, lo cultural y aún lo político.

Contrariando a la física tradicional –y tomando prestada sin proponérselo la teoría einsteniana de la relatividad –logra que el espacio mundial se achique y el tiempo se acelere, al permitir que países, instituciones, empresas y personas separadas por miles de kilómetros se pongan en contacto en forma

⁵ Algunos autores califican este término como un barbarismo y prefieren *mundialización*. Globalización nos parece una palabra más expresiva, no sólo por significar lo mismo y ser más bien un neologismo, sino por su connotación de acción de englobar: colocar o contener todo como un conjunto.

⁶ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS. *El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución mundial*, En: J.R. CAPELLA et al. *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1999, p. 233

instantánea, y dialoguen, negocien y hagan en contados segundos transacciones que antes hubieran requerido días, semanas y aún meses.

El proceso está soportado en algunos pocos, pero muy importantes, elementos materiales que se refieren a la infraestructura –informática, transporte, comunicaciones, etc.– o sea el *hardware*; y otros inmateriales que vendrían a ser su *software*: un conjunto de conceptos centrales, en torno a lo que se ha venido a llamar la ideología neoliberal, condensada en el ya mencionado “Consenso de Washington”, y el conjunto de medidas y fenómenos económicos, precisamente derivados de ese Consenso: apertura indiscriminada de los mercados, caída de las barreras arancelarias, creciente y cada vez más profunda división internacional del trabajo, mayor sofisticación del trabajo, que se desplaza de la industria a los servicios, y la minimización del Estado, de sus roles, de sus competencias y responsabilidades.

El mercado, imaginado como perfecto y omnipotente, es el gran asignador de los recursos, y en tanto que perfecto no puede ser objeto de interferencias que puedan desviarlo en su función providencial. El Estado sólo debe velar e intervenir en aquellas situaciones límite en que el mercado pueda sufrir algún tipo de distorsión, la que en esencia sólo puede provenir de factores que afecten la libre competencia.

Alienta, pues, la competitividad basada en el individualismo y no en los intereses colectivos. “Las interacciones sociales quedan reducidas a relaciones de mercado. El centro se pone en el individuo, y la sociedad deja de ser una categoría con características propias, reflejando en cambio un mero agregado de personas distintas, cada una atendiendo sus propios fines [...]. Los derechos personales son reducidos a derechos del mercado, y la libertad es presentada negativamente, como ausencia de coerción y en especial restringida a la libertad de comprar y vender. Es el mercado donde se realiza la libertad personal. Para asegurar su correcto funcionamiento debe estar protegido de intervencionismos y en especial, de los provenientes del Estado”⁷.

La reducción o reconducción de todos los procesos y todas las relaciones a la esfera de lo económico reconoce en el trabajo sólo un insumo de la producción, de allí la expresión “recursos humanos”. A su vez, la estimulación del individualismo implica un rechazo a la solidaridad. “De hecho, según Hayek, son los individuos persiguiendo sus propios intereses y beneficios los que determinan la marcha de la sociedad. Allí no hay lugar para la razón ni para una ética de solidaridad o altruismo [...]. Esta propuesta se sustenta en un tipo de mercado competitivo, de donde otros órdenes de mercado que

⁷ GUADYNAS, Eduardo. *Globalización, Políticas Sociales y Medio Ambiente*. En: Tareas/Globalización/Las Ciencias Sociales en Panamá. N° 98, p. 24-25.

dan cabida a otros tipos de relación (reciprocidad, canje, solidaridad, etc.) son también excluidos”⁸.

5.1. Impacto de la globalización en el mundo del trabajo

No quizás como consecuencia, sino más bien como asiduos acompañantes de la globalización y casi un requisito para ésta, se presentan dentro de las economías nacionales profundos cambios en la forma de producir y hasta entender el trabajo, lo cual se refleja en una serie de aspectos.

En la forma de la producción

La sociedad industrial se desarrolló sobre la base de un modelo –conocido como fordista-taylorista, por haber sido Henry Ford quien lo implementara y F. Winslow Taylor quien lo sustentara teóricamente– cuyo epítome es la producción serial: cada trabajador ejecuta una fracción pequeña y concreta del proceso, el cual se cumple a través de la suma concatenada de las diversas tareas.

Hoy viene a ser sustituido por el modelo calificado como “toyotista” de trabajo en grupos y *just in time*. El toyotismo se caracteriza por dos innovaciones, la primera es, “una innovación tecnológica, que es la comunicación a través de computadoras entre la firma madre y los oferentes; y una segunda, organizacional, llamada producción a justo a tiempo, que significa que los subcontratistas entregan sus productos minutos antes de ser necesitados, reduciendo los costos de los inventarios”⁹. Ello, según Mifflin¹⁰, repercute en tres procesos simultáneos: a) la aglomeración territorial, b) la desintegración y satelización de grandes empresas, y c) la cooperación entre múltiples escalas de producción.

La descentralización productiva

La desintegración de las empresas y la subsecuente satelización se traduce en el progresivo desmantelamiento de los grandes conglomerados productivos y la distribución de parcelas de la producción en múltiples empresas satélites, en lo que se suele llamar *outsourcing* o tercerización. La empresa mastodóntica, constituida por gigantescos establecimientos fabriles que ocupan a millares de trabajadores, es reemplazada por unidades descentralizadas, altamente especializadas, de menor dimensión y con una plantilla laboral reducida.

⁸ Ibid. p. 28.

⁹ MIFFLIN, Iván. *Globalización, pequeña empresa y desarrollo*. En: Pretexto, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO), No.7, Julio 1995, p. 72.

¹⁰ Ibid. p. 74.

Sofisticación técnica

Los nuevos contratos laborales, dentro de una sociedad que se apoya cada vez más en la tecnología, exigen de los trabajadores un alto grado de preparación profesional, sin garantizarles empero una ocupación de por vida. Antes bien, lo que se impone es la polivalencia técnica, requisito de la hoy denominada *empleabilidad*. Al trabajador se le inculca la convicción de que debe labrarse su propio futuro, no a través del enganche perpetuo con una sola gran empresa, dentro de la cual hacer carrera, sino con la rotación continua en diversos puestos de trabajo que exigen habilidades y conocimientos diversos.

Las nuevas tecnologías amortizan puestos de trabajo de escasa calificación, para sustituirlos por otros de alta exigencia técnica. Desafortunadamente, los puestos que se crean son inferiores en número a los que desaparecen, lo que es alimento constante del desempleo, una de las lacras colaterales del proceso.

Auge de la intermediación laboral

Las exigencias, muchas veces insoslayables, de flexibilidad para la contratación es satisfecha mediante el recurso de utilizar empresas proveedoras de mano de obra. La intermediación laboral, que antaño sólo existía para la provisión de plazas temporales para cubrir necesidades coyunturales o tareas ajenas al ciclo central de la producción, se amplía y evoluciona a tercerización para abarcar incluso puestos de trabajo que corresponden a la actividad principal. "En realidad, a lo que asistimos es a los intentos sostenidos -y en gran parte triunfantes- dirigidos a eludir la aplicación de la legislación laboral o a trasladar la condición de empleador a otras personas o empresas (por ejemplo: intermediarios, contratistas, subcontratistas, empresas de trabajo personal)"¹¹.

El auge de la intermediación en muchos de nuestros países es un fenómeno inédito cuyas consecuencias han sido negativas en la generalidad de los casos, lo que ha motivado que sea objeto no solo de críticas sino de control y estricta regulación, para relegarla a ámbitos restringidos, ya que su contribución económica es pobre en comparación con lo que significa de pérdida para los trabajadores.

Precarización de la contratación

Los contratos temporales, que otrora se utilizaban también sólo para cubrir necesidades transitorias, se han convertido en muchos países en mecanismos permanentes de reclutamiento y rotación de personal. Recogidos

¹¹ MURGAS, Rolando. *Globalización, relaciones individuales de trabajo y nuevas formas de organización empresarial*. Ponencia dictada en el Seminario Internacional de Derecho y Globalización, llevado a cabo en la Universidad Veracruzana, entre los días 8 y 11 de marzo de 2006.

en las legislaciones como un método válido de fomento del empleo, las estadísticas demuestran que no cubren tal finalidad y repercuten, más bien, en la precarización de la contratación, con la correlativa disminución de las condiciones de trabajo.

5.2. Impacto de la globalización en el Derecho del trabajo

Lo reseñado líneas arriba hace notorio el impacto que la globalización acarrea en la forma de producir y de trabajar, y está referido en parte a lo que acontece en los países de alto desarrollo, y en parte a lo que sucede en nuestros países. Examinemos ahora lo que esto significa en el mundo de lo jurídico.

La flexibilización: sus metas y sus métodos

La flexibilización consistió, en nuestra opinión, en una modificación actual o potencial de las normas laborales traducida en atenuación de los niveles de protección de los trabajadores y que frecuentemente iba acompañada de una ampliación de la facultad patronal de dirección.

De esta definición se desprende, en primer lugar, que la modificación normativa era en sentido necesariamente peyorativo hacia los trabajadores, cuyos derechos eran considerados excesivos o exagerados; modificación que podía afectar directamente estos derechos o sólo autorizar su eventual afectación, es decir, podía ser actual o potencial.

La afectación apuntaba específicamente al llamado principio protector, el cual se basa en la premisa de que la relación de trabajo, por ser subordinada, es necesariamente desigual, que concede derechos o prerrogativas al empleador (facultades normativa, directriz y disciplinaria) e impone deberes al trabajador (eficiencia, asiduidad, disciplina, lealtad, etc.). El principio tuitivo apunta a corregir esa desigualdad a través de la provocación deliberada de una desigualdad de signo inverso, vale decir, acrecienta los derechos de los trabajadores, lo cual disminuye las atribuciones del empleador. Finalmente, el verdadero objetivo de la flexibilización es retornar al patrono capacidades de administración cuando la normativa laboral los ha reducido de modo extremado. "En términos reales, el Derecho del Trabajo está perdiendo, de manera creciente, su poder de protección de los trabajadores, entendidos éstos en su acepción amplia"¹².

La flexibilidad apuntaba, pues, a otorgar a las empresas la posibilidad "de contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas

¹² MURGAS, Rolando. *Ibíd.*

del sistema económico (demanda efectiva y diversificación de la misma, tasa de cambio, intereses bancarios, competencia internacional), las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad"¹³.

Esa modificación puede producirse a través de diversas vías o métodos: por mandato o imperativo legal, por negociación colectiva inducida, por negociación espontánea, por levantamiento de prohibiciones a las modificaciones paccionadas, etc.

Así mismo, desde el punto de vista metodológico, puede darse en forma unilateral por el empleador, o decidida por el Estado a través de medidas legislativas, o producirse a través de acuerdos de los interlocutores sociales.

No es necesario extenderse sobre estos tópicos, no sólo por haber sido ampliamente difundidos y estudiados, sino para no desviarnos de lo esencial. Es preciso sin embargo, pese a ello, dejar sentadas al menos sus principales características, en orden a puntualizar el significado que los nuevos tiempos han traído al derecho laboral.

Manifestaciones

Las manifestaciones más tangibles y al mismo tiempo más trascendentes se han dado en torno a la continuidad del contrato de trabajo. Como es sabido, el principio de continuidad que desarrollara el gran maestro uruguayo Américo Plà Rodríguez tiene como punto basal el criterio de que el contrato de trabajo debe durar tanto como la causa que le da origen y, por lo tanto, sólo extinguirse cuando esa causa desaparece o cuando sobreviene otra que justifica su conclusión. De ello derivan los dos extremos como se presenta: en el origen del contrato, al exigir que los contratos temporales sólo se legitimen cuando exista un motivo transitorio o coyuntural (lo que implica no autorizarlos para cubrir necesidades permanentes); y en la terminación del contrato, al prohibir el despido - en su expresión maximalista o de estabilidad absoluta -o restringirlo, limitarlo o condicionarlo- en su manifestación moderada o de estabilidad relativa. La flexibilización ha apuntado hacia ambos extremos: por un lado, al ampliar de manera ostensible las causas que justifican la contratación temporal, cuando no facilitándola sin exigir causa; y por otro, al reducir las indemnizaciones por despido o, en general, hacerlo más simple, más expeditivo o menos oneroso.

Hay muchas otras manifestaciones: además de la movilidad externa, también en la movilidad interna del personal; en el tiempo de trabajo y, sobre todo,

¹³ Hoyos, Arturo: *La flexibilización del derecho laboral en Panamá (1986-1988)*, en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*, Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Barquisimeto 1990, p. 149.

en su distribución en jornadas atípicas, en la acumulación de días de trabajo y su compensación con días también acumulados de descanso, etc.; pero nos hemos centrado en la estabilidad y sus perímetros por ser acaso donde se ha mostrado con mayores alcances la flexibilización.

Por cierto, el impulso del individualismo en detrimento de los valores del conjunto tuvo reflejo en las instituciones del derecho colectivo: los sindicatos vieron fuertemente afectada su afiliación y perdieron espacios como interlocutores, lo que repercutió en variaciones en la negociación colectiva, tanto en aspectos cuantitativos, al apreciarse una fuerte caída en el número de convenios en gran número de países, sino cualitativa, al admitirse la revisión peyorativa de beneficios obtenidos en contrataciones anteriores.

6. POR LOS LINDEROS DEL DERECHO DEL TRABAJO

A diferencia de lo acontecido en España y en gran parte de Europa, donde el derecho laboral aparece como un desgajamiento casi doloroso y poco pacífico del derecho civil, a cuyas estructuras permaneció ligado, en América Latina, por el contrario, disfrutó desde muy temprano de una robusta autonomía conceptual.

Ello obedeció quizá a la inserción en la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917, del famoso y perdurable artículo 123, que no sólo fue la manifestación temprana y pionera del constitucionalismo social, sino la piedra de toque de una legislación de avanzada, que tuvo amplia y tenaz influencia en todo el continente. En paralelo, maestros como Mario de la Cueva y Alberto Trueba Urbina consolidaron su autonomía conceptual y doctrinaria.

Por eso, salvo en los escritos primigenios, el contrato de trabajo es estudiado como una categoría propia y no como una simple prolongación o desprendimiento de los contratos civiles de servicios, respecto de los cuales se trazó, rápida y certeramente, una cabal separación, al acogerse sin reservas a la subordinación como el elemento esencial de distinción.

Por ello el ámbito de aplicación del derecho del trabajo aparecía -o parecía- definido e inmutable. El trabajo objeto del mismo era aquel que se prestaba en forma personal, remunerada y subordinada (o dependiente). A partir de la determinación del ámbito del derecho del trabajo surge toda la legislación laboral, tutelar de los derechos del trabajador subordinado.

De ahí la importancia de la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo, pues "los esfuerzos reales por zafarse de sus normas imperativas son tan viejos como esta rama del Derecho. Es obvio que, si pudiesen escoger, en

general los empleadores preferirían ubicar las relaciones jurídicas con sus trabajadores, en el ámbito del derecho civil o del derecho comercial¹⁴.

A partir de la “fuga” de supuestos antes amparados por la legislación laboral, que hoy se encuentran fuera de ella por acción de las formas flexibles de producir de la empresa de hoy (entre otras causas), se constata la dificultad conceptual existente para identificar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo en determinados supuestos difíciles (“zonas grises”), en que recientemente se cuestiona a la subordinación como elemento esencial de la relación laboral.

Inopinadamente, surgieron interrogantes acerca de si aquellas notas eran en verdad las esenciales o si había que encontrar otras que correspondieran a las nuevas realidades surgidas en los nuevos tiempos.

Los cuestionamientos se basan en tres puntos críticos: uno *ontológico*, al ponerse en duda que sea un elemento válido o justo de caracterización o identificación; uno *conceptual*, al considerarse que es insuficiente para cubrir todas las situaciones; y finalmente uno *pragmático*, al entenderse que es de difícil aprehensión, en especial para definir las llamadas zonas grises¹⁵.

La primera crítica a la subordinación como criterio rector del ámbito de aplicación del derecho laboral se sustenta en que, por un lado, margina o deja fuera de protección a grandes sectores de hiposuficientes que, sin estar formalmente a órdenes de un empleador, dependen económicamente de su trabajo para subsistir, mientras por otro lado otorga protección a categorías, como los altos funcionarios y técnicos altamente calificados, que están en capacidad de alcanzar por sí solos y de defender sus derechos fundamentales. En otras palabras, que deja sin protección a trabajadores débiles, por ser autónomos, y guarece a otros que no la requieren, sólo porque no son autónomos.

En cuanto a su campo abarcativo, se arguye que la subordinación crea un marco demasiado rígido, que se muestra incapaz de adaptarse al cambiante mundo impuesto, en especial, por las variaciones en las formas de producción, que tienden a la desconcentración o descentralización a partir sobre todo de la utilización de las modernas tecnologías. En esta línea, el caso del teletrabajo resulta precisamente paradigmático.

Finalmente, en la perspectiva práctica, al depender la subordinación de la existencia de indicios objetivos, cuya apreciación resulta muy difícil por

¹⁴ MURGAS, Rolando. *Ob. Cit.*

¹⁵ Ver por todos: HERNÁNDEZ, Óscar y ERMIDA, Óscar. *Crítica de la subordinación*. www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/16.pdf; y OJEDA AVILÉS, Antonio: *Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato*.

no decir imposible en ciertos casos, es necesario sustituirla por otros criterios que permitan una verificación más clara y sencilla.

Todos estos cuestionamientos han buscado sustituir el rol que tiene la subordinación en la determinación del ámbito del derecho laboral. ¿Qué hay de esencial en una relación de trabajo, que la define y la aparta de otras relaciones jurídicas? Hernández y Ermida¹⁶ enlistan una serie de respuestas alternativas a la subordinación, calificadas como “nuevas soluciones” por cierta doctrina para responder a aquella pregunta. La ajenidad¹⁷, la inserción en la organización de la empresa, la subordinación económica, la parasubordinación, la autonomía colectiva y hasta el abandono (total o parcial) del derecho del trabajo figuran como respuestas posibles.

Frente a toda esta variedad de respuestas, cabe señalar que descartar a la subordinación como elemento esencial no parece viable, pues ella es sin duda el factor que mejor define el estado de sujeción jurídica en que se encuentran los trabajadores frente al poder de dirección del empleador. Por ello “un nuevo criterio para definir la subordinación debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física.”¹⁸ Si cabe o no una extensión del derecho laboral, es una respuesta que las legislaciones en cada país deben calibrar cuidadosamente. Lo que evidentemente es necesario es la “elaboración de un marco protectorio del trabajo autónomo o independiente”¹⁹ y en general, de aquellas situaciones que escaparon ya del ámbito de protección del derecho del trabajo.

7. LA INFORMALIDAD Y SUS DEVASTADORES EFECTOS

Dentro del panorama clásico ha insurgido o se ha desbocado, con efectos devastadores, el fenómeno de la informalidad. La informalidad provoca variadas reacciones en el ánimo de quienes acometen su estudio. Para algunos, ha sido el gigantesco amortiguador social que ha impedido que economías de escaso desarrollo, incapaces e impotentes para crear puestos de trabajo en

¹⁶ *Ibid*, pp. 285-295.

¹⁷ La doctrina española, siguiendo la inspiración del maestro Alonso Olea, desarrolló la tesis de la ajenidad, que sin embargo no ha tenido mayor fortuna en nuestro continente. Así, “el concepto de ajenidad no parece que hoy sea particularmente apto para capturar a los *fugados* del derecho del trabajo, ya que muchos de ellos ocultan o desdibujan la ajenidad junto con la subordinación”. HERNÁNDEZ, Óscar y ERMIDA, Óscar: *Ibid*. p. 286.

¹⁸ HERNÁNDEZ, Óscar y ERMIDA, Óscar: *Ibid*. p. 295

¹⁹ AMEGLIO, Eduardo. *Problemática actual del contrato individual del trabajo: la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente*. En: V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2001. p. 125.

número y calidad suficientes, estallen en conflagraciones incontrolables. Para otros, son formas de evasión de la legalidad, provocadas por lo general por los altos costos de ésta. Para otros, finalmente, es un fenómeno natural y un acompañante inevitable de todas las economías, presente incluso en las más desarrolladas, bien que con unos efectos menos traumáticos.

No parece necesario definir aquí su concepto ni menos teorizar sobre sus causas. Limitémonos a asumirla como un hecho social omnipresente y proyectémosla a sus efectos o consecuencias en el mundo laboral. Como advierte acertadamente Antonio MARTÍN VALVERDE²⁰ “Si se tiene en cuenta que toda la disciplina jurídica del empleo está encaminada a propiciar, facilitar, controlar o supervisar los distintos tipos de actos de empleo, no resulta arriesgada la conclusión de que éste es el concepto clave de toda esta parte del Derecho del Trabajo”.

Lo primero que salta en evidencia es que la informalidad pulula en la microempresa, tiene una presencia elevada en la pequeña empresa y puede ser detectada incluso en la mediana y gran empresa, como la “parte negra de la economía blanca”.

Sin que haya una exacta equivalencia, hay sí una asidua confraternidad entre microempresa, subempleo e informalidad. No es que todas las microempresas sean informales, pero lo son casi todas; no es que el subempleo se dé sólo en la microempresa, pero se da allí casi siempre. Por eso, desde una postura meramente pragmática, podemos proyectar microempresa, subempleo e informalidad como elementos concurrentes y expresivos de una sola gran realidad.

Esa realidad, en lo que al campo laboral se refiere, consiste en que el trabajador está en situación de desprotección absoluta: no se sujeta a una jornada diaria limitada, sino que la desborda; no descansa un día a la semana, sino que los labora todos; no se le abona el salario mínimo, no disfruta de descanso vacacional, ni le alcanzan beneficios o prestaciones legales; no goza de protección alguna contra el despido; rara vez, por no decir nunca, está organizado sindicalmente y no tiene acceso, por lo tanto, a los derechos colectivos. Finalmente, no es afiliado de los sistemas de la seguridad social.

En pocas palabras, el trabajador es un paria. No es que la ley en teoría no lo proteja, es que no lo alcanza; la ley existe, pero no se cumple, no se le aplica. Supervive penosamente en un mundo anómico, en el que recibe solo aquello que su empleador voluntariamente quiere reconocerle.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 416.

Sucede, empero, que ese empleador es, a su vez, él mismo un trabajador: el microempresario es un trabajador que da trabajo. Y como trabajador está también marginado de todo derecho, incluso de la seguridad social.

Si no se entiende esto último, si no se asume que el microempresario es también un trabajador y que debiera, como tal, ser objeto también de protección, se incurre en la miopía de tratarlo como un simple evasor de la legalidad, casi un delincuente social.

¿Cuál es el rol del Derecho del Trabajo en este campo, cuantitativamente gigantesco y socialmente muy importante? Se enfrentan aquí dos posiciones encontradas: de un lado, quienes se parapetan tras los grandes postulados teóricos y principistas para recusar la posibilidad de que pueda haber una legislación especial para ellos, a partir de que no es válido establecer diferencias entre los trabajadores, ni menos segmentar la legislación para crear “trabajadores de segunda categoría”.

En la otra orilla, quienes se colocan en una postura pragmática que se ubica, no en el área de los derechos ilusorios, sino en la aridez de la inexistencia real de éstos, y que compara cualquier régimen de derechos “menores”, no con aquellos que se le ofrecen al trabajador en teoría y se le niegan en la realidad, sino precisamente con ese “piso cero” que es el único por el que transita el trabajador.

La cuestión es polémica. Los argumentos de ambos bandos son atendibles. Cualquiera sea, sin embargo, la posición que cada quien adopte al respecto, no puede negarse que el problema existe, que es inmenso y que exige atención.

Ése es el basamento de nuestra Ley MYPE²¹, que incorpora un artículo trascendental, que dice:

Artículo 37.- Derechos laborales fundamentales

En toda empresa, cualquiera sea su dimensión, ubicación geográfica o actividad, se deben respetar los derechos laborales fundamentales. Por tanto, deben cumplir lo siguiente:

- 1. No utilizar, ni apoyar el uso de trabajo infantil, entendido como aquel trabajo brindado por personas cuya edad es inferior a las mínimas autorizadas por el Código de los Niños y Adolescentes.*
- 2. Garantizar que los salarios y beneficios percibidos por los trabajadores cumplan, como mínimo, con la normatividad legal.*
- 3. No utilizar ni auspiciar el uso de trabajo forzado, ni apoyar o encubrir el uso de castigos corporales.*

²¹ El nombre completo es Ley de la Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y de Acceso al Empleo Decente, cuyo Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Suprema N° 007-2008-Tr fusiona la Ley N° 28015 y el Decreto Legislativo N° 1086..

4. *Garantizar que los trabajadores no podrán ser discriminados en base a raza, credo, género, origen y, en general, en base a cualquier otra característica personal, creencia o afiliación. Igualmente, no podrá efectuar o auspiciar ningún tipo de discriminación al remunerar, capacitar, entrenar, promocionar, despedir o jubilar a su personal.*

5. *Respetar el derecho de los trabajadores a formar sindicatos y no interferir con el derecho de los trabajadores a elegir, o no elegir, y a afiliarse o no a organizaciones legalmente establecidas.*

6. *Proporcionar un ambiente seguro y saludable de trabajo.*

La norma, pese a esta clara manifestación, ha suscitado alguna polémica, inevitable por lo demás ya que los argumentos de ambos bandos son atendibles. Cualquiera sea, sin embargo, la posición que cada quien adopte al respecto, no puede negarse que el problema existe, que es inmenso y que exige atención.

Es, en nuestra opinión, el problema más actual y más urgente para el Derecho Laboral.

En fallo muy reciente, el Tribunal Constitucional del Perú, para nada un tribunal conservador o ultramontano y más bien dueño de un elevado prestigio como fuente avanzada del reconocimiento de derechos sociales, ha examinado esta cuestión y sentado criterios que es útil examinar.

A propósito de una acción de inconstitucionalidad contra las normas de promoción del sector agrario, ha sentado el principio de que la existencia de regímenes laborales especiales distintos al régimen general no atenta contra la Constitución y, por ende, tampoco contra los derechos fundamentales. La demanda, que fue declarada infundada, argumentaba que se afectaba el derecho a la igualdad en la ley al otorgarse a los trabajadores agrarios menos derechos que los contemplados en el régimen general laboral. El Tribunal sostiene que dichos regímenes especiales son compatibles con la norma fundamental cuando están destinados a corregir desigualdades y promover el acceso progresivo al empleo, siempre que tales desigualdades se constaten en la realidad, que las medidas de promoción sean temporales y se garanticen los derechos mínimos esenciales del trabajador.

8. EL DERECHO DEL TRABAJO DE SIEMPRE

8.1. La globalización: ¿Amenaza o esperanza?

La globalización no es un hecho efímero, una fenómeno coyuntural, sino un proceso continuo, perdurable, y con toda probabilidad irreversible, "un cambio no temporal en el trasfondo socioeconómico de las relaciones laborales

que dada su reciente ocurrencia no sería justo calificar a priori como benévolo o maldito”²².

Si quisiéramos concretar, a modo de gran resumen, la vía para enfrentar los retos de la globalización y la competitividad, ésta es la productividad.

La competitividad no se puede alcanzar por abatimiento de los salarios y el detrimento de los derechos de los trabajadores, sino a través del alza consistente de la productividad. El constante reclamo de muchos empleadores de nuestros países sobre los calificados como *sobrecostos laborales* tiene más de plañido que de realidad, y se apoya en apreciaciones subjetivas y no en comprobaciones fácticas²³.

La brecha entre países desarrollados y subdesarrollados no se da en mayores o menores costos laborales absolutos, sino de mayor o menor productividad. Es más, las remuneraciones y condiciones de trabajo son inmensamente superiores, en términos absolutos, en los países más ricos.

No es que seamos pobres y poco competitivos porque tengamos altos costos o sobrecostos laborales. Es al revés: tenemos altos costos porque somos pobres y poco competitivos.

Lo que se da entre países se da, también, al interior de éstos, entre las empresas: la gran empresa paga mejor, reconoce más altas prestaciones y confiere superiores niveles y condiciones de trabajo que las medianas; éstas, que las pequeñas; y éstas, aún, que las microempresas. ¿Por qué? Por su distinta productividad.

Nuestro reto –con la globalización y por la competitividad– no debe ser, pues, cómo recortar beneficios ni disminuir salarios. Es cómo mejorar la productividad para, con salarios más elevados y condiciones de trabajo más dignas, poder abaratar costos y hacernos más competitivos.

²² CORDOVA, Efrén. *Derechos fundamentales y comercio internacional: armonización de la eficacia económica con la protección social*, Ponencia al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, setiembre 2001, Anales, p. 283.

²³ En el Informe VI. *Seguridad social: tremas, retos y perspectivas*. Documento preparatorio de la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio 2001) se señala, reveladoramente: “Hay un consenso general entre los economistas en el sentido de que las cotizaciones a la seguridad social y los impuestos no influyen de manera importante en los costos laborales. Los mercados de trabajo determinan el precio de la remuneración total de los asalariados. Sin embargo, en vista de que a menudo resulta difícil modificar de manera directa los salarios, que constituyen la parte más importante de esa remuneración, el debate sobre el costo de la mano de obra con frecuencia se centra en otros elementos de los costos laborales, en particular en las cotizaciones a la seguridad social. Como no se pueden encontrar otras fuentes de financiación, los niveles de las prestaciones de los regímenes de la seguridad social tienden a reducirse”.

El desafío que se nos impone es lograr aprovechar las inmensas oportunidades de desarrollo y progreso que la globalización y la modernidad toda ofrecen, y derivar sus beneficios hacia quienes más los requieren: los sectores sociales menos favorecidos y, en especial, los trabajadores, cuyos derechos fundamentales deben en toda circunstancia ser protegidos y defendidos. Estos objetivos debieran quedar plasmados en una Agenda Social que todos los países - grandes y chicos, ricos y pobres, desarrollados y subdesarrollados - debieran comprometerse a cumplir, subordinando en lo posible algunas metas económicas al cumplimiento de los derechos básicos de los trabajadores.

Es en la búsqueda de ese difícil equilibrio entre eficacia, productividad, competitividad comercial, adecuada inserción en los mercados globales, pero al mismo tiempo responsabilidad social y redistribución equitativa hacia donde deben encaminarse los esfuerzos, los talentos y las voluntades de todos nosotros. Y cuando digo nosotros incorporo –es más, coloco en primera fila– a quienes, por emoción social, entusiasmo académico y vocación profesional, han abrazado el apostolado del Derecho Laboral.

Desafíos del derecho del trabajo frente a la globalización

A la globalización, en su dimensión universal, es necesario insuflarle un contenido social. Ello pasa por lograr, además de que en los instrumentos internacionales se incorpore una Agenda Social Mínima, que garantice el respeto de los derechos básicos de los trabajadores. que los países aisladamente considerados hagan ajustes en el campo social, como los hicieron en el campo económico. En esa línea, el gran -en realidad, inmenso- desafío es crear empleo.

“El empleo es un elemento clave de la integración social, como factor de realización social y como fuente de ingresos, por lo que define las posibilidades de consumo. El primer desafío en materia de empleo es el pleno respeto a la Declaración de Principios de la OIT relativa a los derechos fundamentales en el trabajo. Las políticas laborales activas deben formularse a partir del reconocimiento de que la creación de puestos de trabajo sólo es sostenible cuando las actividades económicas son competitivas a largo plazo. La reconversión productiva y la creciente movilidad laboral exigen brindar a los trabajadores la oportunidad de adaptarse al cambio técnico, mediante una política agresiva de capacitación laboral y de apoyo a la modernización de las pequeñas empresas y microempresas. Los Ministerios de Trabajo deben adoptar una política que ayude a fomentar [...] la autorregulación de los actores sociales (diálogo social) y en la que se preste atención preferencial a los trabajadores no incorporados a los sectores modernos (informales y desempleados). [...] La amplitud del empleo informal y el desempleo imponen límites a la universalización de la protección social basada en los esquemas tradicionales. [...] resulta prioritario instrumentar mecanismos combinados y complementarios de seguro, que sean consistentes con las variadas

formas de vinculación laboral, lo que favorecería la movilidad y ofrecería protección contra perturbaciones macroeconómicas de origen externo o interno"²⁴.

9. CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

Importa señalar, a efectos de contextualizar el esfuerzo por dar un verdadero contenido social a la globalización, la ampliación considerable que ha tenido el campo de los derechos constitucionales, debido a la incorporación de nuevas fuentes provenientes de instrumentos internacionales, en especial los relativos a derechos humanos y los que adopta OIT; por la ampliación de los ámbitos de penetración de los derechos constitucionales y de su vigencia; y por la acción de los tribunales y cortes constitucionales, que asumen en los diversos países, no sólo el rol nomofiláctico de guardianes celosos de la constitucionalidad, sino un nuevo rol nomogénico a través de la jurisprudencia innovativa o manipuladora.

Los derechos propiamente laborales se encuadran dentro de los derechos sociales, denominados también como "*derechos humanos de segunda generación*". Entre los derechos laborales y los derechos fundamentales hay una relación semejante a la de dos círculos secantes que al intersectarse generan un espacio en común, pero mantienen también áreas que no se superponen.

"En ese marco -dice Barbagelata²⁵-, la doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado también a aceptar la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos representa la superación de la antigua disputa entre monismo y dualismo y ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional, que [...] no es ya meramente interno o internacional, sino universal".

Encarnan el moderno *jus cogens*, normas de orden público internacional que representan "el corazón del sistema jurídico de los derechos humanos", y cuyas notas características, según Ermida Uriarte²⁶, son que: a) obligan a todos los estados, independientemente de ratificaciones o cualquier otra forma de reconocimiento nacional; b) tienen efecto *erga omnes*, en cuanto no se dirigen sólo a los Gobiernos, sino también a los individuos; c) pueden ser reclamados por cualquier persona o Estado, aun al margen de todo vínculo convencional o ratificación; d) son universales y no internacionales en el sentido tradicional de esta expresión; e) poseen multiplicidad de fuentes.

²⁴ CEPAL. Ob. Cit. pp. 36-37.

²⁵ BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El Derecho del Trabajo en América Latina*. Madrid: 1985, p. 365

²⁶ Cit. por BARBAGELATA. *Ibid.* p. 375

La OIT ha dado un importante paso en cuanto a la determinación de qué derechos laborales deben considerarse como fundamentales: la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, adoptada por la Conferencia de OIT en 1998, constituye un hito histórico: los derechos fundamentales recogidos por la *Declaración* y los convenios en los que se solventan son: libertad sindical y negociación colectiva (convenios 87 y 98), eliminación del trabajo forzoso (convenios 29 y 105), no discriminación en el trabajo (convenios 100 y 111) y erradicación de las peores formas de trabajo infantil (convenio 138).

La *Declaración* atribuye a esos derechos, plasmados en los mencionados siete convenios, una naturaleza anterior y superior a toda normativa, de tal envergadura que no sujetan su eficacia a su reconocimiento o adopción por cada Estado, a través del proceso ordinario de ratificación de convenios, sino que tienen fuerza vinculante por sí solos²⁷.

Esos derechos fundamentales son típica y específicamente laborales, por su propia naturaleza. Ello no significa que se atribuya el valor de derechos fundamentales sólo a ellos, que no haya otros derechos laborales también objeto de promoción y protección universal, ni que sólo sean protegibles para el trabajador los derechos laborales específicos, como se verá más adelante.

La consagración de los derechos fundamentales tiene su más directa plasmación en los ordenamientos nacionales y por cierto, de modo preponderante, en las Constituciones políticas de los estados, que a veces los enlistan meticulosamente o a veces aluden a ellos de manera genérica, pero siempre les reconocen suprema jerarquía.

Pero ¿qué consecuencias prácticas tiene esto que sean relevantes en la actualidad del derecho del trabajo, y permitan determinar su andar en el futuro?

La Constitución es el verdadero fundamento de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que implica la “subordinación de todas las ramas del derecho, tanto público como privado, a aquella, que hoy día, especialmente a través de la vasta enumeración de derechos que contiene, establece los principios y bases de los ordenamientos normativos sectoriales o específicos”²⁸.

²⁷ La propia *Declaración* lo establece de forma meridiana al señalar que “Todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios.”

²⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *La dogmática de los derechos humanos*. Ediciones Jurídicas. Lima, 1994, pp. 62 y ss.

Frente al avance de la globalización y la consecuente flexibilización del derecho del trabajo, algunos autores han destacado el hecho de que los derechos laborales en general, y sin duda también los consagrados a nivel constitucional, están diseñados para controlar el poder empresarial ante su eventual abuso, función que goza de plena vigencia en este momento de apertura de mercados y eventual reducción de la tutela ofrecida por el Derecho del Trabajo. “El régimen de libertades, derechos y principios constitucionales lleva ineludiblemente asociado a un sistema de límites a los poderes empresariales, de entre los cuales la primacía indiscutible la ocupan los derechos fundamentales. En un ordenamiento pluralista [...], los derechos fundamentales se erigen en límites infranqueables que al empresario no le es dable desconocer en uso de su poder de dirección”²⁹.

Y es que el reconocimiento actual de la “*eficacia horizontal*”³⁰ de los derechos fundamentales entre particulares –y no sólo frente al Estado en lo que se denomina “*eficacia vertical*”– conlleva la posibilidad de exigir el respeto de los mismos en cualquier ámbito (y desde luego en el contexto de las relaciones de trabajo) o lugar, en tanto se permite que todos los particulares reclamen el ejercicio de los derechos reconocidos a nivel constitucional a terceros, ya sean éstos poderes públicos o privados.

Por otro lado, los derechos laborales inespecíficos son derechos con carácter general, atribuidos a los individuos (no propiamente laborales), que son ejercitados por ellos en una relación jurídica laboral que, al mismo tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en *verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen*. Son “*derechos del ciudadano trabajador, a fin de cuentas, que ejercita como trabajador ciudadano*”³¹.

Para Valdés Dal Ré, tanto los derechos laborales específicos como los inespecíficos forman el marco normativo de las relaciones de trabajo y son a su vez limitantes para el poder empresarial. “El poder empresarial que se apoya en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede llegar a

²⁹ VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*. En: *Revista Relaciones Laborales. La Ley - Actualidad*. Tomo I. Madrid, 1990, p. 281.

³⁰ MARTÍN CARRILLO CALLE (PUCP: apuntes de clase, 2004) precisa que la “*eficacia horizontal* de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad”, que en el ordenamiento peruano se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone énfasis en señalar que “*La defensa de la persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”, y reafirma, asimismo, la *eficacia horizontal* de los derechos fundamentales en todos sus alcances del precepto establecido en el ya citado artículo 38º de la Carta Magna.

³¹ *Ibid.*

convertirse en un peligro para el ejercicio de las libertades del trabajador, por ello la Constitución como norma fundamental y la legislación laboral van dirigidas especialmente a controlar dicho poder”³².

La Constitución peruana contiene un importante precepto que restringe el exceso en el ejercicio de las facultades empresariales: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (artículo 23, segundo párrafo).” Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”³³. Esto significa que el bloque central de derechos humanos que en toda relación laboral debe respetarse.

Todo los derechos humanos, los propiamente laborales, y los inespecíficos; aquellos provenientes de las fuentes internacionales y los recogidos en las constituciones nacionales, conforman aquel bloque central de donde obtienen vigencia y exigibilidad. La centralidad de los derechos humanos cobra importancia a partir del reconocimiento de la eficacia horizontal de las Constituciones, que hace que éstas sean exigibles, no sólo dentro de las relaciones del ciudadano frente al poder público, sino en las relaciones entre particulares, en especial en las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Por ello, los tribunales o cortes constitucionales adquieren un protagonismo cada vez mayor, no sólo en la hermenéutica ortodoxa, sino incluso en el posicionamiento de nuevos criterios o valores que implican una relectura de los textos de tal envergadura que llega a constituir, en pureza, una nueva normativa constitucional, acorde con los tiempos y la problemática surgida por la globalización y su consecuencia más contundente para el Derecho del Trabajo: la flexibilización laboral. De ahí la importancia de la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo, pues “los esfuerzos reales por zafarse de sus normas imperativas son tan viejos como esta rama del Derecho”³⁴.

10. NECESIDAD DE REAFIRMAR LOS PRINCIPIOS

Frente a esta importante labor de la jurisprudencia constitucional en un contexto económico y social transformado, cobra importancia la reafirmación de los principios del derecho laboral. Esto debe ocurrir en dos niveles o desde dos perspectivas: por un lado, ratificando su validez, la imperiosa necesidad

³² VALDES DALRE, Fernando. *Op. Cit.*, p 281.

³³ Fundamento N° 6 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de julio de 2002, Exp. 1124-2001-AA/TC, Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel contra Telefónica del Perú S.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

³⁴ *Ibíd.*

de su existencia; por otro, logrando su eficacia práctica, a través de su vigencia en la vida jurídica y en la realidad. Jean-Claude Javillier³⁵ advirtió que la flexibilidad podía destruir los principios generales del derecho del trabajo, y por ello los esfuerzos de los laboristas debían encaminarse a la adaptación del derecho del trabajo pues “si no hay adaptación puede ser el fin, o parte del fin, de un tipo de Derecho del Trabajo protector”.

Si al derecho laboral lo priváramos de sus principios dejaría de existir. En palabras de Umberto Romagnoli³⁶ “la única mutación que el derecho del trabajo no puede tolerar, es aquella de perder su vocación de ser a la medida del hombre”. Si no tuviera como núcleo duro axiológico y como meta teleológica proteger al trabajador, como una forma de compensar las desigualdades intrínsecas de la relación laboral, no justificaría su propia existencia como disciplina jurídica autónoma. Podría ser sustituido con ventaja por el Derecho Civil, el cual asume como verdad axiomática que los hombres son iguales. “No podemos aceptar la desaparición del Derecho del Trabajo eliminando sus principios e instituciones básicas, porque, en tal caso, deberíamos crear otro derecho de reemplazo que en esencia sería la reconstrucción bajo nuevas formas de cuanto ya existía en la asignatura que profesamos”³⁷.

El aforismo clásico del que abreva el derecho civil es que es injusto tratar de manera distinta a quienes son iguales. El derecho laboral se nutre del brocardo opuesto: es injusto tratar de manera igual a quienes son diferentes.

Cuando esa diferencia no es horizontal, sino que se traduce en una verticalidad en la que una parte es superior a la otra y la subordina, la sola idea de tratarlas de modo igual repugna a la conciencia y a la propia justicia.

Estos son valores que no pueden ser contradichos, porque están en la esencia de las cosas. Por tanto, la reafirmación de los principios pasa necesariamente por el reconocimiento de su necesidad ontológica.

Ahora bien, precave bien el maestro Plá³⁸ contra la tentación o el riesgo de tratar el tema de los principios con ligereza o superficialidad: “Hay que aplicarlos – dice – con seriedad, rigor, método y prudencia. No se trata de una patente de corso para circular por el mundo del derecho al margen de

³⁵ Ponencia publicada en: X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: “El Futuro del Derecho del Trabajo” Montevideo, Julio de 1989, p. 59.

³⁶ ROMAGNOLI, Umberto. *Reflexiones sobre el Derecho del Trabajo y la Flexibilidad*. Lima, Instituto Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1994, p. 14.

³⁷ ROCHA, Armando. *El Futuro Cercano del Derecho del Trabajo*. En: Ensayos sobre el Futuro del Derecho del Trabajo. *Op. Cit.*, p. 128.

³⁸ *Los principios del derecho laboral*, conferencia dictada en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Mexicali, B.C., noviembre de 1994, p. 36.

las normas. No pueden inventarse principios al compás de los deseos y de los intereses”.

Por consecuencia, añadimos de nuestra cosecha, la tarea primordial es separar el trigo de la paja: distinguir entre lo esencial y lo secundario, entre lo que es consustancial al derecho laboral y aquello que es transitorio o coyuntural.

Ello lleva a prevenir contra la idea de que todo derecho otorgado a un trabajador o alcanzado por éste adquiera un carácter sacrosanto. Los derechos se obtienen y se pierden al compás de las necesidades que imponen los tiempos. “Las verdades de hoy son las mentiras de mañana”, decía con aire socarrón don Guillermo Cabanellas.

Es allí precisamente donde radica la majestad de los principios: las leyes son efímeras y responden muchas veces al cálculo político o al servicio de intereses. Normas de apariencia muy justiciera pueden ser profundamente inequitativas y nocivas; los privilegios a favor de un sector pueden representar formas perniciosas de discriminación en contra de otros sectores a quienes los mismos les son negados o retaceados.

Reafirmar los principios implica, por ello, ir a la búsqueda de las esencias, sin distraerse con las apariencias.

Pero es necesario que esa reafirmación no quede sólo en el plano de la discusión académica, ni sea simple pasto de los intelectuales. Los principios deben tener vigencia real, y ella sólo se logra si se traduce en la normativa.

De poco o nada vale proclamar el principio protector si las leyes no protegen, sino que exponen al trabajador a un trato inecuánime. De poco sirve reclamar la primacía de la realidad, si las leyes destruyen con sus preceptos imperativos esa realidad incontrovertible en el plano teórico. Es inútil reclamar buena fe en la relación laboral si los jueces y tribunales son timoratos y no sancionan el fraude y el abuso.

En tal orden de ideas, aparece dominante, con toda su fuerza ominosa, la informalidad. Los trabajadores informales, tanto de la industria clandestina como del sector legal, están en el último peldaño en lo que a protección por el derecho del trabajo se refiere y a la vigencia efectiva de los principios que lo alumbran.

La Recomendación N° 169 de la OIT, sobre política de empleo, urge a adoptar medidas para permitir su traslado progresivo al sector estructurado. La lucha por introducir a la informalidad dentro de los cauces del orden, y a todos los trabajadores dentro de la órbita del Derecho Laboral, es también una lucha por el empleo decente. Y por consiguiente, una manera de proteger al trabajador de la indefensión en que tal situación lo coloca. La reafirmación

de los principios exige hoy en día de los poderes públicos una permanente sintonía con la dinámica socio-económica y una fuerte dosis de pragmatismo, a fin de que el goce efectivo de los derechos laborales llegue en efecto a todos, y no se circunscriba sólo a sectores minoritarios de trabajadores.

Por eso, una cruzada de defensa y reafirmación de las bases principistas del derecho del trabajo, tan rudamente maltratadas en los tiempos que corren, debe proponerse dos campos de batalla: el del aula universitaria, los congresos y eventos académicos y la producción científica, para consolidarlos en su esencia doctrinaria; y el de la vida misma, el de la realidad cotidiana en fábricas y oficinas, juzgados, tribunales y ministerios para que esos principios no sean meras declaraciones líricas, sepulcros blanqueados, odres vacíos, sino que constituyan la reserva moral de quienes aspiran a un mundo más justo y a una economía al servicio del hombre y no del hombre sometido a la dictadura inhumana de la economía.

Disfuncionalidad de relaciones colectivas de trabajo en el Perú (*)

PEDRO MORALES CORRALES (**)

SUMARIO: 1. Manolo. 2. Preámbulo. 3. Marco jurídico: Sindicalización, negociación colectiva, análisis de la terminología utilizada en el marco jurídico. 4. Razones por las que los empleadores peruanos prefieren no contar con sindicatos al interior de sus empresas: encuesta formulada a laboralistas, experiencia traumática, falta de capacitación de los dirigentes, intervención inadecuada de asesores, enquistamiento de las cúpulas sindicales. 5. Razones por las que los trabajadores que organizan un sindicato confrontan a sus empleadores. 6. Posibilidades de lograr el respeto al derecho de la libertad sindical y el fomento de la negociación colectiva en las circunstancias descritas.

1. MANOLO

Así le gustaba que lo llamáramos. Lo conocí a inicios 1973 porque Manolo era asesor externo del entonces Seguro Social del Empleado (SSE) y yo trabajaba como encargado de la Secretaría General y luego como abogado de la Caja de Pensiones de dicha Institución.

Ahí donde se presentaba algún tema jurídico que requería de un pronunciamiento altamente especializado y confiable, es que el SSE recurría en consulta al Dr. Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE; y en el ámbito pensionario ello sucedió en repetidas oportunidades, lo que me permitió conocerlo, despachar con él en su oficina, del ya afamado Estudio Luis Echeopar García, del cual era Socio y que en esa época se encontraba ubicado en el Jr. Ocoña N° 160, 6to Piso - Lima.

En un determinado momento le solicité a Manolo la posibilidad de practicar a tiempo parcial mi profesión de abogado en alguna de las empre-

(*) Deseo expresar mi especial reconocimiento a Aymé Límaco Chahua joven abogada laboralista del Área a mi cargo, quien me ha apoyado eficientemente en la búsqueda de información, sistematización de la misma e investigación para la elaboración del presente artículo.

(**) Socio y Coordinador del Área Laboral del Estudio Echeopar Abogados.

sas clientes del Estudio Echecopar, pues solo me había dedicado al ámbito administrativo y de seguridad social. Manolo, en lugar de ello me invitó a integrarme a tiempo completo al Estudio, lo cual ocurrió en noviembre de 1973; en ese entonces yo tenía 25 años de edad y Manolo aproximadamente 50. Lo curioso del asunto es que ingresé al Estudio, no para ver los temas que conocía sino para ocuparme de los procesos civiles; un reto inmenso en el que Manolo, y el entonces Decano del Estudio, nuestro recordado y querido Luis Echecopar Rey, tuvieron la generosidad de confiar en que lo haría bien. Naturalmente, con el paso de los años, la necesidad de nuestros clientes de contar con un asesoramiento especializado en asuntos laborales y de seguridad social, hizo que, sin dejar los procesos, me dedicara a esas especialidades, que son la razón de ser de mi ejercicio profesional.

Sin duda, reconozco con el mayor orgullo que Manolo fue el guía, maestro y consejero de mi desarrollo profesional, pero sobretodo, relieve su calidad de entrañable amigo.

La profundidad de sus conocimientos, en diversas materias además de la civil que constituyó su sello identificatorio, como por ejemplo en los ámbitos societario, títulos valores, tributario, laboral y de seguridad social, constituyeron un sólido soporte de los entonces jóvenes abogados que formábamos parte del Estudio.

Pero, no solo fue su erudicción y entrega total a la causa del Derecho, que lo mantenía prácticamente los siete días de semana en el Estudio, con muy poco tiempo de descanso para dedicarlo a la familia, en un ejercicio que él lo identificaba como de sacerdocio jurídico; sino, lo más encomiable fue su reconocida bonhomía, su notable entrega a la formación de los jóvenes abogados y sobretodo de los practicantes, semillero del Estudio.

Vaya que ha pasado el tiempo desde que Manolo me invitó a pertenecer al Estudio: 40 años y 65 de edad; y ahora, algunos de los que conocimos y quisimos entrañablemente a Manolo le rendimos un merecido homenaje a través de este libro, que considero es la manera que mejor lo apreciará desde el infinito en el que se encuentra.

2. PREÁMBULO

Durante mis 40 años de ejercicio de la profesión, dedicados fundamentalmente al Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, un tema que siempre me ha causado intranquilidad y preocupación es la disfuncionalidad que existe en las relaciones colectivas de trabajo pese a los numerosos instrumentos internacionales y normas nacionales del mayor rango que establecen y reiteran el respeto y fomento de dichas relaciones en sus ámbitos de sindicalización y negociación

colectiva, respectivamente, no así como es natural, la huelga que si bien es reconocida como un derecho éste debe ejercitarse excepcionalmente, pues su justificación primigenia que se remonta a la época de la Revolución Industrial (siglo XVIII, 1760)¹ ha perdido en mucho, aún cuando no en todo, su justificación inicial.

En efecto, como lo veremos más adelante con algún detalle, los instrumentos internacionales y nacionales amparan el derecho de la sindicalización y fomenta, es decir incentivan y protegen la negociación colectiva como un medio pacífico y democrático de llegar a soluciones frente a los planteamientos de los trabajadores organizados y representados a través de un sindicato o de trabajadores elegidos, a falta de aquél.

Pero lo cierto es que pese a tan profuso ordenamiento internacional y nacional, al que se suman algunos tratados de libre comercio, tanto el número de sindicatos como el de negociaciones colectivas resultan claramente diminutos.

Nuestro país en el 2011² contaba con una Población Económicamente Activa (PEA) de 15'949,000.00 de personas, de los cuales el 8.8% de trabajadores pertenecen al sector público; el 21.7% prestan servicios en microempresas (hasta 10 trabajadores); el 9.30% presta servicios en pequeñas empresas (entre 1 hasta 100 trabajadores); el 1.80% lo hace en la mediana empresa³; y el 8.7% lo hace en la gran empresa; en tanto que un 3.1% son trabajadores del hogar y un 35.1% son trabajadores independientes⁴.

En Lima Metropolitana al 31 de enero de 2013, según la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y siempre en el ámbito privado existen sólo 463 sindicatos, 51 federaciones y 8 confederaciones.

En cuanto a negociación colectiva se refiere, en el 2011 se presentaron sólo 353 pliegos de reclamos de los cuales sólo 339 fueron solucionados y registrados⁵, frente a 2441 suscritos en el año 1998⁶.

¿Cómo se condice entonces tanto esfuerzo normativo con tan poca aplicación en la realidad?. ¿Qué es lo que sucede?. ¿Cuál es el meollo del problema

¹ ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá; CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. "Tratado de Política Laboral y Social" Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1972 Tomo I, p.266.

² Fuente: Página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

³ A partir de 2008 y de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1086 que introdujo importantes modificaciones a la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, la categoría de mediana empresa ha sido subsumida por la pequeña empresa, pues hasta la vigencia de dicho Decreto Legislativo la pequeña empresa era de 1 a 50 trabajadores y la mediana empresa de 51 a 100 trabajadores. A partir del Decreto Legislativo N° 1086, como ya se ha mencionado, la pequeña empresa comprende de 1 hasta 100 trabajadores.

⁴ Fuente: Página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

⁵ Anuario Estadístico 2011 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, p. 51.

⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "Atomización y Disfuncionalidad de la Tutela Colectiva en el Perú", artículo inédito, versión impresa, p. 11.

que impide cumplir con esas aspiraciones?. ¿Será posible que algún día se logren, o todo está destinado al fracaso por razón de origen, debido al conflicto, que muchos sostienen es natural, entre el capital y trabajo, pues el primero arriesga su capital para obtener utilidades, en muchos casos sin necesariamente respetar los derechos de quienes los ayudan a lograrlo: los trabajadores; y, éstos cuando sufren insatisfacción insalvable en su prestación de servicios, no les queda más remedio que asociarse para enfrentar a su empleador y lograr mediante la protección de la ley y la posibilidad de la huelga mejorar sus remuneraciones y condiciones de trabajo.

Frente a esta situación se advierte claramente que a los empleadores en general no les interesa contar con una organización sindical que los presione para tomar decisiones que no necesariamente desean y que los obliga a negociar y revisar condiciones de trabajo periódicamente, lo que de una u otra forma lo perciben como una intervención inaceptable a sus facultades de dirección de la empresa; y de otra parte los trabajadores que, siendo su único medio de vida el ingreso que perciben por el trabajo que realizan, buscan mejorar dichas condiciones. Entonces, cómo lograr con éxito alcanzar el objetivo de dichos instrumentos nacionales e internacionales que reconocen y defienden la asociación sindical y su protección, así como el fomento de la negociación colectiva, cuando una de las partes: el empleador, repetimos, en la generalidad de los casos no le ocasiona ninguna simpatía contar con sindicatos al interior de su empresa y tener que negociar de manera obligatoria; temas sobre los cuales volveremos más adelante.

Si al conflicto casi natural e inicial se agrega la ingerencia política, partidista e ideológica en la constitución y conducción de un importante número de sindicatos; además su falta de preparación, capacitación y en algunos casos hasta de falta de respeto a sus empleadores, no resulta raro que las relaciones sean confrontacionales.

Es propósito entonces del presente artículo escudriñar esta disfuncionalidad casi patológica, como inicialmente lo quise titular pero que un buen amigo me aconsejó no hacerlo por su significación extrema y negativa; y creo que en parte tiene razón por cuanto existe un supuesto de origen según el cual las relaciones entre empleador y trabajador son correctas y cordiales o debieran serlo hasta que en algunos o varios casos, algo sucede, esencialmente de parte del empleador o sus representantes que llevan a los trabajadores a la necesidad de defenderse de los que consideran una suerte de agresión a sus derechos originándose así la disfuncionalidad o la alteración de las relaciones empleador - trabajador.

Para finalizar este preámbulo, mencionaré que en esta investigación he recogido opiniones y sugerencias de ilustres laboristas de nuestro país,

algunos de ellos ex ministros, vice ministros y miembros de gabinetes de asesores o de comisiones consultivas del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), que tuvieron la gentileza de absolver la encuesta que les remití. Ellos son: Guillermo Boza Pro, Juan Carlos Cortés Carcelén, Alfonso de los Heros Pérez Albela, Fernando Elías Mantero, César Gonzáles Hunt, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Jorge Toyama Miyagusuku, Alfredo Villavicencio Ríos y Jaime Zavala Costa. A todos ellos mi agradecimiento.

Adicionalmente y como salvedad, este trabajo no se va a referir a la sindicalización y negociación colectiva en la administración pública porque presenta algunas diferencias que excederían el ámbito del presente artículo en la medida que obligaría a una extensión que no es posible.

3. MARCO JURÍDICO: SINDICALIZACIÓN, NEGOCIACIÓN COLECTIVA, ANÁLISIS DE LA TERMINOLOGÍA UTILIZADA EN EL MARCO JURÍDICO

Este subtítulo se dedicará a reseñar el marco jurídico internacional y nacional referido al derecho a la sindicalización y al fomento de la negociación colectiva y a comentar algunos aspectos resaltantes de dicho marco que tienen directa relación con la preocupación que origina este artículo.

a) Sindicalización

En esta materia tenemos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 23, numeral 4 señala que “toda persona tiene derechos a fundar sindicatos y a sindicarse para la *defensa* de sus intereses”.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, en cuyo artículo 22 se establece que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la *protección* de sus intereses”.

A su vez, la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 27 de febrero de 1967, en su artículo 44 establece que “los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la *defensa y promoción* de sus intereses, incluyendo el derecho de la negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones [...]”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) aprobada en la Conferencia llevada a cabo entre el 7 y 22 de noviembre de 1969, en su artículo 16º, referido a la Libertad de Asociación consagra el derecho de “todas las personas [...] a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, *laborales*, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en vigor desde el 3 de enero de 1976 se refiere en su artículo 8.1a al compromiso de los Estados Partes de garantizar “el derechos de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente para *promover y proteger* sus intereses económicos y sociales [...]”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, más conocido como el Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988, en su Preámbulo reconoce que “[...] los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una *protección internacional*, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; para luego en su artículo 8° referido a los Derechos Sindicales en el numeral 1a establece “el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la *protección y promoción* de sus intereses [...]”.

A estos instrumentos internacionales debemos sumar los convenios que sobre esta materia han sido formulados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por el Perú.

Nos estamos refiriendo a los Convenios Nos. 87, 98 y 135; y a la Recomendación N° 143.

El Convenio N° 87, de 9 de julio de 1948, en su artículo 2 establece que “los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como el de afiliarse al de estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de la misma”.

El Convenio N° 98, de 1 de julio de 1949, desarrolla el derecho a la sindicalización cuando en su artículo 1° establece que: (i) los trabajadores deberán gozar de una adecuada *protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo*. (ii) Dicha *protección* deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

En su artículo 2 se señala que las organizaciones de trabajadores y de empleadores “[...] deberán gozar de adecuada protección contra todo acto

de injerencia de unas respecto de las otra, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración”; considerándose actos de injerencia “[...] principalmente, las medidas que tiendan a fomentar la constitución de organizaciones de trabajadores dominadas por un empleador o una organizaciones de empleadores, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de trabajadores, con el objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores”.

El Convenio N° 135, de 23 de junio de 1971, se refiere específicamente a los representantes de los trabajadores como dirigentes sindicales o como solo representantes, cuando no existe organización sindical.

En su artículo 1 se establece que deben “[...] gozar de *protección eficaz* contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos, u otros acuerdos comunes en vigor”; y en su artículo 2.1 se indica que dichos representantes “[...] deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones”.

La Recomendación N° 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores de 2 de julio de 1971, señala que, las disposiciones tendientes a garantizar la protección de dichos representantes debería detallar y precisar los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo que debería incluso comprender la exigencia a una consulta previa ante un organismo independiente o paritario antes de proceder al despido; y, que la legislación debería contemplar un procedimiento especial y accesible a estos representantes cuando consideren que han sido despedidos injustificadamente o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de un trato injusto, teniendo derecho a la reposición con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; obligándose al empleador a probar la razonabilidad de los actos, ahí cuando se alegue que ha tenido carácter discriminatorio; reconociéndose además la prioridad de los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción de personal (artículo III).

Esta Recomendación en su numerales 11.1 y 11.2 señala que con el objeto de que los representantes de los trabajadores “[...] puedan desempeñarse eficazmente en sus funciones, deberían disfrutar de tiempo libre necesario, sin pérdida de salario ni de prestación u otras ventajas sociales, para asistir a reuniones, *cursos de formación*, seminarios, congresos y conferencias sindicales”.

En la Memoria del Director General presentada en la 87° Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo en el año 1999, se hizo referencia que en julio de 1998, la Conferencia de ese año reafirmó su adhesión a los ideales fundacionales de la OIT, al adoptar la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, señalándose que dicha Declaración “[...] entraña el compromiso de todos los Miembros de *“respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, los principios y derechos relativos a la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; [...]*” entre otros.

A su vez en el Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos de América, vigente a partir del 1 de febrero de 2009, contempla como compromisos compartidos por ambos Estados adoptar y mantener en sus leyes y reglamentos entre otros derechos el de libertad de asociación, que indudablemente involucra a la libertad sindical pues se hace referencia a la “Declaración Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (Declaración de la OIT 1998)”. En el artículo 17.6 se establece un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades y en su anexo como prioridad de dicho Mecanismo de Cooperación se contempla en el numeral 2.f. “[...] *mejorar el diálogo social entre trabajadores, empleadores y gobiernos, para asegurar relaciones laborales productivas y contribuir a la eficiencia y productividad en el lugar de empleo*”.

En lo que respecta a la Legislación Nacional el artículo 28 numeral 1 de la Constitución de 1993 señala que el Estado reconoce entre otros derechos el de sindicación y en su numeral 1 garantiza la libertad sindical.

La norma constitucional se encuentra desarrollada en el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR. Dichas normas contemplan títulos dedicados a la libertad sindical en cumplimiento de los instrumentos internacionales antes glosados, debiendo resaltar para efectos del presente artículo el reconocimiento que presta el Estado al derecho de los trabajadores a sindicalizarse “[...] para el estudio, desarrollo, *protección y defensa de sus derechos e intereses* y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros”, contemplándose entre otros derechos inherentes a dicha libertad sindical al fuero sindical que garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación (artículos 2 y 30).

A su vez el artículo 8 del TUO de la Ley, sobre fines y funciones de las organizaciones sindicales se refiere a la representación y *defensa* de sus miembros

en controversia o reclamaciones, previéndose la promoción cultural, educativa general, técnica y gremial de sus miembros (artículo 8 literales c y e).

b) Negociación colectiva

En esta materia, la Carta de la Organización de los Estados Americanos en su artículo 45 establece el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores.

Por tu parte el Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos de América en su numeral 17.2.b contempla que cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos entre otros derechos “el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva”, contemplando dentro del Mecanismo de Compensación General y Desarrollo de Capacidades fórmulas de consultas respecto de diversos derechos entre ellos el vinculado al reconocimiento efectivo y el derecho a la negociación colectiva.

En cuanto a Convenios de la OIT el N° 98 en su artículo 4 se establece que los Estados que ratifiquen dicho Convenio, como es el caso del Perú, se encuentran obligados a adoptar “[...] medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para *estimular y fomentar* entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra parte, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

A su vez el Convenio N° 154 desarrolla mas ampliamente el derecho a la negociación colectiva respecto al contenido de la expresión *negociación colectiva* y su aplicación tanto tratándose de organizaciones sindicales o con los representantes de los trabajadores a falta de aquellas. (Artículos 2 y 3).

En el numeral III, este Convenio se refiere específicamente al fomento de la negociación colectiva disponiéndose en el artículo 5 que los Estados deben adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales “para *fomentar* la negociación colectiva y que dicho fomento debe tener por objeto que (i) “la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio; (ii) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a, b y c del artículo 2° del presente Convenio (que tengan por finalidad fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las negociaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez); (iii) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones

de los trabajadores; (iv) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; y, (v) los órganos y procedimientos de solución de los *conflictos laborales*, estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”.

La Recomendación N° 163 sobre la negociación colectiva contempla en su numeral II diversos medios para fomentarla. Entre los que interesan al presente artículo citaremos los mencionados en el Numeral 5; y son los siguientes: (i) “las partes en la negociación colectiva deberían adoptar medidas para que sus negociadores, en todos los niveles, tengan la oportunidad de recibir *una formación adecuada*”; (ii) “a petición de las organizaciones interesadas, *las autoridades públicas* deberían poder prestar asistencia respecto de tal formación a las organizaciones de empleadores y trabajadores que lo soliciten”; (iii) “el contenido y la supervisión de los programas de dicha formación deberían ser establecidos por la organización apropiada de empleadores o de trabajadores interesada”; (iv) “esta información debería impartirse sin perjuicio del derecho de las organizaciones de empleadores y de trabajadores de designar a sus propios representantes a los fines de la negociación colectiva”.

En lo que respecta a la Legislación Nacional, el artículo 28 numeral 2 establece que el Estado “*fomenta* la negociación colectiva y promueve formas de solución pacíficas de los conflictos laborales [...]”.

El TUO de la Ley de Negociaciones Colectivas de Trabajo en su Título III desarrolla todo el tema vinculado a la negociación colectiva y la conceptúa de la siguiente manera: “[...] es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores [...]”.

c) Análisis de la terminología utilizada en el marco jurídico

El análisis etimológico que realizaremos de la terminología utilizada por el conjunto de normas nacionales e internacionales sobre materia de sindicalización y negociación colectiva pareciera confirmar la realidad de un conflicto inevitable en la relación empleador trabajador, pues, de otro modo no se explicarían el uso reiterativo de dichos vocablos.

Respecto del marco jurídico sobre sindicalización, advertimos que en la mayor parte de los instrumentos nacionales e internacionales se utilizan los términos *defensa*, *protección* y también *promoción*.

En todos los casos dichos términos están referidos a la defensa o protección y a su vez promoción de los intereses de los empleadores y trabajadores, de asociarse para tales finalidades.

El término *defensa*, significa según el Diccionario de la Real Academia Española “acción y efecto de defender o defenderse // Arma, instrumento u otra cosa con que alguien se defiende en un peligro. // Amparo, protección, socorro⁷. A su vez el término *protección* significa “acto y efecto de proteger”; y, *proteger* significa “amparar, favorecer, defender // Resguardar a una persona, animal o cosa de un perjuicio o peligro, poniéndole algo encima, rodeándole, etc”⁸.

Como puede apreciarse los términos *defensa* y *protección* son sinónimos y en ambos casos se utilizan vinculándolos a la existencia de un peligro del cual empleadores y trabajadores se deben proteger, los unos de los otros; y para lograr tal objetivo se alienta la asociación de ambos, por separado naturalmente, para que cada organización pueda defender o proteger sus respectivos intereses del peligro que supone la existencia del otro actor como consecuencia, en el caso que nos ocupa, de la relación laboral. En pocas palabras el marco jurídico reconoce implícitamente una situación de conflicto⁹ real o latente que surge entre empleador y trabajador.

Los instrumentos internacionales cuando han hecho explícitos los supuestos en que la protección debe darse con mayor énfasis se han referido, por ejemplo a proteger a los trabajadores contra todo acto de discriminación, tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo y que dicha protección debe ejercerse especialmente contra todo acto, se entiende del empleador, que tenga por objeto garantizar el empleo de un trabajador bajo la condición de que no se afilie a un sindicato o que deje de ser miembro de uno ya existente, pues en caso contrario la amenaza es el despido o el perjuicio en su desarrollo y promoción como trabajador. Asimismo dicha protección debe estar presente contra todo acto de injerencia de los empleadores tendientes a fomentar la constitución de organizaciones sindicales dominadas por o dependientes del empleador o de sostenerlas económicamente, indudablemente, para tenerlas bajo su control (Convenio N° 98).

⁷ RAE, Vigésima Segunda Edición IV Tomo, p. 498.

⁸ RAE, Vigésima Segunda Edición Tomo VIII, pp. 1254,1255.

⁹ De acuerdo al RAE *conflicto* significa, “combate, lucha, pelea” y como cuarta definición, menos dramática “problema, cuestión, materia de discusión”, Tomo III, p. 420.

La protección además se extiende a los representantes de los trabajadores por el hecho de serlo o por su participación en actividades sindicales, siempre que, naturalmente, actúen conforme a la legalidad (Convenio N° 135). En el Perú esta protección se manifiesta legislativamente a través del denominado *fuero sindical*, en virtud del cual se garantiza a determinados trabajadores no ser despedidos ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, sin justa causa debidamente demostrada o sin su aceptación.

Puede entonces advertirse de los instrumentos internacionales y nacionales, que los empleadores, con tal de no contar con un sindicato pueden hacer uso del poder que detentan recurriendo a métodos que disuadan a los trabajadores de organizar sus sindicatos o de afiliarse a los mismos, pues lo más valioso que tienen, que es justamente el trabajo, lo pueden perder. De ahí la necesidad de *protegerlos o defenderlos*.

Otro término que se utiliza es el de *promoción*, siempre vinculado a los intereses de ambas partes; y dicho término significa “acción y efecto de promover; y *promover* significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso procurando su logro”¹⁰. El interés general de los empleadores es obtener el éxito de su actividad empresarial que le genere utilidades y el interés de los trabajadores es contar con un puesto de trabajo seguro y digno que le permita promocionarse de manera integral él y su familia, gozando de una adecuada remuneración y de aceptables condiciones de trabajo.

Ya hemos visto que en la Memoria del Director General de la OIT presentada en la 87° Conferencia Internacional del Trabajo del año 1999 expresa que el compromiso de todos los Miembros de la OIT es el de “respetar, *promover* y hacer realidad, *de buena fe*, los principios y derechos relativos a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva” indudablemente que esa reflexión va dirigida a los estados miembros y a los empleadores. A los primeros para que dicten disposiciones concretas y lleven adelante la vigilancia e inspección necesarias en virtud de las cuales se respete el derecho a la organización de sindicatos y la promoción de la negociación colectiva y que ello se logre en los hechos y de buena fe; la exigencia de esa buena fe sin duda va dirigida a empleadores y trabajadores sindicalizados por cuanto si ambos actúan contrariando dicha buena fe, el ideal del respeto a la libertad sindical y la promoción de la negociación colectiva, se convierten en ilusorios¹¹.

¹⁰ RAE, Tomo VII, p. 1251.

¹¹ PLA RODRÍGUEZ. Américo en su obra central “*Los Principios del Derecho del Trabajo*” (Segunda Edición actualizada, de Palma Buenos Aires 1978), identifica la buena fe, citando a Josserand como el “[...] cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales [...]” y citando a Grassetti, “[...] significa lealtad recíproca de conducta completamente leal en las re-

En el Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América se recoge como un mecanismo eficiente para lograr la promoción de estos derechos “*mejorar el diálogo social* entre trabajadores, empleadores y gobierno, para asegurar relaciones laborales productivas y contribuir a la eficiencia y productividad en el lugar del empleo”. Sin duda que cuando se ha redactado esta parte del TLC es porque se es conciente que el diálogo social entre las partes no es el más adecuado y si éste no mejora la posibilidad de contribuir a relaciones laborales productivas y eficientes será poco factible.

La pregunta que surge entonces es si ambos intereses son incompatibles por su propia naturaleza; es decir si lograr el objetivo que persiguen los empleadores o los trabajadores son de imposible cumplimiento en armonía. La verdad, en teoría no son incompatibles o no debieran serlo, pues ambos factores: capital y trabajo, se necesitan para que la empresa funcione exitosamente y si se da ese éxito, el beneficio que se genere debiera ser para ambas partes y no solo para una de ellas. De ahí que en una situación ideal (que aun está muy lejana) la constitución de un sindicato y de la consecuente negociación colectiva no debería ser fruto del conflicto, sino del convencimiento por ambas partes de su necesidad para que trabajen las dos en el mismo camino: lograr la prosperidad de la empresa en beneficio de sus integrantes.

Hoy en día no solo en el Perú, sino me atrevería a decir, en el mundo entero un porcentaje realmente mayoritario de las empresas no cuenta con sindicatos, pese al sustancial marco jurídico existente sobre la materia, al que nos hemos referido en el numeral III anterior, lo que ciertamente se puede deber a distintas razones, como por ejemplo, en el Perú, que para la organización y subsistencia de un sindicato de empresa se requiere contar como mínimo con veinte trabajadores afiliados, siendo que al año 2011, el 21.7 % de la masa laboral en nuestro país presta servicios en la microempresa, que como ya se ha visto tienen un límite en el número de sus trabajadores¹². Esta situación podría reflejar en alguna forma que el grado de conflictividad entre empleador y trabajador en dichas empresas sin sindicato es tolerable, pues de lo contrario podrían organizarse, por ejemplo, en sindicatos de rama de actividad y ello

laciones sociales, causa que justifica la *confianza* y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta precisamente para que la confianza resulte justificada. Las partes se hallan así obligadas a una lealtad recíproca de conducta - *recta mente et firma devotione*- que constituyen su plena bilateralidad la mas alta expresión de los factores jurídico-personales que matizan el contrato de trabajo (p. 307). Más adelante señala Plá que “El Contrato de Trabajo no crea solo derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal. Crea, por otra parte una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un periodo prolongado de tiempo” por lo que resulta importantísimo que ambas partes actúen de buena fe. (P. 309).

¹² Fuente: Página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

hasta ahora no sucede. También se puede mencionar otras situaciones que disuaden a los trabajadores de formar sindicatos, como por ejemplo el incremento de la contratación a plazo fijo, que en casos de regímenes especiales, como el de exportación de productos no tradicionales, comprende prácticamente al 100% de los trabajadores de dicho sector, sin límite en el tiempo.

Sin embargo, debemos recordar que hasta la promulgación, en el mes de noviembre, de 1970 del Decreto Ley N° 18471, en que por primera vez se estableció un régimen de estabilidad laboral absoluta en nuestro país, un trabajador empleado podía ser despedido con 90 días de anticipación y un obrero sin mediar preaviso alguno. Tal situación no fue obstáculo para contar con organizaciones sindicales sólidas y de mucho mayor significación y raigambre de las que existen actualmente, pese a que en los hechos y en virtud de un equivocada sentencia del Tribunal Constitucional los trabajadores actualmente contratados a plazo indeterminado gozan de estabilidad laboral conocida en nuestro país como absoluta. Sino, recordemos a importantes sindicatos de ramas de actividad, como los gráficos, textiles, petroleros, bancarios, pesqueros, campesinos, que hoy en día prácticamente no existen o languidecen; subsistiendo apenas el de construcción civil, y muy debilitado el minero; pudiendo tal vez resurgir el de estibadores de puertos, gracias a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y por un tribunal arbitral.

En consecuencia podría intentarse una primera conclusión y es que las normas internacionales y nacionales sobre materia de libretar sindical y negociación colectiva sólo o preferentemente actúan y se ponen en práctica cuando se da una confrontación al interior de la empresa entre empleador y trabajadores, en cuyo caso se explica el uso de los términos *defensa, protección y promoción* de los intereses de los trabajadores (lo que interesa a este artículo aún cuando dichos instrumentos o normas se refieren también a los empleadores).

Si esa confrontación no existe o el sistema normativo de contratación resulta disuasivo, como la contratación a plazo fijo, amén de otras circunstancias que han sido tratadas en el artículo de Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS bajo el título de *"Atomización y Disfuncionalidad de la Tutela Colectiva en el Perú"*, entonces al constituir un acto voluntario de los trabajadores organizar un sindicato, si no lo hacen, entonces no habría, a primera vista la posibilidad de alentar la sindicalización, pues sin la presencia o exacerbación del conflicto los trabajadores no se animan o necesitan constituir sindicatos; y, como derivación de ello, el fomento de la negociación colectiva tampoco parece viable, aunque en este aspecto los instrumentos nacionales e internacionales facultan a los trabajadores, sin necesidad de constituir un sindicato, a nombrar representantes para negociar colectivamente mejoras económicas y de condiciones de trabajo.

4. RAZONES POR LAS QUE LOS EMPLEADORES PERUANOS PREFIEREN NO CONTAR CON SINDICATOS AL INTERIOR DE SUS EMPRESAS: ENCUESTA FORMULADA A LABORALISTAS, EXPERIENCIA TRAUMÁTICA, FALTA DE CAPACITACIÓN DE LOS DIRIGENTES, INTERVENCIÓN INADECUADA DE ASESORES, ENQUISTAMIENTO DE LAS CÚPULAS SINDICALES

a) Resultado de la encuesta formulada a experimentados laboristas del medio

Ante la pregunta sobre las razones por las cuales los empleadores prefieren no contar con un sindicato las respuestas obtenidas, en síntesis, son: (i) porque las empresas consideran que la presencia de los sindicatos la perjudican; son conflictivos y en muchos casos actúan siguiendo directivas políticas de centrales ideologizadas, originando problemas al interior de las mismas; (ii) limitan el manejo de las relaciones laborales; (iii) constituyen una injerencia en la facultad de dirección de la empresa pues la existencia del sindicato implica tener al frente un poder que equilibra al que detenta el empresario; (iv) refleja un tema cultural empresarial que supone una aversión al diálogo y confrontación de ideas e intereses; y, finalmente (v) porque las relaciones con las juntas directivas de los sindicatos no son lo positivas o fructíferas que desearían los empleadores.

b) Experiencia traumática para las empresas

En nuestro país el surgimiento de los sindicatos ha estado vinculado a la ideologización de sus afiliados y su dependencia a determinados partidos políticos, fundamentalmente el APRA, de extracción marxista, aunque democrática, que dominó durante largo tiempo, hasta casi la década completa de los sesenta y de partidos comunistas desde fines de dicha década.

Como consecuencia de la ideologización y dependencia partidaria, los sindicatos no solo perseguían las reivindicaciones propias de una organización de este tipo sino que sus actividades constituían en parte importante un reflejo de las disposiciones partidarias, acentuadas en el caso de los sindicatos dependientes de organizaciones políticas marxistas, que propiciaban la lucha de clases y la desaparición de la empresa privada. Es decir, la razón de ser de estos sindicatos era la de apropiarse del control de las empresas; y ese objetivo resultaba, como es natural inaceptable para los empleadores.

Esta situación se vio exacerbada a finales de los años sesenta con la interrupción de nuestro sistema democrático por la dictadura del General Juan Velasco Alvarado que fue acompañado por asesores de ideología marxista, logrando la legalización y registro de la entonces clandestina Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP).

La politización del Ministerio de Trabajo durante la referida dictadura resultó evidente y empeoró la situación, pues resultaban vox populi las directivas emanadas del Gobierno Central, según las cuales las reclamaciones de los sindicatos tramitadas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, incluidas las de reposición, patrocinadas por la CGTP, eran resueltas favorablemente, aún cuando no tuvieran jurídicamente la razón; no así las patrocinadas por la CTP aprista. Resultaba claro que la intencionalidad política de ese gobierno era fortalecer a la central comunista y debilitar a la aprista, ignorando la juridicidad de los temas planteados en el conflicto, resultando el empresario la víctima de dicho juego político en la medida que la legalidad resultaba un valor absolutamente secundario y relativo ante la manipulación política.

Si a lo mencionado se agregó la instauración, inexistente hasta entonces (noviembre de 1968, Decreto Ley N° 18471) de la estabilidad laboral absoluta, por la cual un trabajador despedido sin justa causa prevista taxativamente en la ley, podía elegir como medio de reparación la reposición, que hasta ese momento nunca existió en el país (salvo contadas excepciones), mecanismo que fue utilizado por los sindicatos y trabajadores como instrumento muchas veces de chantaje y exacerbación de los conflictos, que originaban despidos y subsiguientes reposiciones, con pena de cárcel para el empleador sino las ejecutaba, el panorama indudablemente se tornaba mucho más complejo y de enorme dificultad respecto de la posibilidad de que los empleadores tuvieran alguna disposición para aceptar la existencia de sindicatos al interior de sus empresas.

Si a todo lo manifestado se agrega que iniciada la nefasta época del terrorismo en los años 79-80 en que diversas cúpulas sindicales fueron infiltradas por elementos terroristas que incitaron a la toma de empresas y de rehenes, originando la muerte de funcionarios y fundamentalmente de los encargados de Recursos Humanos, el trauma sufrido por los empresarios resulta incuestionable; y de ese trauma aun no se recuperan.

c) Falta de capacitación de los dirigentes

Otro problema, tal vez menos grave que los relatados en el literal anterior se encuentra constituido por el déficit de capacitación y preparación de los dirigentes sindicales; su bajo nivel educativo y cultural, facilita que sean presa fácil del copamiento por las centrales sindicales ideologizadas que los manipulan para que cumplan con sus designios, que no necesariamente son solo de naturaleza reivindicativa laboral, sin importar las razones técnicas que se oponen a sus reclamos o petitorios o, sin tener capacidad de refutarlas también técnicamente.

En consecuencia, los diálogos o debates muchas veces resultan infructuosas o frustrantes por la carencia de un interlocutor válido, capaz de comprender

y entender los aspectos técnicos y económicos del manejo empresarial, mas aún en un mundo como el actual, globalizado y de una competencia sin límites, que obliga a las empresas a tomar decisiones de adecuación inmediatas a fin de permanecer en el mercado y con ello proteger no sólo los intereses empresariales sino, por extensión, los puestos de trabajo.

Sin embargo, sobre este tema en los últimos años se advierte que existe un progreso, pues de acuerdo a nuestras investigaciones y a lo respondido en la encuesta formulada al grupo de laboristas antes mencionados, se constata que las centrales sindicales están recurriendo a organizaciones no gubernamentales para que los asesoren, las que les brindan apoyo jurídico y también económico. Además como consecuencia de este mundo globalizado recurren al apoyo de centrales sindicales internacionales. También, el Ministerio de Trabajo desde el año 2005 viene desarrollando programas de capacitación dirigidos a los sindicatos, pero únicamente vinculados al conocimiento de la normativa laboral, a fin de que puedan, con el debido conocimiento, defender los derechos de sus representados¹³.

d) Intervención inadecuada de asesores

La Ley establece que los asesores, cuando menos en la negociación colectiva deben cumplir ese rol y no el de actores directos. Sin embargo en muchas oportunidades suplantando indebidamente a los dirigentes sindicales, induciéndolos a posiciones que no necesariamente son las correctas o las queridas por los mismo dirigentes, pero que por la confianza que depositan en dichos asesores, se someten a sus recomendaciones. Por experiencia se puede afirmar que muchas veces los dirigentes sindicales están en disposición de aceptar determinada propuesta pero basta un cuarto intermedio en que intervienen los asesores, legales o sindicales, para que, concluido ese espacio, retornen con una posición absolutamente contraria. Es cierto que, se supone que los asesores, por su calidad de tales se encuentran mejor preparados y capacitados para brindar el asesoramiento requerido; pero no necesariamente resulta así porque en numerosos casos el tema ideológico influye, tergiversando la verdadera función de los sindicatos y en consecuencia de los intereses que defienden.

e) Enquistamiento de las cúpulas sindicales

Como los instrumentos nacionales e internacionales en materia de libertad sindical establecen que estas organizaciones se regulan por sus estatutos y que estos obviamente son aprobados por los trabajadores, lo que sucede en la realidad es que en materia de elección de sus dirigentes, los mecanismos son poco

¹³ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, "Experiencias sobre capacitación 2005-2008", Dirección Nacional de Relaciones de Trabajo.

democráticos pues en muchos casos no se encuentra previsto el voto secreto, llevándose a cabo las elecciones a viva voz o a mano alzada, lo que sin duda presiona a los afiliados a adoptar decisiones con las cuales no necesariamente están de acuerdo. Resultado: el enquistamiento de las cúpulas sindicales; es decir que los dirigentes mantienen esa posición casi eternamente, intercambiando entre ellos los puestos pero siendo siempre las mismas personas. Si a ello se agrega que un número importante de dirigentes, sobre todo los de organizaciones de grado superior cuentan con “licencia sindical, permanente y remunerada”, obviamente la tendencia es a defender sus intereses; de ahí su afán de mantenerse en ese estatus, fomentando la conflictividad como un medio para justificar su permanencia como dirigente sindical.

5. RAZONES POR LAS QUE LOS TRABAJADORES QUE ORGANIZAN UN SINDICATO CONFRONTAN A SUS EMPLEADORES

a. Resultado de la encuesta formulada a experimentados laboristas del medio

Ante la pregunta de cuales son las razones que llevan a constituir sindicatos en el Perú, las respuestas obtenidas, en síntesis son: (i) mejorar sus condiciones de empleo y fundamentalmente sus remuneraciones; (ii) tener mayor capacidad de defender sus derechos de manera colectiva ya que individualmente carecen de fuerza para lograr tal fin; (iii) necesidad de defenderse de los excesos o abusos de sus jefes y única manera de obtener incremento o beneficios laborales; (iv) defender su estabilidad laboral.

En las décadas de los sesenta y setenta la organización sindical, como ya hemos mencionado además de responder a la insatisfacción por las condiciones laborales que sirvieron de caldo de cultivo para la constitución de sindicatos, la presencia de centrales sindicales, apéndices de partidos ideologizados que cumplían entre otros el rol de utilizar la sindicalización como un medio para cumplir con sus fines políticos, ésta tendencia, con la caída del Muro del Berlín y la desaparición de los estados comunistas, salvo pocas excepciones, ha traído un cambio que relativiza la influencia ideológica y hace que las razones que llevan a los trabajadores a organizarse sindicalmente, tengan que ver con una idea central: la insatisfacción por el comportamiento de sus empleadores que los induce a unirse para que, colectivamente, estén en la posibilidad de negociar mejores condiciones de trabajo y económicas y defender sus puestos de trabajo.

Sin embargo, no podemos descartar la motivación ideologizada y la consecuencia distorsionadora de la razón de ser de las organizaciones sindicales pues, por ejemplo, la más importante central sindical peruana que es la CGTP,

en el Título I de sus Estatutos¹⁴ sobre “*Declaración de Principios*” se refiere a “[...] la explotación capitalista producto de la propiedad privada sobre los medios de producción [...]”; luego se refiere a “la intromisión del imperialismo en las principales fuentes de riqueza nacional [...]”; más adelante menciona “que, el sindicalismo clasista aspira organizar, defender, educar y representar a todos los trabajadores asalariados [...]”; luego que “la dinámica del desarrollo de nuestra sociedad se desarrolla en contexto sobre la lucha de clases sociales [...]”; también menciona que “[...] para terminar con la explotación de las mayorías nacionales, la CGTP orienta su acción reivindicativa y programática [...] y librará una lucha consecuente[...]”. Igualmente considera que la CGTP es “[...] una herramienta decisiva para conquistar la emancipación total de la clase trabajadora y sus aliados contribuyendo a la construcción de una sociedad sin explotados ni explotadores”.

Como se podrá apreciar, con un pensamiento así, existe una gran dificultad en la práctica de que se pueda fomentar el respeto a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

6. POSIBILIDADES DE LOGRAR EL RESPETO AL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL Y EL FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS CIRCUNSTANCIAS DESCRITAS

a. La experiencia nos enseña que en una empresa en que se respetan los derechos de los trabajadores y que se esmera en mantener y propiciar un clima laboral satisfactorio, en donde los trabajadores cuentan con canales de comunicación suficientes para transmitir sus preocupaciones y éstas son atendidas y resueltas, la posibilidad que se cree un sindicato, si bien no es remota, en la realidad es poco factible, pues no existe el “caldo de cultivo” que es la insatisfacción laboral que empuje a los trabajadores a defender o proteger sus derechos cuando éstos lo están por el comportamiento correcto de sus empleadores.

Esta sana política empresarial de prevención de conflictos es lo que Fernando Elías Mantero, al absolver la encuesta, en su comentario final identifica como el “sindicato invisible”, pues la empresa que no simpatiza con las organizaciones sindicales, por convicción o para evitar su constitución adopta dichas políticas de prevención de conflictos, evitando o disuadiendo a los trabajadores de organizar sindicatos. Para ello la empresa está en disposición de otorgar mejores y mayores beneficios de los que concedería de existir sindicato. De ahí la presencia de lo que Fernando Elías denomina “sindicato invisible. No lo ven, pero está allí”.

¹⁴ Publicada en la página web. de la CGTP.

Entonces, pareciera que en las empresas en que se aplica este tipo de comportamiento satisfactorio para los trabajadores, que forma parte de la responsabilidad social empresarial, resulta difícil de fomentarse la sindicalización y la negociación colectiva pues ambos instrumentos operan en la realidad actual cuando los trabajadores sienten que deben defenderse o protegerse de su empleador. Además, ya lo hemos visto, así están estructuradas todas las disposiciones nacionales e internacionales sobre la materia.

b. En las empresas que cuentan con regímenes especiales de contratación laboral a plazo determinado, como son las de exportación de productos no tradicionales y las empresas en general que de acuerdo a la legislación vigente pueden contratar personal a plazo fijo bajo las modalidades previstas en ella, el Ministerio de Trabajo debe jugar un rol fundamental de control del cumplimiento de las obligaciones laborales a cargo de los empleadores, pues los trabajadores contratados a plazo, difícilmente se sindicalizarán en las actuales circunstancias por el temor que, al vencimiento del mismo, no se les renueve el contrato; y como la decisión de afiliarse a un sindicato es libre y voluntaria, pareciera que no hay forma de dar viabilidad a la sindicalización y por ende a la negociación colectiva pues no se puede prohibir la contratación a plazo fijo si las causas objetivas que las originan son evidentes.

c. A nivel de las microempresas, que son las más numerosas en nuestro país y que cuentan con el mayor número de trabajadores, no es posible, con la legislación actual, se sindicalicen a nivel de empresa, pues se requiere de veinte afiliados cuando para mantenerse en la calidad de microempresa la ley establece que solo pueden contar con hasta diez trabajadores.

Frente a esta situación, corresponde también al Ministerio de Trabajo efectuar el estudio correspondiente y en caso de detectarse insatisfacción y frustración en los trabajadores de ese sector respecto del cumplimiento de derechos y beneficios sociales, capacitarlos para que se organicen en sindicatos de oficio o rama de actividad, debiendo el Ministerio propender que y fiscalizar a los microempresarios para que cumplan con sus obligaciones laborales. Es decir se requiere de una presencia especialmente más activa y proactiva por parte del Ministerio de Trabajo; y para ello se necesita de voluntad política para que cuente con los recursos necesarios, que siempre han resultado insuficientes. Además, y por ello no menos importante, la sindicalización y el fomento de la negociación colectiva en el sector de las microempresas se estrella ante la terrible realidad de que cerca de un 90% de estas microempresas se mantienen en la informalidad por la existencia de una estructura jurídica rígida y de las barreras burocráticas que los disuaden a realizar sus actividades dentro de la legalidad.

Por ello que la intervención proactiva que debiera tener el Ministerio de Trabajo debe responder a una política de Estado dirigida a la formalización de este importante sector empresarial, pues la simple fiscalización podría traer como consecuencia, por el alto incumplimiento de las obligaciones laborales, la desaparición de la microempresa y la pérdida de los puestos de trabajo.

d. Entonces nos quedamos con el sector de empresas en que los trabajadores por insatisfacción u otras circunstancias ya mencionadas han constituido o constituyen organizaciones sindicales para la defensa y protección de sus derechos, encontrándonos entonces frente a una situación confrontacional o de conflicto, cuando menos latente.

¿Qué hacer para que el derecho a la libertad sindical quede bien librado en estas circunstancias?, pues la tendencia general, no total, de las empresas en esta situación es tratar, en lo posible, que se desactiven los sindicatos, sobre todo en su fase inicial de organización; y ¿qué hacer también para fomentar la negociación colectiva?

De las respuestas que he recibido de los expertos laboristas a quienes he recurrido, existe un consenso y ese es el del restablecimiento de la confianza entre las partes, es decir entre el empleador y los trabajadores sindicalizados. El término confianza tiene como sinónimos certidumbre, creencia, crédito, seguridad, tranquilidad, confiabilidad¹⁵.

El empleador debe ser conciente que si ya cuenta con un sindicato es porque falló en su calidad de tal, que incitó a sus trabajadores a defenderse o protegerse. Frente a tal situación lo que tiene que hacer es aceptarla y aprender a convivir con la nueva realidad, de manera tal que el sindicato no sea visto como un obstáculo sino como una aliado en la consecución de los objetivos empresariales que, debe entenderse, también debieran ser asumidos por los trabajadores, pues en la medida en que la empresa progresa, capital y trabajo deben disfrutar de ello.

A su vez el sindicato también tiene que hacer lo propio para coadyuvar a un clima laboral adecuado, de mutuo respeto y buena fe.

Sin embargo, restaurar la confianza no es nada sencillo. Todos conocemos que la confianza se construye en el tiempo y se destruye en un instante. Para reconstituirla se necesita en primer lugar, de la decisión de ambas partes de hacerlo y para ello tanto las organizaciones empresariales como sindicales, con la intervención importante del Ministerio de Trabajo, tendrían que decidirse por el cambio y caminar en el restablecimiento de la confianza perdida y para

¹⁵ THESAURUS GRAN, Sopena. Sinónimos y antónimos, Editorial Ramón Gran Sopena, S.A., Barcelona, Tomo 1, p. 335, 1990.

ello, además de dicha decisión y como instrumento imprescindible se requiere de diálogo, mucho diálogo, sustentado en la transparencia, información y sobre todo buena fe. De ahí que en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Perú y los Estados Unidos de América se contempla como un mecanismo de cooperación importante el de “[...] mejorar el diálogo social entre trabajadores, empleadores y gobiernos para asegurar relaciones laborales productivas y contribuir a la eficiencia y productividad en el lugar de empleo” (Numeral 2.f.); lo que pone en evidencia que el diálogo actual en estos tres actores no es satisfactorio para alcanzar dichos objetivos.

Para ello el Ministerio de Trabajo debe jugar un rol fundamental de asesoramiento a las partes para propiciar el restablecimiento de la confianza con el apoyo de profesionales altamente especializados en técnicas que propicien un diálogo fluido.

En ese camino cabría plantear dos propuestas concretas. La primera, que cada vez que se constituya un sindicato en el país, el Ministerio de Trabajo intervenga vía una inspección ex profesa y especializada en clima laboral, de manera proactiva para detectar las causas que llevaron a los trabajadores a organizarse en defensa y protección de sus derechos, pues tal decisión repetimos, pone en evidencia que el empleador falló en sus obligaciones laborales. Pero esa intervención del Ministerio no debiera ser policiaca o punitiva, sino de asesoría con expertos en clima laboral (psicólogos sociales, negociadores, etc.); salvo que el empleador se niegue a recibir dicho asesoramiento; pues de lo que se trata es que el empleador entienda e internalice en que erró para luego guiarlo al cumplimiento de las obligaciones aceptando la existencia y presencia del sindicato en su empresa en la que se fomente una verdadera cultura del diálogo.

Para ello el asesoramiento del Ministerio a las organizaciones sindicales con profesionales expertos en la materia, también resulta esencial a fin de desentrañar las razones de la insatisfacción de los trabajadores y facilitar la fluidez del diálogo con el empleador, siempre de buena fe.

La segunda propuesta concreta consiste en que el Ministerio de Trabajo intervenga de manera decisiva, también vía inspección especializada en todas las empresas que actualmente cuentan con sindicatos a fin de efectuar la evaluación antes mencionada y coadyuvar al restablecimiento de la confianza entre las partes. Además, el Ministerio de Trabajo tendría la oportunidad de conocer en algunos casos, lamentablemente muy pocos pero importantes, en que las empresas consideran al sindicato como un aliado para alcanzar sus objetivos. Conocer y aprender de estas experiencias será muy valioso para poderlas replicar en la mayoría de las empresas en que sindicatos y empleadores mantienen una relación tensa o poco cordial.

Esta labor proactiva del Ministerio de Trabajo parece vital para lograr los objetivos de respeto a la libertad sindical y de fomento a la negociación colectiva pues, restaurada la confianza entre las partes, ya no se verán como *contrapartes* o *enemigos* sino como coadyuvantes en la consecución del éxito de la empresa.

En tal sentido pienso que las normas nacionales e internacionales deberían actualizarse y modernizarse.

De la revisión efectuada de ellas, la Recomendación OIT N° 163 de 1981 sobre “Medios para Fomentar la Negociación Colectiva” desde mi punto de vista tímidamente se aproxima al problema real que atenta contra el respeto de la libertad sindical y el fomento a la negociación colectiva cuando en la sección II, numerales 1 y 2 del apartado 5 recomienda que “las partes en la negociación colectiva deberían adoptar medidas para que sus negociadores, en todos los niveles tengan oportunidad de recibir formación adecuada” (II.5.1) y que “A petición de las organizaciones interesadas las autoridades públicas deben poder prestar asistencia respecto de tal formación a las organizaciones de empleadores y de trabajadores que lo soliciten” (II.5.2).

Como se aprecia la Recomendación sólo pone énfasis en la formación adecuada de los negociadores en la negociación colectiva, cuando lo que se requiere es que se dé un asesoramiento proactivo por parte del Ministerio para restablecer la confianza entre las partes, que permita un diálogo constructivo, de buena fe y que a su vez permita una convivencia positiva del sindicato al interior de la empresa.

En este afán las organizaciones de los empleadores y de los trabajadores también tienen que jugar un papel fundamental, en el primer caso de asesoramiento a las empresas o sindicatos afiliados respectivamente, tendientes a un cambio de mentalidad, que sienta las bases para que el diálogo sea fructífero y la convivencia armoniosa; pues si no se toman estas decisiones políticas poco se podrá avanzar en dicho camino. En tal sentido las centrales sindicales ideologizadas tendrían que modernizarse y dejar de lado las ideologías confrontacionales y de lucha de clases que en nada ayudan al restablecimiento de la confianza imprescindible para lograr el respeto a la libertad sindical y el fomento a la negociación colectiva que es precisamente la razón fundamental que debiera guiar el funcionamiento de estas centrales sindicales.

En alguna oportunidad lo mencioné en una reunión de manera metafórica o alegórica: empleadores y representantes sindicales tendrían que recurrir al auxilio de un psicólogo especialista en temas de clima laboral y en el diván, sacar, vía abreacción o catarsis, todos sus temores, angustias, las razones de sus dudas y desconfianzas para que, liberados, estén en posibilidad de encaminarse juntos como aliados valiosos y no como enemigos o adversarios, pues ambos tienen

un interés común: el progreso de la empresa que debe significar bienestar para empleadores y trabajadores.

En consecuencia, los representantes de los empleadores, de los trabajadores, con la intervención del Ministerio de Trabajo y con el apoyo de expertos en clima laboral y diálogo deben confluír para lograr dicho objetivo que además se traduciría en un diálogo social realmente productivo en el seno del Consejo Nacional del Trabajo.

Finalmente resulta alentador que algo se esté avanzando en este camino, pues desde hace algunos años Great Place to Work, Institute Perú y el Diario El Comercio vienen efectuando evaluaciones entre las empresas que deseen someterse a ellas a fin de establecer un ranking de las mejores en cuanto a clima laboral se refiere.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo viene alentando las buenas prácticas laborales en las empresas a través del reconocimiento de ello, previa evaluación, a cuyo efecto ha dictado la Resolución Ministerial N° 175-2010-TR que contiene los requisitos que deben cumplirse para postular al RBPL.

Desplazamientos transnacionales de trabajadores. La determinación de la normativa aplicable en el marco de la movilidad laboral internacional en el ámbito de la Unión Europea y el espacio económico europeo

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ (*)

Al Profesor Dr. D. Manuel de la Puente y Lavalle, como reconocimiento a un jurista insigne. Su actividad docente en la Pontificia Universidad Católica de Perú, en la abogacía, como académico y frente a la presidencia del Consejo Superior de Arbitraje dejan una imborrable huella en el mundo del Derecho peruano. Aunque su vacío será difícil de llenar en su país, su obra científica y ejemplo humano perdurarán su figura.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los desplazamientos como variante de la movilidad laboral internacional. De la movilidad por el empleo a la movilidad en el empleo. 3. El desplazamiento como respuesta a las nuevas necesidades y variaciones en la demanda de servicios internacionales. 4. Los desplazamientos en el ordenamiento jurídico. 5. Ley aplicable al desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea y el espacio económico europeo. 5.1. Principios básicos en la construcción europea condicionantes de los desplazamientos de trabajadores. 5.1.1. El principio de equivalencia. 5.1.2. Los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios y libertad de circulación de los trabajadores. 5.1.3. La Competencia leal como premisa para el fomento de las prestaciones transnacionales de servicios. 5.2. Delimitación final del desplazamiento con régimen jurídico específico en la Unión Europea y el espacio económico europeo. 5.3. Ley aplicable a los desplazamientos temporales en el territorio de la Unión Europea. 5.3.1. El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. 5.3.2. La Directiva 96/71/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre

(*) Catedrático EU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, España.

el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.
5.3.2. a) Inclusiones y exclusiones. *Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.* b) *La Ley aplicable.*

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de mundialización o globalización ha pasado a ocupar un lugar trascendental en los debates políticos de la mayor importancia, llevando a posiciones de resistencia activa y pasiva, pero en todo caso imponiéndose por la fuerza de los hechos.

Sus defensores sostienen que “favorece la expansión de la circulación por encima de las fronteras, de ideas e informaciones, de bienes y servicios, de tecnología y de capital”¹. Sin embargo, resulta sencillo descubrir en última instancia que al sustantivo le falta un adjetivo: la globalización es, ante todo, y principalmente, económica.

Habiendo recibido el extraordinario impulso de los acuerdos adoptados en el seno del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)² y de la Organización Mundial del Comercio, la apertura general de mercados convierte paulatinamente al mundo en un único y gigantesco lugar de intercambio de todo tipo de bienes y servicios.

Este fenómeno adquiere lógicamente un reflejo muy notable en el sistema de relaciones laborales que lleva, de la mano de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, a la presencia de tejidos industriales transnacionales capaces de presionar a la integración económica y cambiar

¹ Comunicado final de la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Grupo de los Ocho, celebrada en Denver, de 22 de junio de 1997.

² El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (General Agreement on Tariffs and Trade) fue firmado como un acuerdo multilateral sobre comercio internacional en 1947 (y al cual ya se han adherido más de cien naciones). Vino a fijar un conjunto de reglas de conducta en el marco de las relaciones comerciales, constituyendo, además, un foro para las negociaciones multilaterales sobre problemas de comercio internacional.

Su propósito más general es la gradual eliminación de los aranceles y de otras barreras al libre intercambio de bienes y servicios. Bajo su amparo han tenido lugar amplias y numerosas negociaciones colectivas que llevan el nombre de “ruedas” o “rondas”, como la Kennedy Round o la Ronda Uruguay. Al respecto, OLCESE SANTONJA, A. *La conclusión de la Ronda Uruguay del GATT*, FAES, Madrid, 1995 o Junta de Castilla y León: *Acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT en el sector agrario: repercusión en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 1994].

Estos acuerdos han facilitado los intercambios internacionales, reduciendo los aranceles y otras barreras al comercio mundial. Sobre esta materia, entre otros, MAGRO MAS, A.: *Comercio internacional. El GATT*, Gaudiana, Madrid, 1968; GARCÍA LÓPEZ, J. A.: *La crisis del sistema GATT y el derecho anti-dumping comunitario*, Colex, Madrid, 1992 o DÍAZ MIER, M. A.: *Del GATT a la Organización Mundial de Comercio*, Síntesis, Madrid, 1996.

el sentido tradicional de los movimientos migratorios y los principios de actuación de los Estados a este respecto.

Las fronteras físicas y geográficas, antaño difíciles obstáculos, en la actualidad se difuminan en muchos sentidos, el capital se mueve con casi total libertad entre distintos territorios y es lógicamente seguido por las actividades comerciales empresariales. Desde un punto de vista económico empresarial este movimiento globalizador se traduce, en cuanto al Derecho Social hace e interesa, fundamentalmente en dos fenómenos: la formación de empresas o grupos multinacionales y el traslado de las empresas o de partes de su producción a otros países (o, incluso, la constitución de la empresa o de sus centros en esas zonas).

El primero plantea, entre otros, el problema de que los trabajadores desplazados prestan servicios en territorios distintos y sometidos, a su vez, a regímenes jurídicos también distintos e independientes. El segundo, por su parte, es el resultado de la búsqueda de lugares más rentables económicamente dónde trasladar la actividad productiva³.

Esta deslocalización y fragmentación de la actividad productiva parte del aprovechamiento de la multiplicidad de derechos locales (nacionales) de contenido diverso. Esta pluralidad facilita al empresario la posibilidad de ampararse en imposiciones sociales, laborales, de Seguridad Social y fiscales que le supongan costes más bajos con el simple traslado o instalación de su actividad (en todo o en parte) en otro ámbito geográfico⁴.

La globalización, de un lado, genera empleo y beneficios económicos en zonas en las cuales generalmente no lo hay, pero, de otro, obliga a numerosas personas a desplazarse para conservar su trabajo, destruyendo, a un tiempo, empleo⁵. En virtud de tal, despierta reacciones diversas y opuestas, quien la ve con entusiasmo por el crecimiento económico y la difusión y generalización del bienestar que puede crear y quien la rechaza al considerar que significa

³ El primero de estos fenómenos "resulta de la complejidad actual de las organizaciones empresariales, de la facilidad de los movimientos financieros, del interés por controlar verticalmente servicios ofrecidos en el mercado, etc." [...], mientras la segunda de las manifestaciones busca esa rentabilidad más elevada, "bien por la mayor proximidad a las materias primas precisas para la confección del producto, que generalmente se comercializa una vez elaborado en otras zonas geográficas económicamente más prósperas; bien porque la mano de obra en esa región es más barata, lo que permite un considerable incremento de los márgenes de beneficios, o incluso porque la dinámica fiscal o administrativa en ese estado resulta más relajada", MELÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Proyecto Docente*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pp. 224-225.

⁴ En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F. "Globalización y relaciones de trabajo", *REDT*, N° 92, 1998, p. 869.

⁵ Así, DURÁN LÓPEZ, F.: "Globalización y relaciones de trabajo". Cit., p. 870.

un incremento de desigualdades a escala mundial, pues la intensificación de la competencia mundial puede ejercer suficiente presión como para que se produzcan mermas de los salarios y de las normas sociales y de trabajo en todo el planeta, además de la reducción del papel garantista del Estado⁶.

En todo caso, como algún autor ha señalado “el antídoto debe encontrarse en el veneno”, la solución a los males de la globalización debe buscarse en la propia globalización, “y no luchando contra ella”⁷. Resulta fundamental, en este sentido, trabajar en “el aprovechamiento de sus ventajas –la creación de empleo en las zonas menos favorecidas, la revitalización de sectores geográficos, la apertura de mercados, etc.– y en el diseño de instrumentos que conjuren sus maldades, esto es: el dumping social, la rebaja de derechos sociales, etc., eso sí, siendo conscientes de que un antídoto útil no conoce alternativas individuales para países, empresas o personas”⁸. No cabe olvidar que se trata de un proceso global que requiere, en consecuencia, soluciones igualmente globales⁹.

2. LOS DESPLAZAMIENTOS COMO VARIANTE DE MOVILIDAD LABORAL INTERNACIONAL. DE LA MOVILIDAD POR EL EMPLEO A LA MOVILIDAD EN EL EMPLEO

La OIT, a finales de la década de los cincuenta, decidió entrar a regular el fenómeno de la emigración partiendo de un dato que entonces constituía una constante evidencia en todo planteamiento teórico sobre la materia: el movimiento de población obedecía, desde la perspectiva laboral, a una búsqueda de empleo o a la respuesta a una oferta previa de puesto de trabajo. El traslado transnacional no traía causa en un contexto laboral, sino que tenía en éste su propio fin. La movilidad se producía “para ocupar un empleo” (artículo 11

⁶ Circunstancias a las que habrá que añadir el que, paradójicamente, el aumento de las dislocaciones sociales originadas con ocasión de la competitividad internacional se combina con la reducción del papel del Estado, que se evidencia en los recortes de gasto público, en el menor apoyo a las medidas redistributivas y en la general liberalización de los mercados y de las políticas económicas. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. “OIT, derechos humanos y libertad sindical”, *RL*, N° 1, 1999, p. 5.

⁷ “No hay que tener la idea de una fortaleza sitiada”, LYON-CAEN, G.: “Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción” (ROBLES, A. J., Trad.), ponencia presentada en el *Seminario internacional: Globalización y derechos sociales*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 1998, p. 2.

⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Proyecto Docente*. Cit., p. 227.

⁹ Por ello resulta precisa un reforzamiento del movimiento sindical mundial, y sobre todo un esfuerzo riguroso por parte de las organizaciones internacionales. CARBALLO MENA, C. A.: “Diálogo social y tripartismo en Venezuela”. En: AA.VV. (DURÁN LÓPEZ, F., Coord.): *Diálogo Social y su Institucionalización en España e Iberoamérica*, CES, Madrid, 1998, pp. 157 y ss.

Convenio núm. 97 OIT, 1949), siendo los movilizados, aunque extranjeros, trabajadores en el país de acogida.

Ante tal circunstancia, y aunque con matices, la OIT acogió las dos grandes líneas de actuación tradicionalmente seguidas por los Estados: de un lado, y con carácter dominante, el control del flujo de personas que ingresan desde fuera en el mercado nacional de empleo a fin de evitar un perjuicio (medido en términos de competencia) para los trabajadores nacionales, la minoración de los gastos en protección social (o su reverso, el incremento de cotizantes) o el descontrol sobre la nueva población activa o los efectos del mestizaje cultural; de otro, la garantía de un estatuto jurídico específico para el trabajador migrante diseñado con la finalidad de tratar de paliar su situación particular de desprotección.

El fenómeno de las migraciones de personas y trabajadores crea, de un lado, y se encuentra acompañado, de otro, por un amplio elenco de complejos problemas de la más diversa índole, tanto a nivel político como económico, social o jurídico; aspectos, por otra parte, íntimamente relacionados entre sí en esta materia.

Este conjunto de problemas no constituye, ni mucho menos, una novedad; las migraciones han venido constituyendo una constante a lo largo de muchos siglos, tantos casi como la historia misma la humanidad (no en vano la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 13.2, reconoció el derecho a la libertad de circulación para la búsqueda de un trabajo; o lo que es lo mismo, a la emigración), convirtiendo a unos países en estados receptores y a otros en emisores de una mano de obra generalmente movilizada desde países menos desarrollados hacia aquéllos en los cuales las posibilidades de alcanzar un mejor nivel de vida son, en principio, más elevadas.

No obstante, resulta obvio que las migraciones del presente son muy diferentes de las de épocas anteriores. “Los profundos cambios ocurridos en el escenario mundial en las últimas décadas cuestionan muchos de los viejos paradigmas sobre los que se había sustentado la regulación de estos procesos”. Así, el fenómeno de la globalización ha marcado una reestructuración de las relaciones económicas internacionales, “en las que mientras el sector financiero funciona efectivamente como una unidad en tiempo real, la libre circulación de personas es todavía un aspecto inacabado”; la deslocalización de las grandes empresas que trasladan su producción a países en los cuales carguen con menos costes ha dado también paso al desplazamiento de mano

de obra hacia donde se encuentra el capital¹⁰ y, en fin, la revolución tecnológica sin duda ha facilitado los desplazamientos¹¹.

Con la elaboración del Convenio núm. 143, la OIT reconoce la presencia de un nuevo fenómeno, que resulta abstraído de su ámbito de aplicación (al igual que ocurría en el anteriormente señalado Convenio núm. 97). Tal excepción afecta a “las personas empleadas en organizaciones y empresas que operan dentro del territorio de un país, que han sido admitidos temporal[mente] en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicas por un período limitado de tiempo y que están obligados a abandonar el país al término de sus trabajos y funciones”.

De tal forma, por primera vez se da cuenta en un instrumento internacional de ámbito superior al regional de un fenómeno de movilidad laboral distinto, como es el desplazamiento, considerado una vicisitud más en la relación de trabajo preexistente que aboca, a través de la preceptiva orden empresarial, a la movilidad geográfica supranacional y está llamado a cubrir un doble objetivo: por una parte, satisfacer el derecho subjetivo de crédito del empresario (mostrando así cómo el factor determinante no viene dado por la voluntad o iniciativa del trabajador –migración tradicional–, sino por el cumplimiento de la misión atribuida por quien le proporciona empleo en ejercicio de su poder de dirección con carácter temporal y no definitivo); por otra, contribuir a ampliar una prestación de servicios comprometida por su empleador en un Estado distinto a aquél en el cual se inició la relación laboral.

¹⁰ “El hecho de que la relación laboral se ejecute también en el extranjero puede ser considerado como una medida de incremento del rendimiento empresarial”, MOLINA MARTÍN, A. M.: *La movilidad geográfica internacional de trabajadores. Régimen jurídico-laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 45.

¹¹ Y “por lo que respecta a España, tampoco podemos decir que las migraciones constituyan una manifestación novedosa, aunque sí la dirección que han tomado. Su nivel de desarrollo y el crecimiento económico de los últimos años determina que ya no sea un país de emigrantes ni tampoco sólo de tránsito o de paso de inmigrantes, sino un destino atractivo y preferente en Europa para muchos extranjeros que se ven empujados a emigrar por las desigualdades latentes con otras regiones” [SEMPERE NAVARRO, A. V.; CANO GALÁN, Y.; CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *Políticas sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 265]. Las mutaciones en los flujos migratorios, por tanto, “han hecho que nuestro país haya pasado de emisor a receptor y que, por ende, la legislación laboral y de Seguridad Social acuse tal transformación”, MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R. y TASCÓN LÓPEZ, R.: “El extranjero ‘sin papeles’ ante los riesgos profesionales (A propósito de una doctrina recientemente unificada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la Ley de Extranjería”, *RILJ*, núm. 14, 2004, p. 23 o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J. G. “Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España”, *NOL*, N^o 7, 2001, pp. 4 y ss.

Desde este punto de vista, cabe destacar el hecho de que resulte necesario ahora diferenciar una nueva realidad, a tenor de la cual el desplazamiento implica un cambio temporal del lugar de trabajo del empleado y es una movilidad en el empleo y no una movilidad por el empleo, sin obviar cómo, en cualquier caso, el Estado no puede (ni debe) ceder nunca al “chantaje” en el empleo que en ocasiones plantean los empresarios en el nuevo contexto globalizador, rebajando sin más los derechos sociales conseguidos, lo que sería enormemente perjudicial para el Estado de bienestar¹².

Dados los costes implícitos en el propio desplazamiento, en anteriores décadas su operatividad parecería quedar circunscrita únicamente a trabajos cualificados o especializados, como deportistas, artistas o altos directivos, entre otros. El paso del tiempo y la evolución que ha conllevado en la esfera laboral, sin embargo, ha venido a cambiar esta tendencia, siendo posible apreciar una transformación evidente, y, dada la clara y apreciable diferencia de los costes de trabajo entre distintos países, resulta menester reconocer actualmente el firme impulso a los desplazamientos de trabajadores no cualificados con la finalidad de aprovechar sus niveles salariales inferiores a los del Estado de acogida¹³.

3. EL DESPLAZAMIENTO COMO RESPUESTA A LAS NUEVAS NECESIDADES Y A VARIACIONES EN LA DEMANDA DE SERVICIOS INTERNACIONALES

En el contexto de mundialización reseñado resulta fácil apreciar cómo las empresas, cada vez con mayor frecuencia, prestan sus servicios en territorios de Estados distintos a aquéllos en los cuales se encuentran establecidos o situados sus establecimientos principales.

En paralelo, la movilidad de los trabajadores (y de forma significativamente evidente en el caso de los grupos de empresas) deriva de ese apuntado interés en extender el ámbito de actuación más allá de las fronteras en las que en un determinado momento la desarrollara.

Los movimientos transnacionales de mano de obra parten así de una premisa indeclinable: las libertades de establecimiento y prestación de servicios reconocidas al empresario, a entender con carácter general como apertura de mercados para desarrollar actividades productivas sin cortapisas, sin barreras al comercio y a la movilidad de los factores de producción. Cuando tal concurre, y a la movilidad de las sociedades acompaña la de trabajadores por

¹² LYON CAEN, G. “*Los derechos sociales: génesis y utilidad de una noción*”, Cit, p. 2.

¹³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”, *RL*, N^o. 23, 1999, pp. 1-2.

un tiempo necesariamente limitado al territorio del país de destino, será fácil comprobar la presencia de un triple fenómeno:

En primer lugar, la competitividad como principio económico básico a partir del cual las empresas de fuera de un Estado pueden ofertar mejores precios en la prestación de servicios que las radicadas en el país, aprovechando las diferencias existentes en los costes laborales.

Aun cuando el artículo VI del GATT (viene a concebir el *dumping* como la existencia de una diferencia entre el precio de exportación del producto y el valor normal de un otro similar en el país de exportación o de origen) y el informe sobre el empleo elaborado por la OIT en 1996¹⁴ intentaran corregir la situación, lo cierto es que esta vía abierta al *dumping social* no parece prohibida con carácter general. Es más, la Declaración de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio, de 13 de diciembre de 1996, mueve a rechazar la utilización de las normas de trabajo con fines proteccionistas. A pesar de renovar su compromiso “de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas” y reconocer a la Organización Internacional del Trabajo como “el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas” y considerar “que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas”, la OMC rechaza “la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y [conviene] en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios”¹⁵.

En segundo término, la movilidad trasnacional responde habitualmente a una exteriorización del empleo (“*outsourcing*” o “descentralización productiva”), en este caso de dimensión internacional.

El objetivo principal viene dado por obtener, a través de esta vía, una nueva ventaja competitiva adicional a partir de una gestión fundada en la reducción del importe de los costes de trabajo como consecuencia y gracias al desplazamiento hacia el exterior de su organización de parte de los trabajos necesarios, los cuales serán realizados por trabajadores ajenos a la plantilla.

En este sentido, la variante más sofisticada viene dada por la creación de grandes grupos de empresas que permiten desarrollar, “a partir de una misma estrategia de carácter complejo, dos procesos aparentemente opuestos o incompatibles pero, en verdad, convergentes o “sinérgicos” en alto grado:

¹⁴ OIT: *El empleo en el mundo 1996/1997. Las políticas nacionales en la era de la mundialización*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996.

¹⁵ Conferencia Ministerial de la OMC: *Declaración Ministerial adoptada el 13 de diciembre de 1996. Normas Fundamentales del Trabajo*, OMC, Singapur, 1996.

de un lado, mejorar la dimensión empresarial a través de técnicas de concentración económico-financiera; de otro, reducir las estructuras productivas, especialmente en cuanto hace al volumen de ocupación, transmitiendo hacia otros el resto de las funciones, para cuya gestión, en buena medida indirecta, suele ser frecuente el recurso a subcontratas --ciertamente lo más habitual--, contratos de franquicia, puesta a disposición internacional o, por no seguir, arrendamiento de obras y/o servicios"¹⁶.

En fin, el desplazamiento no deja de ser más que la prueba fehaciente de la "deslocalización" del empleo y de la empresa.

Esta posibilidad --siempre abierta-- se ofrece en todo el planeta y en Europa, sobre todo, a partir de la caída del Muro de Berlín en 1989. Simultáneamente, y de manera transparente a escala mundial, se abandonan criterios simplistas de estabilidad y se empiezan a tomar en consideración un conjunto de parámetros entre los cuales figura en un lugar muy destacado la seguridad para el capital y sus intereses.

Resulta evidente, en definitiva, a través de lo expuesto, cómo la prioridad buscada es claramente económica y no social, aun cuando esta segunda se vea favorecida gracias y en virtud de los avances de la primera.

4. LOS DESPLAZAMIENTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El concepto de desplazamiento internacional no pertenece originariamente al Derecho del Trabajo, sino que trae causa en el ordenamiento de la Seguridad Social, donde se descubren los rasgos a partir de los cuales aparecerá definido como instituto; a saber, la temporalidad, que vendría a descubrir la presencia de un ánimo de retorno en el desplazado, y el mantenimiento de la relación laboral con el empresario original evitando la ruptura del vínculo contractual primero y permaneciendo el centro de gravedad de la actividad en el país de origen.

A partir de tal definición será posible entrar a diferenciar dos variantes:

La primera de ellas aludiría a un desplazamiento temporal frente a otro definitivo. Eso sí, destacando que este último supuesto no constituye un verdadero desplazamiento, sino un traslado --desde el punto de vista del ordenamiento español-- o una emigración --si se atiende a las pautas de la OIT--.

¹⁶ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRAVI-FORCOS, B.: "Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización. Los desplazamientos como variante de movilidad laboral internacional". En: AA.VV. *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefevre, Madrid, 2002, p. 16.

Abandonar el referente temporal significará perder el vínculo contractual con el país de origen.

La segunda, atendiendo al ámbito geográfico donde se efectúe. Procede destacar en este caso, junto a los desplazamientos internos (aun cuando presenten algún elemento de extranjería, habida cuenta de que no tendría mayor relieve a estos efectos) que se regirán por el artículo 40 ET, los producidos en el ámbito de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo –con un régimen jurídico propio– y los efectuados a terceros países.

Este último supuesto constituye el punto de partida clásico en Derecho Internacional Privado, suscitando el conflicto de normas jurídicas de los ordenamientos de los diferentes Estados a la hora de regular la relación jurídico-privada. Bajo esa noción genérica referida se buscará paliar la inseguridad, acabando con “la discontinuidad en el espacio consustancial a dicha relación jurídica a través de soluciones que racionalicen su continuidad o normalidad”¹⁷.

La finalidad de esta intervención normativa será así netamente jurídica, quedando situada en la fijación de reglas adecuadas para resolver un específico supuesto que pone en relación normas pertenecientes a distintos sistemas de Derecho. Se trata, por tanto, de una técnica estrictamente de conflicto.

5. LEY APLICABLE AL DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA Y EL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Al hilo de lo señalado, en el ámbito europeo, sin embargo, la cuestión alcanza cotas de complejidad superior cuando se parte de una noción de desplazamiento más definida (a pesar de que el grado de precisión alcanzado todavía no sea suficientemente satisfactorio). A la finalidad estrictamente jurídica se unen otras económicas (principalmente) y sociales y, en fin, se seleccionan para una ordenación propia variantes concretas de los movimientos temporales de mano de obra.

5.1. Principios básicos de la construcción europea condicionantes de los desplazamientos de trabajadores

A la hora de abordar el tratamiento de la movilidad geográfica temporal desde un punto de vista unilateral, los Estados se preocupan sobre todo de la protección del estatuto del desplazado y de las distorsiones en la competencia que pueden tener lugar en virtud del hecho de que los movilizados disfruten

¹⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 140 y ss.

de diferentes condiciones de trabajo a las reconocidas a nacionales del país donde desarrollan transitoriamente su prestación laboral, y por tanto también de diferentes costes sociales y de producción.

A este problema de competencia entre nacionales y extranjeros se une la surgida entre empresas, pudiendo resentirse gravemente la ordenación del mercado interior de servicios en caso de no obtener una situación de equilibrio.

La cuestión de fondo se mantiene cuando del ámbito europeo se trata, no en vano la aspiración última pasa por la consecución de un mercado único, integrado.

En cualquier caso, a este problema se añade otro derivado de una fuerte tendencia en la política de Derecho Comunitario que poco tiene que ver con cuestiones laborales, como es garantizar las libertades económicas en su seno. Desde esta perspectiva aparecen mezcladas, por tanto, finalidades económicas y sociales, circunstancia que provocará que la atención no pueda quedar centrada únicamente en el control del mercado de trabajo y en el estatuto jurídico del trabajador, sino que también será menester considerar en todo momento la imposibilidad de adoptar medidas capaces, directa o indirectamente, de limitar el derecho de las empresas a ofrecer sus servicios en otro Estado miembro.

Partiendo de estas premisas, cabe destacar cómo un mercado sin fronteras interiores exige reconocer una igualdad básica de condiciones a la hora de ejercer u ofertar una actividad productiva en cualquier lugar del marco creado (y luego ampliado al Espacio Económico Europeo).

De tal forma, la fusión de mercados transnacionales trae aparejada como consecuencia la imperiosa necesidad de eliminar las fronteras nacionales a efectos económicos, equiparando así las condiciones del tráfico comercial interno con las del intracomunitario.

Para el empresario, en definitiva, ha de resultar totalmente indiferente ofrecer su actividad en el Estado miembro donde está establecido o más allá de aquél territorio, siempre y cuando –es obvio– no exceda las fronteras regionales.

5.1.1. El principio de equivalencia

El principio de equivalencia constituye la manifestación fundamental de la integración jurídica y aparece fundado en la intención común de los distintos países miembros dirigida a conseguir idénticos objetivos básicos de conformidad con el interés público, aun cuando los medios resulten ser heterogéneos¹⁸.

¹⁸ Sobre la cuestión, STJCE 369 y 376/96, 23-11-99, asuntos acumulados *Arblade y Leloup*.

La única vía para alcanzar tal objetivo lleva a exigir que el Derecho aplicable a la prestación de servicios “no varíe en función del lugar donde se vaya a comercializar la prestación ofrecida; en el caso, que el empresario pueda ofrecer sus actividades en los diferentes Estados-parte bajo las condiciones similares a aquéllas en que lo hace normalmente en su lugar o lugares de establecimiento”¹⁹.

5.1.2. Los principios de libertad de establecimiento y prestación de servicios y libertad de circulación de los trabajadores

La libre circulación de personas dentro de la Unión Europea ha sido y es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta un sistema comunitario²⁰ cuya consolidación “tendrá lugar con la continua adopción y remozamiento de todo tipo de medidas que sirvan para eliminar obstáculos o coadyuven a conseguir el objetivo de manera más plena”²¹.

La dificultad en este ámbito de conciliar la protección del trabajador con el *laissez faire* económico puede ser superada por la unificación de condiciones laborales básicas de los trabajadores, evitando así la competencia de los mercados de empleo que no cumplan los mínimos de protección exigidos.

Sin embargo, en aras de la consecución de los objetivos económicos, siempre presentes y objetivo prioritario de la Unión Europea –y aun cuando normalmente arrastren consigo mejoras sociales–, la base jurídica de los desplazamientos queda fijada principalmente en la libre prestación de servicios, que coloca a la movilidad de mano de obra en posición secundaria (“si es rentable para la Comunidad que los trabajadores migrantes puedan moverse libremente dentro de la Comunidad allá donde sus servicios son más necesarios, éste será el caso tanto para los migrantes que son de países de fuera de la Comunidad como para sus ciudadanos”)²² y, por tanto, no directa e

¹⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B. “Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización [...]”. Cit., p. 18.

²⁰ Cuestión evidentemente tratada de forma extensa y habitual por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sirvan como ejemplo de la profusa y, en ocasiones, ejemplar doctrina sentada al respecto las SSTJCE 300/84, de 23 de octubre de 1986, asunto *Van Roosmalen* o 4/95 y 5/95, de 30 de enero de 1997, asuntos acumulados *Stöber y Piosa Pereira*.

²¹ “Tal fue sin duda el propósito fundacional y al mismo obedece el hecho de que el propio Tratado CEE establezca reglas destinadas a garantizar tal derecho distintas para los trabajadores por cuenta ajena... y para los trabajadores por cuenta propia”, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La protección social comunitaria de los trabajadores por cuenta propia desplazados dentro de la Unión”, REDT, núm. 109, 2002, pp. 79-80.

²² VAN LANGENDOK, P.: “El papel de los sistemas de Seguridad Social en la creación del Mercado Único Europeo”, en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y el Mercado Único Europeo*, MTSS, Madrid, 1993, p. 45; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “La aplicación de las normas de coordinación comunitarias sobre Seguridad Social a los nacionales de terceros países: reflexiones

inmediatamente regulada por el Derecho derivado (a pesar de que, dada su interconexión, pueda facilitar el desplazamiento de personas)²³.

De tal forma, el carácter económico que envuelve a la prestación de servicios conduce irremediabilmente a rechazar cuantas medidas proteccionistas de alcance nacional se alcen frente a las ventajas competitivas de quienes ejercitan dicha libertad básica. O lo que es igual, el libre juego de la competencia (pues al final este será su último sentido) exigirá asumir las posibles desventajas en este ámbito de los nacionales del país de acogida derivadas de mantener el Derecho aplicable del Estado de origen²⁴.

5.1.3. La competencia leal como premisa para el fomento de las prestaciones transnacionales de servicios

Tal y como señala el Considerando 3 de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre la realización del mercado interior ofrece “un entorno dinámico para la prestación de servicios transnacionales, al invitar a un número cada vez mayor de empresas a desplazar a sus trabajadores temporalmente para trabajar en el territorio distinto del Estado en que trabajan habitualmente”.

En virtud de tal circunstancia “el fomento de la prestación transnacional requiere un clima de competencia leal” y de “medidas que garanticen el respeto de los derechos de los trabajadores” (Considerando 5, Directiva 96/71/CE) entre las empresas establecidas en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo²⁵.

al hilo del Reglamento (CE) 883_/2004, de 29 de abril, RDME, Nº 6, 2004, p. 324.

²³ La libertad de circulación “requiere necesariamente de la libertad de desplazamiento”, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros”. En: AA.VV. (GARCÍA BLASCO, J. y MONEREO PÉREZ, J. L., Dirs.): *Comentario sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y normas concordantes*, Comares, Granada, 2006, p. 474.

²⁴ De este modo, y si predomina esta finalidad “el supuesto de desplazamiento comunitario temporal de trabajadores en desarrollo de una prestación laboral no podrá responder exactamente a la noción tradicional de libre circulación como principio de orden europeo, habida cuenta su ordenación jurídica no responderá tanto a la finalidad de favorecer a los desplazados cuanto a mejorar la situación de las propias empresas nacionales prestadoras de servicios en concurrencia con las de fuera. Con todo, no cabe duda que esa aparición de nuevos conceptos supranacionales, relacionados directamente con la renovada idea unificadora del espacio geográfico y político de la Unión, han de tener franca resonancia sobre el principio de libre circulación, de carácter eminentemente social y que debe llevar a proteger no sólo a quienes ejercen el derecho al libre establecimiento, sino también a dar entrada a la consideración de fines tuitivos en relación con los mercados empleo afectados por su ejercicio”, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B. “Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización [...]”. Cit., p. 19.

²⁵ No en vano también “conviene respetar el principio de que las empresas establecidas fuera de la Unión Europea no deben obtener un trato más favorable que las empresas

La competencia leal se erige, en consecuencia, como un aspecto fundamental en la construcción europea. Su objetivo primordial a nivel regional-europeo viene dado por la necesidad de eliminar las medidas proteccionistas²⁶ de los distintos países integrados en su seno. El Derecho Comunitario viene así a entender que no puede ser considerado como interés general (y, por tanto, digno de protección) el argumento de salvaguarda de las economías nacionales²⁷, y menos aún la defensa de la competitividad de sus empresas a través de la una actuación ordenada a imponer exigencias no justificadas ni proporcionadas (invocando, de nuevo, razones de interés general y protección social de los trabajadores, las cuales se suponen ya satisfechas en el Estado de origen) a empresarios de otros Estados miembros cuando envíen o trasladen temporalmente a sus trabajadores para ejercer en sus territorios la libertad de prestación de servicios.

La intención parece clara, evitar discriminaciones o restricciones que obstaculicen la realización efectiva de libertades fundamentales comunitarias, al situar a las empresas establecidas en otro país en desigualdad de condiciones

establecidas en el territorio de un Estado miembro”, tal y como señala el Considerando 18 de la misma norma.

²⁶ Puede aquí ser detectada una aparente proximidad entre dos conceptos en principio caracterizados por el resultado común de oponerse a la finalidad integradora del sistema europeo, la competencia desleal y el *dumping social*, y aun cuando en muchos casos pueden ser utilizados de manera indiferente, el *dumping*, en realidad, puede ser definido como desigualdades en el campo de las relaciones laborales que podrían entorpecer el libre y equilibrado desarrollo de la competencia mercantil. CRUZ VILLALÓN, J.: *Empleo y sociedad. La dimensión social de la Unión Europea*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1998, pp. 5 y ss.

Como se destacó anteriormente, el artículo VI del GATT viene a concebir el *dumping* como la existencia de una diferencia entre el precio de exportación del producto y el valor normal de un otro similar en el país de exportación o de origen, de forma tal que a partir de tal definición procedería considerar ilegítimas sólo las prácticas derivadas del hecho de que quien presta servicios ofrezca su actividad en otros países con unos costes laborales por debajo de los umbrales exigidos en su Estado de origen, esto es, ignorando las normas laborales de donde estuviera establecido o las comunitarias de directa aplicación. Sin embargo, y por contra, no serían desleales las ventajas en su posición dentro del mercado provocadas por la mera falta de armonización a nivel europeo, pues derivan de un mero “hecho espacial” y tampoco podrían conllevar discriminación alguna [STJCE 398/95, 5-6-97, asunto *Syndesnos*]. Así pues, aun cuando conduzca a una mejora de su situación competitiva, no está directamente en juego la libertad de concurrencia, motivo por el cual no será contraria, en el orden social, ni al Derecho comunitario originario ni al derivado, tal y como señaló la STJCE 72 y 73/91, 17-3-93, asunto *Sloman Neptum*.

²⁷ Cabe destacar, en este sentido, las SSTJCE 352/85, 26-4-88, asunto *Bond Van Adverteeders*; 288/89, 25-7-91, asunto *Gouda*; 353/89, 25-7-91, asunto *Comisión contra Países Bajos*; 17/92, 4-5-93, asunto *Federación de distribuidores cinematográficos contra Estado español y Unión de Productores de Cine y Televisión*, ó 484/93, 14-11-95, asunto *Stevensson y Gustavsson*.

con sus competidores del país de acogida, lo cual las puede disuadir de prestar tal actividad productiva²⁸.

En fin, el hecho de garantizar a los desplazados condiciones de trabajo similares a las reconocidas a los nacionales puede, indudablemente, provocar en determinados casos un efecto reflejo sobre la mejora del estatuto retributivo profesional de los empleados afectados por la movilidad. Sin embargo, no cabe olvidar en ningún caso que su principal objetivo radica en evitar que tal situación acabe planteando un problema de alteración de las reglas de competencia empresarial vigentes en el mercado, habida cuenta que se pretende fundamentalmente obstaculizar que, como consecuencia de la ausencia de barreras al comercio y a la movilidad de los factores de producción, los agentes económicos busquen el sistema jurídico que les resulte más favorable, capaz de provocar que los Estados cuyos ordenamientos no sean excesivamente favorables a la actividad económica se vean abocados a adoptar o modificar su legislación para de este modo proteger a sus empresas de cualquier desventaja competitiva.

5.2. Delimitación final del desplazamiento con régimen jurídico específico en la Unión Europea y el espacio económico europeo

La incidencia final de los principios de equivalencia, libre prestación de servicios y libertad de circulación y, sobre todo, el valor primario y primordial que la competencia leal alcanza en el marco regional europeo, ha condicionado el proceso de selección de un legislador comunitario que, lejos de proteger cualquier tipo de desplazamiento, decide delimitar en un sentido bastante estricto cuanto por tal proceda entender.

La preferencia otorgada por el acervo comunitario a la libertad de prestación de servicios²⁹ supone, en la práctica, que lo importante no sea la nacionalidad del trabajador, sino el lugar de establecimiento de la empresa con la cual está vinculado y que resultará normal y lógicamente responsable

²⁸ Al respecto, SSTJCE 71/76, 28-4-77, asunto *Thieffry*; 62 y 63/81, 3-2-82, asunto *Seco*; 272/94, 28-3-96, asunto *Guiot*; 369 y 397/96, 23-11-99, asuntos acumulados *Arblade y Leloup*, ó 165/98, 15-3-00, asunto *Mazzoleni*.

²⁹ "Es conocido que entre las libertades básicas del derecho comunitario se halla la de la libre prestación de servicios [...] [recogiéndose en] preceptos de Derecho comunitario originario [...] dos vertientes de su contenido. Por un lado, la prohibición -y por tanto, erradicación- de cualquier restricción a la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión Europea; y, por otro, el principio de tratamiento igual con independencia de la nacionalidad del prestador de servicios", MARTÍNEZ FONS, D. "Obligaciones formales", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 130-131.

del desplazamiento de aquél a otro Estado miembro de la Unión o del Espacio Económico Europeo.

En virtud de ello, no cabe olvidar cómo en la noción habrán de quedar incorporados también –si bien es cierto que con peculiaridades significativas– los movimientos intracomunitarios de nacionales de terceros Estados al servicio de empresas ubicadas en la Europa comunitaria, e incluso las prestaciones de servicios de sus empresas, eso sí, siempre y cuando estuvieren establecidas en el ámbito espacial señalado.

Partiendo de tal premisa, cabe destacar cinco notas básicas a partir de las cuales quedará definido el referente dotado de una regulación especial en el marco europeo³⁰. En concreto:

1. Movimiento transnacional, exigiendo en todo caso que no responda a un hecho puramente interno.

2. Presencia de un interés contractual-organizativo del empresario. Ello presuponiendo el ejercicio de su poder de dirección en lo que a la movilidad hace³¹. Se trata de una finalidad instrumental a situar, no propiamente en la realización de un trabajo en otro Estado, sino en el hecho de que la empresa pueda desarrollar su actividad en tal país.

3. Vigencia de la relación laboral. El vínculo de trabajo será incapaz de resistir la suspensión o extinción del contrato original seguido de un nuevo contrato con otro empresario o con el mismo cambiada o repetida su denominación social, tratándose, en realidad, de idéntico empleador con un establecimiento doble o múltiple. En tal caso, se abandonaría el ámbito específico para pasar al general (*lex loci laboris*): del desplazamiento a la emigración en sentido clásico.

³⁰ En este punto, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B.: "Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización [...]". Cit., pp. 23-24.

³¹ Sobre la cuestión, entre muchos, y por todos, SALA FRANCO, T.: "Movilidad geográfica". En: AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. el Estatuto de los Trabajadores, T. VII*, Edersa, Madrid, 1988, pp. 280 y ss.; ORTIZ LALLANA, M^a. C.: *La movilidad geográfica en la empresa (El marco jurídico según Ley 11/1994, de 19 de mayo)*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, pp. 28 y ss.; SENRA BIEDMA, R.: "Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial", *RL*, N^o 6, 1995, pp. 30 y ss.; CORTE HEREDERO, N.: *La movilidad geográfica de los trabajadores*, Lex Nova, Valladolid, 1995, pp. 69 y ss. y "La movilidad geográfica de los trabajadores: algunos problemas interpretativos y aplicativos de su regulación jurídica", *AS*, T. III, 1996, pp. 2468 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: *Traslados y desplazamientos de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 69 y ss. o FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. *La imposibilidad de la prestación de servicios del trabajador por causas imputables al empresario*, Universidad de León, León, 2003, pp. 223 y ss.

4. Carácter estrictamente temporal de la movilidad laboral. Este requisito es fundamental, de forma tal que la duración temporal de la actividad económica suele ir vinculada normalmente a la decisión del prestador de servicios de no establecerse en el Estado miembro, en tanto en cuanto el desarrollo de una actividad de larga duración suele ser la manifestación del ejercicio de la libertad de establecimiento.

No obstante, *a priori* nada podrá impedir que, en base a la libre prestación de servicios, un empresario desarrolle una actividad temporal considerablemente larga mientras no muestre de una forma relevante en el plano jurídico su vocación de ser indefinida en el país prestatario.

Desde este punto de vista, el desplazamiento territorial de quien proporciona sus servicios no constituye un presupuesto esencial para la libertad básica de Derecho Comunitario originario y tampoco la duración de la prestación puede ser considerada realmente definitiva a la hora de delimitar el campo de aplicación del referente europeo, habida cuenta que “no aparece un criterio con validez general para acoger la multiplicidad de situaciones y relaciones económicas cuyo desenvolvimiento requiera movilizar trabajadores por un tiempo en muchos casos meramente previsible, superado el cual, por circunstancias susceptibles de ser contempladas *a priori* o no, seguirá sin abandonar su carácter temporal”³².

5. En fin, el legislador europeo viene a exigir que el desplazamiento dotado de las características aquí señaladas responda, además, una triple vinculación funcional: las operaciones de subcontratación (*outsourcing* internacional) en sentido propio; la movilidad en el seno de empresas con establecimientos múltiples o en un grupo de empresas de dimensión comunitaria; el compromiso asumido por la empresa de trabajo temporal para la cual presta servicios el desplazado.

³² Cierto es que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas “ha ofertado un criterio para la medición del tiempo, a situar en la ejecución de la obra o servicio; no menos veraz es que tal pauta sólo podrá ser útil en determinados casos, pues aún siendo conscientes de que el tiempo efectivamente debe conformar un factor decisivo en la delimitación de la libertad empresarial, en realidad no existe ninguna previsión de duración máxima. Se aleja así por completo de la dimensión tradicionalmente tutelar de la cual ha disfrutado la movilidad geográfica en los ordenamientos laborales estatales, aun a riesgo de introducir las dosis de incertidumbre apuntadas y que están en la base de alguna de las excepciones (complejidad para aplicar la regla a períodos reducidos incapaces de alterar el orden de la competencia leal -a situar, en el caso, en la movilidad inferior a un mes, supuesto en el cual los Estados pueden no aplicar con carácter general la normativa europea a los discutibles ‘trabajos de escasa importancia’, indefectiblemente situados, como concepto jurídico indeterminado, en el voluble criterio de cada legislador interior-)”, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B. “Introducción. Movimientos de trabajadores en un contexto de globalización [...]”. Cit., pp. 23-24.

Al margen de las características anteriores que definen el instituto en sentido positivo, su delimitación debe ser completada con una serie de exclusiones expresas: las empresas de la marina mercante respecto del personal de navegación y los desplazamientos realizados con motivo de actividades formativas cuando no respondan a una prestación de servicios transnacional; o, en fin, un supuesto que, en principio, cabría entender comprendido como es el traslado de empresas a otro Estado acompañada de sus trabajadores o el de quien, durante su desplazamiento a otro país comunitario, decide romper el vínculo contractual con el empresario del país de origen para acceder a un empleo en el Estado de destino. En estos dos últimos casos procederá realizar una interpretación extensiva de la libertad de circulación³³ para dar cobertura a tales situaciones, siendo menester considerar tales variantes como una verdadera integración del trabajador comunitario en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida.

5.3. Ley aplicable a los desplazamientos temporales en el territorio de la Unión Europea

Desde la Unión Europea se ha intentado buscar soluciones a los problemas originados por el hecho de que el mercado económico se haya mundializado o internacionalizado como consecuencia de la globalización económica, en tanto las legislaciones sociales y fiscales continúan correspondiendo a los distintos territorios nacionales. Entre otras cuestiones, cabe destacar el diseño realizado en materia de reglas de competencia judicial y ley aplicable a las relaciones internacionales.

5.3.1. El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales

Las reglas de competencia judicial aparecen fijadas, básicamente, en el Reglamento CE 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judi-

³³ La libertad de circulación “requiere necesariamente de la libertad de desplazamiento a cualquier país comunitario para la búsqueda de empleo y, además, la posibilidad de residir en ese Estado con el objeto de desempeñar una actividad laboral e incluso después de haberla desempeñado... Este derecho implica el de abandonar su territorio para acceder a una actividad asalariada, ejercerla en el territorio de otro Estado miembro, responder a ofertas efectivas de trabajo, y residir en el Estado no solamente con objeto de ejercer un empleo, sino de permanecer en el mismo, después de haberlo ejercido. Sus limitaciones vienen dadas por motivos de orden público, seguridad y salud públicas, que han sido objeto de una interpretación -en muchos casos restrictiva- por parte del TJCE para evitar el vaciamiento de esta libertad amparándose en tales motivos”, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. “Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros”. Cit., p. 474.

ciales en materia civil y mercantil³⁴, que ofrece al trabajador la mayor cantidad de foros posible y reduce aquéllos a los cuales pueda acudir el empresario³⁵.

El Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales, será la norma de referencia respecto a la ley aplicable. Sus normas evitan la posibilidad de que la ley que rijan el contrato en última instancia provoque una merma en los derechos del trabajador desplazado³⁶.

De acuerdo con el Convenio de Roma, aun cuando la ley rectora del contrato de trabajo será aquella elegida por las partes, reconociendo un importante papel a la autonomía de la voluntad de los contratantes³⁷, tal circunstancia no impedirá la entrada en juego de las reglas imperativas³⁸ del Estado cuya ley deberá regular aquél en el supuesto de no realizar los contratantes elección alguna, o lo que es lo mismo, la ley del país en el cual el empleado preste habitualmente servicios, a pesar de encontrarse desplazado temporalmente en otro Estado.

En el supuesto de que el trabajador no realice su trabajo en un mismo territorio, será de aplicación la del país en el que esté el establecimiento contratante, y se atenderá a la ley del Estado con el que presente más estrechos vínculos³⁹ si la que resultare de la aplicación de alguna de las reglas hasta ahora mencionadas no tuviese tal condición, cláusula de excepción establecida en el artículo 6.2º del

³⁴ Respecto a esta materia, entre otros, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. "Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales (I)", *AL*, N° 41, 1991, pp. 517 y ss. y "Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales (y II)", *AL*, N° 42, 1991, pp. 533 y ss.; Rivas Vallejo, M. P. "Competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo (I)", *REDT*, N° 71, 1995, pp. 128 y ss; IRIARTE ÁNGEL, J. L.: "El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo", *RL*, T. I, 1996, pp. 1322 y ss. o GARCÍA MURCIA, J. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La nueva regulación de la competencia judicial en materia contractual en el ámbito comunitario", *AS*, N° 9, 2002, pp. 44 y ss.

³⁵ Sobre la cuestión, ampliamente, FERNÁNDEZ-COSTALES MUNIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B. "Régimen jurídico del contrato de trabajo", en AA.VV.: *Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social*, Francis Lefevre (Madrid), 2002, pp. 46 y ss.

³⁶ "Y con ello una disminución de sus costes por la mera concurrencia de un elemento extranjero en la relación contractual", MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Proyecto Docente*, Cit., p. 229.

³⁷ CASAS BAAMONDE, M^a. E. "Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios", en AA.VV.: *El espacio social europeo*, Lex Nova, Valladolid, 1991, p. 112.

³⁸ Incluyendo, al menos en cuanto al caso español respecta, las convencionales, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: "Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo", *RL*, Tomo II, 1993, p. 394.

³⁹ Sobre esta materia, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. "Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo en las relaciones internacionales (y II)", Cit. pp. 535- 539.

Convenio que, como algún autor ha señalado, supone elevar a la condición de regla el principio general de obtener justicia en el caso concreto⁴⁰.

Tales normas imperativas corresponden, por tanto, al lugar habitual de trabajo o al de establecimiento del empresario, es decir, en ambos supuestos se trata del Derecho del Estado miembro de origen. El carácter temporal limitado de estos desplazamientos determina tal circunstancia. Así, la determinación de la *lex loci laboris* (aun cuando el trabajador haya sido temporalmente desplazado a otro país) o de la *lex filiae* como leyes aplicables a falta de elección de los contratantes representa la opción por un “criterio de continuidad”⁴¹.

La regulación del Convenio de Roma es, pues, extremadamente “flexible y dúctil” en este punto, más si se tiene en cuenta como se abandona “la aplicación efectiva de sus leyes de policía a la voluntad contractual de las partes o a la discrecionalidad de los jueces”. La opción libre de trabajador y empresario por una ley nacional cualquiera resulta posible, en suma, en el marco de aplicación del Convenio de Roma, eso sí, siempre y cuando la elegida sea más beneficiosa para el desplazado que la del lugar de ejecución habitual del trabajo, “que es la aplicable a los desplazamientos temporales”⁴².

Se trata con ello de evitar que el empresario pueda imponer a su empleado la sumisión a un sistema jurídico y una regulación desventajosa con objeto de ahorrar en los costes sociales que le corresponde asumir. Se obtienen con ello dos claros beneficios, proteger a la parte más débil de la relación de prestación de servicios y sortear en buena medida la competencia desleal⁴³.

⁴⁰ VIRGÓS SORIANO, M. “La interpretación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias UE*, núm. 61, 1990, pp. 83 y ss.

⁴¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO: “Desplazamientos temporales de trabajadores en la Comunidad Europea y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cit.*, p. 388; CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios”, p. 109 o GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicio y conflicto de normas en el espacio”, *AL*, N^o 2, 2000, p. 27.

⁴² CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 28.

⁴³ Al respecto, MARTÍNEZ MURILLO, J. J. “Cesión de trabajadores, subcontratación y *dumping* social”, *GJCEE*, octubre 1991, p. 15.

5.3.2. La Directiva 96/71/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

Con intención de evitar la competencia desleal y la rebaja de la protección y derechos del trabajador desplazado⁴⁴ se dio forma a la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios transnacional⁴⁵, que ha venido a obligar a los Estados miembros a aplicar la ley del lugar de ocasional ejecución de servicios bajo ciertas condiciones, desplazando, en su caso, a la ley rectora del contrato si ésta es menos favorable en los aspectos señalados para la persona desplazada⁴⁶.

Una vez más se evita que unos empresarios puedan desarrollar su actividad en unas mejores condiciones de competitividad respecto a otros, habida cuenta que la diferencia de condiciones de trabajo entre los distintos países comunitarios “provoca el riesgo de generar, además de desventajas para los trabajadores, distorsiones de la competencia entre las empresas”⁴⁷.

El Derecho Comunitario no se opone, por tanto, a que los Estados “ex-tiendan o impongan normativa laboral propia a quien realice un trabajo por cuenta ajena en su territorio, aunque se trate de un desplazamiento temporal, al margen del cumplimiento de tales norma con los medios adecuados”⁴⁸. Las razones “imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento”⁴⁹.

Lo que el Derecho Comunitario impide a los Estados miembros es defender la competitividad de sus empresas mediante la imposición de “exigencias no

⁴⁴ Sobre la materia, entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: “Informe español”. En: AA.VV.: *Crisis del estado de bienestar y derecho social*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 82-83 o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Proyecto Docente*. Cit., p. 231.

⁴⁵ Dos datos condicionarán su estudio: “uno es el de su complejidad [...]; el segundo [...] es el de su atipicidad [...] en relación con el modelo de Directiva de contenidos laborales al que estamos acostumbrados”, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. “A modo de conclusión: la ley sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional en la perspectiva comunitaria”. En: AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 356-361.

⁴⁶ MARTÍNEZ MURILLO, J. J. “Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social”. Cit., p. 18.

⁴⁷ CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*. Cit., p. 18.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71/CE”. Cit., p. 4.

⁴⁹ STJCE 369 y 376/96, 23-11-99, asuntos acumulados *Arblade y Leloup*.

justificadas ni proporcionadas”⁵⁰ a empresarios de otros Estados miembros que decidan enviar o trasladar temporalmente a sus trabajadores a esos territorios para desarrollar libremente su prestación de servicios⁵¹.

Se trata, en cualquier caso, de evitar, al amparo de la libre prestación de servicios acompañada del desplazamiento temporal de trabajadores, “distorsiones en la competencia entre las empresas y el *dumping* social, garantizando... a los trabajadores desplazados determinadas condiciones de trabajo mínimas del país de acogida”⁵².

La movilidad geográfica puede proceder de la decisión unilateral del empresario --contemplada a nivel interno en el artículo 40 ET-- o del mutuo acuerdo entre las partes del contrato de trabajo, cuyo régimen jurídico queda a merced de cuanto éstas decidan en ejercicio de la autonomía de su voluntad.

A su vez, esta alteración en el lugar de trabajo puede revestir carácter temporal (desplazamiento) o definitivo (traslado)⁵³, el primero de los cuales tendrá, de acuerdo a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, una duración máxima de doce meses en un período de tres años.

Estas precisiones resultan de gran importancia para determinar el alcance de la Directiva 96/71/CE, pues parece necesario destacar las siguientes cuestiones: la norma comunitaria se aplica con independencia del carácter forzoso o voluntario de la movilidad, en tanto no establece distinción alguna a este respecto, primando también sobre la voluntad de las partes; el traslado queda fuera de su marco regulador, merced a la redacción dada al artículo 2.1 de la norma comunitaria, el cual establece que “se entenderá por trabajador desplazado todo trabajador que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio trabaje habitualmente”; en fin, las disposiciones incorporadas a este cuerpo legal habrán de ser aplicadas con independencia del límite previsto en el ordenamiento interno para la movilidad geográfica temporal del empleado.

Ninguna referencia establece la Directiva del derecho o libertad de establecimiento, “seguramente porque al reposar su ejercicio sobre estructuras con vocación de permanencia [...] se opone esta libertad comunitaria empresarial

⁵⁰ CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*. Cit., p. 37.

⁵¹ Matizando cuestiones respecto al principio de proporcionalidad, STSJCE165/98, 15-3-00, asunto *Mazzoleni*.

⁵² CASAS BAAMONDE, M^a. E. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*. Cit., pp. 38 y ss.

⁵³ Por todos, GARCÍA MURCIA, J. *Traslados y desplazamientos en la empresa*. Cit., pp. 69 y ss.

a la temporalidad que es de esencia a los desplazamientos de trabajadores que constituyen el objeto de la regulación”⁵⁴.

La Directiva 96/71/CE resulta, por tanto, no ser de aplicación a cualesquiera desplazamientos de trabajadores en el marco de la Unión Europea, de forma tal que este carácter “restringido” justifica la necesidad de “poner en diálogo dicha normativa con los instrumentos precedentes que regulaban esta materia, para así poder determinar en su conjunto cuáles son las reglas de conflicto que permiten concretar el derecho aplicable al contrato de trabajo en supuestos de desplazamientos intracomunitarios”⁵⁵.

En consecuencia, para aquellos supuestos no incluidos procederá acudir a las reglas correspondientes del Derecho Internacional Privado, a las cuales ya fue realizada oportuna referencia, contenidas básicamente en los Convenios de Roma y Bruselas/Lugano (estas últimas actualizadas y comunitarizadas en el ya destacado Reglamento CE/44/2001).

a) **Inclusiones y exclusiones. Ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE**

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 1 de la norma comunitaria resulta posible catalogar a las entidades productivas destinatarias de la regulación en función de su incorporación o no al ámbito de aplicación⁵⁶. De conformidad con el precepto señalado, la Directiva resultará de aplicación a cuantas empresas establecidas en un Estado miembro desplacen trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional acudiendo a alguna de las modalidades indicadas en su apartado 3:

En primer lugar, los desplazamientos vinculados a supuestos de contratación y subcontratación. La empresa, en este caso, procede a desplazar, en el marco de un contrato celebrado entre ella y el destinatario final de la prestación de servicios que opera en otro Estado miembro, a una persona que preste servicios por su cuenta y bajo su dirección, al territorio del último país de referencia, subsistiendo la relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante tal período de movilización, pues se

⁵⁴ CASAS BAAMONDE, M^a. E. “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”. En: AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 5-6.

⁵⁵ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicio y conflicto de normas en el espacio”. Cit., p. 26.

⁵⁶ Sobre la delimitación realizada por el legislador español en la transposición de la Directiva 96/71/CE, DEL REY GUANTER, S. y LAZARO SÁNCHEZ, J. L. “Ámbito aplicativo de la ley”, en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 41 y ss..

trata de separar los desplazamientos de trabajadores del tráfico prohibido de mano de obra⁵⁷.

La segunda modalidad la constituyen los desplazamientos efectuados en el seno de una empresa o grupo de empresas, supuesto que alude al hecho de movilizar a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al grupo, siempre y cuando medie una relación laboral entre el empleador de origen y el trabajador durante el período de modificación geográfica de la prestación.

En fin, el último supuesto resulta de los desplazamientos por parte de una empresa de trabajo temporal⁵⁸. El artículo 1.3.c) de la Directiva 96/71/CE alude a los supuestos de movilidad efectuados por la entidad que, en calidad de su iniciativa económica de trabajo interino o de suministro de mano de obra, desplaza a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre y cuando se mantenga la relación laboral entre y el trabajador durante el período de desplazamiento.

Resulta posible observar cómo la norma establece una doble restricción, referida, de un lado, a los supuestos de movilidad a incluir dentro de su regulación, en tanto prescinde de incluir en su ámbito de aplicación absolutamente todas las posibles situaciones de desplazamiento transnacional, optando por regular únicamente los conflictos vinculados a aquellos supuestos con mayor importancia cuantitativa y que, a la postre, causan dificultades más graves; de otro, a la limitación realizada respecto al lugar donde estuviere ubicada la organización productiva, pues queda circunscrita en sus previsiones al contexto puramente comunitario, dado que no se consideró conveniente implicar a terceros países en instituciones y normas de la Unión Europea⁵⁹.

⁵⁷ Que tanto "preocupa y condenan las instituciones comunitarias", CASAS BAAMONDE, M^a. E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley". Cit., p. 12, quien deja constancia de cómo la Directiva "dice por tres veces que ha de existir relación laboral entre la empresa de procedencia [...] y el trabajador durante el período de desplazamiento".

⁵⁸ Ampliamente, GALA DURÁN, C. "Actividad en España de empresas de trabajo temporal de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo". En: AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 281 y ss. o, desde una perspectiva inversa, LUQUE PARRA, M.: "Actividad en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo de empresas de trabajo temporal españolas". En: AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 325 y ss.

⁵⁹ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y ARA VIFORCOS, B. "Desplazamientos temporales en el interior de la Unión Europea", en AA.VV.

Por contra, el contenido de la Directiva 96/71/CE no resulta de aplicación a las entidades no incluidas en el ámbito descrito por sus artículos 1.1 y 3, incluyendo aquéllas que, pese a desplazar a sus trabajadores a algún país miembro de la Unión Europea, no aparecen establecidas en ningún Estado de la comunidad, conforme cabe colegir de los artículos 1.1 (“la presente Directiva se aplicará a las empresas establecidas en un Estado miembro”, lo que, a *sensu contrario*, excluye al resto) y 1.4 (el cual rechaza la posibilidad de que unidades productivas ubicadas en Estados no miembros puedan disfrutar de un trato más favorable al reconocido a aquéllas localizadas en un país que sí lo es, consagrando así una medida de protección para las empresas comunitarias). Igualmente, quedan expresamente excluidas las empresas de la marina mercante por cuanto se refiere al personal navegante.

En cuanto respecta a los trabajadores, la propia norma aporta, en su artículo 2.1, la definición de desplazado, entendiendo por tal aquél que durante un período de tiempo realice su actividad característica en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo ámbito geográfico desempeñe su prestación con carácter habitual.

No obstante, la determinación del concepto mismo de trabajador queda remitida a los términos contemplados en el ordenamiento del Estado miembro a cuyo territorio haya sido desplazado, con independencia de cuál sea el establecido en el de origen, que –obviamente– puede no ser coincidente, prescindiendo así de cualquier intención de homogeneizar y dar uniformidad a este concepto a nivel comunitario, desoyendo las reiteradas recomendaciones de la doctrina jurisdiccional europea respecto la necesidad de establecer una noción comunitaria⁶⁰, habida cuenta que existe el riesgo de que la heterogeneidad llegue a frustrar los objetivos europeos, en tanto la calificación de trabajador puede ser manipulada por un Estado con el objeto de eludir la aplicación de la norma.

Desde tales coordenadas existe la posibilidad de que una prestación de servicios excluida en el país de origen del marco de protección de la legislación laboral reguladora del contrato de trabajo aparezca, por contra,

Trabajadores en el extranjero (Desplazados y expatriados). Aspectos fiscales, laborales y de Seguridad Social, Francis Lefevre (Madrid), 2002, p. 56.

⁶⁰ En torno a esta materia, SSTJCE 75/63, 19-3-64, asunto *Unger*; 23/71, 27-10-71, asunto *Janssen*; 17/76, 29-9-76, asunto *Brack c. Insurance Office*; 53/81, 23-3-82, asunto *Levin*; 105/84, 11-7-85, asunto *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, ó 139/85, 3-6-86, asunto *Kempf*.

incluida dentro del manto protector de tal normativa en el país de acogida⁶¹, y a la inversa⁶².

Resultará preciso que con carácter previo exista un contrato de trabajo entre el asalariado y quien lo desplaza⁶³, que la prestación en el lugar de destino aparezca limitada en el tiempo⁶⁴ y, en fin, será menester que concurra un factor transnacional, superior al ámbito puramente interno, pero circunscrito al ámbito geográfico de aplicación de la Directiva.

b) La ley aplicable

La Directiva desglosa las condiciones de trabajo que las empresas deben garantizar a los trabajadores desplazados. En tal sentido, parece renunciar a cualquier pretensión armonizadora y optar por seleccionar, para regular ciertas condiciones de trabajo, la legislación del Estado receptor.

No unifica, en definitiva, normas de distintos ordenamientos jurídicos, sino criterios de determinación de la ley aplicable a ciertas materias, actuando, por tanto, como norma de Derecho Internacional Privado Laboral dentro del marco comunitario. La Directiva no va a dar respuesta general a la cuestión de fondo, que no es otra que la determinación de la Ley aplicable en los supuestos de contratos transnacionales, sino que "va a proporcionar alguna corrección a las normas previstas con carácter general para dicho presupuesto" y, particularmente, al Convenio de Roma⁶⁵.

⁶¹ Resulta claro que la Directiva delimita el ámbito subjetivo de protección al trabajador por cuenta y bajo la dirección de una empresa, "pero no es menos cierto que determinados países han reconocido normativamente que determinados colectivos de trabajadores se equiparen o 'asemejen' a los trabajadores por cuenta ajena", SÁNCHEZ TORRES, E. "desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional efectuado por empresas establecidas en España", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.) *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, p. 262.

⁶² "Esta posibilidad dota de de una considerable importancia a estos efectos a aquellos intentos legislativos de distintos países de la Unión Europea de regular la llamada 'autonomía aparente' o 'parasubordinación', a través de la extensión de dichos fenómenos protectores a las normas laborales", GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicio y conflicto de normas en el espacio". Cit., p. 18.

⁶³ O, al menos, en una interpretación amplia, el propósito de insertarse en el seno de la organización de éste al retornar cuando la contratación del trabajador ha tenido lugar para proceder a su desplazamiento inmediato. STSJ 19/67, 5-12-67, asunto *Van der Vecht*.

⁶⁴ Los trabajadores desplazados deben retornar "a su país de origen tras el cumplimiento de su misión, sin acceder en ningún momento al mercado de empleo del Estado miembro de acogida", STJCE 113/89, de 27-3-90, asunto *Rush Portuguesa*.
En nada contradice la afirmación anterior el hecho de que la empresa deba dotarse de infraestructura en el lugar de destino, STJCE 55/94, 30-11-95, asunto *Gebhard*.

⁶⁵ VALVERDE ASENCIO, A.: "Cuantía mínima del salario", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y

Frente a los términos del artículo 6 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, la Directiva 96/71/CE fuerza a aplicar en determinadas materias la normativa del país de destino puesto que obliga a los Estados miembros a velar por que, fuera cual fuese la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas incluidas en su ámbito de aplicación garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo que, en el Estado miembro donde se realiza la prestación, aparezcan recogidas en determinadas normas.

En cualquier caso, la remisión a las condiciones contempladas en el lugar de recepción del desplazado por sus normas de desarrollo de la Directiva lo es sin perjuicio de la aplicación al trabajador de aquellas más favorables derivadas de la normativa heterónoma aplicable a su relación laboral, los convenios colectivos o el contrato⁶⁶.

Tales previsiones, incorporadas al artículo 3.1 de la Directiva, hacen referencia a condiciones de trabajo a las cuales procederá aplicar la legislación del Estado de destino⁶⁷, salvo cuando la ley del contrato resulte ser más favorable al trabajador.

La circunstancia, antes reseñada, de que la prestación de servicios en el lugar de destino debe encontrarse limitada en el tiempo proporciona legitimidad al hecho de que el régimen jurídico del contrato no quede plenamente sometido a las reglas del país receptor, habida cuenta de que sólo afectará a un núcleo determinado de materias, consecuencia que acaece cuando de trabajadores migrantes se trata, en cuyo caso el hecho de responder a una oferta laboral procedente de un Estado diferente al suyo sirve de justificación para aplicar la normativa del lugar de prestación de servicios

Las materias a las que se está haciendo referencia serán, en concreto, los períodos máximos de trabajo y los mínimos de descanso; la duración míni-

DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 102-103.

⁶⁶ Sobre la cuestión, MARTÍNEZ MURILLO, J. J.: "Cesión de trabajadores, subcontratación y dumping social". Cit., p. 18 o RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M. "El desplazamiento temporal de trabajadores y la directiva 96/71/CE". Cit., pp. 2 y ss.

⁶⁷ Sobre estas condiciones, ampliamente, SERRANO OLIVARES, R.: "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador", en AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 59 y ss.

ma de las vacaciones anuales retribuidas⁶⁸; las cuantías de salario mínimo⁶⁹, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias⁷⁰; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de las empresas de trabajo temporal; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes; la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

En cualquier caso, la Directiva no impide que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones de la norma comunitaria, impongan a las empresas nacionales y a las de otros Estados, por igual (artículo 3.10), condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3.1.pfo.1^o, siempre y cuando se trate de disposiciones de orden público⁷¹ o fijadas en convenios colectivos o laudos arbitrales. En definitiva, se permite al legislador interno otorgar la condición de ley aplicable a los convenios colectivos de forma más amplia a la en ella prevista, lo cual resultará especialmente idóneo en legislaciones que, como la española, reconocen al producto negocial estatutario naturaleza normativa.

En fin, y para completar la cuestión, cabe destacar cómo, respecto a la competencia judicial⁷², de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE, “a fin de salvaguardar el derecho a las condiciones de trabajo y empleo garantizadas en el artículo 3, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio, en su caso, de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales vigentes en materia de competencia judicial”.

⁶⁸ En cualquier caso, el artículo 3.2 de la Directiva establece que la referencia no resulta de aplicación (excepto para las actividades de la construcción) a los trabajadores de montaje inicial o de primera instalación de un bien contemplados en un contrato de suministro de bienes, indispensables para la puesta en funcionamiento del bien suministrado y ejecutados por los trabajadores cualificados y/o especializados de la empresa proveedora, cuando la duración del desplazamiento no supere los ocho días.

⁶⁹ Al respecto, VALVERDE ASENCIO, A. “Cuantía mínima del salario”. Cit., pp. 101 y ss.

⁷⁰ Sobre esta cuestión, ampliamente, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y AGRA VIFORCOS, B. “Desplazamientos temporales en el interior de la Unión Europea”. Cit., pp. 61-62.

⁷¹ En el caso español, la Ley 45/1999 incorpora, por ejemplo, aspectos de Derecho Sindical.

⁷² Los instrumentos normativos hasta ahora señalados “quedarían huérfanos de contenido si en el conjunto de dichas normas no se establecieran aquellas referidas [...] a las normas de competencia”, FOTINOPOULOU BASURKO, O.: “Mecanismos de tutela judicial”. En: AA.VV. (CASAS BAAMONDE, M^a. E. y DEL REY GUANTER, S., Dirs.): *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CES, Madrid, 2002, pp. 223-224.

Cuestión ésta de carácter claramente positivo⁷³ si se considera la conveniencia de que coincidan el foro y la ley aplicable⁷⁴. Se tiende, por tanto, de forma decidida, hacia una protección jurisdiccional “efectiva y eficaz”, dotada de un efecto disuasorio real para el empresario en orden a no eludir las obligaciones provenientes de la Directiva⁷⁵.

Efectivamente, el precepto sirve para evitar de raíz la posibilidad de considerar que en los supuestos de desplazamiento (en los cuales, por definición, no existe una localización “habitual” de trabajo) sea menester acudir a la regla subsidiaria del lugar donde radica la empresa que contrató al trabajador.

En todo caso, parece necesario destacar la clara existencia de un riesgo de fraccionamiento del tratamiento jurídico del contrato que, aun cuando involuntario, parece evidente, eso sí, como un mal menor, puesto que únicamente operará como cláusula de garantía a favor del trabajador⁷⁶.

Cabe señalar, en definitiva, cómo la finalidad última que la Directiva 96/71/CE pretende alcanzar es doble: primero, y ante todo, “garantizar la libre concurrencia empresarial y, al tiempo y para ello, instrumentalmente proteger [a través de las medidas señaladas] los derechos de los trabajadores envueltos en operaciones de prestaciones de servicios transnacionales efectuadas por sus empresarios”⁷⁷.

⁷³ Este precepto ha sido calificado como “trascendental”, CASAS BAAMONDE, M^a. E.: “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la ley”. Cit., p. 37.

⁷⁴ STJCE 26-5-82, asunto 133/81 *Ivenel*.

⁷⁵ Circunstancia que reiteradamente ha venido exigiendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. SSTJCE 19-4-1984, asunto 14/83 *Van Colson*, ó 2-8-1992, asunto 271/91 *Marshall*.

⁷⁶ JUÁREZ PÉREZ, P. “El desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: la incidencia de la Directiva 96/71/CE en los Convenios comunitarios de Derecho internacional privado”, *RL*, núm. 7, 1999, p. 92; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M. “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE”. Cit., p. 7 o CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*. Cit., p. 65.

⁷⁷ CASAS BAAMONDE, M^a. E.: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo*. Cit., p. 62.

Una visión judicial de la cesión ilegal de trabajadores (*)

RODRIGO MARTÍN JIMÉNEZ (**)

Con esta modesta contribución deseo expresar mi agradecimiento al magisterio de D. Manuel de la Puente y Lavalle.

SUMARIO: 1. La cesión ilegal, a vista de pájaro. 2. Antecedentes normativos. 3. Regulación legal. 4. Cesión ilegal y empresas de trabajo temporal. 5. Cesión ilegal y subcontratación. 5.1. Licitud de la subcontratación. 5.2. Casuismo vs. Criterios generales. 6. Cesión ilegal y grupos de empresas. 7. Consecuencias de la cesión. 7.1. Ejercicio del derecho de opción. 7.2. Deudas laborales y de Seguridad Social. 7.3. Período de prueba. 8. Análisis de supuestos concretos y criterios a tener en cuenta. 8.1. Asistencias técnicas. 8.2. Coincidencia de trabajadores de diferentes empresas en un mismo espacio físico sin aportación de elementos materiales. 8.3. Pago del precio vinculado a decisiones internas de la empresa contratista. 8.4. Ausencia de organización y dirección de la actividad laboral. 9. Cuestiones procesales de interés. 9.1. Actualidad del interés y pervivencia del vínculo laboral. 9.2. Tratamiento conjunto de distintas pretensiones. 9.3. Relaciones e interferencias entre el orden social y el contencioso-administrativo. 9.4. Cesión ilegal y garantía de indemnidad. 10. Síntesis, conclusión y propuestas.

1. LA CESIÓN ILEGAL, A VISTA DE PÁJARO

En el contexto de este libro, quizá sea oportuno señalar que la cesión ilegal de trabajadores ha experimentado una evolución espectacular en España. Los fenómenos de colaboración entre empresas (*outsourcing*, empresas de trabajo temporal, grupos de sociedades) se han examinado y siguen examinándose a partir de una consideración negativa y patológica. Desde la óptica laboral

(*) Antecedente de esta investigación es el artículo titulado "Presente y futuro de la cesión ilegal de trabajadores", publicado en *Memento Experto, Jurisprudencia y Grandes Cuestiones Laborales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 87 y ss.

(**) Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Abogado del Despacho Jurídico Serrano 50.

suscitan recelos los movimientos mercantiles, de ahí la cautela empleada tanto por los Tribunales como por las Autoridades administrativas (particularmente, la Inspección de Trabajo) a la hora de enfrentarse a los infinitos supuestos que la realidad ofrece.

La cesión ilegal de trabajadores se justifica como tema por la frecuencia y recurrencia con que se plantean litigios de esta índole ante los Tribunales laborales¹. En muchos casos se trata de “grandes litigios” y en otros son modestas reclamaciones las que ponen de manifiesto que el empresario real y el aparente no siempre coinciden, lo cual tiene relevancia desde el momento en que el empresario real –esto es, quien asume la dirección de la actividad laboral (artículo 20 ET)- ha de asumir las consecuencias inherentes a su posición en la relación jurídica.

Los casos que se plantean a diario en sede judicial son de muy variada índole y siempre complejos en la medida en que requieren de un examen muy minucioso de los hechos. Por eso resulta de la máxima importancia analizar los criterios aportados por los Tribunales a partir de la resultancia fáctica, es decir, de lo efectivamente acaecido puesto que datos en apariencia irrelevantes son determinantes del signo de la resolución². El principal inconveniente que presenta la cesión ilegal, consecuencia lógica del casuismo que la impregna, es la dificultad de establecer, pese a las previsiones legales, reglas de alcance general que puedan exportarse a todos los casos que la rica realidad ofrece.

Factores jurídicos que dificultan aún más el análisis de la cesión ilegal son, entre otros, la libertad de empresa (artículo 38)³, la tendencia creciente a la

¹ Se excluye deliberadamente tanto el examen como la referencia a la perspectiva penal de la cesión ilegal, e igualmente se excluye la óptica administrativa de las infracciones y sanciones reguladas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

² Por eso, resulta sorprendente que la modalidad procesal de conflicto colectivo pueda ser adecuada para resolver la cuestión acerca de si existe o no cesión ilegal en un caso concreto. Sobre el tema puede consultarse la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 12 de junio de 2007 y el comentario de A.V. SEMPERE NAVARRO, “¿Un pleito colectivo sobre posible cesión ilegal de trabajadores?”, en *Aranzadi Social* N° 29/2007, BIB 2007\2488. Por otra parte, este apego a los hechos propicia el rechazo generalizado a la unificación de doctrina, como lo prueban los Autos del Tribunal Supremo (ATS) de 16 de marzo de 2010, 11 de marzo de 2010 (3), 10 de marzo de 2010, 4 de marzo de 2010, 3 de marzo de 2010, 25 de febrero de 2010, 23 de febrero de 2010, 18 de febrero de 2010, 9 de febrero de 2010, 4 de febrero de 2010 (2), 3 de febrero de 2010, etc. o las SSTS de 15 de marzo de 2010, 2 de noviembre de 2009, 19 de octubre de 2009, 15 de septiembre de 2009, 14 de septiembre de 2009, 21 de julio de 2009, 14 de julio de 2009 (3), 13 de julio de 2009, etc.

³ Sobre el tema, J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.L. GIL Y GIL, “Los derechos constitucionales del empresario”, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.) y R. MARTÍN JIMÉNEZ (Coord.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 361 y ss; F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “Descentralización productiva y libertad de empresa”. En: F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*, IEE, Madrid,

contratación y a la subcontratación, la intervención de las empresas de trabajo temporal en el mercado laboral o, en fin, sin ánimo exhaustivo, los grupos de sociedades. Esta observación no es despreciable si se tiene en cuenta que la cesión pura, esto es, la contratación de trabajadores por empresas o particulares para cederlos con ánimo lucrativo a otras empresas no es el supuesto litigioso habitual. En un buen número de ocasiones la dificultad estriba en diferenciar la contrata lícita de la cesión, la contratación a través de empresas de trabajo temporal que excede de los límites legales de los supuestos tolerados o, en fin, establecer los límites de la prestación indiferenciada de servicios por los trabajadores en el seno de un grupo de empresas.

Aunque se trate de un tema de fondo, conviene advertir desde estas primeras líneas que esta materia ha experimentado una importantísima evolución jurisprudencial: de la prohibición de cesión entendida como intermediación en el mercado laboral al margen de los cauces legalmente establecidos (ETT) se ha pasado a otra noción mucho más extensa, compleja y matizada, que cuestiona la legalidad de las contrata (o pone de manifiesto su ejecución irregular), la contratación temporal realizada por una ETT o, en fin, el contenido y vicisitudes de los trabajos desarrollados en los grupos de empresas.

En efecto, inicialmente los Tribunales limitaron la cesión ilegal a los casos de empresarios aparentes, puros intermediadores en el mercado laboral sin dedicación a una actividad productiva específica y, por tanto, sin aportar valor a la economía en términos de especialización o cualificación. Desde hace aproximadamente una década, comenzó a declararse la cesión ilegal propiciada por empresas reales, dotadas de patrimonio y estructuras productivas propias⁴, en los casos en que la prestación de servicios de los trabajadores de los contratistas o subcontratistas se desarrolla de manera permanente en las instalaciones, centros o lugares de trabajo de la empresa principal. En la nueva doctrina, lo relevante es quién asume el poder de dirección y las facultades propias del empresario. Es irrelevante y, por tanto, la contrata no presta la cobertura jurídica que aparente, si quien figura como empresario hace dejación de sus obligaciones básicas, entre ellas y de modo principal la organización y dirección de la actividad laboral. De este modo, aunque la empresa contratista tenga una actividad y una organización propias, lo relevante, a efectos de la cesión, radica en que se haya puesto en juego o no la organización empresarial, de modo que habrá cesión cuando la actividad se limite al suministro de

2005, pp. 181 y ss; A.V. SEMPERE NAVARRO, "Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva". *Aranzadi Social*, BIB 2006\2766.

⁴ SSTs de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 3 de octubre de 2005, 30 noviembre 2005, 14 de marzo de 2006, etc.

mano de obra o de fuerza de trabajo sin implicar en tal suministro los medios materiales y organizativos de la empresa⁵.

La línea jurisprudencial actual se muestra receptiva a una concepción amplia de la cesión ilegal, lo cual produce importantes efectos en la conformación de decisiones estratégicas de las empresas relacionadas con la actividad productiva, con la plantilla y con el número e intensidad de las relaciones con terceras empresas y, en un terreno jurídico más elevado, supone una restricción de la libertad de empresa con fundamento en la protección de los derechos de los trabajadores y en evitar el fraude de ley.

En este trabajo se examinará la cesión ilegal desde una perspectiva eminentemente práctica, con análisis de supuestos concretos, lo que no supone renunciar a una mínima introducción jurídico-histórica, a la elaboración de criterios de alcance general o, en fin, a identificar los indicios de cesión para formular recomendaciones tendentes a evitar la práctica prohibida a la luz de los criterios judiciales más recientes.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS⁶

La cesión ilegal de trabajadores tiene su origen normativo en España en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, que establecía un régimen de responsabilidad solidaria para el caso de cesión temporal del personal de una empresa a otra, ya fuera a título oneroso o gratuito. El Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre, prohibía igualmente cualquier clase de cesión, fraudulenta o no, manteniendo la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario, con la particularidad de que el trabajador quedaba vinculado a la empresa donde prestase efectivamente sus servicios. La Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, modificó esta última previsión en el sentido de reconocer al trabajador el derecho de opción entre la empresa cedente o la cesionaria.

El Estatuto de los Trabajadores de 1980, acogiendo en buena medida la regulación precedente, incorporó la cesión ilegal al artículo 43. La cesión ilegal constituye la primera manifestación legal reciente o –digámoslo así– el pilar sobre el que se construye, a partir del artículo 43 del texto original, la regulación vigente contenida en el precepto de idéntica numeración del Estatuto de los Trabajadores en su versión actual. Como ha señalado la doctrina, nos

⁵ SSTs de 3 de febrero de 2000, 14 de septiembre de 2001, 27 de diciembre de 2002, 16 de junio, 20 de septiembre y 11 de noviembre de 2003, 3 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 14 de marzo de 2006, 24 de abril de 2007, 21 y 26 de septiembre y 4 de diciembre de 2007, 4 de marzo de 2008. Pioneras pueden considerarse las SSTs 17 de julio de 1993 y 12 de diciembre de 1997.

⁶ Vid. A. GARCÍA ROSS. “La cesión ilegal, pasado, presente y futuro. Su análisis jurisprudencial”. En: *Aranzadi Social* 1, 2009 (BIB 2009\314).

encontramos con dos textos diferentes –el de 1980 y el de 1995, retocado y ampliado en 2006– que, no obstante, comparten unas mismas señas de identidad y unos mismos principios⁷.

La Ley 10/1994, de 19 de mayo, liberalizó notablemente el mercado laboral acabando con el monopolio del hoy extinto INEM al permitir la intervención de las agencias privadas de colocación y abrir la puerta a la contratación temporal de trabajadores mediante de empresas de trabajo temporal. La Ley 14/1994, de 1 de junio, estableció el régimen jurídico de estas empresas, que en esencia es el actualmente vigente.

Las dudas en la aplicación de un sistema que, por un lado reconoce la posibilidad de ceder temporalmente a trabajadores y, por otro, prohíbe la cesión “ilegal”, es decir, al margen de los mecanismos legales, unido a la especialización de la prestación de servicios y a su concierto mediante contrata y subcontratas propiciaron la reforma del artículo 43 ET por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, que trató de incorporar al texto legal una selección de criterios establecidos por el Tribunal Supremo en la materia, particularmente los relativos a la difícil distinción entre la contrata o subcontrata lícitamente amparada en el artículo 42 del ET y la cesión ilegal.

3. REGULACIÓN LEGAL

La cesión ilegal de trabajadores se regula en el artículo 43 del ET. Según el tenor literal de este precepto:

“1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

⁷ I. MORENO GONZÁLEZ-ALLER. “Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”, *Aranzadi Social* 2008 (BIB 2008\3065).

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

El artículo 43 del ET es sin duda un precepto parco en palabras, en conceptos y en la definición de situaciones que pueden encuadrarse en el supuesto de hecho que se regula. Esta parquedad es llamativa si se piensa en las graves consecuencias que tanto en el orden estrictamente laboral como en el administrativo o penal pueden desencadenarse, a la luz también de los artículos 312 del Código Penal y 8.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La cesión de trabajadores se prohíbe con el fin evitar el enriquecimiento injusto (STS 17 diciembre 2001) que nace de la mera puesta a disposición de mano de obra sin asumir ni en lo más elemental la condición jurídica de empresario. El Tribunal Supremo ha identificado como un importante peligro “la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios o insolventes” (sentencia de 30 de noviembre de 2005).

En los epígrafes siguientes se exponen los principales supuestos de cesión ilegal, atendiendo en lo posible a categorías jurídicas homogéneas: ETT, contratas, grupos de empresas. Se analizan, además, las consecuencias de la cesión, algunos casos concretos y, en fin, cuestiones procesales de interés.

4. CESIÓN ILEGAL Y EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Para que haya cesión ilegal basta con que una empresa asuma formalmente la posición contractual del empresario y otra/s ejerza/n materialmente las facultades inherentes a tal posición sin soporte jurídico aparente. Excepción a esta regla es la contratación de trabajadores para cederlos a otras empresas de acuerdo con el régimen establecido en la Ley 14/1994, de ETT. De ahí que la contratación de trabajadores para cederlos a terceras empresas sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa (artículo 2 de la Ley 14/1994) constituye un supuesto evidente de cesión ilegal (STS de 10 de junio de 2003). A la misma conclusión se llega cuando la ETT acude a la contratación laboral para supuestos distintos de los permitidos por el artículo 6 de la Ley 14/1994 o para las exclusiones del artículo 8 de la Ley 14/1994, lo cual es lógico habida cuenta que ha de ser la propia ETT quien conozca los límites impuestos por la

legislación y, en su caso, la interpretación de los Tribunales acerca del contenido y alcance de los diferentes supuestos.

Ahora bien, el Tribunal Supremo ha ido más allá, al estimar fraudulenta y, por tanto, contraria al artículo 6.4 del Código Civil, la contratación temporal concertada por una ETT para atender necesidades permanentes de la empresa usuaria, a pesar de que, formalmente, los contratos temporales tenían apariencia de legalidad y, por tanto, se encuadraban en las previsiones de la Ley 14/1994 (sentencias de 4 de julio y 28 de septiembre de 2006, 3 de noviembre de 2008 y 19 de febrero de 2009). Para el Tribunal Supremo, la cesión ilegal existe cuando la empresa de trabajo temporal no respeta las condiciones que establece la Ley 14/1994 (artículos 7 y 8), o cuando incurre en fraude de ley al encadenarse sucesivos contratos de puesta a disposición para cubrir necesidades que en realidad son permanentes de la empresa usuaria. Esta doctrina es de plena aplicación al caso de que la ETT ceda a la empresa usuaria a través de los correspondientes contratos de puesta a disposición al trabajador para ejecutar actividades normales, ordinarias y permanentes en el seno de la empresa usuaria, con lo que la temporalidad formal o aparente (la que constaba en los contratos de trabajo) queda desvirtuada. Los efectos que se derivan de la declaración de cesión ilegal son los mismos que los contemplados en el artículo 43.3. En cuanto a la armonización de lo dispuesto en los artículos 43 y 56 del ET a los efectos de la cesión ilegal y en el artículo 53 del ET a los del despido declarado improcedente, se afirma que mientras que este último precepto atribuye al trabajador ilegalmente cedido la opción de adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria, el derecho de opción entre la readmisión o la extinción indemnizada del contrato en caso de despido improcedente corresponde a la empresa, a no ser que el trabajador despedido tenga la condición de representante legal de los trabajadores. De este modo, se trata de dos derechos independientes: uno y previo, que determina la integración del actor en una u otra empresa; dos, el derecho de la empresa, salvo que concurra la circunstancia especial ya aludida de optar entre la readmisión o el abono de la indemnización. En conclusión, verificada la existencia de cesión ilegal, siendo el despido improcedente, una vez haya elegido el trabajador la empresa sobre la que se proyecta el efecto del artículo 43 del ET, corresponde a la empresa que elegida optar entre la readmisión o la indemnización en los términos previstos en el art. 56.1 del ET. La STS de 3 de noviembre de 2008 recuerda, con cita de las SSTS de 4 de julio de 2006 y 8 de marzo de 2007 que estos casos dan lugar a la declaración de responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria, reconociendo al trabajador la antigüedad de la fecha del primer contrato y no del último, insistiendo en que en aquellos supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente.

Respecto del alcance de esta responsabilidad solidaria cuando el despido se califica como nulo, la STS de 3 de noviembre de 2008 ha establecido que el incumplimiento de la empresa usuaria de la obligación legal de destinar al trabajador en misión a las tareas previstas en el contrato de puesta a disposición convierte en ilícita la cesión del trabajador en misión, determinando la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria cesionaria respecto de los actos de la ETT cedente, incluida la readmisión como efecto típico del despido nulo.

La doctrina que se extrae de las sentencias citadas es criticable en la medida en que impone a las empresas de trabajo temporal una obligación, la del control de la causa de temporalidad que, a nuestro juicio, resulta excesiva y desproporcionada en tanto la causa de la contratación se conoce por la empresa que recibe la prestación de servicios del trabajador cedido, pero no por la empresa cedente, que legítimamente parte de exige interpreta con un alcance excesivo el requisito de traslada a la ETT el riesgo de la falta de causalidad de unas contrataciones que, pese a su apariencia

5. CESIÓN ILEGAL Y SUBCONTRATACIÓN

5.1. Licitud de la subcontratación

Jurisprudencia clásica y algo añeja ya (SSTS de 27 de octubre de 1994 y 17 de diciembre de 2001) advierte que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva. La descentralización productiva es lícita y no sólo se permite o tolera por no estar prohibida, sino que en desarrollo del artículo 38 de la Constitución existe una regulación legal, por mínima que sea (artículo 42 del ET), dirigida a evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores, en un régimen de excepción al mandato del artículo 1257 del Código Civil, que limita a las partes la eficacia de los contratos, en la medida en que se imponen a quien no es parte de un contrato (el empresario principal o el contratista) unas obligaciones respecto de sujetos vinculados contractualmente con otro (el contratista o el subcontratista).

5.2. Casuismo *vs.* criterios generales

La Ley 43/2006 asumió en parte los criterios jurisprudenciales más consolidados, por reiterados, en un intento de clarificar las fronteras entre la contrata lícita y la cesión prohibida. Se trata de un esfuerzo loable de clarificación que, no obstante, no permite resolver sin margen de duda razonable la infinidad de supuestos que la realidad ofrece. Por un lado, no puede negarse -como se ha encargado de señalar la doctrina tanto científica como judicial- que incorporar a la Ley los criterios judiciales que pueden considerarse firmes

contribuye netamente a favor de la seguridad jurídica. Por otro, es obvio que la fijación de criterios generales presenta el inconveniente de la rigidez, en el sentido de que una aplicación no matizada puede conducir a conclusiones absurdas o injustas.

El artículo 43.2 del ET establece los criterios generales siguientes:

- Que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.
- Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable.
- Que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad.
- Que no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

Se trata de criterios no acumulativos sino alternativos, de modo que basta con que uno concorra para que la cesión pueda declararse ilegal. Estos criterios, inevitablemente abstractos, deben concretarse en cada caso y aplicarse a la realidad fáctica o, en su caso, a los hechos que resulten acreditados en el proceso, que son la auténtica clave para la adecuada resolución de los litigios en la materia.

Sin perjuicio del examen aplicado de estos requisitos a supuestos concretos, procede ahora efectuar alguna consideración sobre los mismos.

- Objeto de la contrata: los contratos de servicios habitualmente no se limitan a una mera puesta a disposición de los trabajadores. Esto no significa que no haya casos en que así sea, pero se trata de supuestos excepcionales y marginales que apenas son representativos en el volumen total de asuntos que llegan a los Tribunales. Lo habitual es que en las contrata se fijen los contenidos de la prestación de servicios con arreglo a criterios de racionalidad en que cada una de las empresas implicadas asume un rol específico y diferenciado que se justifica objetivamente atendiendo a un criterio de especialidad o a las circunstancias concurrentes (exceso de actividad, urgencia, etc.). El contenido de la prestación de servicios no suele ofrecer dudas en cuanto a su legalidad, ya sea por la falta de precisión o detalle (que no invalida en absoluto el negocio jurídico mercantil) o ya sea por lo contrario. Lo relevante es, una vez más, la forma en que se ejecuta la prestación de servicios y la asunción por cada empresa del rol que como empresario le corresponde.
- Organización propia y estable: la organización se refiere a la puesta en práctica, en virtud del contrato, de los medios humanos y materiales necesarios para la ejecución de las obras o servicios contratados. Un elemento

indiciario de la pseudo-contrata es lo que el precepto denomina ausencia de actividad, pero toda empresa o toda persona física que se dedica de manera autónoma a la prestación de servicios tiene una actividad definida en sus estatutos o en la documentación administrativa y fiscal correspondiente. Por tanto, la ausencia de actividad se refiere no tanto a la actividad documentada cuanto a la real, a empresas o particulares que contratan a trabajadores para cederlos, pura y simplemente, a terceras empresas, con independencia de la actividad a la que materialmente vayan a dedicarse. Esta falta de especialización, unida al requisito de la ausencia de organización estable, constituye un dato relevante en orden a la declaración de cesión ilegal, lo cual plantea importantes problemas en empresas dedicadas a una pluralidad de actividades (empresas multiservicios). Por otra parte, la organización se refiere a los medios materiales y personales, pero no en una consideración abstracta o general –en el sentido de que efectivamente existan– sino particular, es decir, aplicada a la ejecución del contrato mercantil. Por eso, no se tiene en cuenta el hecho de que una organización productiva, con sustrato real, es decir, con actividad definida, tenga trabajadores y cuente con los elementos materiales precisos para la ejecución de obras o prestación de servicios, sino el de la concreta aplicación (de trabajadores y medios materiales) al objeto de la contrata. En fin, la estabilidad a que se refiere el precepto no puede interpretarse en un sentido estático o rígido (muchos trabajadores, muchos contratos indefinidos, elementos materiales abundantes y de valor) sino dinámico y relativo: nada impide que una empresa con un elevado índice de trabajadores temporales contrate o subcontrate, del mismo modo que una empresa con escasos elementos materiales (justificados en la prevalencia de un elemento “intelectual”, por ejemplo) puede concertar una contrata lícitamente.

- La exigencia de que los medios personales y materiales (los que sean) se aplican a la ejecución de la actividad contratada permite declarar la cesión en aquéllos casos de empresas reales, con soporte humano, patrimonial y material contrastado pero que, sin embargo, no aplican tales recursos (humanos y materiales) a aquélla. Es necesario que la organización y los medios se pongan en práctica, no sólo que existan.
- El ejercicio de las facultades y poderes inherentes a la condición de empresario laboral es el requisito más complejo, sin duda. Cuando una empresa hace dejación de sus poderes de organización y de dirección de la actividad laboral de sus trabajadores, precisamente porque tales poderes son irrenunciables –particularmente a los que se refiere el artículo 20 del ET y, más matizadamente, lo contemplados en los artículos 58 y ss. del

ET- surge la cesión porque se ceden tales poderes de manera irregular a un tercero (el receptor de los servicios: la empresa principal, la contratista, etc.). Para el Derecho del Trabajo, empresario es quien organiza y dirige la actividad productiva, con independencia de la apariencia o formalidad que resulte de los contratos. De ahí que si quien no parece ser empresario sí lo es en realidad (al margen de que no sea parte del contrato de trabajo, no abone el salario, etc.), ésta se imponga. Las principales dificultades se presentan en los casos –sin duda, los más frecuentes– en que la contrata se ejecuta en los centros o lugares de trabajo de la empresa principal, porque quien recibe la prestación de servicios inevitablemente tiende a controlar la forma de ejecución a través de mecanismos diversos (instrucciones, horarios, descansos, turnos, vacaciones, etc.), los cuales constituyen indicios de la cesión prohibida.

Dejamos para más adelante el examen de supuestos concretos, la mayor parte de los cuales se centran en los límites entre las contratas y la cesión ilegal.

6. CESIÓN ILEGAL Y GRUPOS DE EMPRESAS

La ausencia de una regulación jurídica-laboral de los grupos de empresas no impide que operen en el tráfico mercantil y que tal actuación produzca efectos jurídicos laborales, cuya solución viene dada por aplicación de las normas en presencia y de los criterios judiciales más asentados.

Los grupos de empresas se integran por una pluralidad de sociedades formalmente independientes que actúan bajo una dirección unitaria en varios frentes: estratégico, organizativo-administrativo, económico, etc. La ausencia de regulación determina, conforme a las reglas esenciales del derecho de sociedades, la independencia de cada una de las sociedades que los integran y, por consiguiente, la no comunicación de responsabilidades entre ellas. Ahora bien, el hecho de que la dirección sea unitaria puede propiciar decisiones internas que deliberadamente antepongan los intereses del grupo a los de las sociedades que lo integran, de modo tal que se hace preciso establecer mecanismos de comunicación de responsabilidades entre el grupo (*rectius*, entre todas sus sociedades) y las sociedades afectadas por tales decisiones. La razón es sencilla: si el grupo actúa como empresa, pero formalmente no tiene tal carácter, ha de imponerse la realidad material, al menos en el terreno jurídico-laboral, acostumbrado a revelar la realidad de los hechos y a su acomodo a las normas con un espíritu antiformalista o formalista en lo imprescindible.

El concepto de grupo de empresas puede ser (y, de hecho, suele ser) distinto, según se apliquen normas fiscales, mercantiles o laborales, de tal manera que la existencia de grupo de empresas mercantil (artículos 42 del C.Co., 4

de la LMV, 87 de la LSA) no supone necesariamente que también haya grupo de empresas laboral.

En el marco jurídico que nos interesa, la jurisprudencia⁸ se ha encargado de identificar a los grupos de empresa, de acuerdo con las siguientes notas:

- Apariencia externa de unidad y dirección unitaria.
- Confusión de patrimonios/caja única.
- Plantilla única/prestación laboral indiferenciada (simultánea o sucesiva) de servicios por los trabajadores de las empresas del grupo.

Con carácter general, cabe afirmar que el grupo de empresas y la cesión con antagónicas, siempre que el grupo exista como tal y no se haya constituido con un ánimo defraudatorio. La STS de 25 de junio de 2009 ha razonado que la circulación de trabajadores entre las diversas empresas del grupo no entraña cesión ilegal, porque “salvo supuestos especiales [...] los fenómenos de circulación dentro del grupo no suelen perseguir la finalidad de crear un mecanismo interpositorio en el contrato de trabajo para ocultar el empresario real”⁹. El artículo 43 ET –sigue afirmando la sentencia citada– “exige un patógeno elemento subjetivo en la figura ilícita, consistente en su finalidad especulativa y fraudulenta, de manera que por regla general los intercambios personales en el seno del grupo no tienen finalidad interpositoria, sino que obedecen a un criterio de técnica organizativa y de perspectiva económica”; lo que no obsta para tal circulación de trabajadores haya de tener trascendentes efectos respecto de sus derechos”. Debe partirse, pues, de la licitud general de la circulación de trabajadores en el seno de un grupo empresarial siempre que se establezcan las necesarias garantías para el trabajador, incluidas las comprendidas en el artículo 43 ET, que debe aplicarse precisamente a los casos en que el grupo de empresas se erige en instrumento de degradación de condiciones laborales o pérdida de garantías para los trabajadores.

Las llamadas empresas multiservicios tienen un objeto social heterogéneo, que justifican su presencia en el mercado precisamente por su diversidad y por su facilidad de prestar servicios –normalmente a través de contratas– en multitud de ámbitos. Aunque su legalidad no puede cuestionarse¹⁰, su presencia tiene un halo lógico de sospecha y de reticencia por cuanto sus actividades descansan fundamentalmente en la mano de obra y si bien es cierto que, en ocasiones, prestan servicios cualificados con su propio personal, también lo es que se sitúan a medio camino entre las ETT y las contratistas tradicionales. El

⁸ SSTIS de 29 de octubre de 1997 y 9 de julio de 2001, entre otras.

⁹ En el mismo sentido, SSTIS de 26 de noviembre de 1990, 4 de abril de 2002, 13 de octubre de 2005, 4 de julio y 28 de septiembre de 2006 y 17 de febrero de 2009.

¹⁰ SSTIS de 18 de diciembre de 1998, 20 de noviembre de 2000 y 22 de octubre de 2003.

régimen de la cesión ilegal es, en este tipo de empresas, el común para cualquier otra, centrándose los problemas fundamentalmente en la formalización y en la ejecución de la contrata.

7. CONSECUENCIAS DE LA CESIÓN

7.1. Ejercicio del derecho de opción

La cesión da derecho al trabajador a optar por la fijeza en cualquiera de las empresas intervinientes en el tráfico prohibido, siempre que se trate de empresas reales, en el sentido de que no cabe la readmisión cuando la empresa es ficticia, sin sustrato material y personal (STS de 3 de febrero de 2000). En el caso de las Administraciones Públicas –o Sociedades Mercantiles asimiladas por depender económicamente de los PGE–, exigencias constitucionales y legales impiden que se declare la “fijeza” del vínculo laboral, debiendo entenderse reemplazada ésta por la del carácter indefinido no fijo del mismo¹¹.

Por otra parte, la declaración de “fijeza” o equivalente no equivale a inmovilidad del trabajador sometido a la cesión pues, tras el ejercicio de su derecho de opción, la empresa puede –tratándose de un pleito por despido– ejercitar a su vez el derecho que le asiste de optar entre la readmisión o el abono de la indemnización legal (SSTS de 5 de febrero y 3 de noviembre de 2008).

7.2. Deudas laborales y de seguridad social

Como sucede en la mayor parte de los fenómenos interempresariales, la cesión ilegal permite a los trabajadores cedidos reclamar a la empresa cesionaria el cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social. El alcance de esta responsabilidad alcanza a todas las obligaciones, cualquiera que sea su origen (contrato, convenio) que se hayan contraído con el trabajador cedido o con el sistema público de protección. Se incluyen tanto las estrictamente salariales, cualquiera que sea su naturaleza, derivadas del contrato de trabajo, del Convenio Colectivo, o de las disposiciones legales y reglamentarias, lo que permite incluir tanto las deudas indemnizatorias como las salariales (SSTS de 30 de noviembre de 2005 y 17 de abril de 2007), como las indemnizaciones de cualquier clase (despido, accidentes, etc.), cotizaciones y prestaciones de Seguridad Social, recargo sobre éstas, mejoras voluntarias, etc.

¹¹ Entre las más recientes, SSTS de 21 de noviembre de 2008, 24 de febrero y 8 de julio de 2009. Para las sociedades mercantiles, vid. SSTS de 11 de abril de 2006 y 26 de abril de 2007.

7.3. Período de prueba

La STS de 30 de mayo de 2006 ha admitido la validez de la cláusula por la que se establecía un período de prueba tras declarar la existencia de cesión ilegal, pudiendo por tanto la empresa cesionaria extinguir el contrato por no superación de tal período.

8. ANÁLISIS DE SUPUESTOS CONCRETOS Y CRITERIOS A TENER EN CUENTA

8.1. Asistencias técnicas

Las relaciones de “encargo” entre Administraciones Públicas en sentido amplio también produce interferencias jurídicas desde la óptica de la normativa laboral de la cesión de trabajadores. La jurisprudencia ha alertado de este tipo de situaciones, pidiendo, no obstante, cautela cuando se trata de Administraciones Públicas que con regularidad reciben asistencia técnica de empresas públicas o, en ocasiones, privadas. Las asistencias técnicas han de sujetarse al pliego de prescripciones técnicas en el que se contienen el plazo de ejecución, las características de la obra, la asignación presupuestaria, la forma de pago y el detalle de los medios materiales y humanos que debe aportar la empresa, además del poder de control y dirección último de la Administración mediante la designación de un Director, conforme a la Ley 66/1997 y artículo 5 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo. El TSJ de Madrid ha establecido que en estos casos es preciso ponderar el interés público y no aplicar con todo rigor los criterios habituales de la cesión (sentencias de 25 de junio de 2007 y 14 de abril de 2008). Así, si la empresa contratista es real y aporta su propia organización para la ejecución del encargo recibido, aun cuando actúe como instrumento subordinado de la Administración, teniendo el encargo autonomía técnica, no procede declarar la existencia de cesión. No obstante, la asistencia técnica no puede erigirse en excepción a la aplicación del régimen de la cesión cuando la Administración ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario laboral sin serlo formalmente (SSTSJ de Madrid de 6 de octubre y 15 de diciembre de 2003 y 10 de octubre de 2005)¹².

8.2. Coincidencia de trabajadores de diferentes empresas en un mismo espacio físico sin aportación de elementos materiales

Esta coincidencia no es, en sí, un dato objetivo que permita identificar la cesión prohibida, aun cuando es un importante indicio. En el caso resuelto

¹² Vid. I. MORENO GONZÁLEZ-ALLER. “Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”. Cit.

por la STS de 16 de junio de 2003, la empresa auxiliar tenía una actividad productiva real, trabajadores y medios materiales, pero no se precisaba para qué se aplicaban estos medios; la empresa principal aportaba el local y los equipos (telefónico e informático) necesarios para la ejecución de las tareas de información y captación de clientes. De este dato y de la indiferenciación de funciones entre los trabajadores de una y otra empresa se concluye que existe cesión ilegal.

El acudimiento a las contrata sin justificación objetiva más allá de la mera necesidad del mantenimiento del servicio se ha pronunciado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia menor¹³.

8.3. Pago del precio vinculado a decisiones internas de la empresa contratista

Cuando no se pacta el abono, periódico o no, de una cantidad fija, sino que para fijar el precio de la contrata se atiende a factores vinculados a decisiones internas de la empresa contratista (número de trabajadores, horas de trabajo, tipo de jornada) o a elementos objetivos (unidades de obra, metros, etc.) se entiende que concurre un indicio de cesión ilegal¹⁴.

8.4. Ausencia de organización y dirección de la actividad laboral

El factor decisivo que permite distinguir la verdadera contrata de la cesión ilegal radica en el ejercicio de los poderes empresariales, en el sentido de que no hay cesión si quien organiza la actividad es la empresa subcontratista (o sus responsables) de acuerdo con su propia técnica y conocimiento y, por el contrario, sí la hay cuando la empresa principal controla de manera inmediata, directa y constante la actividad productiva pues los frutos y los riesgos no son de otro sino que trata de gestionarlos ella misma.

Si la empresa principal se limita a impartir instrucciones generales sobre los modos de producción, de forma que la concreta organización de la actividad corre a cargo del contratista, se tratará de una contrata lícita, pero si desciende a organizar la actividad de los trabajadores, de forma que no se limita a contratar un resultado (la obra o servicio contratado) interviniendo en la organización de la prestación laboral, habrá una cesión ilícita.

¹³ Por todas, SSTSJ Madrid de 16 de julio y 17 de diciembre de 2007.

¹⁴ STS de 16 de junio de 2003 y SSTSJ de Madrid de 19 de mayo y 6 de octubre de 2008.

9. CUESTIONES PROCESALES DE INTERÉS

9.1. Actualidad del interés y pervivencia del vínculo laboral

La reclamación de cesión –la declarativa de la situación y la de condena por impago de salarios– sólo puede prosperar si la relación laboral está viva en el momento de la interposición de la demanda judicial (SSTS de 20 de julio de 2007 y 7 de mayo de 2010). Por consiguiente, habrá de decretarse la falta de acción cuando se ha extinguido el contrato de trabajo.

9.2. Tratamiento conjunto de distintas pretensiones

Por otra parte, sin que técnicamente se trate de un supuesto de acumulación de acciones prohibido por el artículo 27.2 de la LPL, se admite el planteamiento y la resolución de las pretensiones de despido y cesión cuando el primero se produce mientras subsiste ésta y el trabajador decide code mandar a las empresas cedente y cesionaria con el fin de obtener la condena solidaria de ambas (STS de 8 de julio de 2003). El tratamiento conjunto de ambas pretensiones –prejudicial e la cesión: SSTS de 19 de noviembre y 27 de diciembre de 2002- es necesario, por cuanto incide en los efectos del despido y en la extensión de las responsabilidades derivadas del mismo. Piénsese en la determinación del importe del salario, en la antigüedad a los efectos del cálculo de la indemnización por despido¹⁵, etc. Desde la óptica procesal es innegable la pertinencia de que ambas acciones se tramiten conjuntamente, pues de otro modo se impondrían las reglas de la caducidad de acciones, particularmente para el despido, y la interposición de la demanda en materia de cesión no incidiría en el eventual proceso de despido a los efectos de la litispendencia, la prejudicialidad o el efecto positivo de la cosa juzgada. Por otra parte, y como consecuencia lógica de este planteamiento, debe rechazarse la excepción de litispendencia de la acción por despido cuando está en trámite otra declarativa de la cesión (SSTS de 7 de julio y 19 de septiembre de 2005).

9.3. Relaciones e interferencias entre el orden social y el contencioso-administrativo

La tipificación de la cesión ilegal como infracción administrativa muy grave (artículo 8.2 de la LISOS), la posibilidad de iniciar un proceso de oficio cuando la Inspección de Trabajo o la Autoridad Laboral estimen la posibilidad de que aquélla exista (artículo 149.2 de la LPL)¹⁶ y, en fin, la difícil vinculación

¹⁵ No, en cambio, a otros efectos o, menos aún, a todos los efectos, sin precisar cuáles: STS de 12 de febrero de 2008.

¹⁶ Por lo demás, el plazo para presentar la demanda de oficio no es el general de un año

de lo resuelto en un orden jurisdiccional respecto del eventual pronunciamiento de otro distinto justifican las cautelas del Tribunal Constitucional, especialmente desde la sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, en el sentido de mantener incólumes los hechos declarados probados en cualquier orden jurisdiccional. Ahora bien, el respeto de los hechos probados no implica respeto respecto de las calificaciones jurídicas y valoraciones. Así, las SSTS de 17 de enero y 14 de septiembre de 2002 y 1 de diciembre de 2003 han resuelto que la competencia para decidir sobre la existencia de cesión corresponde al orden jurisdiccional social. En consecuencia, la sentencia firme del orden contencioso-administrativo por la que se anula la sanción fundada en la concurrencia de cesión ilegal, no vincula a la jurisdicción social excepto en los hechos que se den por probados.

Un segundo tipo de asuntos en los que pueden confluir ambos órdenes jurisdiccionales –en tanto no se apruebe la futura Ley de la Jurisdicción Social este mismo año, que previsiblemente eliminará la “dualidad jurisdiccional”– es el de los despidos colectivos. Según la reciente STS de 7 de febrero de 2011, la Jurisdicción Laboral es competente para conocer la pretensión de despido, en base a una supuesta cesión ilegal, por tratarse de una cuestión no alegada ni resuelta en la resolución administrativa; sin embargo, corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa el análisis del cese en relación con una eventual sucesión de la actividad llevada a cabo por la empresa, por haberse resuelto este extremo en sentido negativo en el expediente administrativo de regulación de empleo.

9.4. Cesión ilegal y garantía de indemnidad

Una cuestión extremadamente delicada y siempre compleja de resolver se plantea cuando el trabajador decide demandar en reclamación de cesión ilegal y posteriormente se produce la extinción de su contrato. El tema es muy casuístico y plagado de matices. Así, cuando el contrato es a término (por la realización de la obra o servicio) y el trabajador demanda en reclamación de la cesión pocos meses antes de la expiración del tiempo convenido, no cabe apreciar la alegación de la garantía de indemnidad. También han de tenerse en cuenta otras circunstancias tales como la contratación de otros trabajadores y las eventuales reclamaciones entabladas por éstos. En la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010 se afirma que la pretensión “no puede tener favorable acogida, porque si bien el precedente de la acción ejercitada constituiría aisladamente considerado un indicio relevante de represalia empresarial, ha

(artículo 59 ET) según las SSTS de 21 de octubre de 2004, 25 de octubre de 2005 y 15 de noviembre de 2006.

de relacionarse con tres factores que desvirtúan aquella valoración: 1) entre la demanda por cesión ilegal (1-3-2007) y el despido media un periodo de tiempo considerable (23-11-2007); 2) el actor es despedido al finalizar la primera encomienda del Ministerio de Fomento [...]; 3) al celebrarse la segunda encomienda entre el Ministerio de Fomento y la codemandada [...], además del actor, tampoco son contratados otros cuatro trabajadores de los que no consta que hubiesen ejercitado acción alguna contra las demandadas [...]"

En otra sentencia del mismo Tribunal y de la misma fecha, se afirma que si las empresas que luego fueron codemandadas no sabían que se las había demandado en el momento de la extinción, no cabe apreciar la lesión del derecho fundamental.

Por el contrario, cuando existen sospechas fundadas de represalia por el ejercicio de la acción judicial de reclamación por la cesión ilegal –lo que se constata por la ausencia de causa en la extinción, producida poco tiempo después de la reclamación de la cesión, procede estimar que el acto extintivo fue causado por el lícito ejercicio de acciones judiciales, debiendo declararse la nulidad de aquél. En la STSJ de Madrid de 18 de febrero de 2010 se afirma: “En el caso ahora enjuiciado, la traslación de la doctrina y criterios referenciados permiten afirmar la concurrencia de indicios de que la extinción contractual está vinculada a la interposición por parte del trabajador de demanda de cesión ilegal contra RTVE y La Casa del Automatismo; en este sentido cabe reseñar que durante el mes de diciembre de 2009 tienen lugar los actos de presentación de aquéllas y en febrero cuando se le comunica que causaría baja en la empresa, a lo que se adiciona que con anterioridad el contrato suscrito entre las partes había sido objeto de sucesivas prórrogas, que sin embargo no se producen tras la reclamación del trabajador, y, por último, que hasta finales de abril no se resuelve el contrato entre las mercantiles señaladas. Concurren, por ende, indicios bastantes para alcanzar la conclusión de la nulidad del despido acordado, por vulneración de la garantía de indemnidad, sin que por la recurrente se haya destruido esa apariencia lesiva”.

La garantía de indemnidad protege al trabajador frente a las decisiones empresariales que se reputan ilegítimas cuando se adoptan como consecuencia del ejercicio de acciones judiciales o asimiladas (denuncias ante la Inspección de Trabajo). No se incluye, por el contrario, en el terreno del derecho fundamental la situación del trabajador no demandante, lo que acontece, por ejemplo cuando quien demanda es un tercero (por ejemplo, un sindicato: STSJ de Madrid de 21 de julio de 2009: “En cuanto a los indicios de vulneración de la garantía de indemnidad, el recurrente los sitúa en la interposición de la demanda declarativa de derechos relativa a la “cesión ilegal y en las denuncias formuladas por la Secretaría General del Sindicato CCOO en TVE

ante el Fiscal General del Estado por la comisión de un posible delito contra los derechos de los trabajadores y por el Presidente del Comité de Empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Efectivamente, estos tres hechos constituyen elementos fácticos indiciarios de una posible represalia. Sin embargo, un examen pormenorizado de los indicios revela lo siguiente: La demanda formulada por las trabajadoras por cesión ilegal en marzo de 2008 correspondió al Juzgado de lo Social N° 17 de los de Madrid y se señaló el acto de juicio para el 20 de noviembre de 2008 y, el día señalado las partes, de común acuerdo, solicitaron el aplazamiento por haber formulado demanda por despido (HP 19). Se ignora y son irrelevantes a estos efectos las razones que motivaron la suspensión. Lo cierto es que las trabajadoras acordaron voluntariamente suspender el juicio a la espera de la sentencia de despido. Esta espera no era en absoluto necesaria, puesto que no opera la litispendencia en procesos de distinta naturaleza, sino que las trabajadoras de manera absolutamente voluntaria prefirieron esperar al resultado de la sentencia ahora recurrida, postergando deliberadamente la solución judicial de la reclamación entablada. Esta actitud, que en cierta manera manifiesta una pasividad en la exigencia de los derechos, unido al hecho de que la demanda se presentó seis meses antes de los despidos permite concluir a la Sala que el indicio no es revelador de una represalia empresarial. La demanda presentada por un sindicato ante la Fiscalía General del Estado tampoco puede estimarse un indicio de represalia en el caso concreto, pues para que la garantía de indemnidad opere es necesario que actúe el propio trabajador. Es cierto que la actuación de un sindicato en la defensa de los derechos de los trabajadores es perfectamente lícita, pero se sitúa y permanece en el plano que le es propio: el colectivo. El plano individual y el colectivo están absolutamente separados en derecho y en muy pocas ocasiones se entremezclan o solapan. En el caso concreto, la reclamación sindical persigue la depuración de responsabilidad penal en una materia sumamente genérica (delitos contra los derechos de los trabajadores) sin que conste referencia alguna, por lo demás, a la cesión ilegal. Debe considerarse, además, que una demanda de este tipo no puede desplegar el manto protector que se pretende en el plano individual de la garantía de indemnidad por lo absurdo que resultaría considerar que cualquier despido que se produjera poco tiempo después de aquélla se calificara como nulo por represalia. La demanda presentada por el Presidente del Comité de Empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tampoco puede considerarse a los efectos pretendidos por las razones expuestas anteriormente [...] las reclamaciones formuladas por el Sindicato ante la Fiscalía General del Estado y por el Presidente del Comité de Empresa ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no pueden considerarse propiamente como indicios de la lesión del derecho fundamental por cuanto que [...], no se trata de reclamaciones o

demandas presentadas por las trabajadoras individualmente. Por otra parte, la empresa ha acreditado que los despidos se debieron a la voluntad de que ningún trabajador de la empresa [...] accediera a las instalaciones de TVE, S.A. [...] lo que revela, al margen de la licitud de la causa extintiva, que no hubo ánimo de represalia por las demandas presentadas por las trabajadoras que, tal y como ha resultado acreditado, se interpusieron seis meses antes de los despidos”.

10. SÍNTESIS, CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS

Tradicionalmente, la cesión ilegal ha venido siendo declarada por nuestros Tribunales en supuestos de interposición de un empresario aparente, carente de estructura productiva y organización propia, que limitaba su actuación a la puesta a disposición de trabajadores para prestar servicios a terceras empresas. Tras la legalización de las empresas de trabajo temporal, los Tribunales han ampliado la declaración de la cesión prohibida a empresas reales dotadas de patrimonio y estructuras productivas propias (, SSTS de 14 de septiembre de 2001, 17 de enero de 2002, 3 de octubre y 30 de noviembre de 2005 y 14 de marzo de 2006. La jurisprudencia admite la cesión entre dos empresas reales siempre que cada una de las empresas asuma y ejerza los poderes y facultades que, de manera irrenunciable, le corresponden como empresario laboral.

Esta ampliación, quizá desmesurada, del concepto de “cesión” prohibida ha llevado a que los Tribunales rechacen la legalidad de la concertación de “encargos” de prestación de servicios (continuados o no) entre empresas cuando las plantillas (a veces, inevitablemente) aparecen entremezcladas y las estructuras organizativas comparten elementos comunes que surgen precisamente como consecuencia de la interacción entre ellas. Se olvida que la clave reside en los criterios técnicos y en la especialización que proporcionan los servicios prestados y no tanto en la “mano de obra” vista desde una óptica quasiindustrial de semiesclavitud.

Desde una óptica judicial, lo relevante es en la puesta en juego de la organización empresarial, en términos de recursos humanos y materiales, de tal manera que cuando se produce un mero suministro de la mano de obra sin implicar aquella organización (y tratando de eludir, por consiguiente, los riesgos inherentes) deba declararse la existencia de cesión ilegal.

La delimitación entre la descentralización productiva lícita -la contrata- y la cesión ilegal de trabajadores es sin duda compleja y problemática. La distinción entre una y otra debe llevarse a cabo mediante un examen exhaustivo de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que puedan establecerse criterios de alcance general cuya aplicación permita resolver sin un margen de duda razonable el supuesto en cuestión.

No obstante las dificultades que encierra la elaboración de criterios generales y su limitada aplicabilidad directa al caso concreto, intentaremos esbozar algunos de ellos, especialmente los que proporcionen una mayor claridad y seguridad. Los criterios se extraen de las siguientes sentencias: SSTS de 3 de enero de 2005 y 14 de marzo de 2006, SSTSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006, Canarias (Las Palmas) de 16 de enero de 2006 y Aragón de 5 de abril de 2006.

Son indicios de que la contrata es real y que, por tanto, no hay cesión ilegal, los siguientes:

- Que la empresa contratista disponga de una organización con existencia autónoma e independiente, habiendo quedado válidamente constituida y cumplido con los trámites formales para su puesta en funcionamiento.
- Que la empresa contratista cuente con los medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de una actividad. Entre los medios materiales con máquinas, instalaciones y herramientas necesarias, y entre los medios personales la existencia de distintos grupos profesionales y personal directivo.
- Que la empresa contratista organice, dirija y controle el desarrollo de su propia actividad ejercitando las funciones inherentes a la condición de empresario de manera efectiva, no de manera general sino en relación con el trabajador concreto y no actuando como mero delegado de la empresa principal.
- Que la empresa contratista asuma las responsabilidades y los riesgos propios de su actividad.
- Que la empresa contratista desarrolle una actividad específica y diferenciada de la actividad de la empresa principal, aunque pudiera ser complementaria de ésta.

Los criterios indicados, de acuerdo con lo establecido en las SSTS de 3 de octubre de 2005 y 4 de marzo de 2008, han de aplicarse de forma ponderada. No se trata de criterios excluyentes, sino complementarios, y tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos:

- La justificación técnica de la contrata.
- La autonomía de su objeto.
- La aportación de medios de producción propios.
- El ejercicio real y efectivo de los poderes empresariales.
- Entidad y solvencia del contratista, lo cual se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico tales como capital, patrimonio, estructura productiva, número y tipo de trabajadores, etc.

En la jurisprudencia y doctrina judicial se advierte, sin gran dificultad, que la cesión mediata o indirecta de trabajadores, legalmente admitida por el artículo 42 del ET, requiere la existencia de dos empresas reales, con entramado organizativo y con personal y patrimonio propios que se prestan recíprocamente, la una a la otra, un determinado servicio u obra que se encuadra en el marco de la actividad industrial, comercial o de servicios, propia de la empresa contratista, revelándose dicha actividad como tangencial respecto de la que caracteriza a la empresa principal o contratante. Si estas circunstancias no concurren y se utiliza, por tanto, de modo anormal o irregular el negocio jurídico de la contrata o subcontrata se estará ante el hecho ilícito de cesión de mano de obra, absolutamente prohibido por el ordenamiento (STSJ de Madrid de 23 de junio de 2008).

Lo relevante y decisivo para distinguir la cesión de la contrata reside en el dato de que exista una fase o un sector de la actividad de la empresa principal, nítidamente diferenciado, cuya realización se encarga a un tercero. A lo anterior debe añadirse la certeza de que la empresa principal prescinde de realizar esa actividad por sí misma y se limita a recibir y controlar el resultado de la ejecución del encargo por la contratista, y que, en la ejecución de ese encargo, la empresa contratista o adjudicataria se responsabilice de la entrega correcta de los bienes o servicios, aporte sus medios de orden personal y material, y asuma la organización de esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirija, controle y ordene, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado. Al respecto, pueden verse las SSTSJ de Madrid de 5 de mayo y 2 de junio de 2008.

El ejercicio del poder directivo empresarial en las estructuras empresariales complejas corresponde únicamente al contratista, mientras que el empresario principal es un tercero frente a los trabajadores contratados; al no ostentar respecto de ellos la condición de empleador carece de título contractual para dirigir su trabajo. Es decir, los trabajadores del contratista sólo tienen un empresario, que es éste; en la estructura productiva compleja que componen la empresa principal y la contratista no existen, pues, dos empresarios laborales sino sólo uno, en tanto que la facultad civil del empresario principal de controlar la prestación del contratista no se extiende ni lleva incluida la posibilidad de control de la prestación de los trabajadores del contratista, careciendo de título jurídico originario para ejercitar funciones directivas sobre los trabajadores del contratista.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, y con el fin de evitar prácticas determinantes de indicios que son o pueden ser causa de la cesión ilegal, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Identificación de las tareas realizadas por los trabajadores de las empresas subcontratistas de tal manera que no se confundan con las realizadas por los empleados de la empresa principal. Es aconsejable que se hagan constar por escrito, y de forma separada, tales funciones, intentando que de la descripción de las tareas y funciones realizadas por los empleados de la empresa principal y de las empresas subcontratistas se desprendan con facilidad diferencias apreciables que justifiquen el objeto de la contrata, atendiendo a la especialidad de los trabajos o a otro criterio objetivo favorable a la contrata.
- Establecimiento de criterios diferenciales en materia de tiempo de trabajo y descansos (jornada, horario, vacaciones, etc). En todo caso, las vacaciones han de ser fijadas formalmente por la empresa subcontratista y no pueden o deben serlo en coordinación con los trabajadores de la empresa principal, salvo que se justifique por razones del servicio.
- Ubicación física de los trabajadores de las empresas subcontratistas en lugares diferenciados de los de los empleados de la empresa principal. Compartir espacios comunes por trabajadores de la empresa principal y de la subcontratista es un indicio de cesión.
- Eliminación de aspectos externos que pudieran dar lugar a confusión de estos trabajadores con los empleados de la empresa principal: tarjetas de visita con logo de la empresa principal (sería conveniente que tuvieran tarjetas de sus respectivas empresas), tarjetas magnéticas de acceso a las instalaciones con logo de la empresa principal (sería conveniente poner una indicación como "Subcontrata" o similar).
- El correo electrónico no facilitarse por la empresa principal, sino por su empresa respectiva.
- El teléfono móvil no debe proporcionarlo la empresa principal sino la empresa del trabajador.
- El teléfono fijo no debe tener extensiones para trabajadores de empresas subcontratistas.
- Los ordenadores y otros elementos materiales deben ser propios y no de la empresa principal.
- Las órdenes e instrucciones deben provenir exclusivamente de las empresas subcontratistas. Ningún trabajador ni directivo de la empresa principal debe impartir órdenes e instrucciones regulares y concretas a los empleados de las subcontratistas.
- Debe haber un control regular de la actividad de estos trabajadores por personal competente de las empresas subcontratistas. Este personal con

funciones de supervisión debe ser el que dé la información necesaria a la empresa principal y con quien ésta deba mantener la interlocución ordinaria. Es conveniente que la supervisión sea regular en las propias instalaciones de la empresa principal, con periodicidades cortas.

- Los trabajadores de las subcontratistas deberían tener elementos materiales y organizativos propios para el desarrollo de la actividad objeto de la contrata.
- Las funciones desarrolladas por los trabajadores de las subcontratistas habrá de ser el del objeto de la contrata y no cualquier trabajo que interese a la empresa principal al margen de la referida contrata.
- Debe evitarse la fijación del precio de la contrata en atención a criterios que tengan en cuenta el número de trabajadores, las horas trabajadas u otros similares.

BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA ROSS, A. *“La cesión ilegal, pasado, presente y futuro. Su análisis jurisprudencial”*, en Aranzadi Social 1, 2009 (BIB 2009\314).

MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., *“Cuestiones candentes sobre la cesión ilegal de trabajadores”*, Aranzadi Social 2008 (BIB 2008\3065).

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *“Descentralización productiva y libertad de empresa”*, en F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dir.), *Libertad de Empresa y Relaciones Laborales en España*, IEE, Madrid, 2005.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., y J.L. GIL Y GIL. *“Los derechos constitucionales del empresario”*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (Dir.) y R. MARTÍN JIMÉNEZ (Coord.), *El Modelo Social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003.

SEMPERE NAVARRO, A.V. *“Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva”*, Aranzadi Social, BIB 2006\2766.

SEMPERE NAVARRO, A.V. *“¿Un pleito colectivo sobre posible cesión ilegal de trabajadores?”*, en Aranzadi Social Nº 29/2007, BIB 2007\2488.

El desistimiento de la pretensión

JUAN MORALES GODO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El desistimiento. 3. El desistimiento en el Código Procesal Civil Peruano. 4. Desistimiento de la pretensión. 4.1. La pretensión. A) En lo que se refiere a los sujetos. B) En lo que se refiere al objeto del desistimiento. C) En lo que se refiere a las modalidades. D) Oportunidad en que procede el desistimiento. E) Efectos del desistimiento de la pretensión. F) Nulidad del desistimiento. 5. Configuración de la excepción de desistimiento de la pretensión.

El presente ensayo está dedicado al Maestro Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. No he sido su alumno formalmente hablando, pero sí a través sus obras. Lo conocí como integrante del Comité que dirigía el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a quien los doctorandos debíamos rendir cuentas de los avances de nuestras respectivas tesis. Siempre encontramos en él una palabra de aliento, o también preguntas agudas sobre nuestro tema. Un Maestro en el real sentido de la expresión.

1. INTRODUCCIÓN

El desistimiento es una de las formas anormales de conclusión de un proceso, que normalmente culminan con la sentencia que expiden los jueces y que adquieren la calidad de cosa juzgada. Como expresión de la autonomía de la voluntad del demandante y, en su caso, del demandado, en el supuesto de una reconvenición, tiene dos expresiones; el desistimiento del proceso y el desistimiento de la pretensión.

Nos ocuparemos del desistimiento de la pretensión que es una posibilidad que mayormente se presenta para los demandantes, sin embargo, también la tienen los demandados cuando han interpuesto una reconvenición que, por su naturaleza, contiene necesariamente una pretensión autónoma. En ambos

(*) Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

casos, como veremos en el desarrollo del presente trabajo, se trata de un acto jurídico unilateral, por lo que no es necesaria la participación ni el consentimiento de la parte contraria, salvo la situación excepcional de solicitarse después de haberse expedido la sentencia y encontrarse el proceso en apelación.

El desistimiento de la pretensión produce como consecuencia la posibilidad de invocar la excepción de desistimiento de la pretensión, si el demandante interpone una nueva demanda con la misma pretensión de la que ya se ha desistido.

Indagaremos sobre la institución del desistimiento, para luego analizar el tratamiento que le brinda nuestro Código Procesal Civil, para finalmente circunscribirnos a la institución del desistimiento de la pretensión.

2. EL DESISTIMIENTO

El proceso culmina normalmente con la sentencia que expide el juez, con lo que se satisface la pretensión del actor, al emitirse un pronunciamiento sobre el fondo, favorable o desfavorable, poniendo fin a la situación de litispendencia, convirtiéndose dicho fallo en cosa juzgada, cuando es inimpugnable, es decir, cuando adquiere definitividad, y no puede ser revocada en el mismo proceso como en ningún otro. Sin embargo, esta no es la única forma en que culminan los procesos, ya que existen formas especiales de conclusión, como lo señala nuestro Código Procesal Civil (artículos 323 al 354)¹.

Entre las formas especiales de conclusión del proceso, que regula nuestro sistema procesal, figura el desistimiento. Para entender esta institución procesal es preciso vincularla a la renuncia, para poder establecer sus semejanzas o diferencias, o si finalmente nuestro sistema otorga la denominación de desistimiento a lo que en otros sistemas se conoce como renuncia.

Tanto GUASP como MALAGA, hacen la siguiente diferenciación: para ambos la renuncia es lo genérico y el desistimiento lo específico. Se entiende por renuncia la declaración de voluntad de poner fin a la relación procesal², dejando de lado el derecho que le asiste y que lo afirma a través de la pre-

¹ Entre las formas especiales de conclusión del proceso, o anormales como lo denominan algunos autores, que regula nuestro Código Procesal Civil, figuran: la conciliación, allanamiento y reconocimiento, transacción judicial, desistimiento y el abandono.

² CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. Ed. Cárdenas. México. 1990. El Maestro italiano se refería a la renuncia de los actos del juicio como declaración de voluntad de poner fin a la relación procesal sin una sentencia de fondo. Agregaba: "Mediante la renuncia, la parte abandona los efectos sustanciales y procesales del proceso, pero no pierde el derecho de hacer valer la acción en un nuevo proceso, a menos que la cesión de la relación procesal haya influido indirectamente en la existencia de la acción [...]". p. 437.

tensión, de tal suerte que no sólo se pone fin al proceso, sino que además no será posible volver a interponer dicha pretensión en otro proceso posterior³. Se trata de un acto jurídico unilateral⁴ que va a llevar inevitablemente a la conclusión del proceso, porque le quita el fundamento a la pretensión, por lo que debe entenderse como una renuncia a ella, también. En cambio, el desistimiento sería también una renuncia, pero de la pretensión, no del derecho que lo sustenta, de tal suerte que no implica una renuncia a los derechos que pudieran corresponderle, toda vez que no existe una voluntad de abandonar el derecho mismo⁵.

3. EL DESISTIMIENTO EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Nuestro sistema procesal no regula la renuncia, en cambio si lo hace sobre el desistimiento, comprendiendo dos situaciones: el desistimiento del proceso o de algún acto procesal y el desistimiento de la pretensión (artículo 340 CPC). Como analizaremos a continuación, respecto del desistimiento de la pretensión, las consecuencias son distintas en nuestro sistema, guardando cierta similitud con la renuncia.

Hemos visto que la doctrina distingue entre la renuncia y el desistimiento, de tal suerte que el primero está referido al derecho mismo, mientras el segundo se refiere a la pretensión procesal. Nuestro legislador trata el desistimiento del proceso y de un acto procesal y el desistimiento de la pretensión. ¿Debemos entender que por la forma como está regulado el desistimiento de la pretensión es equivalente a la renuncia?, o dicho en otras palabras, ¿desistirse de la pretensión procesal es desistirse del derecho material que lo sustenta?. Si queremos ser coherentes, y si hemos distinguido claramente entre pretensión procesal y pretensión material, considerando a aquélla como un acto, una manifestación de voluntad, y a ésta como un derecho, una facultad; y si bien la pretensión material cuando se plantea en un proceso se convierte en pretensión procesal, desistirse de ésta no implica desistirse de aquélla. Quizás, hubiera sido preferible que nuestro legislador regulara el desistimiento del derecho, porque ello lleva consigo inevitablemente el desistimiento de la pretensión, ya que ésta carecería de sustento jurídico. En cambio, viceversa, no podríamos afirmar lo mismo, ya que el desistimiento de la pretensión, lo que produce es la imposibilidad de plantear judicialmente la misma pretensión, pero no creemos que ello implique la renuncia del derecho mismo.

³ MALAGA, Francisco. *“La Litispendencia”*. Ed. Bosch. Barcelona-España. 1999. p. 182.

⁴ ROSEMBERG, Leo. *“Tratado de Derecho procesal Civil”*. T.II. Ed. EJE. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 306.

⁵ GUASP, Jaime. *“Derecho procesal Civil”*. T.I. Ed. Civitas. Madrid-España. 1998. p. 495.

MONROY, considera que no hay que hacer diferencia entre la pretensión procesal y el derecho material, cuando se trata de este tipo de desistimiento; es más, utiliza indistintamente ambas expresiones para referirse a lo mismo: Así, señala: " El desistimiento del derecho material tiene características más cercanas a lo que tenemos legislado como desistimiento. La consecuencia jurídica más importante de este desistimiento es que el actor no puede intentar jamás el reclamo judicial de la pretensión procesal o derecho material contenido en el proceso en que se desiste"⁶.

Indudablemente, se está refiriendo a la forma cómo estaba regulado el desistimiento en el derogado Código de Procedimientos Civiles, donde no se hacía distingo alguno entre los distintos aspectos materia del desistimiento. Pero, nótese que el autor se refiere al desistimiento del derecho material que, obviamente, la consecuencia sería la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso planteando la misma pretensión procesal, fundada en el derecho material del cual se ha desistido. Estamos de acuerdo con ello; pero, nuestro Código Procesal Civil vigente no se refiere al desistimiento del derecho material, sino a la pretensión procesal que es una consecuencia de la insatisfacción del derecho material, por ello su naturaleza estrictamente procesal, por lo que el desistimiento de la pretensión procesal no genera el desistimiento del derecho material, porque aquélla sólo es una consecuencia de ésta.

Tal como está regulado el desistimiento en el Código Procesal Civil, es menester hacer una diferenciación entre el desistimiento del proceso y el desistimiento de la pretensión. Uno de los efectos del emplazamiento es que no se puede modificar la demanda, como tampoco puede el actor desistirse del proceso sin el asentimiento del demandado. Ambas partes pueden desistirse de sus pretensiones, y el actor, además, del proceso, con el consentimiento del demandado si hubiere sido ya emplazado. En este último caso, se requiere el consentimiento del demandado, porque el proceso no le pertenece al actor, es un asunto público, donde el demandado puede haber obtenido alguna ventaja procesal, y puede no convenirle el desistimiento del actor, que le permitiría a éste iniciar otro proceso.

El desistimiento del proceso deja subsistente la pretensión del demandante, o de la reconvencción si la hubiere, si el demandado ha consentido en tal desistimiento.

Sin embargo, tratándose del desistimiento de la pretensión, el acto es unilateral, no se requiere del consentimiento del otro; la pretensión está en el ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, y pueden, salvo las excepciones prohibidas por ley, desistirse de la pretensión, no siéndoles po-

⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. "Temas de Proceso Civil". Ed. Studium. Lima-Perú. 1987. p. 164.

sible volver a plantear la misma pretensión en otro proceso. Si se interpone la misma pretensión, el demandado podrá hacer valer la excepción de desistimiento de la pretensión.

La Sala Civil de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 1653-97, señalaba lo siguiente: “ El desistimiento es una actividad compleja cuya causa eficiente reside en una declaración de voluntad, hecha por el demandante o recurrente, por el cual, anuncia su deseo de no continuar el desarrollo de la pretensión que interpuso [...] o bien de no continuar el recurso que instó sus correspondientes efectos; con ello se abandona la posición procesal creada por la presentación de la demanda (o interposición del recurso), así como al derecho al examen judicial de tales actos y a la sentencia que habría que recaer”⁷.

4. DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

4.1 La pretensión

Es la manifestación de voluntad por la cual exigimos a un sujeto de derecho el cumplimiento de alguna obligación. En realidad, no sólo es que haga algo, sino también que se abstenga de hacer algo. Quizás, la mayor cantidad de pretensiones la comprenderíamos fácilmente dentro de esta noción, sin embargo, existen algunas pretensiones en las que el sujeto no tiene que hacer algo, ni abstenerse de hacer algo, pero si lo que se quiere es que quede vinculado, sujeto a lo decidido por el juez. Ejemplo de ello serían las pretensiones de divorcio, de nulidad de acto jurídico, donde el demandado no tiene algo que hacer precisamente, ni dejar de hacer, pero si, quedará sujeto de lo decidido por el juez.

La pretensión es material, cuando tenemos la aptitud de exigir algo a otro sujeto de derecho. Esta pretensión material la podemos exigir directamente a través de la palabra o por escrito. Cuando dicha pretensión material no es satisfecha, entonces sólo nos queda el camino de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela, a través del derecho de acción, planteando una pretensión que, en ese instante, se convierte en pretensión procesal, que tiene su sustento en los hechos y en los fundamentos jurídicos sustanciales.

La pretensión procesal vendría a ser, la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derecho exige el cumplimiento de alguna obligación, a otro sujeto de derecho, a través del órgano jurisdiccional. No es, en consecuencia, un derecho, sino un acto, “ algo que alguien hace, no algo que alguien tiene”⁸.

⁷ *El Peruano*, de 17 de noviembre de 1998, p. 2048.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. “*Instituciones del Proceso Civil*”. Tomo I. p. 31. Citado por PALACIO, Lino Enrique. “*Derecho procesal Civil*”. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires-Argentina. 1967. p. 394.

Constituye una declaración de voluntad petitoria que se formula ante el órgano jurisdiccional. Mientras que la pretensión material si es un derecho, porque puedo exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de ella, dirigiéndome directamente al sujeto obligado; en el caso de la pretensión procesal, es una expresión de voluntad que la dirigimos al órgano jurisdiccional, para que a través de él, el sujeto obligado cumpla con sus obligaciones.

El desistimiento de la pretensión, como su nombre lo indica, implica el abandono de la pretensión planteada en la demanda, sin que sea necesario el consentimiento del demandado, pudiendo plantearse hasta antes de que se expida sentencia en primera instancia. Sin embargo, puede ser convencional, esto es, con acuerdo de la parte demandada, en cuyo caso puede solicitarse en cualquier estado de la causa, aún en casación. De existir reconvenición, el proceso continuará para resolver la pretensión planteada por el demandado.

Revisemos algunos aspectos importantes que se presentan con el desistimiento de la pretensión, algunos de los cuales son verdaderos requisitos:

A) En lo que se refiere a los sujetos

El desistimiento debe ser expresión de voluntad del demandante, porque se trata de retirar la pretensión contenida en la demanda⁹. Esta expresión de voluntad debe ser clara, precisando su contenido y alcance, sin condicionamiento alguno, y sólo perjudica a quien lo hace. El desistimiento no se presume, y si bien no es necesario utilizar expresiones especiales, ni emplear la palabra desistimiento necesariamente, si debe quedar clara la voluntad de dejar de lado la pretensión, es decir, debe quedar clara la voluntad de producir los efectos del desistimiento, porque el juez no puede declararlo por meras deducciones o presunciones¹⁰. Tratándose de un acto personalísimo, no debe quedar duda alguna respecto de la autenticidad de la firma del documento donde consta el desistimiento, por lo que nuestra legislación agrega el requisito de la legalización de la firma del proponente ante el Secretario de la causa¹¹.

Tratándose de los representantes o apoderados, para la procedencia del desistimiento deben estar premunidos de sus respectivas designaciones, donde conste la facultad para desistirse de la pretensión. Se requiere de un poder

⁹ ROSEMBERG, Leo. *"Tratado de Derecho procesal Civil"*. Tomo II. Ed. EJEA. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 306.

¹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *"Teoría General del Proceso"*. Tomo II. Ed. Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1985. p. 659.

¹¹ "Artículo 341. Aspectos generales del desistimiento.- El desistimiento no se presume. El escrito que lo contiene debe precisar su contenido y alcance, legalizando su firma el proponente ante el Secretario respectivo.
El desistimiento es incondicional y sólo perjudica a quien lo hace."

especial donde conste expresa y taxativamente la facultad de desistirse de la pretensión, ya que este tipo de facultades no se presumen, por el principio de literalidad, conforme lo determina el artículo 75 del CPC. En este sentido, no es procedente que el abogado, a quien se le han concedido las facultades generales de representación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 80 y 74 del CPC se desista de la pretensión o del proceso, por carecer de dicha facultad especial¹².

La aceptación por parte del demandado no es un requisito para la procedencia del desistimiento de la pretensión, debiendo el juez examinar sólo la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, es decir, si es un derecho renunciable. No es necesaria la participación ni el consentimiento del demandado, porque se trata de un acto unilateral, a diferencia del desistimiento del proceso, donde es necesario el consentimiento del demandado, aún cuando puede proponerse en forma conjunta, es decir, producto de un acuerdo de voluntades (convencional). Este acuerdo de voluntades si será necesario cuando se formula el desistimiento de la pretensión, después que la causa ha sido resuelta en primera instancia, es decir, encontrándose el proceso en apelación o en casación. Sin embargo, si se trata de una pretensión que no ha sido resuelta por el juez de primera instancia, el demandante puede desistirse de ella, antes que el Superior se pronuncie, sin que sea necesario para ese efecto el consentimiento de la parte demandada.

La Sala Civil de la Corte Suprema, en la Casación N° 1653-97, se pronunció en los siguientes términos: "Para el desistimiento de la pretensión no se requiere del consentimiento del demandado, la razón estriba en que éste no sufre ningún perjuicio, sino que, por el contrario, nada tiene que temer en el futuro por cuanto produce los efectos de una demanda infundada con la calidad de cosa juzgada. [...]. El desistimiento puede ser solicitado en segunda instancia"¹³.

Indudablemente existe la posibilidad de solicitar el desistimiento de la pretensión en segunda instancia, sin embargo, es necesario distinguir dos supuestos, que nos conduce a tratamiento distintos. El primero cuando se trata de una pretensión no resuelta por el juez de primera instancia, en cuyo caso, no es necesario contar con el consentimiento del demandado, toda vez que no ha existido pronunciamiento por el órgano jurisdiccional. En un segundo supuesto, también es posible solicitar el desistimiento de la pretensión aún cuando ya hayan sido resueltas por el juez de primera instancia, pero, en

¹² CAENELUTTI, Francesco. "Sistema de Derecho Procesal Civil". Tomo IV. Ed. UTHEA. Argentina. Buenos Aires-Argentina. 1944. p. 569.

¹³ *El Peruano*, de fecha 17 de noviembre de 1998. p. 2048.

este caso, se requiere del consentimiento necesariamente del demandado. En estos casos es necesario acuerdo, sea a través de una manifestación conjunta o separadamente.

B) En lo que se refiere al objeto del desistimiento

El objeto del desistimiento es la pretensión procesal. El desistimiento de la pretensión puede ser total o parcial. El desistimiento total, considerado el verdadero desistimiento, pone fin al proceso y, como hemos afirmado, no requiere del consentimiento de la parte demandada, y, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. "Como se trata de un acto de voluntad respecto a un derecho renunciante, el juez no tiene facultades inquisitivas para continuar un proceso cuando el actor desea su terminación. Si se presenta en segunda instancia o en casación, se entiende que comprende el del recurso"¹⁴.

El artículo 344 del CPC, nos remite a las reglas de improcedencia señaladas para el allanamiento, para ser tomadas en consideración tratándose del desistimiento de la pretensión en lo que fuere pertinente. En ese sentido, señalaremos cuáles podrían ser las situaciones de improcedencia: a') Cuando el apoderado o representante del demandante carece de facultad para desistirse; b') Existiendo litisconsorcio necesario el desistimiento no proviene de todos los demandantes. Las demás situaciones previstas en el dispositivo anteriormente mencionado no serían aplicables al desistimiento.

El desistimiento parcial de la pretensión implica la modificación de la demanda, pero procede, al igual que el desistimiento total, hasta antes de que se expida sentencia en primera instancia, salvo que sea convencional, en cuyo caso procede en cualquier estado de la causa. El desistimiento parcial puede operar respecto de alguna de las pretensiones, como también que alguno de los demandantes se desista de la que le corresponde¹⁵. De ser así, el proceso continuará respecto de las demás pretensiones, así como con los demás demandantes¹⁶. Indudablemente, tratándose de la existencia de un

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso". Tomo II. Ed. Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1985. p. 655.

¹⁵ ROSEMBERG, Leo. "Tratado de Derecho Procesal Civil". Tomo II. Ed. EJE. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 305.

¹⁶ Artículo 344.- Desistimiento de la pretensión.- La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión, produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de la cosa juzgada. Este desistimiento no requerirá la conformidad del demandado, debiendo el juez revisar únicamente la capacidad de quien lo realiza y la naturaleza del derecho que sustenta la pretensión, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre la improcedencia del allanamiento en lo que corresponda.

Si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o si sólo es deducido por uno de

litisconsorcio necesario, el desistimiento de uno de sus integrantes va a incidir en la legitimidad de la parte, por ello si nos remitimos a las reglas que rigen el allanamiento, sería improcedente tal desistimiento.

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 40-T-97, señaló lo siguiente: “La resolución que aprueba el desistimiento de la pretensión produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada y si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones, el proceso continúa respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él”¹⁷.

C) En lo que se refiere a las modalidades

El desistimiento de la pretensión no admite ninguna de las modalidades que ordinariamente pudiera admitir un negocio jurídico de derecho material: condición, plazo o modo. El desistimiento de la pretensión debe ser un acto puro y simple¹⁸. El artículo 341 del CPC señala taxativamente que el desistimiento es incondicional¹⁹ y solo perjudica a quien lo hace.

Si el demandante estableciera alguna condición, sea suspensiva o resolutoria, algún plazo o alguna modalidad en el documento de desistimiento de la pretensión, indudablemente, debe ser puesta a conocimiento del demandado, para que preste su consentimiento, caso contrario, el juez no debe admitir dicha petición. Más, si el demandado consiente con el desistimiento condicionado, sujeto a plazo o a alguna modalidad, se considerará que estamos frente a una verdadera transacción, más que desistimiento. Por ejemplo, si el demandante se desiste de la pretensión, condicionando la misma, a que el demandado, a su vez, se desista de la reconvencción que ha interpuesto; o condicionando a que el demandado se abstenga de adoptar alguna medida o iniciar un proceso, respecto de algún tema relacionado con la pretensión de la cual se está desistiendo. Como es fácil apreciar, propiamente estaríamos frente a una transacción, antes que un desistimiento de la pretensión, ya que ambas partes se hacen concesiones recíprocas, para arribar a una solución armoniosa. Estas situaciones son posibles, porque de lo que se trata es de solucionar el conflicto de intereses que existe entre las partes, pero no estaremos frente a un desistimiento, que debe ser puro, simple, sin condicionamientos;

los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él. En este último caso, debe tenerse presente lo dispuesto sobre litisconsorcio necesario.

El desistimiento de la pretensión no obsta el trámite de la reconvencción, que continuará ante el mismo juez, cualquiera que fuese su cuantía.

¹⁷ *El Peruano*, de fecha 27 de febrero de 1998. p. 458.

¹⁸ GUASP, Jaime. “*Derecho procesal Civil*”. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid-España. 1998. p. 496.

¹⁹ ROSEMBERG, Leo. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Tomo II. Ed. EJE. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 307.

aquí estamos frente a una verdadera transacción, que también es una de las formas especiales de conclusión del proceso.

D) Oportunidad en que procede el desistimiento

El desistimiento de la pretensión procede antes de que se expida sentencia en primera instancia, sin que sea necesario contar con el consentimiento del demandado, pero puede plantearse posteriormente, debiendo contarse en estos casos con la aceptación del demandado hasta antes que se resuelva la casación. Esto es explicable, toda vez que mientras no se expida sentencia en primera instancia que contenga un pronunciamiento sobre el fondo de la causa²⁰, esto es, sobre la pretensión, el demandante puede desistirse de la misma, sin necesidad de contar con el asentimiento del demandado; pero, si se encuentra el proceso en apelación, en segunda instancia o ante la Corte Suprema en casación, el demandado pudiera tener determinadas expectativas derivadas del o de los pronunciamientos ya emitidos²¹. La forma podría ser a través de un escrito que suscribiría conjuntamente con el demandado, pero nada impediría que la petición la efectúe el demandante, de lo cual se correría traslado al demandado, para que preste su consentimiento. Esta posición coincide con la planteada por la Sala Civil de la Corte Suprema, en la casación N^o 1653-97, que señalaba lo siguiente: “ La frase, “salvo que sea convencional”, contenida en la parte in fine del artículo 342 del CPC., está referida a la oportunidad de plantear el desistimiento de la pretensión, tiene por finalidad regular el caso por el que el accionante pueda someter en segunda instancia al Juzgador Colegiado la propuesta del desistimiento de su pretensión y en tal situación el demandado deberá convenir en ello, ya sea presentando la concurrencia de ambas voluntades en un solo escrito o como también podrá correrse traslado de ella, para exprese la conformidad respectiva”²².

Tratándose de este tipo de desistimiento, es irrelevante el emplazamiento al demandado. En efecto, si no se ha emplazado al demandado, el demandante puede desistirse de la pretensión sin que sea requisito se cumpla con dicho acto procesal, ello le ahorraría el pago de las costas y costos que pudiera generar una potencial oposición del demandado al desistimiento. Para algunos

²⁰ ROSEMBERG, Leo. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Tomo II. Ed. EJE. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 307.

²¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “*Teoría General del Proceso*”. Tomo I. Ed. Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1985. p. 660. Señala el procesalista colombiano que el desistimiento de la pretensión ante la Corte Suprema por haber sido elevados los autos en casación, implica el desistimiento del referido recurso. El mismo razonamiento es válido tratándose del recurso de apelación.

²² *El Peruano*, del 17 de noviembre de 1998, p. 2048.

autores²³, no se trataría de un desistimiento propiamente dicho, sino de un retiro de la demanda. Si se ha efectuado el emplazamiento, igualmente no es necesario el consentimiento del demandado, por lo que el juez dictará resolución admitiendo dicho desistimiento.

La diferencia con el desistimiento del proceso es que, si se ha emplazado al demandado, debe solicitarse el consentimiento de éste inevitablemente para que tal desistimiento surta efecto. El Juez no aceptará el desistimiento del proceso, propuesto por el demandante, si el demandado se opone a ello, o si no se ha cumplido con ponerle en su conocimiento tal petición, para que exprese lo conveniente. En cambio, si no se ha emplazado al demandado, es procedente el desistimiento del proceso (o retiro de la demanda), sin necesidad de contar con el consentimiento de aquél, toda vez que aún no formaliza la relación jurídico procesal.

E) Efectos del desistimiento de la pretensión

1) El desistimiento de la pretensión, tal como está regulada en nuestro Código Procesal Civil, cuyas características hemos comentado, parecería ser equivalente a la renuncia, a la que se refiere la doctrina, sin embargo, pese a las semejanzas, existen notorias diferencias, conforme lo analizaremos.

Lo cierto es que, el efecto que va a producir la resolución que admite el desistimiento de la pretensión, en nuestro sistema, es la conclusión del proceso, con similares consecuencias a una sentencia infundada, que adquiere la categoría de cosa juzgada. Este aspecto es trascendental, porque no sólo produce consecuencias en el mismo proceso, sino indirectamente sobre la relación sustancial, toda vez que, no podrá plantearse, nuevamente, esa misma pretensión en otro proceso.

La diferencia con la renuncia es notoria, porque si bien no se trata de una renuncia al derecho, el demandante está impedido de replantear esa misma pretensión. Digamos, que se cierra el camino procesal definitivamente, para que se emita un pronunciamiento sobre el fondo respecto de la pretensión, derivada del derecho sustancial, sobre la que recayó una resolución de aceptación de desistimiento. El demandante pierde el interés para obrar.

2) La aceptación por parte del demandado del desistimiento de la pretensión que formula el demandante, exonera a éste del pago de las costas y costos; sin embargo, no ocurrirá lo mismo si el demandado se opone al desistimiento. Sabemos que dicha oposición no va a impedir que el juez admita

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso". Tomo II. Ed. Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1985. pp. 659-660.

el desistimiento, pero en ese caso, el demandante queda obligado al pago de las costas y costos.

3) Hemos señalado que el desistimiento no puede estar sujeto a condición; pero, cuando ello ocurre, siempre se requerirá el consentimiento de la parte demandada, y adquiere el carácter de una transacción. Deberá ser planteado por todos los demandantes, y deberá ser aceptado por todos los demandados.

4) Siendo el principal efecto el dar por concluido el proceso, considerándose como si se hubiese declarado infundada la demanda, con la categoría de cosa juzgada, el demandado puede oponer la excepción de desistimiento de la pretensión, si el demandante inicia otro proceso con la misma pretensión. Esta excepción tiene carácter perentorio, porque da por concluido el proceso, ordenándose el archivamiento del expediente.

F) Nulidad del desistimiento

Hemos señalado que el desistimiento es una manifestación de voluntad, un acto jurídico unilateral. Puede ocurrir que dicho acto jurídico esté viciado por alguna nulidad, y pese a ello el juez la admite y dicta la resolución respectiva. Pongámonos en el supuesto de que se trate de un error o de alguna actitud dolosa de la parte o del juez. En el segundo supuesto estaríamos frente a una resolución que admite un desistimiento de la pretensión que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, pero dicha situación se adquiere como consecuencia de una acción dolosa o fraudulenta, que no puede ser admitida por el sistema jurídico. En este caso concreto, recurriríamos al proceso de conocimiento de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, para que se deje sin efecto la resolución que homologa el desistimiento de la pretensión.

En el primer supuesto mencionado, esto es, cuando se ha incurrido en error, y el juez ha aceptado un desistimiento nulo. Parecería lógico y, por economía procesal, que la nulidad se decida en el mismo proceso. Sin embargo, la solución debe ser igual para los dos supuestos, ya que sea por error o por dolo, el tema es el acto jurídico de desistimiento y su validez debe ser examinada en proceso autónomo²⁴.

Estaríamos ante un supuesto *sui generis*, si es que ambas partes están de acuerdo en dejar sin efecto el desistimiento de la pretensión, en razón de adolecer de nulidad el acto jurídico, habiéndose inducido a error al juez que admitió dicho desistimiento. En este supuesto, creemos, nada obsta para que la

²⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General del Proceso". Tomo II. Ed. Universidad. Buenos Aires- Argentina. 1985. p. 661.

solución se adopte en el mismo proceso, de tal suerte que al quedar sin efecto el referido desistimiento, el proceso continúe según el estado que corresponda²⁵.

5. CONFIGURACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN

A estas alturas del trabajo que desarrollamos, ya tenemos una noción de lo que es la pretensión y de la institución del desistimiento, esta última, como una de las formas especiales de poner fin a la litispendencia y al proceso en sí.

Nuestro Código Procesal Civil, regula la institución del desistimiento a través de dos supuestos: desistimiento del proceso o de algún acto procesal y desistimiento de la pretensión. Lo que va a dar origen a la excepción es el segundo supuesto, es decir, cuando el demandante se desiste de su pretensión.

A diferencia de otras legislaciones, nuestro Código Procesal Civil concede efectos específicos al desistimiento de la pretensión, especialmente al constituirlo como una forma de poner fin al proceso, considerando como si se hubiere declarado infundada la demanda, y la resolución que homologa el desistimiento adquiere la categoría de cosa juzgada, procediéndose al archivamiento del expediente. La consecuencia de ello es que el demandante no podrá volver a plantear la misma pretensión en otro proceso. Distinto es el efecto cuando se trata del desistimiento del proceso. En este caso, se da por concluido el proceso y se ordena el archivamiento de la causa, pero ello no impide que el demandante vuelva a plantear la misma pretensión, iniciando otro proceso.

Lo que da origen a la excepción, y por ello su nombre, es el desistimiento de la pretensión, que al igual que ocurre con la litispendencia y la cosa juzgada, implica la presencia de dos procesos idénticos. La identidad de procesos, conforme a nuestro Código Procesal Civil, se configura cuando se trata de las mismas partes, el mismo objeto de la pretensión y el mismo interés para obrar. Se trata de dos procesos, en la que en el primero el demandante se desistió expresamente de la pretensión, careciendo de interés para obrar para iniciar el segundo proceso.

La excepción de desistimiento de la pretensión es de naturaleza perentoria, toda vez que pone fin al proceso con los efectos de la cosa juzgada.

²⁵ ROSEMBERG, Leo. *“Tratado de Derecho Procesal Civil”*. Tomo II. Ed. EJEA. Buenos Aires-Argentina. 1955. p. 310.

El *Amicus Curiae* en la Argentina

GUILLERMO J. BORDA (*)

En homenaje al eximio jurista peruano Manuel de la Puente y Lavalle.

SUMARIO: 1. *Apreciaciones preliminares.* 2. *El amicus curiae: Origen, evolución y antecedentes.* 2.1. *El amicus curiae en el derecho romano.* 2.2. *El amicus curie en el derecho anglosajón.* 2.3. *El amicus curiae en el derecho internacional de los derechos humanos.* 2.4. *Síntesis.* 3. *El amicus curiae en el derecho argentino.* 3.1. *El amicus curiae en la jurisprudencia de los tribunales.* 3.2. *El caso “Simón” y la Acordada 28/04 de la Corte Suprema.* 3.3. *Las Leyes 24.488, 25.875 y la Ley 402 de la LCABA.* 4. *El amicus curie como instrumento de lobby y de democratización del debate judicial.* 4.1. *Las prevenciones de la doctrina.* 4.2. *Los lobbys y el voto en disidencia de la Corte.* 4.3. *Un caso a modo de test.* 5. *Proyectos en el Congreso de la Nación.* 6. *Conclusion.*

1. APRECIACIONES PRELIMINARES

Nos hemos propuesto reflexionar sobre el instituto del *amicus curiae*, en la República Argentina, institución de raigambre romana que adquirió divulgación en los países del *Common Law*, del cual fue tomado por el derecho internacional de los derechos humanos y trasvasado, luego, a tribunales argentinos, en los que viene siendo objeto de una activa praxis, en particular en aquellas causas en que se hallan comprometidos derechos de incidencia colectiva, que proponen desafíos ético jurídicos para los magistrados.

En este contexto, abordaremos sucesivamente la génesis y la evolución del instituto, desde el derecho romano al derecho de los tratados, citando aquellos antecedentes que tienen alguna significación en cuanto al desarrollo y la normativización de la figura compulsiva que no tiene, pretensiones de exhaustividad, toda vez que no sólo ha sido objeto de valiosos trabajos doctrinales, sino que se ajusta mejor a los propósitos de nuestro empeño; la incorporación pretoriana del instituto a nuestro derecho; su recepción en diversos estatutos

(*) Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad del Salvador. Socio del Estudio Jurídico Borda Abogados.

legales y su estabilización como institución moderna que comunica a la autoridad jurisdiccional con personas o grupos de personas de la comunidad; para luego exponer los reparos que ha motivado la aplicación disfuncional de la institución, probando aquellas prevenciones a partir de un antecedente reciente operado en los tribunales de Argentina; concluyendo con algunas proposiciones, previo comentario de los proyectos con trámite parlamentario que pretenden reglamentar la figura del “amigo del tribunal”.

2. EL AMICUS CURIAE: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ANTECEDENTES

2.1. El *amicus curiae* en el derecho romano

La institución del *amicus curiae* –vocablo latino que significa “amigo de la corte”– tiene origen, como se sabe, en el derecho romano, en el cual el juez estaba facultado para pedir el consejo de un experto; el juez podía *sibi advocabit ut in consilio adessente*, según el testimonio de Cicerón (Quint. 2 Gell, XIV 2) ¹. En su primigenia configuración el *amicus curiae* era verdaderamente un “amigo del tribunal”; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte, incluso peticionar ante los jueces.

La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más objeto que la de asistir a los magistrados en los casos de dudas y/o salvarlos del error. La preocupación del *amici* era la coronación de lo suyo de cada cual (*suum cuique tribuere*), de lo justo en concreto, a través del *ius dicere* del juez. Hay quienes hablan de neutralidad o imparcialidad en este período de la institución, lo que es cierto en relación a que los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, mas, podría decirse que el interés estaba más bien orientado a la conclusión justa del pleito, al cual el *amici* concurría a través de la asistencia al magistrado ².

Cueto Rúa da cuenta de esta concepción tradicional en el *common law*, tal cual su descripción en el *Abbott's Dictionary of Terms and Phrases* en el que el término *amicus curie* significaba estrictamente amigo del tribunal: “Este término se aplica a un tercero, quien careciendo de interés en el caso, efectúa algunas sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez a su cargo”, y en el *Hothouse's Law Dictionary* que señala “Cuando un juez se encuentra en dudas o equivocado en materia de derecho, un tercero puede informar al tribunal como *amicus curiae*.”

¹ Cfr. CUETO RUA, Julio. *Acerca del “amicus curiae”*, L.L., 1988-D-p. 722

² “Fue pensado originalmente para ser un método donde los terceros desinteresados podría citar casos, *en interés de la justicia*, que la Corte podría haber pasado por alto”, cfr. Pagés Lloveras, Roberto, M., *El amicus curiae*, J.A.-2004-I, p. 803, (cursivas nuestras).

Los abogados en el tribunal actúan frecuentemente en tal capacidad cuando sucede que conocen un precedente que el juez no ha visto o no recuerda en ese momento”³.

2.2. El *amicus curie* en el derecho anglosajón

El instituto, en el derecho anglosajón, abandonaría aquél carácter de “amigo de la corte”, transformándose el *amici* en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc., por el *amicus curiae*; la tradición anglosajona adoptó esta transformación en la inteligencia de que la intervención de terceros con aquél carácter se erigiría en el equivalente judicial de la actividad que los *lobbyists* realizaban en el Congreso de los Estados Unidos y en los órganos administrativos del Estado “[...] el mecanismo de promoción (lobbying) disponible para su utilización en el tribunal (brief) es el alegato del *amicus*”⁴, con más el agregado de que este *lobby* tendría carácter público y permitiría dar participación a la comunidad en las decisiones judiciales.

Este cambio motivó la sanción de la conocida *Rule 36* de las Reglas de Procedimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos que reglamentó la institución del *amicus*; esta Regla fija la oportunidad de su presentación y prevé cómo ha de ser la intervención de aquél según haya mediado o no aceptación de las partes en relación a su intervención; cuando no hay tal conformidad, la *Rule 36* establece que el interesado deberá pedir al magistrado una autorización para alegar en la que “deberá expresar concisamente la naturaleza del interés del peticionante, especificar los hechos o las cuestiones de derecho que no han sido presentadas por las partes, o las razones por virtud de las cuales se cree que no serán presentadas adecuadamente, y la relevancia que exhiben a los fines de la decisión del caso”.

Se trata, como se desprende con claridad de la normativa de la Suprema Corte Norteamericana, de un aporte razonado por parte de una persona que, aunque ajena al proceso, tiene interés en la dilucidación del mismo, y que concurre alegando cuestiones que las partes no han articulado adecuadamente. Su divulgación parece, más bien, haber tenido lugar en los juicios civiles y comerciales, desde el cual se difundió luego a los casos donde se hallaban comprometidos intereses colectivos; entre los más recordados se encuentra los casos “*Webster vs. Los Servicios Reproductores*” (1988), en el que centenares

³ Cfr. CUETO RÚA, Julio. *Acerca del “amicus curiae”* [...]. p. 722. El autor recoge estos antecedentes de Krislov Samuel, *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, Yale Law j (Tomo 72, p. 694).

⁴ Cfr. CUETO RÚA, Julio. *Acerca del “amicus curiae”* [...]. p p. 722.

de informes de *amicus curiae* fueron presentados alegando tanto a favor como en contra de la protección de la vida inocente de los nonatos, y el de “*Edgard vs. Aguillard*” (1986) en el que se presentaron como *amicus* 72 premios Nobel y otras tantas Academias de ciencia que informaron sobre el falso conflicto entre ciencia y religión.

La saludable aplicación que el instituto del *amicus curiae* tuvo en el derecho anglosajón así como en los países recipiendarios de la tradición del *common law*, determinó su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, donde la divulgación de la figura elevó la cotización del debate judicial a través del aporte esclarecedor allí donde el derecho de los tratados, la costumbre internacional o el derecho de los jueces no resultaba preciso.

2.3. El *amicus curiae* en el derecho internacional de los derechos humanos

En la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos el *amicus* se ha empleado en importantes casos litigiosos (v.g. Caso Consuelo Benavides Cevallos, Ecuador) y en la totalidad de las opiniones consultivas (OC-7/86 sobre derecho de rectificación o respuesta; OC-16/99 sobre derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, entre otras).

Por lo general en el continente americano han sido organizaciones expertas en estos temas –derechos humanos– (las) que han solicitado su intervención en procesos judiciales donde se ventilan cuestiones atinentes a los derechos humanos exhibiendo elementos relevantes para la causa⁵, y aunque la presentación de informes no se halla reglamentada en la Convención de Derechos Humanos, ni en el Reglamento ni en el Estatuto de la Corte Interamericana, su intervención no ha merecido mayores restricciones⁶.

Como lo señalaremos preliminarmente, no es nuestro objeto realizar una catalogación antecedente exhaustiva acerca de esta práctica en los instrumentos internacionales de derechos humanos, mas es del caso señalar que la figura del *amicus* ha sido receptada, fuera del derecho continental, por el Tri-

⁵ Cfr. CAPUANO TOMEY, Carola, L.L. *El amicus curiae*, 2005-E-1064.

⁶ La doctrina ha encontrado, sin embargo, en la interacción de los artículos 62.3 del Reglamento de la Comisión (“El presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta”) y en los artículos 44 y 48 de la Convención el sustento normativo del *amicus* (“Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte, a.r.t. 44, y La Comisión “podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así lo solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados” artículo 48).

bunal Europeo de Derechos Humanos que pauta la intervención de terceros y faculta al Tribunal “en interés de la buena administración de justicia” a invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto, o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o participar en la vista (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo Protocolo 11)⁷; ha sido aplicado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y reconocido por las Instituciones de Derecho Humanos en la Protección y Promoción de los Derechos del Niño, que han recomendado la intervención de expertos en derechos del niño en calidad de *amicus*.

2.4. Síntesis

Con lo que hemos apuntado hasta aquí podemos establecer los rasgos característicos que han tallado, en su devenir, la institución del “amigo de la causa”: 1) el amigo del tribunal es un tercero que tiene un fundado interés en la resolución de la causa; 2) es un experto o tiene reconocidos antecedentes en la materia *sub examine* judicial; 3) realiza un aporte trascendente en el proceso informando sobre elementos que no han sido invocados por las partes; 4) el asunto legitimante de su intervención tiene relevancia comunitaria; 5) instruye al magistrado sobre aspectos de hecho o de derecho que le permitirán mejor argumentar su resolución; 6) el *amicus curiae* facilita la participación de los ciudadanos, y contribuye a la publicidad de los debates judiciales.

Con lo que podemos definir al *amicus curiae*, en su configuración moderna, como “la institución por la cual un tercero ajeno al proceso, invitado por el tribunal o a pedido propio, con justificado interés en la decisión del litigio expresa sus opiniones en torno a una materia de incidencia colectiva, a través de aportes de trascendencia para la resolución del proceso judicial”.

3. EL AMICUS CURIAE EN EL DERECHO ARGENTINO

3.1. El *amicus curiae* en la jurisprudencia de los tribunales

La divulgación del *amicus curiae* en el derecho argentino se impuso a instancias del positivo reconocimiento que esta práctica tuvo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos ⁸, y del decidido activismo judicial de organizaciones no gubernamentales involucradas en la defensa

⁷ Estos antecedentes ha sido tomados de BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de la inerpositio legislatoris para su admisibilidad*, J.A., 2002-II- p.1000.

⁸ Sobre el desarrollo del instituto en el Common Law y en los Tribunales Europeos ver las reseñas que obran en Bazán, Víctor, *El amicus curiae*. p. 998.

de estos derechos, en causas que comenzaron a ventilarse en nuestro país a partir de mediados de los años '90, vinculadas a las derechos de las víctimas del terrorismo de estado, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de expresión.

En dichos tribunales el *amicus curiae* se admitió por primera vez en la "Causa ESMA". En este proceso las ONG's CEIJ, Amnistry Internacional y Human Right Watches/ Americas se presentaron invocando la necesidad de reconocer y garantizar el derecho a la verdad a favor de aquellos que reclamaron conocer la suerte de sus familiares desaparecidos. La Cámara Federal Correccional fundó la admisibilidad del *amicus* en atención "a los aportes teóricos que pudieren contribuir a la resolución definitiva" de la causa; asimismo, la Cámara dejó sentado que "las organizaciones que se presentaron actúan con reconocida idoneidad en el campo del derecho internacional de los derechos humanos [...] papel sólo reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en caso excepcionales y del magnitud del presente" (Causa N° 5/95, resol. 18 de mayo de 1995).

Con este antecedente, se fueron sucediendo con igual suerte distintas presentaciones de *amicus*, así en las causas "Balverdi" -presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-, "Sterla" -presentación del CELS- "Acosta" -presentación del Procurador Penitenciario-, "Mignone" -presentación del CELS- y otras⁹. Todos estos antecedentes reconocieron, de manera expresa o no, que la *interpositio legislatoris* no era un requisito necesario para la procedencia de la institución. La cuestión fue luego saber cuál sería la decisión del Superior Tribunal de la Nación en los casos federales de competencia originaria o apelada de la Corte, en que se presentaran asistentes oficiosos.

3.2. El caso "Simón" y la acordada 28/04 de la Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina sentó posición en relación a la figura en cuestión en la causa "*Simón Julio, Del Cerro, Juan s/ sustracción de menores*", ante una solicitud de *amicus* presentada por Amnistry Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y Human Righth Watch; en esta ocasión, la CSJN se expidió a favor de la validez del instituto, sin considerar un impedimento la circunstancia de que el *amicus* carecía en el ordenamiento vigente de una norma del poder legislativo que lo regulara.

En el año 2004, casi diez años después de que la institución a fuera receptada por los tribunales nacionales, la Suprema Corte en ejercicio de sus

⁹ Sobre ello, con más detalle ver.

facultades de superintendencia procedió a reglamentar el *amici curiae* a través de la Acordada 28/04. La Acordada estableció que podrían presentarse con aquél carácter las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en “en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación debía ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia (artículo 1°) El presentante debía ser una persona con reconocida competencia en la cuestión debatida en el pleito, debiendo su actuación limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. (artículo 2). En cuanto al carácter de la participación del Amigo del Tribunal en el proceso, la Acordada estableció que éste no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Su actuación, prevé la reglamentación, tampoco devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 5). La doctrina, que había defendido con anterioridad a esta reglamentación la necesidad de incorporar definitivamente el *amicus curiae*, saludó esta normativización de la Corte¹⁰.

3.3. Las Leyes 24.488, 25.875 y la Ley 402 de la LCABA

En el tiempo comprendido entre el reconocimiento del *amicus* por los tribunales hasta su reglamentación por la Suprema Corte, se sancionaron dos leyes especiales que preveían expresamente la figura del *amicus curiae*; se trataba de la ley 24488 (13/5/95), cuyo artículo 7 prescribe que: “En el caso de la demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en el carácter de ‘amigo del tribunal’”, y 25.875 (17/3/03) cuyo artículo 18, e) reconoce tales posibilidades de intervención al Procurador Penitenciario: “el Procurador Penitenciario y el Adjunto, por orden del primero o en caso de reemplazo provisorio, están facultados para [...] Poner en conocimiento de lo actuado, a los jueces a cuya disposición se encontrara el interno, respecto del cual se iniciara una actuación, pudiendo, a su vez, expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en

¹⁰ Así, Bazán, Víctor, ps.1009-101, para quien la figura del *amicus curiae* no dependía de la *interpositio legislaore*, sino que encontraba apoyo en distintos preceptos constitucionales, a saber, en los artículos 14 (derecho a peticionar ante las autoridades), 18 (debido proceso), 33 (derechos y garantías implícitos), 28 (prohibición de toda limitación irrazonable de los derechos) y 75, inc. 22 que confiere jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en la Constitución Nacional; el constitucionalista sanjuanino interpretaba, asimismo, que la institución contribuía con el debido proceso y no implicaba violar el principio *iura novit curia*, toda vez que el juez no perdía sus poderes de elección del derecho aplicable al caso.

carácter de “amigo del tribunal”. Algún sector de la doctrina sostuvo, con apoyo en estas normas, que a través de una interpretación *analogizante* de estas leyes debía aceptarse sin más la institución del *amicus* en la práctica de los tribunales.

Finalmente, la Ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada por la Legislatura porteña el 8/6/2000, consagró positivamente la figura en cuestión bajo la advocación de “asistentes oficiosos” (cfr. artículo 22); previéndola para aquellos casos en que tramitan ante el Tribunal Superior de la Ciudad acciones declarativas de inconstitucionalidad. La norma establece que los asistentes deberán expresar opinión fundada sobre el tema en debate, agregando que estas opiniones o sugerencias tendrán por objeto ilustrar al tribunal careciendo de efectos vinculante con relación a él.

La participación del asistente oficioso, en la Ley 402, está abierta a “cualquier persona”, en la inteligencia de que se trata un “medio más para instrumentar la democracia participativa, facilitando el acceso al pueblo de las decisiones fundamentales de la República” (cfr. dictámenes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia elevados a la Legislatura), sin más requisito que el de emitir “opinión fundada”. La jurisprudencia posterior a esta norma, en tanto, se encargará de circunscribir la viabilidad del instituto al supuesto de que quién pretenda presentarse como *amicus curiae* sea una organización no gubernamental con especial interés en la cuestión en debate y que acredite especialización en ella¹¹.

4. EL AMICUS CURIE COMO INSTRUMENTO DE LOBBY Y DE DEMOCRATIZACIÓN DEL DEBATE JUDICIAL

En la señalada motivación del legislador porteño por acercar a los ciudadanos una institución que facilite su comunicación con los jueces, permitiéndoles su participación en procesos judiciales que tendrán consecuencias sobre estos terceros que no han intervenido en la litis, y abriéndolo a “cualquier persona”, identificamos, por un lado, una plausible voluntad de alentar instancias sociales participativas en la actividad jurisdiccional, así como ocurriera otrora en el ámbito legislativo con el reconocimiento de mecanismos de proposición y homologación normativa en poder de los ciudadanos (iniciativa y consulta popular); por otro lado, la posibilidad de que la aplicación disfuncional del poder de opinar en sede judicial convirtiera al *amicus curiae* en un instrumento de presión (política) sobre el poder judicial, o que desnaturalice *demagógicamente* su praxis, concitó diversos reparos que los jueces y la doctrina no han

¹¹ In re *Esma* Cám. Fed. Correc. y Crim. De Cap. Fed. y *Sterla* Juzg. Crim y Vorr. Fed., N° 2, Cap. Fed.

soslayado; algunos de ellos también habían sido considerados en la práctica del derecho del *comon law* por lo agentes jurídicos. Veamos.

4.1. Las prevenciones de la doctrina

Una de las preocupaciones más sostenidas de la doctrina, incluso la anglosajona, ha sido la de evitar que este reconocido instituto sea instrumentado disfuncionalmente, convirtiéndose, por ejemplo, en un mecanismo refinado de *presión* sobre los jueces; así como la de evitar que, aún cuando ejercitado sin ése animo, sus condiciones de ejercitación lo vuelvan disfuncional privándolo del servicio a que está llamado a prestar; en este sentido Cueto Rúa, uno de los primeros en prestar atención a la figura, sostenía que el *amicus* debía proporcionar un análisis legal profundo a la Corte, y, por tanto, el escrito de *amicus* no debía ser una pérdida de tiempo para los jueces, dado que “las Cortes dan la bienvenida al informe racional de una persona o de un grupo informado, pero deben rechazar un escrito chillón o exagerado que pone más calor que luz”¹². Por otro lado, Pagés Ravella trae a colocación como pauta orientadora de la aplicación del *amici* en el derecho argentino la protesta del juez Posner, quién señalaba que los escritos de los *amicus curiae* “que reiteran las discusiones hechas en el escrito de los litigantes, simplemente ampliando la longitud de los mismos no deben ser permitidos y son un abuso”¹³.

Uno de los autores que más ha desarrollado el punto, escribía, luego de argumentar sólidamente en favor del instituto del *amicus curiae*, que “en modo alguno alentamos desde estas líneas un deslizamiento de la tarea judicial hacia el *populismo* o la demagogia, sino, y simplemente, nos permitimos observar que en determinados casos en los que converja un interés jurídico relevante que exceda el propio y estricto de las partes, no es irrazonable abrir procesalmente la causa a la intervención de asistentes oficiosos para oír sus argumentos y democratizar el debate, lo que –al menos, en principio– podría permitir al juez proveerse de variados elementos jurídicos y, al franquear el comparendo de diversos sectores fuera de los litigantes, tonificar cualitativamente su posición para sentenciar al haber recabado una cierta dosis adicional de legitimación para desarrollar las trascendente misión jurisdiccional que le viene deferida”¹⁴.

Se trata, en definitiva, en la opinión de Bazán de promover institutos, como el *amicus curiae*, que confieren “mayor legitimidad democrática –al proceso judicial–, (y) no (de un) viraje al populismo o a la demagogia”, preocupán-

¹² Con cita de LOWMAN, Michael, K., “Comment, the litigating amicus curiae: when does the party begin alter the friends leave) 41 AmRe. 1243m 1243.44, nn.4 & , and 1247-56 (1992)”, en “[...]”

¹³ cfr. PAGÉS LLOVERAS, p. 803.

¹⁴ BAZÁN, Víctor, p. 1018.

dose por destacar que el poder judicial adquirirá así “cierta dosis *adicional* de legitimación”, lo que en ningún modo implican, creemos nosotros, en el pensamiento del jurista, que de esas instituciones “democratizantes” penda la legitimidad y autoridad de los jueces, como lo han pretendido radicalmente algunas teorías. La deriva demagógica de la institución, vemos, se preveía así –antes de la reglamentación de la Corte–, en el horizonte de posibilidades a que la aplicación de la figura daría lugar.

4.2. Los lobbys y el voto en disidencia de la Corte

En los considerandos de la Acordada 28/04 (CSJN), que reglamentó el *amicus curiae*, se lee que la intervención de los Amigos del Tribunal, constituye “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a *permitir la participación ciudadana en la administración de justicia*, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público”; en otro párrafo el voto mayoritario sostenía: “en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar *el más amplio debate* como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un *principio hermenéutico amplio* y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo”.

La motivación de los Ministros de la CSJN es inequívoca en cuanto a interpretar a la institución como un renovado mecanismo de participación de la sociedad en la actividad jurisdiccional. Luego, acota la participación de estos terceros extraños al proceso en cabeza de aquellos “que cuentan con una *reconocida competencia* sobre la cuestión debatida y que demuestran un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan *argumentos de trascendencia* para la decisión del asunto” (en todas las citas, cursivas nuestras).

Aquí resulta interesante –según nuestros propósitos– el voto en disidencia de los Dres. Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Alberto Vázquez, que no opone reparos a la señalada motivación de reglamentar una figura que estimulase la participación de la sociedad en los debates judiciales, sino que, entre otros argumentos¹⁵, se oponía a una reglamentación, que a juicio suyo, no garan-

¹⁵ La negativa se fundó principalmente en que la reglamentación excedía el marco de competencias legislativas delegadas a la Suprema Corte y en la inteligencia de que “la aplicación extensiva de un estatuto particular -se refieren los ministros a las Leyes 24.488 y 25.875- puede comportar una anarquizante perturbación de la compleja estructura que el respectivo sistema legal está en vías de constituir atendiendo a factores y circunstancias cuya consideración in-

tizaba su no operatividad como mecanismo de presión ante los jueces: “cabe señalar que en uno de los dictámenes –en ese momento en el Congreso– se contempla una cuestión por demás importante [...] como es la *indicación tanto respecto de quien elaboró la opinión* que se pretendería agregar, como la *f fuente de financiamiento* con que cuenta quien pretende intervenir en un conflicto que en principio le es ajeno y cuya actuación no puede generar costas. Estos extremos son de suma importancia si se tiene en cuenta que *la figura puede ser utilizada por grupos de interés con la finalidad de influir en la decisión de la Corte* y, en tal caso, *sería conveniente saber concretamente “quien está atrás”* del que eventualmente se presente” (cursivas nuestras). Es decir, que el voto en disidencia, previendo que el *amicus* sería inevitablemente empleado como mecanismo de *lobby* por los grupos sociales, pretextados en la participación ciudadana, defiende el legítimo derecho de la Corte, y de la comunidad, en conocer quiénes son las personas que pretenden ejercer presión sobre los jueces.

4.3. Un caso a modo de test

Un reciente antecedente plasma algunas de las aprensiones que la figura había concitado en la opinión autoral y en la estimación de los magistrados.

Ante los tribunales de Comodoro Rivadavia ¹⁶, Pcia. de Chubut se presentó la madre de una menor, de 15 años, solicitando autorización para realizar un aborto por el sistema público de salud antes de la semana 14 de gestación por entender que el hecho se encontraba entre los abortos no punibles que prevé el artículo 86 del Código Penal; la representante de la menor aducía que el embarazo había sido provocado por razón de reiteradas violaciones a que había sido sometida por su padrastro y ponía en riesgo la salud de la niña. La justicia ordinaria le denegó tal autorización y la Cámara confirmó la sentencia. Finalmente, el Superior Tribunal de Chubut autorizó el aborto por entender que el derecho no podía “exigirle una conducta heroica a la mujer”.

En primera instancia se presentaron numerosos informes de *amicus curiae*; según el texto del fallo de Cámara obraban “presentaciones en calidad de Amicus Curiae de la Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, Fundación *Ñunque Cuyen-Madre Luna*; Foro por los Derechos Reproductivos; Casa de la Mujer de Puerto Madryn; Asociación Civil La Casa del Encuentro; Las Juanas y las Otras, Asociación Civil Palabras, Mujeres de Izquierda, Feministas en Acción, Enlace CLADEM, Jóvenes por la elección y el placer; ADEM; Foro Pampeano por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, XUMK, Asociación

cumbe primordialmente a los poderes ejecutivo y legislativo (Fallos 229:824)”

¹⁶ Re, F. A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. Nro. 41/2010.

para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, Mujeres Marchando, Las Lilith; CATWLAC Coalición contra la trata y el tráfico de mujeres y niños, Colectiva Feminista Las Revueltas; Mujeres por la Solidaridad de Santa Rosa-La Pampa, Colectiva Tienes Que Decidir, Sociedad Humanista-Ética "Deodoro Roca"; Grupo Pensar el Género y Clínica Jurídica y Social Patagónica". Es decir, 24 asociaciones y una organización del estado se presentaron como *amicus curie*, con la particularidad de que todos los memoriales apuntaban a que se procure la tutela de uno de los derechos en pugna, en este caso, el derecho a la salud de la menor, sin que concurrieran informes de asociaciones que aportaran al juez argumentos a favor de los derechos de la vida humana inocente -como ha sucedido en cambio en la práctica anglosajona, en casos similares -. Algunas de las asociaciones que se presentaron como *amicus* lo hicieron con un memorial conjunto, constituyendo un mismo domicilio legal, con el objeto probable de no sobreabundar con presentaciones que no contribuirían a enriquecer el debate judicial, evitando aportes tautológicos, y favoreciendo así el trabajo del juez.

Ahora, bien podría haber sucedido que cada una de estas organizaciones elevase su propio memorial; a razón de 40 carillas por cada presentación, tomando el máximo que reglamenta por ej. la CSJN en el derecho federal, se hubieran contabilizado un total de 900 fojas, esto es, casi tres cuerpos de expedientes solamente en informes de terceros, lo que lejos de alentar la compulsión de esos antecedentes por el magistrado, lo hubiese obligado a soslayarlos de hecho, o a compulsar aleatoriamente alguno de ellos; por otra parte, hubiese sido paradójico que en un caso que, según esos mismos *amicus*, resultaba imperioso pronunciarse con celeridad atento el avanzado estado de gestación del *nasciturus*, el decisorio legal se hubiera dilatado a causa de la cantidad de informes.

Todo ello, nos lleva a interrogarnos acerca de la licitud de tales presentaciones, esto es, si son verdaderamente consonantes con la finalidad de ilustración que tiene el *amicus* o si se trata, más bien, de verdaderas presiones bajo el pretexto de tener la participación inaugurada por esta figura. Por nuestra parte pensamos, más bien, que estamos frente a un *activismo* que parece encaminado, con alguna formalidad, a ejercer una *fuerte presión* por parte de personas o grupo de personas, -que hallan a su vez un inusitado poder multiplicador de sus presiones a través de la circulación mediática de éstas- sobre la decisión de un juez, lo que constituye una manera disvaliosa de instrumentar el *amicus*. Lo cual debe ser, en primer término, rechazado por los tribunales, y luego, objeto de una reglamentación por el poder legislativo, que deberá establecer pautas más rigurosas de legitimación para presentación de informes, que reduzcan la posibilidad de su empleo arbitrario como

instancia de presión ante un poder del estado, que no debe ser defendido de cualesquier tipo de prácticas extorsivas o de presión social o políticas. En el caso, a su vez, además de los diversos memoriales presentados en la primera instancia le siguieron otros tantos presentados ante la Cámara de Apelaciones y el Superior Tribunal, que concluyó la cuestión; así lo hizo, por ejemplo, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)¹⁷, de reconocidos antecedentes en la presentación de *amicus*, que elevó al Superior Tribunal su memorial. Nos acercamos, así, de lleno a la problemática de los *lobbys* y a las formas en que deben ser controlados por el derecho.

Mas, fuera de aquella cuestión, y suponiendo que quienes han concurrido orquestadamente a presentar informes hubiesen pretendido aportar al juez conocimientos, provenientes del derecho de los tratados o del derecho comparado, que aquél pudiera ignorar, nos encontraríamos luego con las siguientes dificultades que la pretendida práctica democrática del instituto trae aparejadas, y que imponen los siguientes interrogantes, a saber, y siempre teniendo en cuenta el antecedente citado: ¿está obligado el magistrado a aceptar todas las opiniones? ¿está facultado el juez a desestimar algunas presentaciones y a seleccionar otras atendiendo a criterios objetivos, como antecedentes, reconocimiento, interés en el caso, etc.? ¿cuándo el magistrado debe tener por abusivas tales presentaciones? ¿pueden restringir hasta un cierto número, por razones no sólo intelectuales sino temporales, la presentación de memoriales? y en este caso ¿cuáles serían los informes que deberían tenerse por desestimados? La actualidad de estas preguntas viene impuesta por la circunstancia de no hallarse en los ordenamientos procesales normativas o reglamentaciones que regulen el instituto. La problemática no es nueva; el derecho anglosajón registra casos en que numerosos particulares o asociaciones presentaban alegatos en casos que habían conmovido a la sociedad.

Lo central de la cuestión, quizá, resida en cuestionarnos con sinceridad acerca de que si en nombre de la postulada “democratización de los debates judiciales”, que ha abierto la participación a “cualquier persona”, no asistimos a un proceso en el que la instrumentación demagógica de la institución terminará por vulgarizarla, en detrimento de las legítimas funciones que está llamada a cumplir.

5. PROYECTOS EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

En estos momentos son dos los proyectos en la Cámara de Diputados que pretenden regular la institución del *amicus curiae* o asistente oficioso¹⁸. Uno de

¹⁷ Cfr. www.adc.org.ar

¹⁸ Es de justicia destacar, que con anterioridad a la Acordada 28/04, CSJN, se presentaron

ellos es autoría de los diputados Alejandro L. Rossi, Hugo N. Prieto, Gustavo E. Serebrinsky y Vilma. L. Ibarra (Expte. 4715-D-2009). Este proyecto destaca entre sus fundamentos que si bien son saludables los cambios introducidos por el Máximo Tribunal en relación a la Acordada 28/04 que reglamentó el instituto del *amicus* para casos de competencia originaria o apelada de la Corte, “resulta más atractivo que sea el Congreso de la Nación el ámbito en el cual estos asuntos sean discutidos [...] lo más importante no es intentar desentrañar si la Corte estaba facultada para establecer la reglamentación, sino que es menester demostrar que es atractivo que estos debates se den en el seno del Parlamento”. Luego, los autores del proyecto, en sintonía con los razonamientos de las teorías que ponderan al poder *electoral* como principal poder legitimante en un estado democrático de derecho, señalan que “mientras que los debates en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se producen en un marco de hermetismo, los debates parlamentarios son públicos; mientras que los miembros de la Corte Suprema de la Nación no son elegidos por el voto de la ciudadanía; los miembros del Congreso de la Nación son el resultado de los procesos electorales; mientras que los miembros de la Corte Suprema son vitalicios en sus cargos, los legisladores nacionales deben rendir cuentas ante el electorado periódicamente”. Los autores participan, así, de la idea de que la *interpositio legislatoris* si bien no es un requisito *sin qua non* para la admisibilidad del instituto, estiman como más conveniente una ley que así lo reconozca.

El proyecto sigue los lineamientos tradicionales del instituto predicados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque pretende establecer precisiones normativas en relación a tópicos que habían concitado dudas: así, en lo relativo a las instancias judiciales en que resulta procedente la presentación de memoriales, establece que “podrán presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o ante las Cámaras de Apelaciones y Juzgados de primera instancia Federales y Nacionales en calidad de Amigo del Tribunal”; lo que resulta saludable, en tanto los terceros intervengan razonablemente en los procesos; un activismo que sólo tengo por objeto ejercer presión convertirá a al instituto en un irrestricto mecanismo de *chantaje*; lo que no es de dudar atento la pendiente demagógica en la que parece haber ingresado el *amicus curiae* en nuestra práctica judicial.

En lo que hace a las calidades que debe tener el *tercero* que intervendrá en el pleito, que es la cuestión que nos viene interesando, el proyecto dictamina que éste deberá acreditar una “reconocida competencia sobre la cuestión debatida

diversos proyectos procurando regular la institución del *amicus curiae* en el derecho nacional; entre los más importantes se encuentran aquellos que son autoría del entonces legislador Jorge Rafel Vanossi.

en el pleito”, debiendo “fundamentar su interés para participar en la causa”, en tanto “su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante”. Nos parece atinada la formula que exige al *amicus* una “reconocida competencia”, requisito que viene así a confirmar las calidades que la primera jurisprudencia impuso como condición de admisibilidad a los asistentes oficiosos, y que constituye una primera pauta objetiva de aceptación del instituto por los jueces.

Los Tribunales, agrega el proyecto, “podrán considerar si es pertinente la presentación, ordenando su incorporación al expediente si fuera por la afirmativa, disponiendo se notifique, por cédula, su contenido a las partes. Éstas no podrán oponerse a la incorporación de la presentación al expediente”; lo que nos parece una adecuada resolución del legislador, tendiente a evitar la desnaturalización del instituto a través del otorgamiento de otros derechos procesales a las partes.

El otro proyecto con trámite parlamentario corresponde a la Dip. Marcela Rodríguez (Expte. 5356-D-2009); en sus fundamentos establece la necesidad de regular y facilitar la presentación de *amicus curiae* en los estrados nacionales, sin dejar de observar que el instituto otorga “la posibilidad de fundar las decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados –lo que– constituye un factor suplementario de legitimidad de las actuaciones del Poder Judicial”; con cita de Carlos Nino la autora refiere que “el *amicus curiae* es un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales (Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992)”. En este esquema, se entiende, la figura viene así a moderar los deficits de legitimidad de que adolece el poder judicial en cuanto instancia de poder contra-mayoritario.

El proyecto, como el anterior, establece que los alegatos podrán presentarse “en cualquier instancia judicial”. Luego faculta a “Cualquier persona física o jurídica de derecho público o privado (a) presentarse, en calidad de asistente oficioso, en toda causa judicial, individual o colectiva, que revista interés público, o en la que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva”. La fórmula es más amplia, en cuanto incorpora inéditamente a las personas de “derecho público”. Lo que significa para nosotros, un agravamiento de los problemas que hemos ventilado *ut supra*, en cuanto cualquier dependencia estatal podrá presentarse en casos que tienen interés público, confundiéndose así la finalidad de ilustración que ha tenido tradicionalmente la figura con la del *lobby* estatal coyuntural. La proposición es intolerable; pensamos más bien con la Corte que ampliar el estatuto legal reconocido a determinadas personas

de derecho público –v.g., el Procurador Penitenciario, la Cancillería- para una generalidad de casos resulta insoportable y anarquizante (fallos 229:824).

El proyecto, asimismo, establece en lo que hace específicamente a la intervención del *tercero* en el proceso que el *amicus curiae* podrá recurrir la providencia del juez que ordene el desglose de su memorial por razón de estimarlo obstructivo del proceso judicial, previendo el efecto devolutivo en el caso de la apelación en subsidio. También esta facultad comporta introducir un elemento de entorpecimiento del proceso en detrimento de los justiciables, quienes después de años esperando el auto que ordena el pase a sentencia, verán paralizado el trámite procesal por razón de la injerencia de un tercero; ni pensar en aquellos casos en que sean numerosos los *amicus* y el juez desestime las presentaciones de algunos de ellos, con la consiguiente cantidad de reposiciones y apelaciones. Esto significa, en síntesis, posibilitar una pluralidad de relaciones procesales entre el juez, la parte y los terceros, con la consecuyente obstrucción que ello significará para una justicia que tiene serias dificultades en lo que hace a la morosidad de la causas. Nos manifestamos decididamente en contra de esta posibilidad.

En lo que innova positivamente el proyecto es en el alcance que se la ha dado a la exención de costas, “la presentación del *amici*, no estará sujeta al pago de costas, tasas u otros gravámenes y no requerirá patrocinio jurídico”; la fórmula es más amplia que la prevista en otras reglamentaciones.

6. CONCLUSIÓN

A diferencia de la tarea que tuvo la doctrina hace unos años, que fue lograr la incorporación del *amicus curie*, al estar ya incorporado, de lo que ahora trata es a enderezar la práctica del *amicus curie*, procurando evitar que la vulgarización del mismo a través de una demagógica flexibilización de los criterios de admisibilidad lo abra a cualquier persona.

Deontología y ética profesional en los registradores

JESÚS LÓPEZ-MEDEL (*)

*En recuerdo del jurista peruano
Doctor don Manuel de la Puente y Lavalle.*

SUMARIO: 1. El título 2. Un ecosistema moral-profesional. 3. Condicionamientos histórico-socio-morales de la ley hipotecaria de 1861. 3.1. La ley hipotecaria de 1861: Su entramado moral. 3.2. Los hipotecaristas, filihumanistas y juristas. 4. Los registradores de la propiedad, mercantiles y liquidadores del impuesto. 4.1. Naturaleza institucional. 4.2. Selección profesional. 4.3. Sistema retributivo. 4.3.1. Como "empresario". 4.4. El liquidador de los impuestos sobre sucesiones y donaciones, y sobre transmisiones patrimoniales -y hoy- de actos jurídicos documentados. 4.5. El registrador mercantil. 5. La dirección general de los registros y del notariado. 6. función calificadora. 6.1. En sentido estricto. 6.2. Función pedagógica-asesora-informativa. 6.2.1. Asesoramiento. 6.2.2. Información. 6.2.3. Diligencia-dedicación. 6.2.4. Incompatibilidades. 7. Honorarios. 8. Responsabilidad disciplinaria. 8.1. Antecedentes. 8.2. Textos vigentes disciplinarios. 9. La organización colegial y sus fines ético-profesionales.

1. EL TITULO

He de reconocer, de antemano, que la elección y rúbrica del trabajo, no ha sido puntual, sino que, inspirado en buena parte por el Catedrático de Derecho Canónico y Académico, Rafael NAVARRO VALLS¹, responde a una larga reflexión sobre temas que afectan a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, desde hace muchos años², en su función y en su tarea profesional. Abrir de

(*) Registrador de la Propiedad, España.

¹ V. "Ley Civil y Ley Moral: la responsabilidad de los legisladores", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, N° 26. Madrid, 1997. También POLO, Leonardo. "Ética hacia una versión moderna de los temas clásicos", en el Cap: "Ética y legalidades humanas"-2ª. Ed. 1997-pp. 17 y ss. GÓMEZ PÉREZ, Rafael. "Fundamentación de la Deontología Jurídica" AEDO-2000 (antes en su obra de 1982).

² A lo largo de este trabajo, se citarán algunos de ellos, pero me es grato remontarme a mi tesis doctoral "Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público", apenas ingresado en el Cuerpo de Registradores, planteada -pese al título- sobre una base institucional. Publicada en 1958, ha tenido dos ediciones facsímil, 1959 y 1991. Esta experiencia nuestra

entrada, el capítulo de las responsabilidades morales, o el más ambicioso, el de una deontología profesional, partiendo desde una norma de rango de Ley -Ley Hipotecaria- al tiempo de otro de signo paralelo -Ley Moral- supone, por de pronto, un escenario más rico, más seguro y más comprometido.

Junto a aquel subrayado -que ya marca una cierta tipicidad normativa respecto a otras éticas profesionales- hemos de recordar que a medida de que se han prodigado las "profesionales" -las nuevas- y se han fomentado las autonomías especializadas, ha surgido la necesidad de una elaboración deontológico-moral³. A veces, nacida de los propios acuerdos asociativo-corporativos, aprobados, a lo máximo en un Decreto u Orden Ministerial, y en ocasiones, más reglamentariamente. Esa necesidad ético-moral unas veces nace de los "profesionales", y en otras de exigencias sociales y puntuales, lo que en ocasiones se traduce en una accidentalidad, para pasar luego a una fase de decaimiento o dispersión. Piénsese, por ejemplo, en tantos intentos o formulaciones de este tiempo, en la sociedad moderna⁴ a los que -sin desmerecer su interés- o su valor, parece que les falta, o bien una concienciación arraigada en la sociedad, o tienen esquemas de ejecución y de aplicación.

2. UN ECOSISTEMA MORAL-PROFESIONAL

Indudablemente, todos esos esfuerzos que -por citar algunos- se dan en las profesiones como las de los medios de comunicación, de la docencia,⁵ o de la política⁶, a veces reciben el nombre de "decálogos" o de "códigos" para reglamentar determinadas conductas. Y acaso eso pueda ser suficiente, sobre la base de una normativa social interior, o reglamentaria. Y hasta se

no desconoce los planteamientos más generales dentro de la "*Ética de la función pública*" (Andrés OLLERO), o del trabajo "*En la Administración pública*" (RODRÍGUEZ ARANA).

³ GÓMEZ PÉREZ, Rafael. En: "*Una fundamentación de la ontología jurídica*"-1998, se pregunta "*¿No es inútil exigir una ética a los profesionales del Derecho, sean jueces, abogados, notarios, registradores?*". V. Nota (1). No faltan proyectos o "borradores" de Códigos Deontológico, como el del Consejo de Doctores y Licenciados, respecto a profesionales de la Educación- Madrid 1999. En "*Aproximación al concepto de Deontología*" 1994, de LÓPEZ APARISI. Hay abundante bibliografía general.

⁴ V. CORTINA, Adela. "*El quehacer ético*" Madrid, 1996. MARIAS, Julián. En: "*Problemas internos*" (ABC 28.12.1985), se refiere al "estado de desorientación vital en que se encuentran demasiados españoles". A veces los desvíos -ante esta situación- trascienden al propio planteamiento deontológico o de responsabilidad profesional, y tienen una vertiente incluso penal. V. DEL MORAL, Antonio. En: "*Verdad y Justicia Penal*"; así como su obra "*Publicidad y secreto en el proceso penal*" en colaboración con SANTOS VIJANDE, Granada, 1996; también RUGÓ, Rafael. "*La Justicia Penal ante el hombre*"

⁵ V. NAVARRO VALLS, R. "*Principios éticos y responsabilidad en el ejercicio de la función docente*", Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. N° 27. Madrid, 1997, pp. 263 y ss.

⁶ El fenómeno del transfuguismo y de la corrupción. Hay que recordar la "*Evangelium Vitae*", mensaje de JUAN PABLO II, 8.5.1995, con carácter general.

podrá pensar si eso es posible, o no. Se puede, por ejemplo, sostener por Ley, que radiotelevisión sea un servicio público “esencial”. Pero después de ese ropaje rígido y solemnizado –por lo de “esencial”– ya no se contempla ninguna norma, de rango fundamental, que nos lleva a entreadivinar lo que es responsabilidad profesional, ética, deontológico, o meramente jurídica de los profesionales que están contribuyendo a verificar el servicio público esencial que es radiotelevisión. (Al contrario, lo que se observa –y de sus efectos nocivos– es la gran irresponsabilidad, tanto de los dirigentes, como –en no pocos casos– de sus profesionales).

Hemos querido referirnos, pues, al doble ámbito –simplificando mucho– de esa regulación normativa de la que pueda brotar una responsabilidad profesional, desde una base ética. No hacemos una crítica, sin más, a los sistemas o supuestos en que aquélla se manifiesta con fuerza menor. Pero es bueno, si se quiere ser eficaz, contemplar, *ab initio* –respecto de los Registradores– que la fuente y en el rango normativo han podido dar razones del “éxito” profesional, precisamente por darse una apoyatura moral, que da sentido a las conductas de sus profesionales, y que además garantizan para la sociedad, con una normalidad verdaderamente significativa.

No es algo exclusivo de los Registradores, porque concurre en todas aquellas tareas o funciones con trascendencia pública, lo que no quiere decir hayan de ser funcionarios públicos o de la Administración. Incluso es significativo que dentro del Parlamento Europeo⁷, ante los vacíos legales, y la desmotivación de muchas conductas, de muy diversa índole –económicas, financieras, medios de comunicación, etc.– se estén estimulando Directivas para la creación de Comisiones éticas, de ámbito europeo y de ámbito nacional, lo cual exige la adecuación en normas de los criterios deontológico que a nivel de aquel órgano de gobierno o del propio Consejo de Europa se estén dando.

A nuestros efectos, pues, subrayamos el interés de que en la primitiva Ley Hipotecaria⁸, también desde sus propias exigencias sociales y jurídicas, encontremos los primeros atisbos de una atención ético moral en la tarea de los Registradores profesionales. La Ley Notarial de 1861, como ahora en la del

⁷ Es una información de José María GIL-ROBLES, en una pregunta nuestra, en la Sociedad de Estudios Internacionales, 1998, sobre la influencia de la ausencia de motivaciones religiosas en la educación y sus efectos en la Europa unida por “intereses”.

⁸ Hacemos una referencia general a los dos primeros Tomos, de la magna obra “*Leyes Hipotecarias y Registrales de España*”, 13 volúmenes. En el Tomo I, Volumen I y II, por ejemplo, se transcriben las discusiones parlamentarias para las leyes de 1861 y 1869. El lenguaje en el Congreso y Senado es de una riqueza moral –en contraste– siempre excepcional. A veces –como en la p. 51 del Tomo I, Vol. II. Inzuriaga se hace eco a la modernidad, al cambio de costumbres, al riesgo del reduccionismo en la codificación en el Código Civil, para que se quede como el “catecismo de Ripalda” o un catecismo de bolsillo”.

Estatuto respecto al Abogado del Estado, o la Ley Orgánica del Poder Judicial, para los jueces, o como para en adelante se piensa para la función pública del profesional de las Fuerzas Armadas⁹, nos confirman de que no se trata de una exclusividad ni de una originalidad, sino de una concepción abierta, desde el ámbito moral, y que orienta y facilita una determinada función.

3. CONDICIONAMIENTOS HISTÓRICO-SOCIO-MORALES DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

Como luego veremos, la responsabilidad profesional de los Registradores hay que situarla en el ámbito o capítulo general de la ética de las profesiones jurídicas así estudiadas por M. SANTAELLA¹⁰. Pero queremos concretar alguna particularidad, de signo histórico, lo que seguramente, incluso, puede explicar los escasos vaivenes de una función que ha superado numerosos cambios políticos, y sobre todo administrativos y judiciales. Esta cuestión la hemos reseñado, con bastante fruición, en alguno de los trabajos nuestros¹¹.

3.1. Ley Hipotecaria de 1861: Su entramado moral

Y es bueno convenir que la función del Registrador, tal como nosotros la definimos¹², sirve a una Institución organizada por el Estado, y bajo la responsabilidad de los Registradores, o profesionales con título jurídico universitario y con especialización acreditada [...] para consolidar la seguridad jurídica y el cumplimiento que tiene la función social de la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo.

Esta definición está tomada¹³ del argot internacional de los Congresos de Derecho Registral Comparado. Este concepto, en nuestro Derecho, tiene unas peculiaridades *sui generis*, que en síntesis viene bien recordar:

⁹ Rige en esta materia la Ley 17/1999, de 18 de mayo de régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. No obstante, en las Ordenanzas Militares vigentes, se encuentra el ecosistema creador de valores y virtudes militares. Aún cuando en algunos medios, como en la Revista "Militares" se las ponga en cierto entredicho con respecto a la Constitución Española. V. N.ob. "La Milicia Universitaria: Alféreces para la Paz", 1ª.ed, 1999, Zaragoza).

¹⁰ SANTAELLA, M. "Ética en las profesiones jurídicas". De manera especial, por analogía, habríamos de recordar los criterios de GARRIDO DE PALMA, en la esfera notarial, o LEONARD, "El fundamento de la moral", 1998.

¹¹ Citaría aquí nuestra obra, en colaboración con MEZQUITA DEL CACHO, "El Notariado y los Registros: orientación vocacional y de estudios", Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

¹² "El Notariado [...]", obra citada. Es de interés la óptica general que se manifiesta en DELGADO DE MIGUEL, Presidente de la Comisión de Deontología de la Unión Internacional del Notariado Latino, en su trabajo "Los principios deontológicos de las profesiones jurídicas y su relevancia social", cuyas ideas básicas son aplicables a los Registradores de la Propiedad.

¹³ V. el Capítulo "Filosofía de la Institución Registral y cambio social", p. 213 de nuestra obra "Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica", Madrid 1995.

A mediados del siglo XIX, y tardíamente, respecto a la codificación europea, y por los imperativos propios de la Constitución que nace de las Cortes de Cádiz, –la invasión francesa retrasó en España los efectos positivos de la Revolución francesa–, se promueve un Código Civil, en el cual habrían de ir incorporados preceptos hipotecarios, y como parte sustantiva y procesalmente mínima, en la línea en que se redactaron –por ejemplo– el BGW alemán y el ABB austriaco, tal como hemos estudiado nosotros¹⁴

Estaba ya muy adelantado el proyecto de Código de 1861. Pero con independencia e vicisitudes políticas, la realidad es que con la normativa de los Oficios de Contadurías Hipotecas, que pretendía hacer frente a la usura en materia de intereses, y a su vez, al fraude fiscal y defensa del patrimonio familiar –entre otras razones–, se hizo realidad una necesidad: la urgencia de anticipar en una Ley –la de 1861– lo que debió presentarse dentro del Código Civil que no llegaría hasta 1888. Se puede advertir una urgencia y necesidad moral, porque la tarea ya no admite espera. Y porque además era necesario crear un estamento profesional propio –el Registrador de la Propiedad– con independencia del Juez y del Notario¹⁵, y con una función autenticadora, “sin perjuicio de terceros”. No son de aquí explicar los efectos de esta Ley Hipotecaria de 1861, cuyas líneas maestras se mantienen en la de 1901, y sobre todo en la de Bases de 1944 y la articulada de 1946. Pero sí resaltar, que nacía –entre otras cosas– para cubrir el vaciamiento moral y ético en el tráfico jurídico inmobiliario y en el financiamiento hipotecario. Al contrario promovía algo que nosotros hemos también bautizado como una “justicia registral”,¹⁶ que era –en lo posible– reparadora de situaciones injustas, y al tiempo promotora de seguridades jurídicas para “el tercero”, que es el que normalmente –por desheredado o modesto– más necesita la atención del Derecho. (Las macroentidades, ni siquiera suelen inscribir sus mastodónticos edificios).

Al lado de esa carga moral, anotemos que en 1829 se había creado el Impuesto de Hipotecas, que la primera Ley Orgánica del Poder Judicial es de 1870, y que la Ley del Notariado es de 1862. CARLOS III, que llega¹⁷ a España en 1859, pronto habría descubierto la necesidad de un relanzamiento y reestructuración de la propiedad. Son aires nuevos en los que también se asoma

¹⁴ En “*Modernas orientaciones de la Institución Registral*”, 2ª edición. Madrid 1975; y también en “*Principios [...] Op. Cit., Cap. XVIII, “Derecho Comparado: Sistema austriaco”*. p. 301 y ss.

¹⁵ El antecedente regeneracionista de Registro-Notaría-Juzgado, estuvo en JOAQUÍN COSTA. (V.n. trabajo “*El Justicia de Aragón en el pensamiento de Joaquín Costa*”, p. 36 y ss., dentro de la obra “*El Justicia de Aragón visto por [...]*”. Madrid, 1992.

¹⁶ En “*Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*”, 3ª Ed. Facsímil, Madrid, 1991. Conclusiones, p. 297.

¹⁷ V. el Discurso con el que le reciben en Daroca, por ORRIOS DE LA TORRE. En: “*Compendio Sagrado de la Historia del Misterio de Daroca*”, III Edición facsímil. Zaragoza 1998.

un progresismo ético, de signo más abierto y cultural y más proyectado a la sociedad, según expresividad de PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS.

Junto a esa motivación prelegislativa y eminentemente de interés común, habría que tener en cuenta dos aspectos que nos darían otras tantas vertientes: por un lado, todo aquello que NAVARRO VALLS ha vislumbrado, con signos de modernidad, pero cuyos antecedentes están ya en el siglo XIX, como “Ley Civil y Ley Moral”: la responsabilidad de los legisladores, a que anteriormente hemos hecho referencia. Se resumirían en el planteamiento dialéctico o tensional –propio de un SAN AGUSTÍN o de un Miguel SERVAT– de la utilización de la Ley para un rearme moral¹⁸, o a la inversa. Quizá la virtud –nunca mejor usado el término– estaría en un término medio¹⁹.

3.2. Los hipotecaristas, filohumanistas y juristas

Pero el segundo aspecto sería complementado con las aportaciones doctrinales jurídicas, políticas o éticas, de aquellos que procuraron el alumbramiento de la Ley Hipotecaria, la más importante, en el plano jurídico, desde la Constitución de 1812, que partía de la obligación de los españoles de “ser justos y benéficos”. Y repasando las listas de muchos hipotecaristas y formuladores de opinión –algunos de cuyos libros nosotros mismos abrimos por vez primera en la biblioteca del Colegio de Registradores de Madrid en la Gran Vía de Madrid cuando apenas en la capital de España existían los clásicos Registros de Norte, Oriente, Occidente y Centro– nos encontramos con nombres de gran relieve moral, político, intelectual y aún humano y académico. Para mí –entonces, y ahora– es una gozada descubrir a esos hipotecaristas verdaderos moralistas²⁰. Defensores de sus valores y objetivos de servir a la justicia, evitar el fraude fiscal, cortar la usura, a base de dar sentido a la idea de lo justo a través de la seguridad jurídica. Con un instrumento, del que se puede decir fueron unos adelantados: el de la búsqueda de la autenticidad lo cual, como dirá CHARLES TAYLOR encierra una aspiración ética²¹.

¹⁸ V. N. Op. “*Introducción al Derecho. Una concepción dinámica del Derecho Natural*”. III Ed. Madrid, 1976, a cuyo texto me remito para las categorías axiológicas en general: bien común, orden público, justicia, libertad, responsabilidad y sobre todo seguridad jurídica y justicia registral.

¹⁹ Más en concreto, el trabajo de GÓMEZ PEREZ, Rafael. “*Una fundamentación de la deontología jurídica*”, Madrid, 1998. También, TORRES DULCE, Miguel A. “*El trabajo de la Justicia*”.

²⁰ Nombres, como OLIVER, LUZURRIAGA, GARCÍA GOYENA, PAZOS y GARCÍA, GARCÍA GUIJARRO, TELL y LAFONT, RAMOS FOLQUES, PAGE (Eugenio Ramón), CAMPUZANO, ROMANI y PUIGDENGOLAS, CASO, ORTIZ DE ZARATE, FUENTE ALCAZAR, PERMANYER, AOSIOLES, CURIEL y CASTRO, CONCHA CASTAÑEDA, GÓMEZ, FUGUANZO, CASADO (Policarpo), RIESTRA (Antonio), DIEGO MADRAZO (Santiago), MORALES DIAZ y otros anotados en “*Historia. [...]*”. Op. Cit.; y glosados en su caso en “*Teoría del Registro [...]*”, pp. 78 y ss.

²¹ V. TAYLOR, “*Ética de la autenticidad*”, Barcelona, 1994. En este caso es autenticidad preven-

Tras lo dicho y anotado marginalmente antes, no es necesario ofrecer textos pormenorizados de aquellos autores y comentaristas, de procedencia conservadora del ala moderada liberal, que eran a su vez humanistas, académicos, políticos. Sin duda, por su tono y estilo, ejemplares. Y además de juristas destacados eran, en su materia, unos regeneracionistas, con una visión alta del Derecho, de la Justicia, de la Libertad, de la Tolerancia, con apoyo en valores morales esenciales.

Sólo así puede comprenderse mejor, cómo la Ley de 1861 rompió los complejos y dificultades de todo tipo, y supo ser moderna, e inspirarse en el modelo germánico de seguridad jurídica que apenas se vislumbraba entre nosotros por una acusada romanización del Derecho, salvo en Aragón (“Fuero de Daroca”, entre otros). Territorio en que sobrevivió una publicidad auténtica para negocios y actos jurídicos, en la contratación y Derecho de Familia²²

En definitiva, se da, con espontaneidad, una literatura humanística y no meramente moralista, con conceptos e ideas, que van constituyendo el tejido ético de una función: la idea del “tercero” –el “próximo”, en el argot espiritualista, “el principio de buena fe”, que es sacrosanto para la protección de aquél; la presunción de veracidad; de legitimación; de prioridad– el premio a la diligencia; al buen cuidado; la salvaguardia de los asientos por los Tribunales de Justicia, como expresión de jerarquía de valores. Ya no digamos algunas sanciones frente a la falta de decoro, conducta moral, responsabilidad –palabra ésta repetida en numerosos artículos, etc. que se mantienen hasta los últimos tiempos, como luego veremos, para los Registradores en el ejercicio profesional.

4. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD, MERCANTILES Y LIQUIDADORES DEL IMPUESTO

La Ley Hipotecaria de 1861, con las modificaciones puntuales hasta la actual, completada con un Reglamento que ha permitido aceptar cuestiones precisas sin afectar a la Ley General y sin necesidad de su modificación –en algún caso, como el de la prórroga de anotaciones preventivas, lo cual sería esto discutible– tiene su parte sustantiva, por ejemplo, la regulación de las

tiva y creadora, es decir, que no sirve sólo al “temor” de perder una finca inscrita, sino de asegurar y promover su ulterior tráfico o servir a su financiamiento. El apartado “Moral y Derecho, en la etapa codificadora”, punto 13 del trabajo “Moral y Derecho”, de Doral, en esta misma publicación de AEDOS, me parece un buen punto global, sobre el cual, no exhaustivamente, nosotros hemos profundizado.

²² Fue respetuosa –en el artículo 2 del RD. de 8.2.1861– con aquellas situaciones jurídicas especiales que, además de sus efectos jurídicos, tenían una carga moral, como el acceso al Registro de la “viudedad” y del heredamiento familiar, en Aragón y Cataluña, respectivamente.

hipotecas; su parte procesal –los ejecutivos judicial, sumarial y extra judicial, expedientes de dominio etc.–; su parte disciplinaria -de la que en este momento no vamos a hablar- y su parte orgánica. Y es en este punto cuando se crea la figura del Registrador de la Propiedad. Luego con la función también como Registrador Mercantil. Era el título XI, “De los Registradores, Nombramientos, Fianza y Sustitución”²³.

4.1. Naturaleza institucional

Indudablemente, con todo aquel planteamiento ético-moral desde una Ley Hipotecaria, y después de semejantes pronunciamientos y principios, hay que afirmar –en este orden de cosa– que se acertó en la configuración del profesional a servir los objetivos de la institución registral. Ya –a poco que se conozca la filosofía jurídica– se percibe el tono institucionalista, y no positivista, con que se impulsaron las tareas de promoción de la normativa registral.

4.2. Selección profesional

El Registrador que se “inventa” es un profesional del Derecho y no sucedáneo -agentes, técnicos, peritos de propiedad inmobiliaria, escribanos “funcionarios” puros, etc.- con una selectividad rigurosa, al margen de las turnancias y opciones amigables, políticas, o sociales. Con un programa preanunciado, pruebas abiertas, exámenes concienzudos, etc. Incluso no se accede inmediatamente, sino al Cuerpo de Aspirantes, para que la plaza vacante no espere al servidor público, sino al revés. En ese período preprofesional, cabe el estudio o práctica complementaria; y hasta en ciertos momentos se ha permitido algunas actividades, como servir en vacaciones, temporalidades, o trabajos complementarios en los Centros de Estudios Registrales, etc.

Al lado de la selección está la responsabilidad, que lo es directa y personal. Es decir, no hay que acudir a sistemas penales, o civiles, para la compensación por los posibles errores –sean “materiales” o “de concepto” – sino en la propia Ley –subrayamos ese rango–, y luego en el Reglamento se marca un procedimiento especial de rectificación de errores en los asientos de los libros. Cuando, de por sí, no lo pudiera hacer el Registrador, no existe otro que el camino judicial. Se hacen repetidas alusiones a la “propia responsabilidad”²⁴

²³ A efectos informativos, recordamos que firmó como Ministro de Justicia, Santiago FERNÁNDEZ NEGRETE. Una investigación exhaustiva de los antecedentes han sido hechos por Vicente MONTES PENEDA. Como era lógico, había intervenido mucho la Comisión de Codificación, que presidía Manuel CORTINA. CARDENAS fue ponente. V. Actualmente, “*Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva*”, varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

²⁴ Título VII, “*De la rectificación de asientos*”, artículos 211 y ss. L.H. y el mismo Título, artículos 314 y ss. del RH.

Este sentido –y aun sentimiento de responsabilidad–, que en el orden económico está salvaguardado en parte, por una fianza –que está prevista en primer lugar como “responsabilidad directa de los Registradores”²⁵– es lo que innatamente va “forjándose” en el Registrador. Lo que a su vez, le da trascendencia de su función, de su autonomía personalizada.

4.3. Sistema retributivo

En tercer lugar, ya desde 1861 se configuró un sistema de retribución por arancel o tasa²⁶, ya que, como luego veremos, el Registrador no es funcionario de la Administración Central, ni Autonómica, ni Provincial, ni Local, sino que ejerce una función pública institucionalizada, y servida a través de un servicio público. Con tal retribución se le permite –aunque haya habido oscilaciones– una vida digna, mejorada progresivamente, por la propia voluntad, a medida de la categoría de los Registros, y también para hacer frente a los riesgos de aquella responsabilidad, que en el orden económico –sobre todo en las grandes operaciones registrales– pueden ser cuantiosos.

4.3.1. Como “empresario”

Está también a considerar el sistema retributivo del personal auxiliar que ha sido, primordialmente el de participación en ingresos y en gastos –salvo ahora los supuestos del Convenio Colectivo vigente en la fase de temporalidad exigida hasta lograr el pase al cobro por participación. Lo que hace situarse más abiertamente que antes como empleado y gerente de empresa, con funciones que antes ocupaba más directamente el Sustituto²⁷. Este sistema ha permitido, o mejor dicho, ha facilitado que, en su conjunto, el Registrador y su personal –éste hasta hace poco tenía el carácter de empleado institucional, no personal laboral– ha tenido y tiene, de suyo, el estímulo de la diligencia, del cuidado y de la atención. Y por lo que se refiere al Registrador, éste responde directamente

²⁵ V. Título XII, “De la responsabilidad de los Registradores”, artículo 296: “Los Registradores responderán civilmente, en primer lugar con sus fianzas, y en segundo lugar con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen”.

²⁶ Como entiende Julián MARIAS, respecto a las tasas, ésta no se genera en la esfera de la sociedad, sino en la jurídica y estatal. Podríamos estimar que ya la creación o fijación del arancel es una “creación ética”, además de que lo sea en su aplicación.

²⁷ Un criterio del Tribunal Supremo de 1990 sobre la naturaleza “laboral” del personal con respecto al Registrador, llevó al Colegio --nosotros entendemos que cabía haberse agotado el criterio jurisprudencial, como en buena parte confirma SAGARDOY junior –a la creación de una Asociación Profesional de Registradores, que asume esencialmente la política de negociación y ejecución de convenios, siendo el primero de ellos, y básico, con pequeñas modificaciones el suscrito con fecha de 29.7.1992. De ahí deriva, pues, otro capítulo de ética profesional más marcado: el de la responsabilidad empresarial, justicia en las retribuciones, atención humana y solidaria con el personal, etc.

también²⁸ de los errores y fallos de su personal. Esto lo saben los empleados, y estimula, en la mayoría de los casos, funcionalidad. Porque la selección de ese personal, se hace también en forma -habitualmente- participativa: el Registrador, el Sustituto, figura ésta que históricamente cumplió una tarea muy digna, y que se basaba en la extrema confianza directa en el Registro.

Para que se entienda bien cómo los presupuestos éticos de una actividad, -tanto la técnica como la empresarial- han de tener su base en una normativa fuerte y coherente, se puede advertir, en la praxis, un dato curioso y que constituye el saber y el quehacer diario registral: una calificación negativa, es decir, una respuesta desfavorable, total o parcial, para el acceso de un documento al Registro -lo que a veces supone estudios y reflexiones largas-, hace que no se perciban emolumentos. Si es positiva, se cobra. Precisamente, por eso mismo, hay como una determinación: frente a cualquier insinuación, y ante la duda, por mayor sentido de la responsabilidad, en la decisión de la calificación -"inscribo", "no inscribo"-, el Registrador se "ata los machos", se sienta, y nunca puede responder -o no debe hacerlo- al socaire de que al denegar no se cobra, y eso frente a presiones de dentro y fuera del Registro. Precisamente la fuerza que hace desoír a cualquier tentación es prácticamente ético moral, avalada por la ausencia de lucro.

4.4. El liquidador de los impuestos sobre sucesiones, donaciones, y sobre transmisiones patrimoniales -y hoy- de actos jurídicos documentados

Los primeros Registradores dieron un tono de seriedad, de cordura, de señorío y de dedicación ejemplares. Con gran competencia profesional, y con frecuencia, cultivando las Humanidades y una memorización local²⁹. Adquirió prestigio. Y de ahí, que inmediatamente que se reajusta la Administración de Hacienda, y en algunos impuestos se les da cierta exigencia de calificación jurídica, se le asignarán funciones al Registrador Local de Liquidador del Impuesto sobre Sucesiones (o mortis causa), y sobre Transmisiones (o intervivos). (Del Impuesto sobre el Timbre se era meramente recaudador y controlador). Y ya luego, posteriormente, en el del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

²⁸ Acaso sea este punto uno en donde más a prueba se ponga la conciencia moral, que puede provocar vacilaciones, entre asumir los daños ajenos, o sancionarlos duramente. Es un campo de decisión personal, delicado, pero fecundo en valores éticos.

²⁹ No olvidaré nunca, de niño en Daroca, en los años de la República, la figura del Sr. Registrador, don Miguel CASTELLS -que era miembro del Cuerpo Jurídico de Tierra y Notario-. Miembro de la Adoración Nocturna, y de la Asociación Eucarística, de la que era Presidente, mi padre -cartero. Infundía respeto y cariño. Luego siguió el asedio de Teruel, a punto de ser fusilado con el grupo del obispo POLANCO. Se incorporó posteriormente a la carrera notarial en San Sebastián. Un hijo suyo, Miguel CASTELLS, ilustre abogado vasco, iba con nosotros al Colegio de los PP. Escolapios de Daroca.

He anotado aquí esta modalidad para rehacer el impacto histórico: de cómo merecieron la confianza en esa función fiscal que siempre fue muy valorada por la Administración, y que persiste, a pesar de tantos avatares e ideologías políticas. Resulta diligente –por otro lado– y más económica que la realizada por la propia Administración. De tal manera, que la sustitución en las capitales de provincia de estas tareas tributarias, fue encomendada a otro Cuerpo de gran prestigio, el de los Abogados del Estado, que hacían de supervisores y colaboradores es la palabra, ya que se estimaba que el Registrador en la capital de provincia, no podía atender suficientemente³⁰.

El volumen económico de esos impuestos ha sido y es muy importante. Y salvo supuestos de algún riesgo por empleados infieles, hoy todavía constituye un ejemplo de cuidado y de celosa responsabilidad, que sigue siendo, *prima facie*, del propio Registrador. La efectividad plena de un clima ético-moral, aún más completo, puede estar también determinado por los “Convenios” con las Comunidades Autónomas, con personal ya funcionario o con criterios marcadamente políticos o hacendístico, sin comprender a veces, el coste real de los servicios, o la repercusión de una no diligencia en la aprobación de documentos en tramitación de recursos de lo que sea competente la correspondiente Administración autonómica.

Es, en todo caso, una responsabilidad sobreañadida, que se lleva y acepta con sentido de servicio, ya que las opciones personales de los titulares seguramente no coincidan con la llevanza de Registros con Oficinas Liquidadoras –salvo en las rurales–, en buena parte de los casos. Pero la aceptación, personal y colectiva, también nos quiere decir que hay una respuesta ética, y se cumple bien, aunque no sea cómoda o no excesivamente “fértil”. Y en la situación actual, por la presión de las Agencias Tributarias de gravar con el Impuesto sobre el Valor Añadido el servicio y función pública de liquidación que se presta a las Comunidades Autónomas, hay ciertamente una problemática especial a dilucidar en vía contencioso-administrativa.

4.5. El registrador mercantil

En las capitales de provincia, derivado de la legislación hipotecaria general y mercantil, existen los Registradores de tal denominación. En los Departamentos o plazas Marítimas llevan también en el Registro de Buques,

³⁰ Sobre los Abogados del Estado. V. *Propiedad [...]*. Op. Cit. Cuarta Parte 10 “*Los Abogados del Estado 1881-1981*” (pp. 439 y ss). Sería de aplicar también la doctrina general sobre “*Deontología profesional del Inspector de Tributos*”. Tan bien analizada por ALBINANA en su trabajo en esta obra conjunta. V. también PEREZ LUQUE, Mario, en su “*Ética profesional del Asesor Fiscal*”, como referencia a la posición funcional del Registrador en esta parte del Gestor de Oficinas Liquidadoras, y también SOCIAS, LUIS “*La Deontología del Abogado del Estado*”.

y en Madrid el de Aeronaves, que debiera de coordinarse con el Registro del mismo nombre que, con carácter administrativo, se lleva en Aviación Civil. La problemática de calificación y de responsabilidad es semejante. En nuestro tiempo ha revestido una importancia singular, ya que en todo el fenómeno de reestructuración –tanto económica, financiera como polític– ha sido un instrumento de información; ha permitido determinar y orientar corrupciones en el mundo del tráfico. Y con su modernización y puesta al día, ha sido también un ejemplo de servicio. Algunas dificultades e insuficiencias normativas o legales, y el aluvión problemático de cuestiones que se han adosado al Registrador Mercantil –como depósito de cuentas anuales, legalización de libros, nombramiento de expertos independientes, etc.– han podido desbordar su acción. Pero la catadura moral y la estructura ética histórica y normativa, han facilitado también el cumplir con los riesgos y dificultades el momento presente³¹.

5. LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Como broche final, previsto en la Ley Hipotecaria de 1861, fue la creación de aquella Dirección, servida por un Cuerpo Técnico –aunque últimamente ha pasado por momentos de insuficiencias³², que ahora se quieren superar– destacando que siempre se caracterizó por una competencia una profesionalidad, y una singladura ética natural, racional o espiritual. Basta recordar los nombres de ALCALÁ ZAMORA, AZAÑA, ARIAS NAVARRO, CABANILLAS, BALLARÍN, MORO, IPIENS, PEÑA, LUCINI, SARMIENTO, POVEDA, PAU, y –sin ser exhaustivo– el gran don Jerónimo GONZÁLEZ, dotados de una exquisitez, atención y reflexión.

Pues bien, junto a aquellos condicionamientos –selectividad, retribución, y responsabilidad– el rearme moral tiene otro asidero: siendo la “soberanía” del Registrador –jurisdicción “voluntaria especial”, anticipamos– y aun cuando quedan los asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales, existe aquella Dirección, que tiene el doble cometido: la inspección de los Registros –lo que apenas se ha hecho, quizá porque no se ha considerado necesario y se ha delegado en el Colegio de Registradores– y la resolución de recursos contra las calificaciones de defectos –insubsanables o subsanables– advertidos por los Registradores. La doctrina de la Dirección, por su categoría, por su comprensión, etc., además ha estado siempre llena de análisis y juegos no meramente

³¹ La organización del Registro Mercantil, de Buques, y de Aeronaves -o el de Hipoteca Mobiliaria– son especiales. Pero los principios éticos y de responsabilidad, son semejantes.

³² Me refiero a los nombramientos, en los primeros años de la transición, de Directores Censales “políticos”, no técnicos ya la sustitución de los Letrados de la Dirección General por Abogados del Estado, u otros funcionarios especializados en la materia registral o notarial que sienta doctrina. (Aunque más actualmente se tienda a superar esta situación).

jurídico-normativos. Han sido situaciones, en algunos casos nuevas, que han requerido una formulación creadora, ciertamente progresiva en la mayoría de los supuestos. En tales Resoluciones, con frecuencia se hacen juicios de valor sobre comportamientos, actitudes prácticas, orientaciones que valoran la labor y las opciones del Registrador. En el rearme moral, esa dación de confianza en la propia Dirección General –primero en recurso gubernativo, ante los Tribunales Superiores de Justicia de ámbito autonómico– implica una respuesta ética, y por tanto, un redondear el amplio espectro en que el Registrador ha de moverse.

Con tal radiografía histórico-social, en parte, retrospectiva. estimamos que será más fácil comprender los supuestos normales en que se pone a prueba –además de lo dicho– la cordura ético profesional del Registrador, lo que, en conjunto, constituirá una deontología de lo que –ya anticipamos– es un servicio al área –junto con el Notario– de la seguridad jurídica preventiva como MEZQUITA DEL CACHO y nosotros bautizamos³³.

6. FUNCIÓN CALIFICADORA

6.1. En sentido estricto

La función calificadora, tanto en la órbita del Registro de la Propiedad como en el Mercantil, constituye su tarea primordial. Sus decisiones –acceso o no a un Registro Público de actos o negocios jurídicos con trascendencia inmobiliaria o mercantil son “pequeñas sentencias” – “en su virtud, inscribo”, es la fórmula. Los efectos no son sólo entre las partes, sino frente a terceros. La labor –la suelo llamar hermosa– no se queda con la “garantía” –seguro, en el sistema anglosajón– de que a la inscripción perfecciona el negocio jurídico escriturado, sino que abre posibilidades hacia el tercero –no meramente jurídica– moral, ética, de pensar que el asiento, su redacción o cuidado, “sirva”, ayude, facilite al tercero –incluso pedagógicamente– cuál es la situación real.

³³ V. “El Notariado [...]”. Op. Cit. La referencia a esta obra, suple traer aquí muchas de las ideas motivadoras de las técnicas del Registrador y del Notario, apuntadas o dirigidas especialmente al universitario que se prepara a aquellas profesiones, Y más atrás, citamos nuestra obra “Derecho. Guía de Estudios Universitarios”, Pamplona, p. 223, I Edición. En este punto, que puede ser clave en la distinción funcional con el Notariado –en lo que no vamos a entrar– es importante destacar el trabajo de GARRIDO DE PALMA, “Deontología y Ética profesional en los Notarios”, y el de RODRÍGUEZ ADRADOS. “Responsabilidad civil de los Notarios”. En: “Revista de Derecho Notarial”, diciembre de 1997. En la actualidad hay un planteamiento bilateral, a veces no convergente, entre el Notario –a cuyo Cuerpo se han incorporado los Corredores Colegiados de Comercio– y los Registradores de la Propiedad, sobre el ámbito de la función calificadora (V. nuestro trabajo “Relevancia jurídica de la calificación registral”, Seminario de Filosofía del Derecho, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001).

Sobre todo cuando la “finca” procede de un desarrollo urbanístico, a veces, complejo o cumplido.

La función calificadora³⁴ es la que suele medir, graduar y estimular al Registrador. Es su mejor oficio, y su mayor responsabilidad. Hay una literatura verdaderamente rica sobre esa calificación, como acto que nosotros llamamos de purificación del negocio jurídico; NUÑEZ LAGOS llega a afirmar que los asientos en los libros registrales son “pequeñas constituciones declarativas de derechos privados”, que salen de la órbita personal, aunque estén protegidos por la intimidad³⁵.

En esa tarea, el Registrador actúa como juez especializado, dentro de la órbita de la llamada jurisdicción voluntaria. Aunque también de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, esa calificación opere según la ley, los documentos presentados, y los propios asientos, por tanto tiene motivaciones de Fiscal Registral. En este punto –sin perjuicio de lo anteriormente expuesto sobre las responsabilidades– cabría hacer aplicación de una deontología de profesiones jurídicas, en cuanto a la Justicia y al Derecho.

Con una toma de conciencia respecto al ámbito, y al predominio o equilibrio de la propia ley con la moral subyacente; la coordinación de una u otro, el relativismo moral, la apelación al Derecho Natural dinámico, o a la realidad social³⁶ y por tanto, en ese sentido haría remisión a otros estudios sobre ética en las profesiones jurídicas, especialmente Ángel GABALDÓN³⁷. Con las salvedades o modulaciones y es que atribuida una analogía “judicial” –sea “voluntaria” o “especializada”, o de tipo ministerio “fiscal”, en todo caso el Registrador, ni siquiera materialmente tiene estrados ni vara, que en su grandeza y servidum-

³⁴ Las veleidades de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, en un momento de su gestión política como Ministro de Justicia, llevaron a pensar en un planteamiento más funcionarial y burocrático del Notariado y Registros. LACRUZ BERDEJO y RODRÍGUEZ ADRADOS redactaron sendos estudios acerca de aquellas funciones. El Decano del Colegio de Registradores, Narciso de FUENTES, aceptó un trabajo nuestro, que -remontada la crisis- sirvió de ponencia del Congreso Registral de México, 1980, luego repristinada en “Propiedad [...]”. Op. Cit., cap. VII, “Naturaleza de la función registral”, pp. 133 y ss. a las que me remito.

³⁵ V. n. tr. en “Organización funcional de los Registros. Informatización e información”, 1998, desarrollo de la ponencia en el XII Encuentro Latinoamericano de Consulta Registral de Lima (Perú), 1997, dirigido brillantemente por CÁRDENAS QUIROS. Allí aludo a los trabajos del Magistrado del Tribunal Constitucional GIMENO SENDRA, luego desarrollado en otro posterior que figura en el Libro Homenaje a Jesús López Medel, Madrid, 1999. También v. nuestro trabajo “Naturaleza y sentido de la publicidad registral y del derecho a la intimidad”, comunicación al Congreso de Derecho Registral, Punta del Este (Uruguay), 2001.

³⁶ Relativismo, positivismo e historicismo, junto al materialismo y pragmatismo jurídicos siguen sobrevivientes. V.n. Op. “Ortega en el pensamiento jurídico contemporáneo”, II Edición. Madrid. 1986.

³⁷ Los trabajos que pueden constituir el Capítulo de AEDOS. V. también, POLO, Leonardo. “Ética”. II Ed. 1997.

bre. Ni propiamente hay “partes”. La inscripción es voluntaria -salvo para la hipoteca- y en algunos supuestos públicos³⁸. Tampoco hay una intervención de oficio, aunque, también por aquí puede venir un cierto estimulante moral para suplir en casos límites una diligencia singular³⁹. Quedaría, de otro lado, cualificar otra actividad, como la “certificadora” de los Libros de Actas de las Comunidades de Propietarios -nunca legalizadora- o la estadística, que plantean pocos problemas morales, aunque su repercusión no sea escasa, en cuanto a la exactitud y diligencia. Una nota general: si el Registrador advierte del documento presentado algún ilícito penal, sin perjuicio de la correspondiente calificación, dará cuenta a los Tribunales.

6.2. Función pedagógica -asesora- informativa

Además de aquella función propia y esencial de calificación, como requisito previo para el acceso de los documentos auténticos a los Registros de la Propiedad, a fin de alcanzar la fortaleza de la seguridad jurídica -con la buena fe- frente a terceros, la labor del Registrador no queda ahí. Si para la primera cabría aplicar, por analogía, la deontología del profesional judicial, a su vez, como una parcela de la ética de las profesiones jurídicas, para esta obra se da también una complacencia moral respecto de todo aquello, que no afectando directamente a la calificación, sí puede contribuir a la buena marcha del servicio.

Lo primero que asoma, pues, es una toma de conciencia moral en esas otras parcelas que nosotros llamamos -no se si atrevidamente- una pedagogía moral, y que afecta -sin ser exhaustivos- a los siguientes extremos que señalamos a continuación.

6.2.1. Asesoramiento

Ya dijimos que los Registradores no disponen de estrados, ni el titular de vara. Pero, aun en su propia estructura -salvo casos especiales- carecen de ventanillas. (En los Mercantiles hay otra organización sobre todo en los de las grandes ciudades, como característica de “Oficina”). Con frecuencia hasta el despacho suele estar intercomunicado con el Sustituto, personal y

³⁸ V. “*Modernas orientaciones [...]*”. Op. Cit. En donde analizo los supuestos de una inscripción obligatoria progresiva, que mereció la atención de Ramón DE LA RICA ARENAL, en su momento. La viabilidad de un “*Arbitraje y Registro*”, la ha abierto el notario Elías Campo, en su aportación al libro “*Homenaje [...]*” citado.

³⁹ V. “*Propiedad [...]*”. Op. Cit. Cap. XIV “*Intervención ex officio en la esfera resitral*” (pp. 261 y ss) que es más propia y viable en la función estrictamente judicial, y no en la llamada -por analogía- jurisdicción voluntaria más propia de los Registradores. En tal sentido, sería aplicable una parte de los criterios de MARINA, JESÚS. En: “*El proceso como instrumento de lucha*”, cuando existiesen terceros” a proteger.

público. Pero esta estructura, es ya un síntoma –no siempre incuestionable– para poder facilitar una tarea que, con la previa del Notario, constituye una actividad del asesoramiento, de orientación y hasta de consejo. Normalmente, con independencia de la presentación por fax⁴⁰ llevada a cabo por gestores, agentes, notarías, y los propios interesados. Es un derecho y una facultad. Generalmente, para estos últimos supuestos y con frecuencia para el resto de los “presentantes”, pueden ofrecer dudas, o existir antecedentes fácticos o jurídicos, sean documentales o histórico registrales, que de una u otra forma simplifiquen dificultades. A veces es un “interesado”; en otras, son los más. Normalmente –por ejemplo en los planteamientos urbanísticos, y sus expectativas– los promotores, por sí, o con los notarios, y a veces, con representantes de los Ayuntamientos, se trata de buscar soluciones viables, dentro de la legalidad y de lo que resulte de los libros.

Me interesa subrayar que este papel de “asesoramiento” personal, o toma de conciencia del caso, o de audiencia aclaratoria, hay algo éticamente valioso. Porque es el momento en que –con independencia de las expectativas de honorarios, o no, según la “opinión”– el profesional registrador cumple la tarea humana de ayuda, consejo y servicio al “tercero” próximo. VIDAL y otros la suelen llamar “función patriarcal”. MEZQUITA DEL CACHO y nosotros hemos preferido de función cooperadora a seguridad jurídica preventiva. Aunque sea en todo amable y hasta amigable. Propiamente ante el Registro no son partes “contendientes”. El titular registral siempre ha de ser oído y notificado. En tal sentido, ya la Ley Hipotecaria de 1861, se adelantó a eso que ahora se llama “tutela judicial efectiva” (artículo 24 de la Constitución Española). Y, como a su vez, los asientos registrales son “pequeñas sentencias firmes”, bajo la salvaguardia de los Tribunales con aquellos parámetros el Registrador puede cooperar a esa verdad formal a través de la ética de la autenticidad.

6.2.2. Información

Se cumple también otra labor: la publicidad externa, sea por exhibición o manifestación, certificación, etc. Hoy en la vida moderna –y no digamos en la jurídico-mercanti– esta tarea informadora e informativa es de gran calado. Pueden existir unos límites respecto a la intimidad, como ya apuntamos. Por lo tanto, el Registrador de la Propiedad tiene que tomar conciencia de que los libros y los datos registrales no están “petrificados”, aunque tampoco sean

⁴⁰ V. n.t. con carácter general “Sistemas de informatización y Derecho” (CITEMA, 1994) y “Una nueva conciencia sobre el Derecho: la Formación Jurídica”, R.C.D.I. 1956. También en “Propiedad [...]”. Op. Cit. XIV-5 (pp. 257 y ss). Aunque no es estrictamente aplicable, se puede citar, como ambientación orientadora para este apartado, el trabajo de MUÑOZ CAMPOS, JUAN “El Abogado-Derechos y Deberes”.

juego de niños; deben estar al servicio del interés conocido (artículos 221 Ley Hipotecaria y 607 Código Civil), aun cuando sobre la cuestión haya problemas⁴¹. Cada vez –y es una experiencia especialmente vivida en mis últimos doce años de actividad– la responsabilidad profesional no debe tener reparo de acercarse a la estructura o núcleo de la Oficina de carácter informador, y que aquélla debe estar dotada con personal competente. El Registrador debe prestar su atención. Y, naturalmente, cae de suyo que debe ser diligente y al tiempo firme, ante cualquier signo de información confidencial masiva o extravagante, evitando sea utilizado el Registro para fines extrarregistrales.

6.2.3. Diligencia - dedicación

El sistema registral se basa en un principio ético-lógico, que de suyo implica toda una filosofía: *prior tempore, potior iure*. El primero en el tiempo, es el primero en Derecho. Se trata no solo de un slogan, sino de un principio general, que ha calado en toda una instrumentación jurídica: el retraso en las presentaciones de documentos, la no formalización de ciertos actos jurídicos –sean intervivos, o *mortis causa*– es decir, el descuido de las “partes”, la desatención, cuando no el “fraude” fiscal, etc. revelan, en todo caso, un descuido, desatención. Todo lo que sea diligencia, cumplimiento o ayuda a una formalización pronta es positivo moralmente, aunque puede predominar el ejercicio de la libertad para inscribir o no, tarde o temprano.

Lo que hace el Registro –respetando las respuestas individuales– ayudar, y casi “premiar” al diligente, comprador, vendedor, acreedor hipotecario, viudas, divorciados, separados, deudores, etc. Hasta el punto de marcar el efecto de la prioridad por la fecha de presentación del documento, a la que se retrotrae la fecha de la inscripción⁴².

Por eso, y al margen de esa dinámica singular de los sistemas hipotecarios –y más en el nuestro, con la voluntariedad de la inscripción, salvo hipotecas– y con independencia de que se corten los “vicios ocultos” o las “dobles ventas”, o las múltiples manipulaciones a que el tráfico jurídico inmobiliario

⁴¹ V. “Propiedad [...]”. Op. Cit. Cap. IX “Publicidad formal-Naturaleza y efectos extrarregistrales” (pág. 183 y ss). La informatización y la aplicación de las técnicas de comunicación digital pueden plantear cuestión, algunas graves o trascendentes. V. n. tr. “El Derecho a la información registral” (pendiente de publicar para el Libro Homenaje a Hernández Gil). No obstante, hay una parte de la confidencialidad en la función, a la que podrían serle aplicados algunos criterios señalados por FERNÁNDEZ PINEYRO, Emilio. En: “El deber legal de secreto y sus límites en materia de secretos oficiales”.

⁴² V. la atención que presta ROCA SASTRE, al hecho de la exteriorización de la petición de inscripción, que es algo más que burocrática. Y. su obra, “Derecho Hipotecario”, Tomo I, pp. 708 y ss. También CHICO y ORTIZ en sus trabajos hipotecarios, relacionados en páginas 20 a 27 del Libro Homenaje a José María CHICO y ORTIZ, coordinado por GIMENO y GÓMEZ LAFUENTE, Madrid, 1995.

está tentado, no cabe duda de que ha de existir una respuesta personal, ética, y concienciadora para el despacho de documentos. Sin forzar plazos, y sin rigideces extremas, la forma redaccional de asientos, es una tarea que puede hacerse habitualmente diaria, y controlada. En esto -como ocurre con las Notarías- el Registrador debe dar la distinción frente a los frecuentes retrasos que puedan observarse en juzgados, administraciones o gestorías. El eslabón final es el registral, y por tanto una actitud de despacho. No prioritario en razones particulares, salvo casos límites de urgencia. Es una actitud responsable, y muy valiosa en la sociedad de nuestro tiempo. Lo que supone y exige -hoy más que nunca- una asistencia material a la Oficina, dentro de las normas reglamentarias, y una dedicación.

6.2.4. Incompatibilidades

No nos referimos aquí, propiamente, a aquellas incompatibilidades como "funcionario público" *sui generis*, del Registrador, que se establecen en las Leyes Generales de la Administración Pública. En la actualidad se ha extendido la incompatibilidad, que históricamente afectaba en parte a la derivada de otra función retribuida por los Presupuestos Generales del Estado, lo que permitió una permeabilidad⁴³.

Hoy ya no es posible ejercer, por ejemplo, ni de Abogado, ni de Catedrático, siendo Registrador en activo⁴⁴.

Concretamos: estamos en la rúbrica de la incompatibilidad no puramente subjetiva o de conciencia moral, referente a la de asuntos, información privilegiada, asesoramientos paternales cualificados etc., que puede rondar el camino de unas respuestas morales⁴⁵, aunque no fuesen delictivas, sino funcional⁴⁶.

⁴³ Por ejemplo, Auditores de Ejércitos pudieron en otro tiempo compatibilizar sus carreras en la posguerra civil española, lo que facilitó la reconciliación profesional en grado sumo, puesto que al menos cuatro registradores habían sido ministros de la República.

⁴⁴ Por ejemplo, el ilustre maestro GONZÁLEZ PÉREZ.

⁴⁵ Los Registradores de la Propiedad que sean miembros de Cámaras legislativas en que no se condicione la elección o situación activa del funcionario, u obtengan cargos públicos para cuyo nombramiento sea precisa selección, o aquellos otros de la Administración del Estado, que por lo especial de su función, son de libre nombramiento del Estado o del Gobierno, continuarán como titulares de sus respectivos Registros, los cuales serán servidos en régimen de interinidad que corresponda con arreglo al cuadro de sustituciones y percibiendo el titular interesado los honorarios que en otro caso corresponderían a la Mutualidad.

⁴⁶ El artículo 280 de la L.H. explicita quiénes no podrán ser Registradores (fallidos, concursados, deudores al Estado o fondos públicos, procesados criminalmente y condenados a penas graves) y el artículo 281 fija una incompatibilidad negativa: ser Juez o Notario, y en general con todo empleo o cargo público, en propiedad o en sustitución, esté o no retribuido con fondos del Estado, provincia o municipio (Están relacionados ambos preceptos con los artículos 504, 508, 512 del RH. y el anteriormente citado artículo 541.

De otro lado, reglamentariamente se previene de los supuestos de incompatibilidad personal de actos o negocios jurídicos inmobiliarios que exigen la firma de los asientos por el titular al que corresponde la sustitución del Registro, circunstancia no muy frecuente, salvo para operaciones familiares y coyunturales.

Hemos querido subrayar, que el Registrador de la Propiedad y Mercantil tiene la disponibilidad informativa –a veces anticipativa– de muchas operaciones, que al propio titular le pueda llevar a pensar que fuesen agiotismo, rentables desde el punto de vista económico. Sin embargo, ha de abstenerse del uso privilegiado de esa alta información o prevención, y efectivamente “ve pasar cerca” todo ese cúmulo de actos, y negocios con frecuencia especulativos, y en materia de crédito usurario. Aquí siempre habrá un problema moral o de conciencia. Naturalmente cualquier forma objetiva penalmente –prevaricación, cohecho, etc– es repudiable. Pero en el despacho habitual de documentos de la Oficina, el prestigio moral de los Registradores –y en este tema no es problema de responsabilidad civil– y del Registro, es muy grande. La generación de confianza es un valor ético, y una virtud moral aunque uno y otra habitualmente se las da por sabida o silenciosamente se estimen⁴⁷.

Por lo tanto, la información veraz y no manipulada, y la no información privilegiada plantean supuestos evidentes de no intervención, y aun de prohibición, como complemento de la publicidad formal, servida fielmente. Lo subrayamos así, aunque nos damos cuenta que este punto puede ser coincidente con otras profesiones jurídicas. No nos atrevemos a llamarlo “secreto profesional” –porque por naturaleza el Registro es público– pero ronda toda su problemática deontológica.

7. HONORARIOS

Un capítulo singular, aunque propio también de las actividades profesionales servidas por arancel –como las del Notario– es la problemática ético-moral respecto a los honorarios. (Dejamos a un lado ese otro dato cuando se actúa como recaudador de otros impuestos, bien sea sin retribución –como en el Impuesto sobre el Valor Añadido– bien con ella, los derivados del porcentaje, según convenio con cada administración autonómica, en los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

⁴⁷ La sincronización del Registrador con las instituciones municipales, administradores, sociales y aun parroquiales, es algo –por experiencia– grato y eficaz. (V. Revista “Majadahonda”, noviembre 1997, entrevista a J.L.M., “ha visto nacer, crecer y desarrollarse el Registro”, pp. 32 y 33.

Los honorarios profesionales están fijados por un Arancel aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, a propuesta del Colegio de Registradores. Están señalados los “conceptos”, y las “bases” –a diferencia de otras épocas en que cabía comprobación– que es la declarada en el acto o negocio jurídico (aunque casi inmediatamente, el Registrador, como Liquidador, pudiera establecer otra). Se notifica al “presentante o interesado”; y le cabe un recurso en el plazo de quince días ante el Colegio de Registradores, cuya resolución, a su vez, puede ser objeto de otro ante la Dirección General, y a partir de aquí la vía contenciosa.

Son difíciles alterar, incluso técnicamente, los criterios jurídicos respecto a los “conceptos”, ya que las bases están preconfiguradas. No obstante, en documentos complejos, en los cuales –en ocasiones– se advierte una habilidad de redacción como enmascarar conceptos reales y efectivos, sí que es posible alguna discrepancia. En la práctica, tal como está estructurado el sistema de retribución por arancel, no es fácil el abuso o la extralimitación, o “injusticia”. Los problemas morales o éticos no son frecuentes, y en todo caso son fáciles de descubrir y de impugnar, o a lo sumo discutibles. Por lo menos, cuando la aplicación del Arancel, con la “jurisprudencia” al respecto, ha ido equilibrando “conceptos” y aclarando “bases”.

La “tasa” que viene a representar el “servicio” que se presta, pudo resultar “justa” o “injusta”, sobre todo en los momentos inflacionistas, más bien por un planteamiento arancelario. Ahí pudiera haber algún problema ético, tanto para la autoridad que lo aprueba para que sea adecuado al servicio que se presta y a la responsabilidad que se tiene, como para el que lo ha de sufragar. Y, en ocasiones excepcionales –que las hay– lo que se plantea es un problema de atención humana social, a la persona afectada, de hecho, por una aplicación muy estricta del Arancel, aquí sí que cabría aplicar el criterio de la solidaridad⁴⁸.

En la actualidad, en el propio Colegio de Registradores existe un Director del “Servicio Registral de Protección de los Consumidores y de Cooperación”, cuyo nombre lo indica todo, y que responde a una teoría –de la que discrepo– de entender al “tercero” como “consumidor”, cuando esto es de manera coyuntural y para minimizar lo esencial. Pudiera ser un síntoma de “administración” frente a la institucional. Siempre ha existido “control” o “re-

⁴⁸ De todas las maneras, la moneda única europea situará mi duda del tema de honorarios en un planteamiento de acercamiento comparado, dentro de cierta autonomía, pero sobre todo al no ser viables situaciones inflacionistas, y la aplicación del Arancel apenas tendrá problemas de situaciones complejas. Por razones semejantes, y apelando a reajustes económicos, se han revisado algunos conceptos, como en hipotecas y su cancelación, o suavizado el arancel.

visión”, sin llegar a la descualificación funcional. Digo esto, exclusivamente, porque trato de destacar, lo peculiar de una deontología profesional para el Registrador, que se entrecruzaría –sin pensarlo– con una mixtificación con la del funcionario público de la Administración. Si ello fuese así, estaríamos en otro tipo de reflexiones. Me basta con apuntar la problemática, y destacar el grado mínimo –según la experiencia– de supuestos de aplicaciones arancelarias indebidas. Lo que sí es aconsejable, también éticamente, es que el titular registral no esté ajeno a la redacción de los criterios de las “minutas” por honorarios, para que toda la Oficina -desde sus titulares- participe de una conciencia del problema y de sus repercusiones.

8. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El Registrador de la Propiedad en cuanto funcionario, tiene una responsabilidad civil –directa, como hemos advertido– penal, y en su caso administrativa. Las dos anteriores tienen su propio cauce. La última traduce, de manera más tipificada, la función respecto a aquellas desviaciones o infracciones en la tarea encomendada, lo que es común a los Registradores de la Propiedad y a los Mercantiles.

8.1. Antecedentes

Desde el comienzo hacíamos alusión al contexto histórico con que en la propia Ley Hipotecaria y su Reglamento, se fijasen las premisas básicas de una seguridad jurídica, que habría de ser servida con profesionales que ofrecieran parecida seguridad moral. Ha habido una cierta evolución que no me atrevería a llamarla de “aggiornamento”, aunque sí de “funcionarización” en esa evolución hasta llegar a la normativa actual. Lo importante aquí es señalar que los textos anteriores y los ahora vigentes –como enseguida veremos– manifiestan aquel sentido y se encuentran en el Título XII del Reglamento Hipotecario “De la responsabilidad de los Registradores”. “Jurisdicción Disciplinaria” era el marco jurídico moral en el que había de desenvolverse el Registrador. El artículo 563 “antiguo”, era expresivo⁴⁹.

⁴⁹ Antes de la Redacción vigente por R.D. 1526/1988, de 16 de Diciembre, que modifica todo el Título XII del R.H. relativo a estos efectos disciplinarios, materia que se consideró prioritaria, sin llegar a una modificación pertinente de otros aspectos del R.H., preparada por los años 85, con las Comisiones creadas al efecto.

En cuanto a la responsabilidad civil derivada de su función, tanto la que emana del artículo 1902 del Código Civil, como de preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecarios, nos remitimos al trabajo “*La responsabilidad civil de los profesionales*”, R.C.D.I., N^o 661, Madrid, 2000, pp. 2923 ss.

“Los Registradores de la Propiedad estarán sujetos a la jurisdisciplinaria establecida en la Ley Hipotecaria, y en este Reglamento, la cual será ejercida por el Ministerio de Justicia, el Director General del Ramo, y los Presidentes de las Audiencias Territoriales, conforme a los artículos siguientes”.

En efecto, es curioso, la propia terminología –en su “historia” ético-moral con que se desenvolvía la sanción de “destitución” (artículos 564-568) por sentencias penales superiores a seis años de ejercer el cargo, por reiterada conducta viciosa o comportamiento poco honroso, Tribunal de Honor, o haber sido corregido por tres veces por causas graves. La traslación forzosa (artículo 569 –“anterior”–, no gozar de buen concepto en el Distrito especialmente por actos que tengan relación con la localidad, otras circunstancias graves de orden público, tres correcciones no graves, ejecutar en el distrito actos contrarios a las instituciones en el país aunque no sean delictivos [...]) Y la “postergación” (artículo 567) era sustitución de la separación por pérdida de un 20% de puestos en el escalafón.

8.2. Textos vigentes disciplinarios

Esas normas “históricas” del Reglamento Hipotecario para la ejecución de la Ley Hipotecaria de 1946 (texto refundido), siguen vigentes –como hemos anotado– hasta 1988, y fueron continuadoras de la línea de responsabilidad ético-moral de los Registradores. Incluso sobrevivió a la reforma del Reglamento Hipotecario, la más importante de 1958, en la que tan eficazmente intervino RAMÓN DE LA RICA y ARENAL, un humanista y neoliberal.

A partir de la Constitución Española de 1978, desaparecen, con carácter general, los “Tribunales de Honor”, factor que va a influir en el tono “neutral” de los Colegios Profesionales respecto a las conductas que no tengan nada que ver con el servicio. Desapareció también el término de “moralidad pública” que en el proyecto de Constitución se reconoció, como valor o principio. Pareció obligado, incluso por tácticas electorales o coyunturas corporativas, modificar sustancialmente este régimen disciplinario –sin hacer juicio de opinión sobre ello– y así, aquel Título XII cambiará su denominación, por la “De la responsabilidad disciplinaria de los Registradores”, cuyo artículo 563 dice:

“Los Registradores de la Propiedad estarán sujetos a responsabilidad disciplinaria, conforme a lo establecido en la Ley Hipotecaria, en este Reglamento y supletoriamente, en el régimen general de la función pública”.

Con este cambio, se advierte que no se mencionan a las Audiencias Territoriales –hoy Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas– y como norma supletoria se señala el del régimen general de

la función pública⁵⁰. Lo que supone un acercamiento muy genérico, al no apoyarse en el funcional-judicial como ocurre a efectos de derechos pasivos y “similitud” de jurisdicción voluntaria especial”.

La regulación posterior a aquel artículo 563 resulta, por ello mismo, menos general, más tipificada y más burocrática. Se distinguen (artículo 564), muy graves, graves y las leves. Las muy graves (artículo 565), se refieren a abandono de servicio; inasistencia a la Oficina por diez días, injustificada y continuada; incursión en incompatibilidades; percepciones de honorarios superiores con dolo y culpa; enfrentamiento con autoridades del Distrito; incumplimiento de deberes reglamentarios; comisión de dos faltas graves o una muy grave en un año. Las graves (artículo 566) se refieren a desobediencia, falta de respeto a superiores; grave desconsideración con los compañeros, públicos o empleados en su función; inasistencia a la Oficina por más de tres días; incumplimiento reiterado de otras obligaciones; percepción de honorarios que no llegue a falta grave. Y faltas leves (artículo 566) se refieren a inasistencia a la Oficina injustificada; incumplimiento de horario; incorrección respecto a superiores, compañeros empleados y público; morosidad como mutualista⁵¹.

Luego (artículo 568 y ss.) se fijan las sanciones, que van desde apercibimiento, multas y suspensiones, hasta la postergación, traslado y separación. Se señala el procedimiento, los órganos sancionadores, las notificaciones. etc. Es auténticamente “norma sancionadora” y procedimental, en la que se confirma la ausencia de órganos judiciales –Jueces de Primera Instancia y Tribunales Superiores de Justicia autonómicos–, junto a una más minuciosa tipificación, y un señalamiento de garantías. La escasez de procedimientos disciplinarios⁵² confirma que la apoyatura ético-moral-normativa-corporativa ha sido eficaz, y corona las propias exigencias del mismo carácter que impone una función de tanta importancia de seguridad jurídica en la sociedad moderna.

9. LA ORGANIZACIÓN COLEGIAL Y SUS FINES ÉTICO-PROFESIONALES

El Colegio de Registradores de la Propiedad, que fue traducción histórica del asociacionismo profesional de los Registradores y su creación, fue incor-

⁵⁰ Los datos estadísticos lo corroboran. Es un término vago, pero al tiempo con una referencia resbaladiza, y eso ocurre si se ahondando el cauce institucional, precisamente en momentos de despublicación de servicios y de empresas. En las notas (33) y ss. puede encontrarse una posición más concreta al respecto, que naturalmente, someto a otra superior. Lo que insisto es que la deontología profesional del Registrador tiende a ser aproximadamente en los de función pública general.

⁵¹ Actualmente ha desaparecido la Mutualidad, quedando a extinguir con los pasivos y pre-pasivos existentes a 1996.

⁵² Esto último tiene un sentido más puntual, pragmático, y de alguna manera innecesario recordatorio.

porada a la Ley y Reglamento Hipotecarios. En los antiguos artículos 560-562, se hablaba expresamente de fines ético-profesionales, tales como “velar por el fiel y exacto cumplimiento de los deberes [...]”, “robustecer los lazos de unión”, “cuidar por la pureza del sistema inmobiliario”, etc.

Es un tono, como se ve, también de carácter moral y afectivo. Por Real Decreto 2556/1997, de 27 de agosto, aquellos preceptos han quedado modificados, resumiéndose en el punto 1 del artículo 562 aquellos fines éticos más generales, como organizar la comunicación entre Colegiados, robustecer los lazos de unión [...] y compañerismo. Se dan al Colegio más funciones técnico-administrativas. No obstante, por Real Decreto de 14 de abril de 1997 quedaron aprobados los “Estatutos Generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España”, bien elaborados, y por tanto dado el rango y posterioridad a los preceptos del Reglamento Hipotecario, pueden considerarse ya con aquellos, todo un Cuerpo Legal. Al señalar sus fines y funciones, en el punto 1º, sobrevive cierta referencia ético moral, precisa: “coordinar el ejercicio de la actividad profesional de los Registradores, velando por la ética y dignidad profesional y por el correcto ejercicio de sus funciones”. Y en el 2º, “procurar la permanente mejora de las actividades profesionales [...] necesarias para la actualización y modernización de dichas actividades”⁵³. (Este último sentido tiene más carácter puntual, pragmático y de suyo de innecesario recuerdo).

Toda esta historia, y la propia estructura colegial, permite garantizar y estimular unas garantías ético morales del Registrador. Aun cuando han ido desapareciendo algunas pautas sobre comportamientos individuales, ejemplarizantes- sólo nos resta añadir -y esto también es otra cuestión general- que el tema de la formación moral y ética en la propia Universidad o Como ciudadanos o creyentes, es otro de los estímulos y alientos. Las nuevas situaciones -tanto personales como familiares-, los nuevos modos de estar, o de tener, más que de ser en la sociedad moderna, no deben restar desatención -al contrario- a las preocupaciones y desempeños profesionales, incluso para los más jóvenes. El Colegio mantiene su Fiesta anual -en conjunto con los Notarios-, también en lo religioso, y sus “predicadores” suelen presentar la criteriología y la trascendencia ética de la función de Registradores -también de los Notarios. Esto forma parte de una deontología profesional de Juristas más general, pero me ha parecido obligado aludir a ello, porque es un camino que no se debe

⁵³ Sintetizando llegaríamos a una deontología en la que se superpondrían la propia y estricta del Registrador; la más general del profesional que cultiva el Derecho y la Justicia; la conexas del Registrador-Juez especializado; la de “gerente de empresa” y la más lejana de un funcionario público. A lo largo del trabajo se han analizado unas y otras facetas, su problemática y complejidad, y, en su caso, nuestra preferencia. En todo caso podríamos decir que, en su conjunto, hasta hoy, la moral del profesional del Registro y de su personal auxiliar, goza de buena salud.

abandonar, aunque haya que tener imaginación para su desarrollo. También, como en Filosofía Jurídica o de la Educación, lo interdisciplinario moral se impone. Porque los Registradores, aun dentro de su “soberanía “ profesional no son cerezas aisladas. Su propia solidaridad y dignidad lo merecen. Aunque la fuerza impulsora de una competitividad, con fines liberalizadores, pueda alterar en el futuro la serenidad, limpieza y armonía que se ha venido teniendo entre Notarios y Registradores de la Propiedad.

Albaceas: El legado ibérico y la tradición nacional

CARLOS RAMOS NÚÑEZ (*)

Sumario: 1. *In memorian*. 2. *Orígenes y definición*. 3. *Capacidad: Mujeres, menores y personas jurídicas*. 4. *La remuneración como identidad jurídica latinoamericana*. 5. *Temporalidad: Rasgo clave*. 6. *¿Carácter personalísimo o delegable?* 7. *La crisis del albaceazgo*.

1. IN MEMORIAN

Manuel DE LA PUENTE LAVALLE, un jurista sensible y estudioso, capaz de acoger propuestas metodológicas variadas era especialmente abierto a escuchar propuestas temáticas y enfoques diversos. Cuando dirigía el Doctorado de la Universidad Católica y él cultivaba el método dogmático, doctrinario o institucionalista sugería (por razones didácticas o pedagógicas) que quienes lo seguíamos (todos profesores universitarios) utilizáramos la exégesis. El motivo: educar por medio de las tesis que se convertirían en libros al foro y a la judicatura. Le expliqué que en mi caso, como historiador del Derecho, utilizaría -parcialmente- cuando analizara textos normativos, la exégesis; pero mi método, fundamentalmente, sería el histórico. Me miró algo sorprendido, quizás escéptico; sin embargo, cuando vio la tesis, y escuchó la sustentación (a la que asistió el profesor italiano Paolo GROSSI, uno de los más importantes historiadores del Derecho), quedó muy satisfecho. Este trabajo en línea histórica es un homenaje al notable académico.

2. ORÍGENES Y DEFINICIÓN

Albacea es la modalidad hispana del ejecutor testamentario y como tal se trata de la persona encargada de cumplir, en todo o en parte, la voluntad del testador después de ocurrida su muerte. La figura del ejecutor testamentario no existió en la Roma primitiva. La ejecución del testamento se vinculaba

(*) Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Subdirector del Instituto Riva-Agüero.

entonces al heredero a quien se consideraba como sucesor y representante de la persona misma del *de cuius*. Ya en el libro 35 del Digesto y luego en la Novela 18 de Justiniano, que recogen al Derecho romano clásico y postclásico, aparecen ciertos vestigios de la institución pero sólo para encargos específicos. No debe confundirse, sin embargo, al ejecutor testamentario en general del albacea, que, ciertamente, es una variedad de aquél¹.

La institución emergió, en realidad, durante la Edad Media bajo el influjo del Derecho Canónico. En España, el Fuero Real dedicó un título completo a los albaceas. La sexta partida contuvo igualmente disposiciones sobre la materia. En ese cuerpo legal se les llama “testamentarios”. Se conoció entonces justamente a los albaceas con los nombres de cabezaleros, testamentarios, manesores y fideicomisarios. La etimología de la dicción albacea se remonta a la dominación árabe en la península ibérica. Se generalizó el uso de los albaceas gracias al derecho canónico. Conviene recordar un curioso detalle: Juan José Calle al elaborarse el código civil de 1936 se opuso a la idea de reemplazar el albaceazgo con un *administrador de herencia* como propuso Alfredo Solf y Muro. Tal sugerencia fue desestimada habida cuenta que no se conformaba con la tradición jurídica peruana y española².

El artículo 805 del Código Civil de 1852 definía la institución en los siguientes términos: “Albacea o ejecutor testamentario, es la persona a quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad”. A su vez, el Código Civil de 1936, renuente a las definiciones, evitó pronunciarse sobre el concepto de la institución. Sin embargo, en el anteproyecto de Juan José CALLE puede leerse:

“El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento del testamento”. Como se observa, mal que bien contiene un concepto fugaz de los albaceas: “personas encargadas del cumplimiento del testamento”.

Al final la Comisión se percató de su desliz técnico y en el artículo 729 del Código sólo se lee: “El testador puede nombrar uno o más albaceas”. El Código Civil de 1984, por el contrario, sí quiso ilustrar a sus lectores a través de conceptos. Así el artículo 778 señala: “El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o ejecutores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad”.

¹ La figura del albaceazgo tiene que entenderse bajo la perspectiva de la tradición jurídica española, iberoamericana y nacional. Es absurdo que pretenda explicarse entonces con la doctrina italiana, suiza o alemana.

² *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*. Tercer fascículo, 120ª sesión, pp. 270-277; CALLE, Juan José. *Código de Procedimientos Civiles. Con exposición, notas, concordancias y un índice alfabético de artículos*. Lima: Imprenta de “El Lucero”, 1912, pp. 650-656; APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ. *Código Civil. Concordancias*, pp. 210-207.

El albacea no es un mandatario común. Hay una profunda diferencia entre uno y otro. Al apoderado se le nombra para representar a una persona mientras vive. Su mandato puede ser revocado en cualquier momento y acaba con la muerte del mandante. El albacea, en cambio, debe ejecutar la voluntad de una persona después del fallecimiento de ésta. Carece, por consiguiente, de control por parte de quien lo instituye. Sólo puede ser vigilado por los herederos. No representa a los herederos sino al causante que lo nombró. No puede ser destituido por ellos, mientras se conduzca correctamente. Sólo el testador mismo, mientras viva, tiene la posibilidad de revocar el nombramiento, pero una vez que ha fallecido, el albacea ha de ejercer sus funciones por el plazo correspondiente, a pesar que se encuentre en franco desacuerdo con los herederos o legatarios. Cabe preguntarse, ¿qué pueden hacer los herederos para remover al albacea?

3. CAPACIDAD: MUJERES, MENORES Y PERSONAS JURÍDICAS

En torno a la capacidad de los albaceas se presenta una discusión interesante en la historia del Derecho respecto de la aptitud de la mujer. VIDAURRE en su *Proyecto* estaba a favor que se le confiera el albaceazgo con el mismo ahínco que rechazaba esa prerrogativa para los religiosos. Según VIDAURRE el religioso nunca puede ser albacea ni siquiera con el permiso de su superior. Tampoco les está permitido elegir albaceas, entiéndase por dativos, es decir, nombrados judicialmente. Jamás podría facultarse para que elijan el albacea. Ni siquiera puede confiárseles a los confesores, ni a los religiosos, la ejecución de comunicados secretos. Además, en este marco, la jurisdicción eclesiástica no puede asumir atribuciones en materia testamentaria³.

En la perspectiva de Vidaurre, sin embargo, la mujer casada necesitaba de la autorización del marido. La mujer que fuera albacea de su marido cesa en el albaceazgo si pasa a segundas nupcias. Sólo en este caso estaría inhabilitada⁴. El jurista limeño, a pesar de todo, defiende la calidad de albacea de la mujer siempre que estuviera autorizada claro está:

Convento con el señor Cobarruvias en que la mujer puede ser albacea. Hay personas de este sexo de talento, de probidad y de buena fe. Nunca se borraré de nuestra memoria el caso de Ninon Encloz, exactísima en la restitución de un depósito cuando otro igual se negó

³ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154. Recordemos aquí que, conforme al Derecho canónico, los excomulgados carecían de aptitud de nombrar albaceas y de ejercer como tales. Véase, DEL CARPIO, Francisco. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Vrsae: Excudebat Ludovici Estupiñan, Authoris Impensis, 164, "Capita Libro Primo".

⁴ VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto del Código civil peruano, Op., Cit.*, pp. 151, 161.

*por un ministro de justicia. Si hubo muchas que gobernasen con prudencia, esplendor y gloria los más vastos imperios, ¿cómo no serán capaces de desempeñar las testamentarias que se les encargan. Deborah bajo de un palmo juzgaba al pueblo israelítico*⁵.

En el Código Civil de Santa Cruz no puede ser albacea el menor de veinticinco años, ni las mujeres, a menos que sean las esposas o madres, las mismas que puedan serlo en las testamentarias de sus maridos e hijos⁶. El artículo 812 del Código Civil de 1852 estipulaba que para ser albacea bastaba ser mayor de edad, poder administrar bienes y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. De manera que no excluía a las mujeres de la posibilidad de actuar como albaceas, dado que no estaban impedidas de heredar. GARCÍA GOYENA en su proyecto de Código Civil español en el artículo 727 estipulaba que la mujer casada podía ejercer el albaceazgo con autorización del marido⁷. Nada se dice de la mujer soltera mayor de edad. Sin embargo, el mismo numeral determinada que “no puede ser albacea el que no puede obligarse”. Estimamos que la mujer soltera sí podía ejercer el albaceazgo tanto en el código de 1852 como en el proyecto español de 1851. El Código Civil uruguayo de 1869 es rotundo sobre el particular. En efecto, el artículo 929 estipulaba que no podía ser albacea la mujer casada ni la soltera. Solo la viuda de los bienes que dejó el marido difunto, bien que perderá el albaceazgo si pasa a segundas nupcias⁸.

El Código Civil de 1936 exigía que se tuviera la misma capacidad que para ser mandatario sin que se distinga entre el varón y la mujer y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. No obstante que Juan José CALLE insistió para que la mujer casada pueda ser albacea con licencia de su marido o el juez, pero que éste no puede autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido⁹. La propuesta de CALLE fue rechazada.

⁵ Ibidem, p. 161. VIDAURRE, seguramente a partir de la biografía preparada por Saint Simon, se está refiriendo a Anne “Ninon” d’Lenclos o Lanclos (1620 - 1705), escritora parisina de tendencia liberal que quiso mantenerse soltera e independiente, no obstante las restricciones morales de la época en Francia del siglo XVII. Desde su famoso salón animó la vida cultural tanto así que apoyó la vocación del joven dramaturgo Moliere y dejó un legado *mortis causa* al pequeño Francois Marie Arouet, el futuro Voltaire, quien fuera hijo de su contador. No obstante, ejercer un tiempo como cortesana repudió al cardenal Richelieu, que le ofrecía una enorme cantidad de dinero solo por recibido en su lecho. Lo consideraba indeseable por tratarse un monseñor verdaderamente siniestro. Vid. Roger DUCHÊNE, *Ninon de l’Enclos ou la manière jolie de faire le amour*. París: Fayard, 2000.

⁶ *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1936, pp. 81-82. Artículo 611.

⁷ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389.

⁸ *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

⁹ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*, creado por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922. Tercer fascículo, sesiones 64-100. Lima: Imprenta El Progreso Editorial, 1925, pp. 298-299.

El artículo 733 del Código Civil de 1936 *in fine*, bajo inspiración norteamericana, autorizaba a los Bancos para ser albaceas con arreglo a su antigua ley especial. Ya se había contemplado esa posibilidad en el proyecto de la comisión reformadora de 1922 que anticipó el Código Civil, siempre que se ajustaran los bancos a su ley especial¹⁰. La actual Ley peruana del sistema financiero 26702 también lo permite. El Código Civil de 1936 no se refería a las personas jurídicas en general ya fuesen de Derecho público, de índole civil o de naturaleza comercial. Inequívocamente dicho Código se refería solo a los bancos. Lo cual ya constituía un avance frente a la normativa anterior que restringía esa facultad únicamente a las personas naturales. Bajo los alcances del artículo 784 del Código Civil de 1984 también pueden ser albaceas además de los bancos otras personas jurídicas, por ejemplo, bajo el rótulo de juntas de administración. Igualmente en este caso no se justifica su duración indeterminada, aún si así lo quiso la voluntad del testador. Podría verse en estos mecanismos formas encubiertas de albaceazgo. El Código vigente exige que para ello basta que lo autorizada por ley o por su mismo estatuto para que una persona jurídica ejerciera como albacea. Amplía de este modo el marco de acción que el Código del año 1936 reducía a los bancos hacia el reconocimiento de otras personas jurídicas.

4. LA REMUNERACIÓN COMO IDENTIDAD JURÍDICA LATINOAMERICANA

En la tradición jurídica peruana el albaceazgo despunta con una característica central: es remunerado. En ello se distancia nítidamente de la legislación española en la que el ejercicio del cargo es gratuito y resulta interesante subrayar esa disparidad que se inicia en el siglo XIX. El artículo 830 del Código Civil de 1852 precisamente consagraba ya esta característica, “en premio de su trabajo”, sobre una base porcentual un tanto complicada¹¹. El artículo 741 del Código Civil de 1936 dispuso que los albaceas tendrán la retribución que les haya señalado el testador y en su defecto el uno por ciento del valor de los bienes que se inventarían, y, si el valor de ellos excede de sesenta mil soles, el cuarto por ciento más sobre el exceso; y el cinco por ciento de las rentas que recauden¹². A su vez, conforme el artículo 793 del Código Civil de 1984, el cargo

¹⁰ SOLF Y MURO, Alfredo, OLAECHEA, Manuel, OLIVEIRA, Pedro. *Proyecto de Código Civil: elaborado por la comisión creada según resolución de 22 de agosto de 1922*, Lima, librería e imprenta Gil S.A., 1936, p. 112. Artículo 728.

¹¹ DE LA LAMA, M.A. *Código Civil*. Lima: pp. 138-141. Estipulaba el Art. 830º: “Los albaceas tienen derecho, en premio de su trabajo, al medio por ciento del valor de los bienes que inventarían; al cuatro por ciento del valor de las rentas que recauden; y al uno por ciento del valor de los bienes que no produzcan renta, cuando se hallen bajo su administración para cumplir los mandatos especiales del testador”.

¹² MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *El código civil sumillado*. Lima: Sesator, 1982, pp. 151-151.

de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad. La remuneración, concluye la norma legal, no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el Juez, quien también señalará la del albacea dativo¹³.

Podría decirse que se ha instaurado ya una tradición nacional de inspiración pragmática. VIDAURRE ya había planteado terminantemente este enunciado en el artículo 36 de su proyecto: "El albacea será asalariado". En el artículo 37 se consigna que el testador señalará el tanto por ciento que quiera el albacea. Sin embargo, en el artículo 38 se restringe ese derecho al albacea que es heredero e inexplicablemente al dativo, es decir, al nombrado por el juez¹⁴. Podemos asegurar que con VIDAURRE se inicia esa tradición remunerativa y se trata de uno de sus más permanentes influjos. El Código Civil de Santa Cruz consideraba que a los albaceas debía pagárseles "por su trabajo, siempre que no sean herederos o legatarios". Fijó sumas realmente altas. Así cobraban el 2% del total de bienes, si la cantidad llegaba a 50,000 mil pesos; el 3% si a 40,000 pesos; el 3.50% si a cuarenta o a treinta; el 4% si llegaba a veinte; y el 5% si a diez. Aún cuando la cantidad baje de los 10,000 pesos, los albaceas se llevarían el 5%¹⁵. Se advierte que la legislación peruana se apartó de la española tempranamente. Así, por ejemplo, en el artículo 739 del proyecto ibérico de GARCÍA GOYENA se ratificaba la tradición hispana del albaceazgo gratuito¹⁶. A su vez, el Código Civil español de 1889, vigente hasta hoy, en el artículo 908 considera, salvo disposición distinta del testador, que el albaceazgo es gratuito¹⁷. En el *Code* napoleónico se determina también que su ejercicio es gratuito, dado que se asimila con el mandato. MOURLON consideraba en sus comentarios al *Code*, que el ejecutor testamentario era un "oficio de amigo"¹⁸. El Código Civil suizo de 1907 concede a los ejecutores testamentarios el derecho a reclamar una compensación por sus servicios, sin que ello sea perentorio. El BGB alemán en el artículo 2221 les confiere el derecho de solicitar una remuneración conveniente, salvo que hubiera una disposición diversa del testador. El Código Civil portugués de 1867 estableció en el artículo 1892 que el *testamenteiro*,

¹³ *Código Civil*. Lima, Juristas Editores. 2009, p. 203.

¹⁴ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154.

¹⁵ *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1836, pp. 81-82. Artículo 610.

¹⁶ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*. Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389.

¹⁷ FALCÓN, Modesto. *Código Civil español, notas, referencias, motivos y comentarios*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1890, tomo V, p. 62.

¹⁸ MOURLON, Frederic. *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, Paris : A. Marescq Aine, Libraire-Editeur, 1873-1874, 3 vols, p. 865.

albacea entre nosotros, cumplía un encargo gratuito, a no ser que el testador le hubiera asignado alguna remuneración¹⁹. El Código Civil italiano de 1942 también estipuló en el artículo 771 que el ejecutor testamentario cumpliría gratuitamente su función, salvo disposición distinta del testador. El Código italiano de 1865 no traía norma alguna sobre el particular²⁰.

Podría decirse que en América Latina ha predominado la índole remunerativa del albaceazgo. Así, en el Brasil, el código civil de 1916 de Clovis Bevilacqua ya estipuló que el *testamenteiro* o persona encargada de cumplir con la última voluntad del testador consistía en un oficio remunerado con un premio que fluctuaba entre el 1% y el 5% de la herencia, como es de verse del artículo 1766, salvo que fuera heredero o legatario en cuyo caso no tenía derecho a honorario alguno. Semejante criterio ha seguido el Código Civil de 2002, como se observa del artículo 1987. Se llama “vintena” a dicho premio que consiste en otorgarle el 5% de la herencia líquida en forma graduable, como es de verse del artículo 1987 del Código del 2002, según la importancia de la sucesión²¹. El Código de VÉLEZ SARFIELD consagró, a su vez, en el artículo 3872 que debía concedérsele una comisión graduable según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. El Código chileno de Andrés BELLO fijaba también en el artículo 1302 que la remuneración será la señalada por el testador. En todo caso, el juez podía determinar el monto de la misma, según el caudal de la herencia y la laboriosidad que demande el cargo. El Código Civil uruguayo de 1869 estipula en el artículo 953 que la remuneración del albacea, si la ha determinado el testador, será fijada por el juez atendiendo al caudal hereditario y la laboriosidad que exija el cargo²².

La gran pregunta consistiría en determinar la razón por la cual la tradición latinoamericana delineó para el albacea una remuneración, a diferencia del Derecho continental europeo. A modo de conjetura podría decirse que se trataría de un rasgo que envolvía un claro cambio de mentalidad. La sustitución de una visión rentista basada en la simple confianza, por otra que concedía mayor importancia y valor económico al trabajo. Estas disposiciones plasman la firme creencia en el reconocimiento efectivo al esfuerzo individual. En buena cuenta, un rasgo americano en el genuino sentido del término.

¹⁹ AGUILERA Y VELASCO, Alberto. *Código Civil portugués*. Madrid: Colección de códigos europeos, Establecimiento Tipográfico de García y Caravera, 1879, p. 234. La regulación de los testamenteiros corren entre los artículos 1885 y 1909 y la regulación es exhaustiva.

²⁰ AGUILERA Y VELASCO, Alberto. *El Código Civil italiano comentado, concordado y comparado con las legislaciones vigentes en Europa y América*. Madrid: Colección de códigos europeos, 1881, p. 149. Artículos 903 a 911. Solo reconoce el artículo 911 los gastos hechos por el ejecutor testamentario para el inventario y el rendimiento de las cuentas.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. San Pablo: Saraiva, Vol. 7, p. 280.

²² *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

5. TEMPORALIDAD: RASGO CLAVE

Un aspecto crucial del albaceazgo es un carácter temporal. Un albaceazgo perpetuo es una institución *contranatura* que confundiría los linderos que separan a los herederos y legatarios de los ejecutores testamentarios. Se confundiría el medio con el fin. Se transformaría a los albacea en una suerte errática de beneficiarios. En la doctrina canónica y civil el término cronológico constituyó, por otro lado, uno de los temas más discutidos²³. El canonista del CARPIO se inclina por el término legal de un año, “*Annus a jure*”, sin embargo, el Obispo puede prorrogar ese término²⁴. El Código de Santa Cruz señalaba a los albaceas para cumplir su encargo el término de año contado desde la muerte del testador, si es que este no lo hubiese prorrogado expresamente. ²⁵ El Código de 1936 señalaba en el artículo 740 un plazo de dos años para el ejercicio del cargo. Salvo el testador ninguna otra persona o autoridad puede prorrogar este plazo. De otro modo termina fatalmente con el transcurso del tiempo indicado. Se trata de un mecanismo por el cual se procura obligar al albacea (por lo menos en teoría) a que cumpla rápidamente sus funciones instándolo así que coloque pronto a los herederos y legatarios en posesión de sus bienes.

El Derecho canónico concedía a los ejecutores testamentarios facultad absoluta para permanecer en el cargo el plazo que quisiesen, siempre que no se hubiera ejecutado aún la voluntad del testador, bajo el lema: *Ultima voluntas defundi modis ómnibus conservari debet* (Caus 15, cap. 4 Q. 3a)²⁶. Por el contrario en las Novelas de Justiniano el plazo es de seis meses, mientras que en las *Siete Partidas* de Alfonso X, en una línea secularizante que terminaría por imponerse en la doctrina y la legislación moderna, estipulaba el plazo de un año:

“é si por ventura el non señalase día, nin tiempo fasta que se cumpliesen, devense ellos trabajar luego después de la muerte del testador, de lo cumplir lo más ayna que pudieren sin alongamiento é sin escatima ninguna. E sin embargo tan grande oviessen porque

²³ DEL CARPIO, Francisco. *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*. Vrsae: Excudebat Ludovicus Estupiñan, Authoris Impensis, 1642, 348 pp. KE 18. C27. Biblioteca Central San Marcos. Fondo Reservado. Obra consultada también en la *Robbins Collection*, Boalt Hall, Universidad de California, Berkeley, que posee un ejemplar del año 1638, con código de clasificación: KJA1990.C37 A32 1638, procedente de San Luis de Potosí, hoy Bolivia. Una viva discusión sobre el plazo del albaceazgo se encontrará en el libro 3, capítulo primero en esta obra de Francisco del Carpio. La importancia de este libro es crucial para comprender la gravitación del Derecho de sucesiones en la sociedad de la época.

²⁴ *Ibidem*, p. 14.

²⁵ *Código Civil de Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Lima: Imprenta de José Masías, 1836, pp. 81-82. Artículo 610.

²⁶ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima. Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, 1834, tomo 3, pp. 168-170.

non lo fuessen luego cumplir, devensse trabajar que lo cumplan en todas guisan, lo mas tarde fasta un año después de la muerte del testador"²⁷.

Apuntaba VIDAURRE muy mortificado que en la práctica de su tiempo se incluía en los testamentos una cláusula mediante la cual se prorrogaba el albaceazgo más allá del término de la ley, concediéndose un tiempo indeterminado a los albaceas para el cumplimiento de los encargos del testador. Calificaba Vidaurre dicha costumbre jurídica como contraria a la razón. Guía que debe inspirar al legislador. Esta es una materia muy tratada por los civilistas y canonistas (Carpio lib. 3, cap.1). Advierte refiriéndose a los canonistas que no limitaban el plazo del albaceazgo: "Dejemos las citas para dar lugar a la razón: ella debe ser el norte de los artículos en proyecto"²⁸. Conforme a razón, pues, el albaceazgo debía estar sujeto a un término. Vidaurre propuso entonces que se limitara a un año. Si el albacea que no hubiese concluido su cargo y presentado su cuenta dentro de ese término, perderá, previo juicio sumario, el beneficio que le resulte del testamento y testamentaría, y será responsable por los perjuicios derivados de la demora. Aquella cláusula del testamento por la que se faculta al albacea, para que tome todo el tiempo que contemple necesario, para cumplir el encargo, se tendrá por no escrita²⁹.

Nada más seguro en las ciencias –recalca Vidaurre– que recordar los principios. De ese modo son muy fáciles las consecuencias al testador se condecora con el título de lejislador. Esta maxsima romana es observada en el derecho canónico. ¿Y cual es la ciencia de la ley? El que sea conforme a la razón: sino es racional no es ley. Será el mandato de un tirano, el capricho de un loco. Sin más dato resolveré que toda disposición en la que el plazo del albaceazgo quede al arbitrio del cabezalero es irracional y no ha de obedecerse. D. Diego de Cobarruvias opina que cuando no es lícita la voluntad del testador no se ha de ejecutar. Así se esplico para sostener la doctrina de que el testador no puede escluir la intervención del obispo (In Cap. Non quidem n.2.). Yo entro más en el fondo de la cuestión. El ilustre canonista en otro lugar no pone límites a la voluntad del testador afirmando que literalmente debe cumplirse (In Cap. cum tua). Las leyes no obligan en conciencia sino son justas. Se dobla la cerviz, si de quebrantarla resulta mayor daño que de cumplirla. Pero si hay fuerza para resistirla, debe resistirse. Cuando el testador usó de esa confianza limitada fue porque estaba seducido, engañado, sorprendido. ¿El gobierno que debe hacer en ese caso? Tomar la personería del difunto y proceder como él si resucitase conociendo ya que el albacea había abusado de su confianza. Dame cuenta de tu administración diría. El juez de oficio o a pedimento de parte ecsaminará las causas

²⁷ *Siete Partidas*. Vid. ley 6ª, título 10 partida 6ª. Paris: Lecointe y Lasserre, Editores, 1843, p. 260.

²⁸ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima. Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, 1834, tomo 3, pp. 168-170.

²⁹ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª o parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima, imprenta del constitucional por Justo León, 1836, pp. 151-154.

*de la demora, y concederá un plazo prudente para la ejecución. Así ha de conciliarse el derecho patrio con el civil y canónico. Por una autentica se concedieron cinco años para la construcción de un templo. No es fácil en una legislación general comprender todos los casos particulares*³⁰.

Tanta importancia se concedió a la necesidad de limitar el tiempo del albaceazgo en la legislación real que las *Siete Partidas* imponían sanciones a los ejecutores testamentarios que alargaban con malicia el cumplimiento de las mandas con el propósito de permanecer indefinidamente en el cargo. Así se lee en el epígrafe de la ley 8a de Partida.

*Por malicia o descuidamiento non queriendo los testamentarios cumplir las mandas que oviesse alguno dejado en su mano si por tal razón como esta seyendo amonestados, fueren tollidos de officio por juicio pierden aquella parte, que deben haber en el testamento; fueras ende si alguno de ellos fuesse fijo del testador, ca este atal no debe perder la su legítima parte que los fijos deban haber en los bienes del padre por razón de la naturaleza*³¹.

VIDAURRE encomia la norma con entusiasmo tanto que asegura que parece dictada por Gaetano FILANGIERI, el famoso teórico italiano de la buena legislación. Estima que debe imponerse como sanción la separación del cargo³². Sin embargo, muchos albaceas insistían naturalmente, *contra legem*, en mantenerse en sus puestos. Ya en el siglo XX, en la revista *Variedades* de Lima, aparece un chiste acompañado de una ilustración. Un personaje le pregunta a otro: --¿Quieres ser heredero? Entonces la persona interrogada le contesta con indolencia: --No, prefiero ser albacea³³.

Los códigos modernos se orientaron a estipular el vencimiento del plazo del albaceazgo. De los albaceas o testamentarios. Un ejemplo reciente es el Código Civil brasileño del 2002. El artículo 1983 fija el plazo brevísimo de 180 días prorrogables. Se modifica así el plazo de un año que confería el Código Civil de 1916 en el artículo 1762³⁴. En el proyecto de GARCÍA GOYENA se determina que el albacea debe cumplir su encargo en el término señalado por el testador, con tal que no exceda de un año: si el testador no lo señaló, tendrá el ejecutor testamentario el término de un año a contar desde la muerte de aquel³⁵. El Código Civil peruano de 1852 lo fijó en dos años. El Código Civil

³⁰ VIDAURRE, M.L., *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, Tercera parte comprende todo lo que corresponde a últimas voluntades, 1836, pp. 168-170.

³¹ *Ibidem*. pp. 168-170.

³² *Ibidem*. pp. 168-170. Véase allí el artículo 28 de su propuesta.

³³ *Variedades*, p.

³⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Vol. 7, o., c., p. 279.

³⁵ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*.

de 1936, conforme a su artículo 740, determinó el plazo de dos años, salvo que en el testamento se hubiera fijado un plazo mayor o se hubiera dado un encargo especial al albacea o si le ha prorrogado el término. A su vez el Código Civil de 1984 en el artículo 796 estipula que el cargo se extiende por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador, o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos. Es similar la redacción del Código Civil uruguayo de 1969. El artículo 954 declara que si el testador no hubiera prefijado el tiempo, se considerará el plazo de un año, a no ser que el juez lo prorrogue por dificultades graves³⁶. Queda, sin embargo, en pie la siguiente cuestión para el Derecho peruano: ¿Es posible que el albaceazgo sea perpetuo durante toda la vida del ejecutor testamentario o, incluso a lo largo de las sucesivas existencias de varios ejecutores testamentarios si así lo quiere el testador y que, en consecuencia, no expire a los dos años sino en cincuenta o cien años? Consideramos que no. En buena cuenta, en ese caso, se incurriría en una especie de absolutismo testamentario que el espíritu de la ley y el principio general del Derecho que descansa en el pronto cumplimiento de las mandas testamentarias repudian. La redacción, sin embargo, no es inequívoca y algún testador confundido podría consignar en su testamento una cláusula de perpetuidad o de duración indeterminada³⁷.

6. ¿CARÁCTER PERSONALÍSIMO O DELEGABLE?

Un tema discutido en la doctrina se refería a la cuestión de si albaceazgo era un encargo de cumplimiento personalísimo o si cabía que el albacea delegara sus funciones. VIDAURRE en el artículo 10^o de su proyecto se pronunció a favor de la primera solución. El cargo, a su juicio, es personalísimo y no se puede sustituir si el testador no lo facultó para ello. “No hay albacea de albacea”, sostenía categórico el jurisconsulto limeño³⁸. Sin embargo, esa postura es marginal en la tradición nacional. A su vez, el Código Civil de 1852 determinó que en el artículo 821 que el cargo de albacea era meramente o, simplemente,

Zaragoza: Cometa S.A., 1974, pp. 387-389. Artículo 735.

³⁶ *Código civil para el Estado oriental del Uruguay*. Montevideo: Imprenta de La Tribuna, 1868.

³⁷ He aquí una reciente preocupación acerca del tiempo del albaceazgo. El artículo 795 del Código Procesal Civil peruano de 1993 establecía como causa de remoción del albacea, que: “Deja de ser albacea el que no empieza la facción de inventarios dentro de los noventa días contados desde la muerte del testador o dentro de los treinta días de haber sido requerido para ello, notarial o judicialmente”. Una nueva redacción, conforme al D. Leg. 768, consigna: “Puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores”.

³⁸ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*. Lima, imprenta del constitucional por Justo LEÓN, 1836, pp. 151-154.

personal, y no podía transmitirse por el que lo ejerce³⁹. El Código Civil de 1936 no se pronunció sobre la materia. Fue el de 1984 que en el artículo 789, si bien dispuso el carácter personal del albaceazgo y ratificó su naturaleza indelegable, autorizaba que ciertos actos podían ejercerse mediante representantes, “*bajo las órdenes y responsabilidades del albacea*”.

7. LA CRISIS DEL ALBACEAZGO

Con la crisis del Derecho sucesorio y, especialmente, a raíz del colapso social del testamento como medio predominante de transmisión del dominio *mortis causa*, también el albaceazgo ha entrado en una franca crisis. La emergencia renovada del fideicomiso, si bien con la limitación de su naturaleza bancaria, auguran que en aquellos casos en los que se disponga de los bienes y derechos por testamento el protagonismo de los albaceas haya disminuido en el horizonte institucional. Cabe, por otro lado, que los bancos mismos no solo atiendan a los encargos fideicomisarios, sino que premunidos de prerrogativas, a partir del Código Civil de 1936 y confirmadas por el Código Civil de 1984, opten, previa decisión del testador, claro está, de impulsar con mayor vigor económico el ejercicio del albaceazgo. Es probable también que asistamos a la profesionalización del albaceazgo en el caso de las personas naturales, que se aviene perfectamente con índole remunerada que ha seguido el Derecho peruano. Este sería un estupendo punto de encuentro en la tradición jurídica y las exigencias contemporáneas.

³⁹ DE LA LAMA, M.A. *Código Civil*. Lima, 1852. p. 139.

Contenido General

Tomo I

COLABORADORES	5
PRÓLOGO	7
<i>Comité Editor</i>	

CAPÍTULO I

VIDA Y OBRA DE MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Manuel de la Puente y Lavalle: Hombre de honor	11
<i>Delia Revoredo Marsano de Mur (Perú)</i>	
Manolo: Mi compañero	15
<i>Renato Vázquez Costa (Perú)</i>	
Una lectura sobre la metodología de Manuel de la Puente y Lavalle	21
<i>Marcial Rubio Correa (Perú)</i>	

CAPÍTULO II

DERECHO CONSTITUCIONAL

El paradigma del Estado de Derecho Constitucional	35
<i>Ricardo Luis Lorenzetti (Argentina)</i>	
Constitucionalización del Derecho Civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	53
<i>César Landa Arroyo (Perú)</i>	
El derecho al secreto de las comunicaciones. Su escaso desarrollo jurisprudencial	75
<i>Samuel B. Abad Yupanqui (Perú)</i>	

El cambio de sexo y la constitucionalidad de una sentencia judicial que ordena su inscripción registral.....	93
<i>Francisco José Eguiguren Praeli (Perú)</i>	
Una impronta constitucional sobre la propiedad privada.....	109
<i>Yuri Vega Mere (Perú)</i>	
Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de creación artística.....	137
<i>José Ramón de Verda y Beamonte (España)</i>	
Hábeas Data y libertad de prensa (a propósito de la inserción de datos falsos en periódicos digitales)	157
<i>Oscar R. Puccinelli (Argentina)</i>	
México y el constitucionalismo social.....	215
<i>José de Jesús Naveja Macías (México)</i>	
Las normas constitucionales y las relaciones privadas en la experiencia de las Cortes Superiores brasileñas.....	229
<i>Gustavo Tepedino (Brasil)</i>	

CAPÍTULO III

DERECHO DE LOS CONTRATOS

¿Contratos de ciencia ficción? Las nuevas fronteras del derecho contractual.....	245
<i>Alfredo Bullard González (Perú)</i>	
Libertad de contratación: Principio fundamental en el derecho de contratos	281
<i>Carlos Alberto Soto Coaguila (Perú)</i>	
La oferta de contrato	319
<i>Eduardo Barboza Beraún (Perú)</i>	
Las negociaciones preliminares y la formación del contrato.....	345
<i>Claudia R. Brizzio (Argentina)</i>	
El contrato con prestaciones recíprocas	363
<i>Nelson Ramírez Jiménez (Perú)</i>	

Incumplimiento del débito informativo: Remedios preventivos, resarcitorios y de sanción en el sistema de defensa del consumidor argentino	375
<i>María Belén Japaze (Argentina)</i>	
Desequilibrio contractual causado por cláusulas abusivas	405
<i>Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay)</i>	
La lesión y la presunción de aprovechamiento	435
<i>Luis Moisset de Espanés (Argentina)</i>	
El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico.....	453
<i>Jorge Rodríguez Russo (Uruguay)</i>	
Libertad contractual y su funcionalización: Orientación metodológica y lenguaje utilizados por la Comisión Elaboradora del Código Civil brasileño	477
<i>Gerson Luiz Carlos Branco (Brasil)</i>	
Sistema interpretativo de la red de contratos en Brasil	497
<i>Adalberto Simão Filho (Brasil)</i>	
Reglas tradicionales de interpretación de los contratos. Examen general en el derecho colombiano y su proyección internacional	521
<i>Carlos Ignacio Jaramillo J. (Colombia)</i>	
La cesión de la posición contractual.....	565
<i>Boanerges Rodríguez Freire (Ecuador)</i>	
El contrato de auspicio y los derechos de autor	589
<i>Fernando de Trazegnies Granda (Perú)</i>	
La contratación pública	615
<i>Jorge Avendaño Valdez (Perú)</i>	
El solidarismo contractual	623
<i>Mariana Bernal Fandiño (Colombia)</i>	

**CAPÍTULO IV
RESPONSABILIDAD CIVIL**

El daño indemnizable.....	639
<i>Fernando Vidal Ramírez (Perú)</i>	
Apuntes sobre el daño a la persona.....	651
<i>Carlos Fernández Sessarego (Perú)</i>	
Daño a la salud	707
<i>Jorge Mosset Iturraspe (Argentina)</i>	
Responsabilidad colectiva. Supuestos de miembros no identificados de un grupo dañador	713
<i>Edgardo Ignacio Saux (Argentina)</i>	
Teoría del Riesgo: Cinco sofismas fundamentales	725
<i>Benjamín Moisés (Argentina)</i>	
Asunción de riesgos.....	745
<i>Juan José Casiello (Argentina)</i>	

Tomo II

**CAPÍTULO V
DERECHO CIVIL**

El principio de la buena fe	777
<i>Juan Espinoza Espinoza (Perú)</i>	
La buena fe como dispositivo de ponderación	799
<i>Iñigo de la Maza Gazmuri (Chile)</i>	
Abuso de derecho. Breves reflexiones sobre algunos de sus aspectos principales, su importancia actual como principio general y su incidencia en punto a la lesión calificada.....	821
<i>Juan E. Blengio (Uruguay)</i>	
Principios del Derecho Civil contemporáneo y los nuevos campos transterritoriales de las normas jurídicas: Propuestas y problematizaciones para un código de principios.....	843
<i>Luiz Edson Fachin (Brasil)</i>	

<i>Contenido General</i>	1541
Inexistencia del acto jurídico	857
<i>Anibal Torres Vásquez (Perú)</i>	
La proscripción general de la violencia en el derecho privado.....	875
<i>Luis Díez-Picazo (España)</i>	
Naturaleza jurídica de los derechos sobre bienes, a propósito del artículo 2022 del Código Civil y la prioridad del embargo inmobiliario	881
<i>Martín Mejorada Chauca (Perú)</i>	
Las servidumbres eléctricas: Similitudes y diferencias con la servidumbre civil	893
<i>María del Carmen Tovar Gil (Perú)</i>	
Equidad, propiedad horizontal y tutela judicial	905
<i>Manuel López-Medel Bascones (España)</i>	
Novedades del matrimonio en el Derecho Civil español.....	921
<i>Ramón Durán Rivacoba (España)</i>	
Indivisión sucesoria	963
<i>Augusto Ferrero Costa (Perú)</i>	
La delación	969
<i>César Fernández Arce (Perú)</i>	
El Ojo de Thundera: Cuando se ve más allá de lo evidente. La compensación y los créditos inembargables.....	999
<i>Luciano Barchi Velaochaga (Perú)</i>	
La mora	1041
<i>Felipe Osterling Parodi (Perú)</i>	
<i>Mario Castillo Freyre (Perú)</i>	
La mora del deudor en las relaciones obligatorias con prestación de no hacer.....	1071
<i>Carlos Cárdenas Quirós (Perú)</i>	
Breves apuntes en torno a la prescripción extintiva.....	1087
<i>Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Perú)</i>	

**CAPÍTULO VI
DERECHO COMERCIAL**

- La naturaleza jurídica del contrato de compraventa de la empresa 1097
Alonso Morales Acosta (Perú)
- Problemática sobre el principio de proporcionalidad del capital frente al derecho de voto en las sociedades anónimas..... 1111
Oswaldo Hundskopf Exebio (Perú)
- La cláusula *Pari Passu* en la deuda soberana:
Una aproximación diferente al caso Elliott..... 1141
Freddy Escobar Rozas (Perú)

**CAPÍTULO VII
ARBITRAJE**

- La ética en los tribunales arbitrales internacionales 1175
Eduardo Ferrero Costa (Perú)
Javier Ferrero Díaz (Perú)
- La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba..... 1205
Ana María Arrarte Arisnabarreta (Perú)
- El arbitraje laboral en las relaciones individual y colectiva del trabajo 1227
Alfonso de los Heros Pérez-Albela (Perú)
- Denegación de la ejecución forzosa del laudo de consumo por nulidad de la cláusula de sumisión a arbitraje 1245
María Marcos González (España)
- La continuidad entre la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT, la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la jurisprudencia arbitral costarricense..... 1267
Víctor Pérez Vargas (Costa Rica)

**CAPÍTULO VIII
MISCELÁNEA**

Tendencias en el Derecho Internacional Privado contemporáneo.....	1293
<i>César Delgado Barreto (Perú)</i>	
La autonomía de la voluntad en la conformación de las relaciones jurídicas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español.....	1317
<i>Montserrat Guzmán Peces (España)</i>	
Comisión de la Verdad y justicia transicional. El caso peruano	1343
<i>Salomón Lerner Febres (Perú)</i>	
La Defensoría del Pueblo y su labor en la consolidación democrática del Perú.....	1353
<i>Beatriz Merino Lucero (Perú)</i>	
El derecho del trabajo: De ayer, de hoy, de siempre.....	1365
<i>Mario Pasco Cosmópolis (Perú)</i>	
Disfuncionalidad de relaciones colectivas de trabajo en el Perú ..	1391
<i>Pedro Morales Corrales (Perú)</i>	
Desplazamientos transnacionales de trabajadores. La determinación de la normativa aplicable en el marco de la movilidad laboral internacional en el ámbito de la Unión Europea y el espacio económico europeo	1415
<i>Javier Fernández-Costales Muñiz (España)</i>	
Una visión judicial de la cesión ilegal de trabajadores.....	1445
<i>Rodrigo Martín Jiménez (España)</i>	
El desistimiento de la pretensión.....	1469
<i>Juan Morales Godo (Perú)</i>	
El <i>Amicus Curiae</i> en la Argentina	1483
<i>Guillermo J. Borda (Argentina)</i>	

Deontológica y ética profesional en los registradores	1499
<i>Jesús López-Medel (España)</i>	
Albaceas: El legado ibérico y la tradición nacional.....	1525
<i>Carlos Ramos Núñez (Perú)</i>	
Contenido General.....	1537

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de Grandez Gráficos S.A.C.
en el mes de octubre de 2013
Telf. (511) 5314658
www.grandezgraficos.com

MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE fue un hombre excepcional, en todos los aspectos de su vida. Todo aquél que lo conoció —en persona o en sus libros— sabe que pocos como él merecen reconocimiento absoluto, como intenta darle este libro, que sale a luz cuando él ya no está... tal vez porque en vida no nos lo hubiera permitido.

Y ese, precisamente, fue el primer escollo del Comité Editor: rendir homenajes a MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE fue siempre difícil, sólo porque él lo hacía difícil. Los miembros del Comité, amigos suyos, coincidíamos en que a “Manolo” no le hubiese gustado este homenaje póstumo de un libro en su honor.

Pero que lo merecía... ¡sí!... como nadie.

Entonces, ¿qué hacer cuando un hombre fue —bajo los más altos estándares— paradigma de honorabilidad, de sapiencia, de justicia en acción y de muchísimas otras virtudes morales e intelectuales; pero al mismo tiempo fue modesto a tal extremo, que rechazaba tajantemente cualquier reconocimiento a sus aciertos?

Como verán, nos hemos atrevido a ir contra la voluntad presunta (casi cierta) del Maestro; pero ha sido así por consideraciones valiosas: creemos que este libro, al margen de difundir quién fue MANUEL DE LA PUENTE y de la admiración que mereció de todos los que lo conocimos, servirá a las futuras generaciones de abogados para apreciar la importancia de ejercer la abogacía con una pulcritud moral ejemplar —y casi diríamos— exagerada.

Ese comportamiento no abunda en nuestro medio... cuesta mucho vivir conforme a cánones tan estrictos de conducta, como lo hizo Manolo. Pero la consecuencia de difundir sus merecimientos es grande, ya que esperamos que sus valores sean imitados por nuestros coetáneos y por los futuros abogados del país: tendríamos entonces un ejercicio profesional erudito, informado, actualizado, profundo, y, lo más importante, un ejercicio profesional ético, que prefiera la verdad al honorario, la razón jurídica a las triquiñuelas procesales, los principios constitucionales a la interpretación interesada de la ley.

Estamos rindiendo homenaje al Maestro, para que nuestros jóvenes aprecien e imiten el camino correcto del ejercicio profesional y el de la vida. Lo hacemos en aras de ese bien gremial que consideramos más urgente para el país, que la reconocida modestia del Maestro.

978-612-4047-92-3



9 786124 047923