CÓDIGO
CIVIL
COMENTADO
COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL
TOMO X
ACETA
JURIDICA

# CÓDIGO CIVIL

## COMENTADO

COMENTAN MÁS DE 200 ESPECIALISTAS
EN LAS DIVERSAS MATERIAS DEL DERECHO CIVIL

COORDINADORES
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

## TOMO X

Artículos 1969 - 2122

Fuentes de las Obligaciones:
Responsabilidad extracontractual
Prescripción y Caducidad
Registros Públicos
Derecho Internacional Privado

GACETA JURIDICA

**CÓDIGO CIVIL COMENTADO**
**Tomo X**

**© Gaceta Jurídica S.A.**

**Coordinadores:**
Manuel Muro Rojo
Manuel Alberto Torres Carrasco

Cuarta edición: agosto 2020
2220 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2020-01570
ISBN Obra completa: 978-612-311-702-3
ISBN Tomo X: 978-612-311-712-2
Registro de proyecto editorial
31501222000094

Prohibida su reproducción total o parcial
D.Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Carlos Hidalgo De la Cruz
Diagramación de interiores: Henry Marquezado Negrini

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe
www.gacetajuridica.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Agosto 2020
Publicado: agosto 2020

# AUTORES DE ESTE TOMO

## (Según el orden de los comentarios)

### GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Civil por la referida universidad. Presidente del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano (R.M. N° 0300-2016-JUS). Ha sido miembro de la Comisión de Reforma de la Ley General de Arbitraje, así como de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS). Ha sido amicus curiae en el Octavo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema. Socio fundador del estudio Fernández & Vargas abogados.

### LEYSSER LEÓN HILARIO

Profesor y coordinador del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento (Pisa). Miembro de la World Tort Law Society (Viena-Pekín) y del Grupo Iberoamericano para el Derecho de Daños (Talca-Madrid). Socio de la Associazione Italiana di Diritto Comparato y del Istituto Emilio Betti di Scienza e Teoria del Diritto nella Storia e nella Società (Téramo). Asociado internacional del Instituto Brasileño de Estudios sobre Responsabilidad Civil - IBERC (Belo Horizonte). Consultor de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU y Uría Abogados.

### JAVIER PAZOS HAYASHIDA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla-La Mancha (España) y en Gerencia Social por la PUCP. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España). Profesor en la PUCP.

### YURI VEGA MERE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría en la Universidad de San Martín de Porres. Especialización en Disciplinas Bancarias de la Facultad de Economía en Universita degli Studi di Siena, Italia (1993). Profesor honorario de la Universidad Católica Santa María. Socio senior del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera.

### ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en dicha universidad y en la Academia de la Magistratura. Árbitro en controversias relacionadas a temas de contratación estatal y Derecho Civil.

### JORGE A. BELTRÁN PACHECO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la referida universidad. Profesor en la PUCP.

### LUIS ALEJANDRO LUJÁN SANDOVAL

Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la UNMSM.

### CÉSAR E. MORENO MORE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster Internacional de II nivel en Derecho Privado Europeo por la Università Degli Studi "Mediterranea" Di Reggio Calabria. Profesor en la Universidad Tecnológica del Perú.

### FEDERICO G. MESINAS MONTERO

Abogado por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Egresado de la Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor de Derecho Civil en diversas universidades.

### CARLOS A. MISPIRETA GÁLVEZ

Abogado por la Universidad de Lima. Magister en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y en Iniciación a la Investigación en Derecho del Comercio y Contratación por la Universidad Autónoma de Barcelona. Asesor senior en Global Perú Immigration & Law Services.

### JOSÉ BARRETO BRAVO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido adjunto de docencia en la referida universidad. Candidato a magister por la Universidad de Roma Tor Vergata.

### NELWIN CASTRO TRIGOSO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), con estudios de maestría en Sociología en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ha sido profesor adjunto de Derecho Civil en la PUCP, y también ha sido asistente de docencia de Derecho Civil en la UNMSM, PUCP y la Universidad de Lima. Ha sido miembro de la División de Estudios Legales de Gaceta Jurídica. Ejecutivo de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.

### ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de la PUCP, de la Universidad del Pacífico y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido presidente de la Comisión Técnica que elaboró la Ley de Arbitraje del Perú y del Tribunal del Indecopi. Socio fundador de Bullard Falla Ezcurra.

### CARLOS FLORES ALFARO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Intendente de Registros de Cooperativas y Acciones Correctivas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

### FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Profesor universitario. Ha sido miembro de la Comisión Revisora del Código Civil, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y presidente de la Academia Peruana de Derecho. Socio del estudio Vidal, Quino & Polack.

### EUGENIA ARIANO DEHO

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Derecho Procesal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI

Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial, y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en ambas universidades. Socio en Rodríguez Angobaldo Abogados.

### MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Maestría en Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado de Rodríguez Angobaldo abogados.

### JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Egresado de la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Director ejecutivo de las revistas *Diálogo con la Jurisprudencia* y *Actualidad Jurídica*.

### JOHALY CRISTINA CÓRDOVA RIVERA

Integrante del Tercer Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Lima Norte. Integrante del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Federico Villareal. Colaborada permanente de *Diálogo con la Jurisprudencia* y *Actualidad Jurídica*.

### JORGE LUIS GONZALES LOLI

Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Profesor en la Maestría de Derecho Registral y Notarial de la Universidad de San Martin de Porres y en la Segunda Especialización en Derecho Registral y Notarial en la Universidad de Ciencias Aplicadas. Ha sido registrador público y vocal del Tribunal Registral. Notario público.

### ÓSCAR HUERTA AYALA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magíster en Derecho Civil y Comercial por la referida universidad. Profesor en la UNMSM. Registrador público del Registro de Predios de la Zona Registral N° IX-Sede Lima.

### LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Profesor en dicha universidad y la Maestría de Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres. Vocal del Tribunal Registral.

### GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios en la maestría de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha realizado estancias de investigación como investigador visitante en el Instituto Max Planck - Institute für auslandisches und internationales Privatrecht en Hamburgo y de la Universidad de Hamburgo. Profesor en la PUCP. Socio fundador de Mendoza del Maestro Consultores & Abogados.

### ALBERTO MENESES GÓMEZ

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Magíster en Derecho Registral y Notarial por la Universidad de San Martin de Porres. Ha sido secretario de la Comisión Consultiva de Derecho Notarial 2012 del Colegio de Abogados de Lima (CAL) e integrante de la Comisión de Estudios de Derechos Reales 2016 del CAL. Egresado del XV Curso PROFA - Academia

de la Magistratura. Asociado senior del área inmobiliaria del Estudio Olaechea.

### FRANCISCO AVENDAÑO ARANA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con Maestría por la Universidad de Boston. Abogado especializado en Derecho Inmobiliario y árbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor Principal en la PUCP. Ha sido miembro de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. Socio del estudio Jorge Avendaño Abogados.

### MARCO ANTONIO PACORA BAZALAR

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de Maestría en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido gerente del Registro de Propiedad Vehicular y del Registro de Propiedad inmueble de Lima. Ex registrador público. Ha sido profesor en la USMP y en la Universidad de Lima. Notario público.

### MOISÉS ARATA SOLÍS

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martin de Porres (USMP). Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima, USMP y Universidad San Ignacio de Loyola. Socio del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata & Asociados.

### ZEGEL BASILIO SANTOS

Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. Magíster en Derecho Civil y Comercial y estudios concluidos en el Doctorado en la referida universidad. Registrador público.

### OSWALDO ARIAS MONTOYA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil y Comercial, y Doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor en la Universidad de San Martín de Porres y en la Universidad de Lima. Notario público.

### JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Segunda Especialidad en Derecho Registral por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos en la Maestría en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Registrador público.

### MARCO ANTONIO BECERRA SOSAYA

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Magister por la Universidad de Lima con mención en Derecho Empresarial. Profesor en la Sección de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la USMP. Ha sido registrador público y gerente registral de la Sunarp. Notario público en Lima.

### EDUARDO LAOS DE LAMA

Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Ha sido presidente de la Comisión de la Ley de Garantías Inmobiliarias y decano del Colegio de Notarios de Lima. Notario público. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

### EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Investigación Jurídica por la referida universidad. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España). Doctoranda en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex profesora en la PUCP, Universidad de San Martín de Porres y en la Academia de la Magistratura. Jueza superior titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

### CÉSAR DELGADO BARRETO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, y con estudios superiores en La Sorbona de París y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Ha sido senador de la República, ministro de Justicia y vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Profesor en la PUCP.

### CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

Abogado por la Universidad de Lima. Estudios de Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Internacional Privado en la referida universidad.

### JORGE BASADRE AYULO

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Maestro en Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Fue profesor en la Universidad de Piura, UNMSM, USMP, Universidad de Lima, entre otros. Fue miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

### MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesora de Derecho Internacional Privado en diversas universidades. Vicepresidenta del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Socia del Estudio Echecopar.

### ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ

Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT). Máster en Especialización e Investigación en Derecho con mención en Derecho de

la Familia y de la Persona por la Universidad de Zaragoza (España). Doctora en Derecho por la referida universidad. Investigadora contratada en la referida universidad y profesora en la USAT.

### MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad San Jorge. Magistrado suplente en la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sala de lo Civil y de lo Penal).

### LUZ MONGE TALAVERA

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad de París XIII (Francia). Doctora en Derecho por la Universidad de París II - Pantheon-Assas (Francia). Ex defensora adjunta para los Derechos de la Mujer.

### MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Investigación Jurídica por la referida universidad. Profesora de Derecho Internacional Privado en la PUCP. Integrante del subgrupo de Derecho Internacional Privado del Grupo de Trabajo (R.M. N° 0300-2016-JUS) para revisar y proponer mejoras al Libro X del Código Civil. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

### MARCELA T. ARRIOLA ESPINO

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster por la Universidad Complutense de Madrid. Magistrada de la Corte Superior de Lima, y juez suprema provisional de la Corte Suprema. Profesora universitaria.

### MANUEL MURO ROJO

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Estudios de posgrado en la Maestría de Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido profesor de Derecho Civil en la USMP y en la Universidad de Lima. Director legal de Gaceta Jurídica.

### GONZALO GARCÍA CALDERÓN

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Internacional Económico por la referida universidad. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley de Títulos y Valores, y de la Ley de Arbitraje. Exdirector de la Cámara de Comercio de Lima. Árbitro internacional y nacional.

### MARÍA DEL CARMEN DELGADO MENÉNDEZ

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Investigación Jurídica por la referida universidad. Profesora de Derecho Internacional Privado en la PUCP. Integrante del subgrupo de Derecho Internacional Privado del Grupo de Trabajo (R.M. N° 0300-2016-JUS) para revisar y proponer mejoras al Libro X del Código Civil. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

### JAVIER TOVAR GIL

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Internacional Económico por la referida universidad, y posgrado en la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Maestría de Derecho Internacional Económico de la PUCP. Socio del estudio Echecopar.

### RAMIRO VALDIVIA CANO

Abogado por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa (UNSA). Maestría en Derecho Comparado por la Universidad de Illinois y doctor en Derecho Público por la UNSA. Exjuez de la Corte Suprema.

### FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) por Yale Law School. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor universitario de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional.

### CARLOS A. RAMOS NÚÑEZ

Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Magíster en Derecho Civil y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la PUCP. Magistrado del Tribunal Constitucional.

### HENRY HUANCO PISCOCHE

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Título de Máster en Asesoría y Consultoría Inmobiliaria en la Universitat de Barcelona. Profesor de Contratos, Derechos Reales, Obligaciones y Arbitraje en las Facultades de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad del Pacífico y en la maestría de Derecho Civil de la UNMSM. Socio del Estudio Huanco Abogados.

### MARCIAL RUBIO CORREA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil y doctor en Derecho por la referida universidad. Profesor en la PUCP. Ha sido rector de dicha universidad (2009-2018) y ministro de Educación. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

# LIBRO VII

# FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

(Continuación)

# SECCIÓN SEXTA
# RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

## Responsabilidad subjetiva

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

Concordancias:
*C.C. arts. 1318, 1319, 1320, 1971; C.P.C. arts. 509, 510, 515, 516; C.T. art. 191; LEY 26662 art. 4; D.LEG. 1049 arts. 144, 145, 146; D. LEG. 052 arts. 51, 85 inc. 6), 89 inc. 1); D.S. 093-2002-EF art. 347; D.S. 017-93-JUS art. 200*

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ

### 1. El concepto tradicional de la culpa: la noción de "culpa ética". El basamento psicológico

1. Al inicio de la era de la codificación, como bien se ha señalado [FRANZONI, 1993: 39-42], la propiedad funciona como eje en torno al cual gravitan todos los demás institutos y, en este sentido, la responsabilidad civil no es sino un medio de protección de la propiedad: "(...) el propietario podía considerarse protegido, ya que nada, sino su propia voluntad, habría podido privarlo del derecho o del poder de goce sobre el bien (...). El negocio jurídico, entonces, funcionalmente concebido como modo de transferencia de la propiedad, estructuralmente modelado según los esquemas de la voluntad de su declarante, podía satisfacer exigencias contrapuestas: garantizar a los propietarios contra el peligro de perder el propio derecho; y proteger a los comerciantes no propietarios, los cuales, depositando su confianza sobre esta voluntad, tenían la seguridad de operar sobre un plano de igualdad formal (...)". En esta época –fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX– y bajo este contexto, "(...) la autonomía negocial y la culpa no representan otra cosa que el momento fisiológico y el momento patológico, respectivamente, de la acción voluntaria del sujeto de derecho entendido como 'propietario'(...)". La culpa, como "resultado negativo de la voluntad", viene a constituir entonces el criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria.

Por esto, pues, la culpa –en sentido estricto– será vista como "actitud psíquica" y consistirá "(...) en un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas (...) que hace que se opere imprudentemente (culpa) o que se omitan las precauciones que se debían adoptar (negligencia) (...)" [CORSARO, 2003: 126].

La noción de una culpa "ética" y "psicológica", entonces, resulta connatural a la cosmovisión individualista y "ochocentista" de la responsabilidad civil y no es otra cosa que el resultado de un modelo erigido sobre el Code Napoleón, producto de la herencia iusnaturalista, el material ofrecido por las fuentes romanas y, sobre todo, de las ideas individualistas de la Revolución Francesa. En los orígenes de las codificaciones –bien lo ha escrito Salvi [SALVI, 1998: 11-12]– se encuentra siempre presente "(...) la obra de reorganización conceptual desarrollada por los iusnaturalistas y por la doctrina francesa entre los siglos XVII y XVIII. La reconducción a una unidad del material ofrecido por las fuentes romanas y el acoplamiento sobre el mismo de la idea de responsabilidad ético-comportamental que trae

y difunde el Derecho Canónico, conducen a la elaboración de una figura general de 'delito' civil, fundado sobre los elementos de reprobabilidad ética del comportamiento (culpa), de la pérdida económica *(damnum)* y de la lesión de la propiedad ajena *(iniuria)* [...]", por lo que "(...) de regla, en este modelo, el resarcimiento tiene lugar solo si al emplazado puede personalmente imputársele una 'responsabilidad', por la reprobabilidad de su comportamiento (...)" [Véase al respecto, para una mayor profundidad en el tema: ROTONDI, 1916-1917: 942-970 y 236-295; y MARTÍNEZ SARRIÓN, 1993: 183-400], asumiendo la culpa la categoría de "fundamento" de la responsabilidad civil toda [Véase, por todos: CHIRONI, 1897: nota a pie de página 1, 15-16; GIORGI, 1911: Vol. V, n. 149: nota a pie de página 2, 227; DEMOGUE, 1923: t. III, n. 223, 365-366; COLIN et CAPITANT, 1924: t. III, n. 497, 734-742; PLANIOL, 1931: t. II, n. 863-931, principalmente n. 863, 927 y 931-14, 302-357; LALOU, 1932: n. 122, 64-65; PLANIOL et RIPERT, 1946: t. VI, n. 477, 666; RIPERT(1), 1949: n. 112-123, principalmente n. 112, 116 y 123, 198-224; JOSSERAND, 1950: t. II-Vol. I, n. 413, 295; MAZEAUD et TUNC, 1962: t. 1-II, n. 338, 378 y 379, 2 y 34-35; RIPERT et BOULANGER, 1963: t. V, n. 898 y 903, 23 y 27].

2. Aún en la etapa de la concepción ética y psicológica de la culpa, entendida no como una etapa "temporal", sino como aquella en donde no se discute el rol de la culpa como criterio de selección de los intereses merecedores de tutela resarcitoria y en donde tampoco se discute el papel de aquella de "fundamento" de la responsabilidad toda bajo el principio: "ninguna responsabilidad sin culpa", el concepto mismo de culpa no presenta un sentido unívoco.

Abarcando los siglos XVII, XVIII (reorganización conceptual), XIX y hasta las primeras cuatro décadas del siglo XX, la doctrina comparada del *civil law* desarrolla variadas nociones y tipos de culpa, lo que puede apreciarse del resumen que presenta Maiorca en Italia, a fines de la década del 40 y aún bajo la vigencia del Código Civil italiano de 1865, retrato fidedigno del Code Napoleón de 1804:

> "(...) Una indagación histórica sobre el empleo de la expresión «culpa» mostraría las oscilaciones en esta materia de excepcional interés que han constituido durante todo el tiempo objeto de amplísima investigación. Aquí no puedo más que resumir los términos del problema y muchas definiciones particulares descuido.
>
> En un sentido, se dice que 'está obligado' al resarcimiento quien 'es responsable', y es responsable quien está en 'culpa'. Responsabilidad sería entonces un concepto lógicamente precedente a aquel de obligación de resarcimiento. Empero, puesto que quien está en culpa es responsable y quien es responsable está obligado al resarcimiento (confróntese: CHIRONI), desde este otro punto de vista que pone como expresiones sinónimas «estar en culpa» y «ser responsable», se dice que quien está en culpa queda obligado al resarcimiento: de aquí es breve el paso a decir que la culpa es la 'fuente' de la obligación de resarcimiento.
>
> El artículo 1097 Cod. Civ., refiriéndose a la tradición del Derecho romano, pone como fuentes de la obligación al delito y al cuasi-delito. Delito (y cuasi-delito) –se suele decir– es un particular 'hecho jurídico al cual la ley le atribuye el nacimiento de una obligación'. Como sinónimo de delito se habla de hecho ilícito, hecho antijurídico, *'torto'*; en general, 'hecho' contrario al Derecho (confróntese: BRUCI, PACCHIONI, INVREA). Y, así, se habla inclusive de 'culpa' como 'hecho' (hecho culpable).
>
> Pero la palabra 'culpa' tiene también empleos diferentes. 'Estar en culpa' puede significar ser 'autor de un determinado hecho' antijurídico; pero también estar en una particular

'condición subjetiva' en relación a un determinado hecho. En efecto, no todo «autor» de un hecho del cual se postula la antijuridicidad es responsable o igualmente responsable.

Se transporta sobre el sujeto agente la búsqueda de las condiciones de responsabilidad y, de aquello, se dice que está en culpa.

Esta misma consideración subjetiva a los fines de la responsabilidad puede tener, empero, una dirección diversa, según se considere el «hecho» presupuesto de responsabilidad como una entidad (evento) relevante del agente, o bien como la 'conducta' misma del agente, como actividad subjetiva, esto es como acto de voluntad y de pensamiento, respecto al cual se puede agotar toda consideración y búsqueda relativa al presupuesto de la responsabilidad.

Culpa puede ser, entonces, sinónimo de delito o *'torto'* o hecho ilícito o antijurídico, o como se quiera decir (confróntese: PLANIOL, CAPITANT, CROUZEL, CASTELLARI, MANDRIOLI), o bien puede ser –según diversas formulaciones doctrinarias– un 'elemento o momento del delito' civil y más precisamente el así llamado 'elemento subjetivo' (confróntese DUSI: la culpa presupuesto y medida de la imputabilidad). La doctrina por lo demás confunde, bajo este relieve, las nociones de «culpa» y de «imputabilidad». Pero aún la definición de este momento subjetivo no es unívoca.

Hay quienes distinguen la noción de 'imputabilidad', cual condición general de responsabilidad, de la 'culpa' propiamente dicha, que se refiere a una condición subjetiva consistente en imprudencia, negligencia, impericia (doctrina dominante, por ejemplo, GIORGI, CHIRONI, CROME, SOURDAT, COLIN et CAPITANT).

De otros se agrega –como comprendido en el concepto de negligencia, o bien distinto de aquel– la no previsión de consecuencias previsibles (confróntese: MOSCA, POLACCO, COLMET DE SANTERRE, SOURDAT). Y hay quien dice que la culpa implica la 'posibilidad de prever' y de evitar (por ejemplo: DEMOGUE); quien dice que la culpa consiste en la 'negligencia en el prever' (BRUGI) y quien define a la culpa como 'ausencia de reflexión' (DESCHAMPS).

Pero hay también quien no define la culpa solo como negligencia, esto es, como un acto de voluntad defectuoso (y, podemos agregar, materialmente tal), sino como 'falta a un deber de atención', variadamente entendido: deber de ser diligentes, atentos, previsores, que se cree es sancionado en el ordenamiento jurídico (por ejemplo: LABBÉ, BOSC, BEUDANT; confróntese: PLANIOL, CROME, PACCHIONI). Y, bajo este perfil, la culpa es ya conducta ilícita (ofensa a la norma que instituye aquel deber), distinta de la imputabilidad (entendida o como condición general de responsabilidad o como condición de culpabilidad; condición objetiva, esto es, reclamada para que una determinada conducta pueda llamarse culpable, es decir, como falta a un deber de diligencia).

Mas se agrega luego a todo esto la valoración del «hecho» que sigue a la culpa: hecho del cual se dice que puede ser 'objetivamente injusto (lesión de un derecho subjetivo)'. Aquí sería así la culpa (*iniuria* subjetiva) distinta de la *iniuria* objetiva (confróntese: PERNICE, CHIRONI).

Quien, en cambio, no hace tal distinción y reconduce el deber de diligencia y la lesión del derecho subjetivo bajo un único concepto de injusticia, distingue bien siempre *'iniuria'* de culpa; pero reserva este último término para designar la imputabilidad, vale decir, las

condiciones puramente subjetivas de la responsabilidad (confróntese: COLIN et CAPITANT, NEAGU).

Sin embargo, la historia casi increíble de la terminología en examen, no está toda aquí.

Distinto de la culpa (como valoración de la conducta del sujeto agente), así como de la *'iniuria'* objetiva y cual causa determinante esta, se individualiza por la doctrina el 'hecho', bajo el doble aspecto de hecho positivo y negativo (por ejemplo: CHIRONI, BAUDRY-LACANTINERIE, CROME).

Por esto, resumiendo, se arriba a distinguir:

- el hecho (comisivo u omisivo)
- la culpa (distinta o no de la imputabilidad)
- la *iniuria* objetiva (...)" [MAIORCA, 1936: 36-38].

Y en esta visión de resumen del estado de la discusión sobre la noción de culpa, podrán apreciarse las características de la definición inicial: La culpa consiste necesariamente en un error de conducta [MAZEAUD et TUNC, 1962: t. 1-II, n. 395 y 439, 52 y 85] y, por ende, es siempre un obrar humano, que atribuye un hecho ilícito a su autor, con lo que normalmente se reconoce en la culpa, de un lado, un componente "objetivo", que no es sino la herencia romana de la "lex aquilia" y del elemento "iniuria", cuyo efecto central sería el de determinar la unión indisoluble de las nociones de "culpa" y "hecho ilícito"; y, de otro, un componente "subjetivo" que es el "(...) elemento psicológico que distingue el acto ilícito de la simple violación del derecho ajeno (...)" [DEMOGUE, 1923: t. III, n. 242, 409] y, como tal, expresa "(...) un estado particular del ánimo en relación con un hecho injurioso (...)" [CHIRONI, 1897: 6].

De lo indicado precedentemente surge, entonces, también una inequívoca conclusión: no puede existir culpa si no hay imputabilidad [CORSARO, 2003: 128] pues, como lo indicara Giorgi "(...) no puede hablarse de culpa donde falta la voluntad racional, o la libertad de elección (...)" [GIORGI, 1911: n. 145, 220], consagrándose el principio clásico de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento [Véase, por todos, COLIN et CAPITANT, 1924: t. III, n. 500, 745; PLANIOL et RIPERT, 1946: t. VI, n. 497, 697-698; POTHIER, 1978: n. 118, 72-73; GAUDEMET, 1984: 329-331] y en donde el concepto de imputabilidad es reputado una "condición" de la responsabilidad por hecho propio, significando más que una simple "atribución" de una consecuencia a un responsable: capacidad de discernimiento en el agente. "(...) Quien no es amo de dirigir su actividad no puede reportar los riesgos del daño causado por esa actividad. El riesgo de la actividad no puede equitativamente imponerse sino a una persona libre y razonable. Lo más que puede admitirse, en ciertos casos, es una obligación moral, o un deber de caridad para indemnizar a la víctima, pero no hay obligación jurídica sancionada por el Derecho (...)" [GAUDEMET, 1984: 331]; lo cual, es una visión tradicional de la responsabilidad civil, en donde solo se explica esta, como consecuencia, derivada de un hecho culposo, no puede sino corresponder a una noción de culpa "in concreto": aquella que reclama el análisis del comportamiento del agente atendiendo a la "naturaleza de este", esto es, a sus capacidades y cualidades.

Más allá de algunas contradicciones evidentes en las que incurren algunos autores clásicos, lo cierto es que al concepto de imputabilidad –entendido como capacidad de discernimiento– debe corresponderle en esta etapa histórica una noción de "culpa in concreto", pues es lógico que, si solo se va a responder por culpa, se excluya a los sujetos faltos de discernimiento:

la culpa ética y psicológica –que intenta reprobar un acto de voluntad defectuoso, un "error de conducta"– exige que los agentes, en forma previa, sean conscientes de las consecuencias negativas de su obrar.

De la misma manera, si la culpa es ante todo un "acto de voluntad defectuoso", se afirma la existencia de dos tipos de culpa: "(...) como 'negligencia', caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como 'imprudencia', caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe (...)" [TRIGO REPRESAS, 1978: 25-26].

## 2. La evolución de la noción de culpa: de la "culpa ética" a la "culpa social" y a la "culpa normativa"

3. En el devenir social, hay un hecho importante que significará un giro trascendental en la forma de apreciar la noción de culpa: el inicio de la era de la industrialización. Cuando Ripert, adscrito por ese entonces a la escuela crítica francesa de la culpa, lanza su famosa proclama histórica "de la responsabilidad a la reparación" [RIPERT(2), 1949: 327 sgtes.], no hace sino recoger lo que para muchos es –en dicho momento– tan solo una constatación histórica. Ya Josserand, en el año 1926, escribía que "(...) el problema de la responsabilidad es muchísimo más vasto de lo que imaginaron los jurisconsultos de Roma o incluso los del Código Civil: la intensidad de la vida moderna, la multiplicidad de las relaciones humanas y de las transacciones jurídicas, la frecuencia de los riesgos, han revelado la insuficiencia de una concepción trazada para pueblos individualistas, cuya vida social estaba relativamente poco desarrollada (...)" [En: MAZEAUD et TUNC, 1962: t. 1-II, n. 345, 7]; y el propio Capitant, en su prefacio a la primera edición del tratado Mazeaud-Tunc, refiriéndose al hecho que, con el devenir del tiempo, la responsabilidad civil había –contra todos los pronósticos– ganado más terreno que perdido, comentaba:

> "(...) ¿A qué se debe esto? A diversas causas. En primer lugar, al progreso industrial, al empleo de nuevos instrumentos de locomoción: automóviles, aviones, que multiplican los daños causados a terceros; al aumento de los establecimientos industriales cuyas emanaciones o cuyo ruido provocan reclamaciones de los vecinos; luego, al desenvolvimiento correlativo del seguro de responsabilidad, cuyo resultado consiste en embotar la prudencia del asegurado e incitar a las víctimas a lamentarse; por último, de una manera general, a una tendencia actual del individuo a reclamar una indemnización pecuniaria por cualquier perjuicio sufrido por él, de cualquier naturaleza que sea; porque en una sociedad donde la obtención de la ganancia se convierte cada vez más en el fin esencial de la actividad humana, todo atentado infligido a los intereses materiales o morales de una persona constituye la ocasión de una demanda por daños y perjuicios (...)" [En: MAZEAUD et TUNC, 1962: t. 1-I, XX].

Estamos, pues, en los albores de la industrialización.

Una sociedad típicamente individualista, que no conoció un progreso económico derivado de los descubrimientos tecnológicos, se ve transformada, de a poco, en una nueva sociedad que debe hacer frente a nuevas ocasiones de daño derivadas del proceso de industrialización naciente [SALVI, 1998: 12]. Sin embargo, aun sin preguntarse si el Derecho y, concretamente, la institución de la responsabilidad civil, ha servido en algo para obtener este cambio, gran parte de la literatura jurídica de la primera mitad del siglo XX (cuando ya el desarrollo tecnológico presenta ciertos resultados visibles), se ve inmersa en un enfrentado

debate generador de posiciones antitéticas que defienden y atacan a la "culpa" como el fundamento de la responsabilidad civil, contraponiéndola a un nuevo concepto, surgido aparentemente de esta nueva era de industrialización, como es el "riesgo creado". Las reacciones se dan en tres direcciones distintas:

- Una primera, que pretende ser fiel a la noción de "culpa ética" y que, ante los cambios que reclama el devenir social, deforma la idea de culpa, creando, por ejemplo, "presunciones absolutas de responsabilidad", basadas en aquel concepto (la culpa), con el único propósito de "ensanchar el campo de la responsabilidad civil, manteniendo siempre la idea de culpa como base de la responsabilidad" [RIPERT et BOULANGER, 1963: t. V, n. 905, 29]. Se habla así entonces de una "*culpa in eligendo*" para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del patrono en la responsabilidad vicaria; de una "*culpa in vigilando*" para justificar la responsabilidad por hecho ajeno del responsable del incapaz; y de una "*culpa in custodiando*", para justificar la responsabilidad por el daño ocasionado por animales, entre otros supuestos de responsabilidad indirecta.

  En visión retrospectiva, ha escrito bien Trimarchi sobre esta posición:

  "(...) En cuanto a las hipótesis de responsabilidad objetiva ciertamente sancionadas en el Derecho positivo, la criticada definición de 'culpa' no cumple otra función que aquella de satisfacer cierto espíritu conservador, el cual, allí inclusive donde está constreñido a sustituir instrumentos superados con instrumentos nuevos, prefiere ocultar de cualquier modo el cambio producido, designando estos últimos todavía con los nombres de los instrumentos antiguos.

  Con esta finalidad se recurre frecuentemente a un expediente análogo: el hablar de presunción absoluta de culpa. Empero, esto, se trata de una evidente ficción. ¿Qué cosa es –escribía Josserand– una culpa presunta sin posibilidad de prueba contraria, si no una abstracción, un artificio del cual se sirve el legislador para hacer nacer una obligación? Cuando se dice a un individuo: 'te declaro obligado porque supongo que has cometido una culpa, y no te permito demostrar que no la has cometido', ello construye en realidad una relación jurídica totalmente nueva (...)" [TRIMARCHI, 1961: 21].

- Una segunda, que incentiva una abierta y total ruptura con la idea clásica de culpa, que pretende basar el nuevo fundamento de la responsabilidad en el concepto de reparación, en donde aquella noción (culpa), es indiferente, y el único concepto de importancia es la mera causalidad.

  Los defensores de esta posición, propugnarán entonces un giro absoluto y total de las bases de la responsabilidad (un giro de 180°), como si de golpe se hubieran conseguido todos los resultados esperados por el advenimiento de la industrialización.

- Una tercera reacción, en cambio, que se da al inicio de la era de la industrialización, pretenderá responder –casi intuitivamente– al reconocimiento de que el proceso de industrialización se da por etapas y en forma desigual, por lo que el rol de la culpa no desaparecerá, sino que, solamente, se transformará. Así como, en términos económicos, se ha afirmado hoy que la sociedad busca, casi espontáneamente, el desarrollo del mercado [POSNER, 1998: 18], así también, la historia de la responsabilidad, tenderá a demostrar la íntima relación existente entre las nociones

de culpa y desarrollo tecnológico, en donde el primero de estos conceptos estará al servicio del segundo.

Esta transformación del rol de la culpa, de ser concebida como una "culpa ética", para pasar a ser entendida como una "culpa social", ha sido expresada por Salvi, de la siguiente forma:

> "(...) En la fase de la primera industrialización, la solución prevaleciente adoptada, consiste en la confirmación, como regla general de imputación de la responsabilidad, del principio de la culpa, que viene empero progresivamente a asumir un contenido en parte diverso y más adecuado a las nuevas exigencias. La noción de culpa viene progresivamente depurada de los elementos ético-individuales para configurarse en términos objetivos, como disconformidad del comportamiento del agente respecto a parámetros, que manifiestan el grado de tolerabilidad 'social' del riesgo introducido por la conducta del agente.
>
> Este proceso, que es común a todas las experiencias jurídicas de la industrialización en el siglo pasado, puede ser apreciado con particular claridad en el Derecho de los Estados Unidos, donde la completa elaboración del 'tort of negligence' como categoría general (...) se adapta a los problemas generados por la industrialización (...).
>
> La nueva noción de la culpa (que sustituye a aquella 'subjetiva' fundada sobre el comportamiento psicológico del agente) sirve también para subrayar el carácter 'excepcional' del resarcimiento. La 'regla' es que las pérdidas permanezcan allí donde acontecen, si no existe una razón socialmente válida, que justifique la activación del procedimiento dirigido a transferirlas de la víctima al agente. Y tal razón es, precisamente, por regla, la culpa: solo la disconformidad de la conducta con la 'norma' justifica el resarcimiento, que funge así de sanción, y de técnica de prevención, de los comportamientos socialmente anómalos(...)" [SALVI, 1998: 13].

Es a partir de este momento, entonces, en donde corrientes doctrinarias postularán un divorcio entre los conceptos de imputabilidad y culpa (ver infra, numeral 7), asignándole además a esta última noción una regla de apreciación "*in abstracto*", esto es, prescindiendo del análisis concreto de las capacidades individuales del sujeto llamado a responder.

La responsabilidad civil no busca ya en esta etapa que, en términos generales, el daño permanezca en la esfera económica de las víctimas (con la finalidad de que estas financien el desarrollo de tecnologías en una fase de capitalismo incipiente), sino que, estando propiamente dentro de una etapa de desarrollo del capitalismo, se permite el resarcimiento con un carácter "excepcional", pero cualitativa y cuantitativamente en términos más eficientes que aquel que correspondía a la etapa en donde la culpa era concebida bajo contenidos ético-psicológicos propia de una era preindustrial o de inicios de la industrialización.

La mutación de la culpa, de estar integrada de un contenido "ético", para pasar a ser llenada de un contenido "social", no es, a la luz de la literatura jurídica vigente hasta los años 1930-1940, percibida en su gran función macro-sistémica; esto es, la de servir, en un inicio, de financiamiento de la industria en la fase del capitalismo ochocentista [FRANZONI, 1993: 44; SALVI, 1998: 13; RODOTÀ, 1964: 16-25], para pasar después a servir como vehículo de incentivación del desarrollo tecnológico.

En esta época, afirmar que el basamento de la tutela resarcitoria, esto es, de lo que ha venido a llamarse difusamente el "fundamento" de la responsabilidad, mutó de la "culpa" a la "reparación del daño", resulta anticipado y excesivo, pese a la aguda y temprana proclama de Ripert en la fórmula "de la responsabilidad a la reparación".

4. En realidad, el inicio de la era de la industrialización y su desarrollo, implica –necesariamente– la generación de nuevas ocasiones de daño, donde "(...) los intereses típicamente subyacentes bajo los supuestos de hecho dañosos no son más homogéneos: al contrario, la disciplina aquiliana es llamada a mediar en el conflicto suscitado entre la libertad de desenvolvimiento de las actividades productivas y la seguridad individual y propietaria (...)" [SALVI, 1998: 12], en donde, entonces, el contenido ético de la culpa no parece ya suficiente para satisfacer las exigencias del desarrollo industrial.

Repárese, sin embargo, que dentro de la sociedad occidental, la noción de "culpa social" cobra especial prevalencia y significado en sistemas vinculados al "*common law*" y, particularmente, en el Derecho estadounidense, donde –a la par del desarrollo industrial– se desenvuelve la noción de libre mercado, como centro de su sistema económico y, el derecho a la libertad de los individuos, como centro de su sistema político-liberal. En efecto, como bien ha hecho notar Di Majo, el concepto de mercado que comienza a formarse a partir de la era de la industrialización, exige que no cuenten las cualidades de los sujetos, ni los valores o intereses particulares de estos, sino, por el contrario, se exige una abstracción de los valores, acorde con las funciones del intercambio. De esta manera, "(...) en presencia de actos y/o de hechos que signifiquen incumplimiento de deberes y/o violaciones de derechos, la línea tendencial es aquella de imponer al responsable el mero 'costo económico' de dichos comportamientos, buscándose con ello reproducir los mecanismos de mercado alterados (...)" [DI MAJO, 1993: 156].

En este contexto, el resarcimiento adquiere un carácter "excepcional", desde una perspectiva sistémica, pues, buscando la industrialización el desarrollo de una economía liberal, basada en un concepto óptimo de mercado, donde cada sujeto sea libre de decidir qué tipo de utilidades está dispuesto a sacrificar en términos de "costo económico", primariamente se debe, justamente, desarrollar el mercado, dotándolo de bienes (utilidades) intercambiables socialmente útiles. Por esto, la consecuencia de la responsabilidad en esta etapa, fue la de hacer permanecer las pérdidas –en la medida de lo posible– allí donde suceden, pues con ello se obtenía, desde el punto de vista económico, que las víctimas financiaran la industria, en la fase del desarrollo del capitalismo, cumpliendo aquella (esto es, la responsabilidad civil), el rol de evitar costos excesivos a la industria en vías de desarrollo. De la misma manera, con esta decisión, se contribuía a desarrollar y fijar un concepto óptimo de mercado.

En la perspectiva diádica, el imponer al responsable el "costo económico" que traía su conducta de incumplimiento, significó entonces acudir al recurso de medir la conducta desarrollada por el agente, con patrones "objetivos" o "abstractos", como aquel del "hombre medio", reafirmándose el principio de la responsabilidad por culpa, pero entendida esta bajo un criterio social y normativo: la apreciación de la culpa debe hacerse analizando la violación, de parte de un sujeto, de reglas de conducta basadas en criterios de prudencia y diligencia medidos en comparación con un patrón; esto es, en función a lo que habría hecho, por ejemplo, una persona reflexiva y consciente, conforme al estricto círculo del tráfico de que se trate [LARENZ, 1959: t. I, 286]; o, inclusive, siguiendo a la experiencia norteamericana contemporánea, en función a la norma del "hombre razonable".

En esta línea de pensamiento, se afirma por algún autor que la culpa en el ámbito extracontractual "(...) es, sobre todo, alteración del equilibrio existente entre el derecho de la persona a obrar libremente para la consecución de sus propios fines y el derecho de los demás a la conservación de su propia identidad (...)", mientras que en el ámbito del cumplimiento de la obligación, la culpa, como concepto contrario a la diligencia, representa alteración del "(...) equilibrio existente entre precauciones a adoptar en el obrar y la libertad de obrar o de la acción puesta en juego (...)", siendo tal equilibrio de carácter normativo, "(...) en cuanto es reconducible a un modelo: el modelo de la causalidad adecuada, aplicado a las medidas de precaución dirigidas a evitar lesiones ajenas (...)" [CORSARO, 2003: 74]. Este modelo normativo, construido por la ley en atención a las actividades desarrolladas por las personas, prescinde, sin embargo, del análisis de las precauciones que estas deben adoptar en un caso concreto, por lo que "(...) hoy, el término culpa expresa simplemente la falta de adopción de las medidas de precaución debidas, sobre la base de los conocimientos posibles de una persona-tipo (...)" [CORSARO, 2003: 75].

Como bien ha señalado Maiorca, la concepción psicológica y la concepción normativa en la definición de la culpa expresan puntos de vista inconciliables: la concepción psicológica expresa la posición voluntarista de inspiración iusnaturalista, mientras que la concepción normativa expresa la posición formalista de derivación kelseniana, en donde la culpa es, básicamente, una trasgresión de un comando normativo que genera una sanción (por lo que el efecto reparatorio es visto, más bien, como una sanción reparatoria) [MAIORCA, 1960: 535-536].

Hay quienes también entienden la concepción normativa de la culpa, en términos casi sinonímicos de "antijuridicidad", esto es, "(...) como un juicio de reproche por la infracción de una norma preexistente (...)" y en donde la culpa presentaría dos componentes: "(...) un aspecto objetivo-normativo y un aspecto individual. El primero consiste en la infracción de un objetivo deber de cuidado exigible en el tráfico (...). El aspecto individual atiende al poder individual del autor de observar el cuidado objetivamente debido (...)" [DÍEZ-PICAZO, 1999: 357].

En realidad, y como se verá más adelante en este comentario (infra, numeral 16), la única virtud de la concepción normativa de la culpa (entendida bajo el enunciado del párrafo precedente), será el de servir de precursora a la "teoría económica de la culpa" bajo el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos postulado por Calabresi, toda vez que si normativamente la culpa implica una "infracción de la norma de cuidado exigible en el tráfico", ese deber de cuidado obligaría al agente a advertir, por ejemplo, "(...) la presencia del peligro en su gravedad aproximada como presupuesto de toda acción prudente (...)" y a comportarse, en los aspectos externos de su conducta, "(...) conforme a la norma de cuidado previamente advertida (...)", siendo evidente que una de sus manifestaciones abarcaría "(...) el deber de omitir acciones especialmente peligrosas en que el hecho de emprender la acción lesiona el deber de cuidado (...)", teniéndose presente entonces que "(...) cuando se trate de actuar en situaciones peligrosas que pueden situarse dentro de los marcos de riesgo permitido, no rige el deber de omitir la actividad, pero sí el de realizarla con la máxima atención para evitar que el peligro se convierta en lesión (...)" [DÍEZ-PICAZO, 1999: 357-358].

Con ello se advierte ya –aunque sea intuitivamente– que los deberes de cuidado (que es prevención), exceden el ámbito de aplicación de una cláusula general normativa por culpa, por lo que un "actuar negligente" también estará presente en una cláusula general normativa que, construyéndose sobre la base de un postulado teórico distinto, cual es "la exposición al peligro", intentó prescindir de la valoración de la conducta de los sujetos: la definición

(por contraste) de la culpa, como concepto contrario al de diligencia, comienza –aunque sea inconscientemente– a ser cuestionado.

Empero, debe advertirse que no deben confundirse las nociones de "culpa social" y "culpa normativa", que son diversas, pero complementarias. Propiamente hablando, esta última deviene en un concepto meramente formalista, pero importante desde que no podrá hablarse del acogimiento de un análisis "*in abstracto*" de la noción de culpa, de no existir un dato legislativo que lo acoja: la "culpa social" resulta aplicable, en cuanto normativamente esté acogida.

## 3. La culpa y la noción de hecho ilícito. Abandono de este concepto por el Código Civil peruano de 1984

5. El acogimiento de la culpa como "criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria", determina a su vez que una gran parte de la literatura jurídica continental desarrolle un concepto general que represente una "noción continente" que comprenda a la culpa y se defina en función a esta: el "hecho ilícito".

Afirmar que "no hay responsabilidad sin culpa", resulta lo mismo que decir que solo la culpa atribuye responsabilidad, por lo que se tiende a afirmar que los resultados dañosos solo serán imputables a una actuación antijurídica: el proveniente de todo comportamiento humano que, de manera dolosa o culposa, cause un daño injusto a otro, que obliga, a quien así ha actuado, a reparar el daño producido.

La ilicitud, entonces, solo puede existir de mediar culpa en un sujeto.

Es importante entender que en este contexto, entonces, nos encontramos ante una cláusula general por culpa anclada siempre en el propio concepto de "hecho ilícito" (y, viceversa, un concepto como el "hecho ilícito" definido a su vez en función del concepto "culpa"). Empero, su acogimiento legislativo por las codificaciones que se desarrollan a partir del siglo XIX, es desigual, por lo que habrá que revisar el acogimiento singular que a la categoría de la ilicitud se realiza en cada sistema.

Al respecto, ha señalado bien Alpa que el análisis del problema de "tipicidad" o "atipicidad" del ilícito, parte de una constatación general: la existencia de sistemas en donde se reconocen caracteres de tipicidad absoluta y otros que se fundan en cláusulas generales interpretativas [ALPA, 1989: 295]. Conforme a este autor, los sistemas que recogen características de tipicidad absoluta, lo son en el sentido de que todo hecho definido como ilícito está previsto y regulado por el Derecho (sea codificado o por la vía de los "*case law*"), por lo que el juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo "particular" a lo "particular". Ejemplos de estos sistemas, se dice, son el sistema alemán en el Derecho continental o cualquier sistema del *common law*.

En cambio, los sistemas que se fundan en cláusulas generales, son identificables porque prohíben –en línea de máxima– todo comportamiento dañoso, sin identificar figuras precisas de ilicitud. El juicio de responsabilidad, aquí, se estructura en un procedimiento lógico que parte de lo "particular" a lo "general" (en donde se prevé, como supuesto de hecho, una calificación del comportamiento adscrito a una categoría general). Ejemplos de estos sistemas, serían el sistema francés y sus derivaciones [ALPA, 1989: 295-296].

Empero, a lo explicado por el ilustre profesor italiano, cabría realizar dos precisiones:

a) La primera en el sentido de que la referencia al BGB alemán como un sistema que acoge la tipicidad del ilícito, hoy, es negada en gran medida por la doctrina comparada [FERRARI, 1992: 174-178].

Cuando el artículo 823 del Código Civil alemán señala que el deber de resarcimiento de los daños alcanza al que dolosa o culposamente lesiona injustamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier derecho de otra persona, no enumera un "número clausus" de derechos cuya violación dará lugar a responsabilidad civil (tradicionalmente se ha dicho que en el sistema alemán no se es responsable a no ser que se perjudique a otro, por dolo o por culpa, lesionándose los derechos específicamente indicados en el artículo 823 del Código Civil: la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad; por lo que aparentemente sería la propia ley la que enumeraría los comportamientos antijurídicos que darían lugar a responsabilidad, lo que ha llevado a algunos a afirmar que el sistema alemán se caracteriza por la tipicidad de los hechos ilícitos, a diferencia del sistema francés), porque de ser ello así: ¿cómo entender la referencia expresa del artículo 823 del Código Civil alemán a la lesión producida a "cualquier otro derecho"?

Se han realizado dos interpretaciones al respecto:

- Primera interpretación: la tradicional, que extiende la responsabilidad a otros derechos absolutos del tipo enunciado en el artículo 823 del BGB.
- Segunda interpretación: la de la atipicidad potencial, que extiende los supuestos de responsabilidad a la violación de "cualquier otro derecho" y no solamente a los derechos absolutos de naturaleza similar a los mencionados expresamente en el artículo 823 del BGB.

  De otro lado, se ha dicho también que el numeral segundo del propio artículo 823 del BGB y el texto del artículo 826 del mismo, cumplen una función de *ampliar* el ámbito de aplicación de la cláusula general de responsabilidad acogida en el texto codificado, para permitir la protección no solo de derechos subjetivos (acogidos por una norma), sino de cualquier interés merecedor de tutela, aunque estos no consistan en derechos.

b) La segunda en el sentido de que, dentro de los sistemas que se fundan en cláusulas generales, el acogimiento de la teoría del hecho ilícito es disímil. Así, tenemos que existen:

- Códigos que mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil italiano (artículo 2043, bajo el título "De los hechos ilícitos"); Código suizo de las obligaciones (art. 41 dentro del capítulo referido a "Las obligaciones resultantes de actos ilícitos"); el propio Código Civil alemán (si se acepta la teoría de la atipicidad potencial), el cual acoge la categoría de la ilicitud en el artículo 823 (ubicado dentro del título de los "Actos ilícitos"); y muchos otros desarrollados bajo la doctrina del hecho ilícito como los Códigos Civiles uruguayo de 1868, argentino de 1869, mexicano de 1928, portugués de 1966, brasileño de 2002, entre otros.
- Códigos que no mencionan expresamente la ilicitud como elemento de la responsabilidad extracontractual: Código Civil francés de 1804; Código Civil español de 1888; y el Código Civil peruano de 1984, entre otros.

6. Si la teoría del "hecho ilícito" solo se explica en función de la culpa, resultaría fácil entender la línea evolutiva de los Códigos que no mencionan expresamente a esta categoría para desarrollar cláusulas generales interpretativas de responsabilidad distintas a la cláusula general por culpa (como, por ejemplo, una cláusula general de responsabilidad objetiva), como ha sido el caso del sistema francés y, particularmente, creemos, el caso del sistema peruano, el cual manifiesta y expresamente ha abandonado la categoría del "hecho ilícito" al regular dentro del Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones, en la Sección Sexta, las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual justamente bajo este nombre y no bajo el título del "hecho ilícito"; intención corroborada con las modificaciones de los artículos 309 y 458 del Código Civil, introducidas por la primera disposición modificatoria del T.U.O. del Decreto Legislativo Nº 768 y por la Ley Nº 27184 en los años 1993 y 1999, respectivamente, que eliminaron los últimos vestigios codificados de referencia al "acto ilícito".

El problema, de hecho, se ha presentado en cambio en los sistemas que, adoptando cláusulas generales interpretativas de responsabilidad, se han colocado una "camisa de fuerza" al codificar el "hecho ilícito", como ha sucedido, por ejemplo, en los sistemas alemán e italiano.

¿Cómo entender en el Código Civil italiano, por ejemplo, la posibilidad de admitir una cláusula general de responsabilidad objetiva?

Bien ha resumido Busnelli al respecto que, la ubicación del artículo 2043 del C.C. italiano (referido al resarcimiento de los hechos dolosos o culposos) dentro del Título IX (que al regular la responsabilidad extracontractual toda lo hace bajo el nombre de "De los hechos ilícitos") ha obligado a una "relectura" del sistema de responsabilidad en Italia, en tres direcciones [BUSNELLI-PATTI, 1997: 124-125]:

a) Una primera dirigida a configurar un sistema autónomo de responsabilidad objetiva, por reconocer un fundamento distinto al de la culpa, basado en los arts. 2051, 2052, 2053 y 2054, cuarto párrafo, del Código Civil italiano, sea que dicho fundamento pretenda encontrarse en la exposición a una situación de peligro a través de la cual se verifica un daño [COMPORTI, 1965: 86-97]; sea sobre el principio del riesgo [TRIMARCHI, 1961: 39 y 43] aplicado al ejercicio de actividades económicas (que son la expresión del análisis y distribución de costos y beneficios en actividades económicas que presentan un mínimo de continuidad y de organización); o sea simplemente porque la noción de hecho ilícito enunciado por el artículo 2043 del Código Civil italiano y definido en función de la culpa, no cubre el ámbito entero de la responsabilidad extracontractual, reconociéndose casos en donde la responsabilidad objetiva es afirmada porque no hay un hecho definible como ilícito [GALGANO, 1990: 282].

b) Una segunda dirigida a mantener el carácter de cláusula general interpretativa del artículo 2043 del Código Civil italiano, a la cual podrían "reconducirse" los criterios de responsabilidad objetiva, que no desempeñarían un rol particular en el sistema todo de la responsabilidad civil [RODOTÀ, 1964: 176-178], siendo "(...) legítimo concluir que el significado normativo de la ilicitud o de (hecho) ilícito al menos, no es más que un concepto de síntesis para indicar una cualidad reclamada por la ley para todos los hechos productivos de daño resarcible (...)" [FRANZONI, 1993: 81].

c) Una tercera dirigida a afirmar a la responsabilidad por culpa como única regla general de responsabilidad "(...) operante como criterio final de imputación para todos los daños injustos derivantes de hechos que no encuentran una disciplina particular en un supuesto de hecho legal típico de responsabilidad (...)" [BUSNELLI-PATTI, 1997: 125];

con lo que se reduce al ámbito de aplicación de supuestos de responsabilidad objetiva a meras excepciones del sistema.

Resulta claro, entonces, que en el Perú no nos encontramos obligados a realizar ninguna "relectura" del sistema de responsabilidad extracontractual, pues al haberse abandonado la categoría de los "hechos ilícitos", debe entenderse abandonado el principio "ninguna responsabilidad sin culpa", como regla única y exclusiva de responsabilidad.

Es más, la redacción del artículo 1970 del Código Civil (peruano), no deja margen de duda para reconocer en la exposición al peligro el fundamento de la responsabilidad objetiva en el Perú, al presentarse claramente separado de cualquier vestigio o redacción elíptica que lo termine anclando (por la vía de la excepción) en la noción de culpa; cosa que, como se sabe, ocurrió con la redacción del artículo 2050 del Código Civil italiano, el cual, pretendiendo regular la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas estableció que "(...) cualquiera que ocasiona un daño a otros en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, sea por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, queda obligado al resarcimiento, **si no prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño** (...)" (el resaltado es nuestro); con lo que, en Italia, "(...) ha devenido en improbable una responsabilidad objetiva fundada sobre la exposición al peligro, si el propio artículo 2050, que es la única norma de responsabilidad a utilizar la peligrosidad en función de calificación del supuesto de hecho, permanece anclado al criterio de la culpa (...)" [CASTRONOVO, 1997: 56].

En el Perú, entonces, una cabal interpretación de los artículos 1969 y 1970 del Código Civil, debiera arribar a la conclusión de que ambos preceptos sirven de cláusulas generales interpretativas de igual rango, esto es, de una concepción bipolar de la responsabilidad civil que emplea dos principios generales: la culpa como criterio de imputación de responsabilidad subjetiva, de un lado; y el riesgo como factor atributivo de responsabilidad objetiva, de otro; todo ello sin perjuicio de cuestionarnos si en realidad el recurso a conceptos como la culpa (entendida como noción antitética de la diligencia) o el riesgo (entendido como exposición al peligro), no son sino "(...) teorías (...) empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción (...)" [CASTRONOVO, 1997: 73] (ver infra, numeral 18, última conclusión).

## 4. La culpa y la capacidad de discernimiento como presupuesto de la responsabilidad civil toda. Negación de su acogimiento en el Código Civil peruano de 1984

7. Si, como se ha indicado en el punto III) de este comentario, la recepción del concepto de "hecho ilícito" fue diverso por las codificaciones del "*civil law*", podrá comprenderse el por qué la evolución de los conceptos de imputabilidad y culpa siguen caminos diversos en Francia e Italia, por ejemplo.

En principio, cabe advertir que bajo el reconocimiento de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil, en el "hecho ilícito" como categoría teórica, culpa e imputabilidad devienen inicialmente en conceptos similares o, cuando menos, esta en un elemento de aquella. No puede imputarse responsabilidad sino a aquel que es consciente de sus actos, pues solo se responde si se está en culpa, produciéndose un disvalor respecto al acto de voluntad defectuoso o al error de conducta; lo cual es propio del momento histórico cuando la culpa es referida a un contenido ético y psicológico.

Como ya se ha indicado, sin embargo, la categoría del "hecho ilícito" no fue codificada en Francia, pero sí en Italia, lo que representará la necesidad de la doctrina de este país de diferenciar los conceptos de imputabilidad y culpa, cuando esta adquiere un contenido de "culpa social".

### 4.1. La recepción en Italia del concepto de imputabilidad

Si en un inicio, como se ha visto ya en el punto I) de este comentario, la imputabilidad es considerada uno de los elementos de la culpa, no existe disconformidad alguna con la noción de "hecho ilícito", en la medida en que el componente de culpa de este último concepto sea entendido bajo estándares éticos y psicológicos. Así, si la responsabilidad por "hechos ilícitos" deviene en sinónimo de responsabilidad extracontractual y, por ende, la noción de "hecho ilícito" es un concepto omnicomprensivo de todo el conjunto de reglas y condiciones de responsabilidad, bajo el principio de "ninguna responsabilidad sin culpa" se cubre todo el vasto campo del resarcimiento.

El problema se presenta cuando, bajo el desarrollo de la era de la industrialización, la doctrina italiana debe "repensar" la culpa y variar su contenido ético-psicológico por uno "social" y/o "normativo" (ver supra, numerales 3 y 4).

Habiéndose codificado el "hecho ilícito", la doctrina italiana se ve en la necesidad de divorciar los conceptos de imputabilidad y culpa, con el solo propósito de "desprender" de contenidos éticos y psicológicos la propia noción de "hecho ilícito" que era omnicomprensiva de la responsabilidad extracontractual toda. Como bien se ha señalado en línea (lógica) de principio, "(...) reconducida la culpa a una noción objetiva, cual no conformidad a un modelo objetivo de comportamiento diligente, debe en cambio admitirse que inclusive el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado culposo. Tal comportamiento es además susceptible de ser calificado objetivamente antijurídico, si aquel realiza o encaja en el supuesto de hecho material de la violación de una norma jurídica (...)" [BIANCA, 1994: t. V, n. 285, 656]. Para evitar esta consecuencia, cuando menos en línea de máxima, la doctrina y jurisprudencia italiana afirmarán a la culpabilidad y a la imputabilidad como "requisitos autónomos del ilícito" y en donde "(...) el segundo no siempre condiciona el juicio de responsabilidad (...)" [FRANZONI, 1993: 317].

Así, por "imputabilidad" en sentido estricto, deberá entenderse la "capacidad de entender y querer" (equivalente a la capacidad de discernimiento de la normatividad civil peruana) [Confróntese: ESPINOZA ESPINOZA (1), 2003: 736 y 738], que no es sino la idoneidad "(...) psíquica de la persona para comprender la relevancia social negativa de las propias acciones y decidir autónomamente el propio comportamiento (...)" [BIANCA, 1994: t. V, n. 285, 657. En igual sentido y por todos: SALVI, 1998: 105]. Por lo tanto, el análisis de la imputabilidad en la doctrina italiana continuará realizándose "*in concreto*" y corresponderá a los cánones tradicionales que concebían antes a la imputabilidad como un elemento de la culpa, mientras que esta última noción corresponderá a un análisis "*in abstracto*", refiriéndose a "(...) la disconformidad de la conducta en relación a un canon de comportamiento socialmente dado o establecido normativamente (...)" [FRANZONI, 1993: 319].

### 4.2. La recepción en Francia del concepto de imputabilidad

La doctrina francesa –a diferencia de la italiana– y, sobre la base de la no codificación del "hecho ilícito" en el Code francés, presenta en realidad una literatura escasa sobre la categoría de la ilicitud como tal [ALPA, 1989: 298], es decir, como concepto

omnicomprensivo en donde la culpa se asimila al concepto de "hecho ilícito" [DELIYANNIS, J; MARTY, G.; entre otros, citados por: STARCK-ROLAND-BOYER, 1996: n. 267, 134], habiéndose limitado por lo general a entender a la "ilicitud" como el elemento objetivo de la culpa, esto es, como la violación de un deber [Ver, por todos en el tiempo: PLANIOL, 1931: t. II, n. 863, 302-303; PUECH, 1973: 50 y ss; y VINEY-JOURDAIN, 1998: n. 442 y 443, 320-323]. Así, "(...) la mayor parte de los autores franceses afirman que la noción de culpa se compone de dos elementos, uno objetivo y el otro subjetivo. El primero consistente en la violación de un deber, el segundo en la imputabilidad de esta violación a su autor. La noción de '*devoir violé*' es también indicada con los términos: '*acte ou omission illicite*' y la imputabilidad viene a veces referida con el término '*culpabilité*' en vez de '*imputabilité*' (...)" [VISINTINI, 1996: 19].

Resultará de fácil comprensión entonces la evolución de la doctrina francesa en el sentido de que, pese a mantener bajo cánones subjetivos al concepto de culpa (al entender a la imputabilidad como elemento de esta), al no codificar una noción omnicomprensiva de toda la responsabilidad extracontractual como el "hecho ilícito", se pudo plantear y desarrollar una cláusula general normativa de responsabilidad objetiva (por riesgo), sobre la base del artículo 1384 del Code Napoleón (responsabilidad por el hecho de las cosas), la cual ha seguido una línea evolutiva hasta nuestros días, permitiendo construir bajo su égida una serie de supuestos de responsabilidad objetiva [VINEY-JOURDAIN, 1998: n. 789-1 - 789-20, 826-857], junto a otros supuestos especiales, como por ejemplo, los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno (arts. 1385 y 1386 del Code Napoleón); la responsabilidad por productos defectuosos (arts. 1386-1° al 1386-18° del C.C. francés); y los accidentes por riesgos de la circulación vial (aun cuando algunos sostienen que en esta última área está reservada aún una aplicación residual a la culpa, vía las acciones recursorias en materia de seguros [STARCK-ROLAND-BOYER, 1996: n. 53, 35-36]).

Es más, para los últimos autores nombrados "(...) bien entendido, bajo esta concepción, las leyes especiales de responsabilidad sin culpa entran igualmente dentro del campo del riesgo (...)" [STARCK-ROLAND-BOYER, 1996: n. 51, 34].

Esto llevó tempranamente a Josserand (a inicios de la década del 30) a afirmar que "(...) la tendencia actual es particularmente favorable a la responsabilidad objetiva: indudablemente, de los dos polos de atracción, la culpa y el riesgo, es el primero el que continúa ejerciendo la más fuerte atracción sobre la doctrina y sobre la jurisprudencia, pero el segundo se hace sentir cada vez con mayor fuerza, y en todos los países. Las dos corrientes no son, por otra parte, de ningún modo inconciliables y se complementan muy bien; subjetiva u objetiva, toda tesis de responsabilidad tiende a este fin, perseguido siempre y jamás alcanzado: el equilibrio perfecto, aunque inestable, de los intereses y los derechos (...)" [JOSSERAND, 1950: t. II - v. I, n. 418, 300-301]; defendiendo con ello la tesis bipolar de la responsabilidad civil.

Sin embargo, no ha sido, ni es, en Francia, aceptada en forma unánime la defensa de la imputabilidad como elemento subjetivo de la culpa. Algún autor ha indicado que "(...) la culpa es un comportamiento ilícito que contraviene a una obligación, a un deber impuesto por la ley o por la costumbre. Ella comprende un elemento material (el hecho bruto constituido por el comportamiento) y un elemento jurídico (la ilicitud) (...)", por lo que "(...) en definitiva, la imputabilidad ya no es un elemento de la culpa civil y ella no juega más que un papel secundario en la responsabilidad civil (...). El elemento psicológico es inútil para reconocer la presencia de una culpa, pero subsiste para calificarla (...)" [LE TOURNEAU, 2004: 122 y 126-127].

Esta última tesis, a partir del final del siglo XX, ha ido afincándose más, de a poco, en la conciencia de la jurisprudencia francesa, la que propugnando una valoración "in abstracto de la culpa" (culpa objetiva) llegó al plano normativo con la modificación en el año 1968 del Code Napoleón y la introducción del artículo 489-2° que eliminó la irresponsabilidad civil de los enfermos mentales. La Ley del 3 de enero de 1968 significó en Francia un vuelco radical en la noción tradicionalmente subjetiva de la culpa, consagrando definitivamente la noción de culpa objetiva. A pesar de esto, Visintini nos recuerda que los propios jueces franceses siguieron "reacios" a dejar de examinar los aspectos subjetivos de la personalidad del autor [VISINTINI, 1996: 24]; situación esta de rebeldía que parece haber cesado con el criterio adoptado por la Asamblea Plena de la Corte de Casación del 9 de mayo de 1984, en donde se adopta en definitiva –desde la óptica jurisprudencial– la noción de culpa objetiva.

Sin perjuicio de esta orientación última que parece haber tomado la ley y jurisprudencia francesa (no así gran parte de la doctrina, que se mantiene rebelde a admitir que el artículo 1382 del Code pueda dejar de lado una apreciación de orden moral [Confróntese: STARCK-ROLAND-BOYER, 1996: n. 268-271, 134-136]), lo cierto es que la posibilidad de afirmarse en el Code la existencia de cláusulas generales normativas de responsabilidad subjetiva y objetiva; o el hecho de poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación "*in concreto*" de la culpa, a una apreciación "*in abstracto*", solo se ha podido realizar en base a dos razones fundamentales: i) El Code Napoleón nunca codificó la teoría del "hecho ilícito"; y, ii) El Code Napoleón nunca codificó una apreciación de la culpa "*in concreto*".

### 4.3. La recepción por el Código Civil peruano de 1984 del concepto de imputabilidad

De lo dicho precedentemente, puede inferirse válidamente que resultan extrañas a nuestra codificación "importaciones" de experiencias legislativas ajenas que pretendan acríticamente "interpretar" nuestro Código Civil. ¿Cómo afirmar que la normatividad acogida en materia de responsabilidad extracontractual recoge a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad toda [ESPINOZA ESPINOZA(1), 2003: 741], sin afectar la aplicación de la cláusula general normativa acogida en el artículo 1970 del Código Civil? Admitir esta posibilidad como cierta, no significaría otra cosa que afirmar criterios éticos-psicológicos que condicionan y prejuzgan una valoración objetiva de una actividad humana que, en teoría, debe prescindir por completo del análisis de la faz interna del sujeto que realiza la actividad.

Lo más lógico es concluir que, en el Perú, el término imputabilidad corresponde y debe corresponder al juicio de responsabilidad; esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño a través de la aplicación de los factores atributivos de responsabilidad (llamados por ello también criterios de imputación), que corresponde a los que en Italia se conoce como el significado "lato" del concepto de imputabilidad [FRANZONI, 1993: 315].

El análisis de todo problema de responsabilidad civil supone la aplicación de un "método" que reconoce dos etapas y que siempre es (cuando menos en los sistemas pertenecientes al "*civil law*"), "*ex post facto*" (después del hecho): i) Una primera de análisis material, en donde revisándose los elementos del daño, (su vinculación con) el hecho generador, (a través de) la relación de causalidad, se logra identificar al "causante" del efecto dañoso; ii) Una segunda (y tal vez la más importante) en donde a través del juicio de imputabilidad (que es en sí el juicio de responsabilidad), se decidirá qué es más eficiente (y justo a nivel social): si dejar que

la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera ajena a la víctima, sea al propio causante (dando lugar a la responsabilidad por hecho propio), o sea a un tercero no causante pero "justamente" vinculado (dando lugar a la responsabilidad por hecho ajeno). Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva.

Si en la codificación peruana –como ya se ha indicado y demostrado– no se ha acogido la teoría del "hecho ilícito" y se ha optado por establecer dos cláusulas generales normativas de igual rango y valor (arts. 1969 y 1970), la interpretación más razonable pareciera ser que el análisis de la irresponsabilidad de los sujetos faltos de discernimiento deba ser realizado bajo la cláusula general por culpa, esto es, en la etapa del juicio de imputabilidad (o de atribución de responsabilidad). Solo cuando el incapaz actúe utilizando lo que la norma (art. 1970) calificará como un "bien peligroso" o realizando una "actividad riesgosa", entonces la consecuencia será la responsabilidad del incapaz, al estilo del artículo 489-2° del Code francés; pero no por las razones que esta codificación ha acogido (de culpa objetiva), sino porque simplemente así lo manda la naturaleza de la responsabilidad objetiva por exposición al peligro, en donde no interesaría el análisis de la capacidad del agente. Esta es una conclusión de "*lege data*" que parece ineludible, más allá de los deseos de todo jurista, que solo podrán plasmarse en proyectos de "*lege ferenda*", salvo que se reformule el contenido tradicional de los conceptos de "culpa" y "riesgo" (ver infra, numeral 16).

Esta problemática ha sido retratada por De Trazegnies, aun cuando –creemos– equivoca la solución sugerida. Este autor señala respecto a lo que venimos comentando que "(...) es claro que todo lo dicho se refiere a los casos de accidentes regidos por el artículo 1969 (principio de culpa), ya que toda la discusión sobre la responsabilidad de las personas privadas de discernimiento se basa en su incapacidad de incurrir en culpa. Por consiguiente, los artículos 1976-A a 1977 no tienen ninguna aplicación ahí donde la culpa no es necesaria para configurar la responsabilidad (art. 1970): cuando un daño se produce mediante un bien o una actividad riesgosos, poco importa que el sujeto se encuentre privado de discernimiento o no para hacerlo responsable del daño. En este caso, no responde por culpa sino objetivamente o, si se prefiere, en razón de la teoría del riesgo. Por consiguiente, las alteraciones en la formación de la culpa no afectan su obligación de reparar el daño (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, n. 235, 408].

Esta es una interpretación correcta desde el punto de vista de "*lege data*" y bajo los conceptos clásicos de "culpa" y "riesgo", como se ha dicho: el Código Civil peruano, al consagrar dos cláusulas generales interpretativas de naturaleza normativa como la culpa (art. 1969) y el riesgo (art. 1970) de igual rango y valor, ha optado por un sistema bipolar de responsabilidad civil, por lo que no puede reconocer –desde la óptica de los conceptos tradicionales– a la capacidad de discernimiento como un presupuesto de la responsabilidad civil toda. Y esta solución es coherente con el alejamiento expreso y declarado de la codificación peruana de la teoría del "hecho ilícito".

La solución antedicha nos deja a todos un sabor amargo de "injusticia". Y es que, en verdad, la noción clásica de culpa (siempre con trasfondo de reproche moral) parece ser recta y cierta, pero insuficiente para resolver los problemas del tráfico jurídico, sobre todo, a partir de una época de desarrollo capitalista en las sociedades contemporáneas.

A esto se refiere en parte el último de los autores peruanos citados cuando afirma: "(...) estas últimas reflexiones nos conducen nuevamente a los impasses y –¿por qué no decirlo?– a las injusticias hasta donde es posible llegar por el camino de la culpa. Observemos

la situación con los ojos de la víctima: si un furiosus, aún no declarado incapaz, coge un automóvil y creyéndose Juan Manuel Fangio atropella a un pobre peatón, debe pagarle los huesos rotos (art. 1970); en cambio, si el mismo furiosus se dedica entusiastamente a golpear a un transeúnte con un bastón hasta no dejarle hueso sano, la víctima se queda sin reparación (art. 1974). El simple cambio del medio de causar el daño entre un bien riesgoso y otro que no lo es en sí mismo (cambio que obviamente no depende de la víctima sino del azar), modifica enteramente los derechos de la víctima y la deja en la calle a su propia suerte (...)"; para luego, páginas más adelante, señalar: "(...) mientras nos mantengamos dentro de una apreciación in concreto de la culpa, parecería que el problema teórico no tiene solución. Pero, aun sin necesidad de optar por la teoría de la responsabilidad objetiva, el problema no se plantearía si se adopta una apreciación in abstracto de la culpa: en este caso, se atribuirá responsabilidad a las personas privadas de discernimiento, porque, independientemente de su situación particular, han incurrido en una conducta que no se ajusta a los patrones del "hombre razonable". Lamentablemente, nuestro legislador tomó el camino equivocado porque quiso adherirse en este punto a la concepción más subjetiva de la culpa aunque ello conlleve a una contradicción teórica (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, n. 235 y 243, 408 y 417].

Esta propuesta de solución a lo "Code Napoleón" contemporáneo, no la compartimos. No se puede razonar en términos de "injusticia" para criticar la aplicación de la responsabilidad objetiva a los incapaces de discernimiento, para luego terminar proponiendo una solución de "culpa objetiva" como estándar que haría que estos incapaces respondan. ¿Acaso puede hablarse de términos de justicia cuando se hace responder a alguien que no es consciente de sus actos?

Pero el error en la solución no es particular del ilustre comentarista peruano, sino propio de todo el "*civil law*" clásico que cada vez nos hace entender más certeramente la aseveración de Castronovo (ver supra, numeral 6), en el sentido de que el Derecho continental se ha movido más con intuición que con capacidad de formular soluciones jurídicamente correctas.

Creemos que una solución eficiente y coherente a las contradicciones que siempre han presentado las relaciones entre los criterios de imputación por culpa y riesgo, se obtiene recién a partir de los escritos de Calabresi, quien encuentra "(...) el enlace necesario para resolver la dificultad, restituyendo a la responsabilidad su significado pleno sin volver a caer en los engaños de la culpa (...)" [CASTRONOVO, 1997: 74].

Como se analiza a profundidad más adelante en este comentario (ver infra, numeral 16), dentro del análisis de lo que Calabresi denominará la función de desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes ("*deterrence*"), planteará la necesidad de obtener la "reducción de los costes económicos primarios" de responsabilidad, lo que solo se logrará asignando dichos costes a aquel que estuvo en mejor posición de evitar los daños. Esta "internalización" de los costes se obtiene a través de la aplicación de su teoría de "análisis de las capacidades de prevención" de los sujetos, aplicada a través de los conocidos criterios del "the cheapest cost avoider" y "the best cost avoider" [CALABRESI, 1984: 145, 153 y 245], que permitirán analizar varios de los supuestos de responsabilidad "por hecho ajeno", como supuestos de prevención bilateral o unilateral (infra, numeral 17); lo que determinará en su momento un grado de autonomía de estos supuestos respecto a un particular criterio de imputación. No se podrá afirmar, por ejemplo, que la responsabilidad del guardador por los hechos de los incapaces bajo su guarda, deba ser analizado necesaria y exclusivamente bajo la cláusula general normativa por culpa.

## 5. La valoración de la culpa en el Código Civil peruano de 1984: "culpa *in concreto*" vs. "culpa *in abstracto*"

8. Se ha indicado al final del numeral 7.2) precedente, que una de las razones que ha permitido legal, jurisprudencial y, en parte, doctrinalmente en Francia poder variar sin necesidad de cambios legislativos de una apreciación "*in concreto*" de la culpa a una apreciación "*in abstracto*", ha sido justamente el hecho de que el Code Napoleón no codificó una forma de valoración de la culpa.

Es conveniente, en cambio, recordar que codificaciones importantes del siglo XX como el BGB alemán de 1900 (art. 276) y el Codice italiano de 1942 (art. 1176) sí han codificado la apreciación de la culpa "*in abstracto*" dentro del libro de "Las obligaciones", haciendo referencia a que la apreciación de la culpa debe hacerse en función "al cuidado que normalmente es exigible al deudor en el tráfico jurídico" (Código alemán) o que "en el cumplimiento de la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia" (Código italiano).

El Código Civil peruano de 1984 –como se sabe– ha codificado también en el Libro de Las Obligaciones un criterio de valorización de la culpa, con el agravante de haberlo hecho con ocasión de la regulación de la temática referida a la "inejecución de obligaciones", consagrando en el artículo 1320 una clara referencia a la "culpa *in concreto*": "actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Esta referencia al análisis "*in concreto*" de la culpa, referido sobre todo a las condiciones particulares de las personas, recogida también, por ejemplo, en los Códigos español de 1888 (art. 1104, primer párrafo), argentino de 1869 (art. 512), paraguayo de 1985 (art. 421) y guatemalteco de 1963 (art. 1425), entre otros, no puede justificarse sino en una apreciación ético-psicológica de la culpa y dado que "(...) las situaciones de hecho son siempre distintas y ello origina una singular dificultad para apreciarlas con una idea abstracta y genérica, como –por ejemplo– la del 'buen padre de familia' o la del 'comerciante honesto y leal'. Lo que debe apreciarse y juzgarse, en definitiva, es la conducta de determinado deudor ante determinado evento, y no el proceder genérico de un miembro de la especie humana (...)" [OSTERLING, 1988: 206].

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿son aplicables a la responsabilidad extracontractual disposiciones previstas en materia contractual y viceversa?; ¿es dable deducir una aplicación por analogía de las disposiciones previstas para un tipo de responsabilidad, a la otra, ante el silencio normativo que pueda presentarse en uno de los sistemas?

La materia bajo análisis está directamente relacionada a un tema antiguo y, pese a ello, aún vigente: el de la unidad o diversidad de criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.

No es esta la oportunidad de repetir argumentos sobre la incuestionable posibilidad de sustentar una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil [Ver: FERNÁNDEZ CRUZ (1), 1997: n. 3 a 6, 258 a 276], sino de demostrar cuan erradas son aquellas expresiones que la califican de "falacia" [DÍEZ-PICAZO, 1999: 264] o de "quimera" [LEÓN HILARIO, 2004: 22-23].

En primer lugar, cabe advertir que no puede atacarse una premisa de análisis sobre la base de las consecuencias derivadas de la propia decisión de regular regímenes de responsabilidad por separado. No se puede decir que "deben" existir dos regímenes de responsabilidad

porque así lo ha decidido el Código Civil, regulando diferencias entre los alcances de cada régimen [LEÓN HILARIO, 2004: 17-20]. Si esta crítica debiera rebatirse con el mismo tipo de argumentación, bastaría con indicar que muchos proyectos de códigos y codificaciones contemporáneas han optado por la unificación de los regímenes de responsabilidad o, cuando menos, por la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada uno de ellos. Allí están el Código suizo de las Obligaciones, el Código Civil de Portugal, el Código Civil de Holanda y el Código Civil de Québec, entre los más importantes. Pero no se puede sustentar una posición bajo el argumento: "es posible la unificación, porque otros Códigos Civiles del mundo lo han hecho".

Lo importante de destacar como consecuencia del reconocimiento de una unidad ontológica conceptual y funcional de la responsabilidad civil toda –contra lo que muchos piensan– no es necesariamente el de justificar la existencia de un único sistema de responsabilidad civil (esta es una consecuencia extrema y –admitámoslo– debatible), desde que pueden existir criterios que, desde un punto de vista práctico, determinen la utilidad de mantener ciertas diferencias.

Pero el reconocimiento de una unidad ontológica conceptual permitirá siempre, cuando menos, justificar aquello mencionado líneas arriba: la aplicación extensiva o analógica de las disposiciones de un régimen a otro, en lo que no se oponga a la naturaleza especial de cada sistema; y esto, no es ni una falacia, ni una quimera.

Códigos mayores como el Código suizo de las Obligaciones de 1911 han establecido (art. 99, segundo párrafo) que "las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual", como también códigos menores tan disímiles como el Código Civil paraguayo de 1985 (art. 1855) y el Código Civil cubano de 1987 (art. 294).

En un Código Civil como el peruano de 1984, entonces, en donde no existe norma expresa de remisión para la aplicación de ciertas reglas de un régimen a otro, negar la unidad ontológica del concepto de responsabilidad civil, llevaría al absurdo de afirmar, por ejemplo:

- Que no existen normas sobre prueba y valorización de daños en sede extracontractual (solo están previstas en sede contractual: arts. 1331 y 1332).
- Que no es resarcible en sede extracontractual el daño emergente (¿?), al no estar contemplado como resarcible de modo expreso en el artículo 1985. Del mismo modo, no sería resarcible en sede contractual el daño a la persona, por no estar taxativamente señalado en el artículo 1332 del Código Civil [conclusión por demás objetable a la que arriba mi querido y dilecto discípulo LEÓN HILARIO, 2004: 18].
- Que las causas no imputables aplicables en sede extracontractual no podrían reconocer como propios los requisitos previstos para la configuración de dichos eventos en sede contractual (art. 1315 del C.C.).

Y, por estas mismas razones, estando prevista en sede contractual la valoración de la culpa, como "culpa *in concreto*", resulta también sumamente cuestionable la afirmación de que en sede extracontractual la valoración de este criterio de imputación pueda ser realizada bajo la modalidad "*in abstracto*", conclusión esta a la que parece arribar Espinoza Espinoza como obvia derivación de su aseveración de que, en el Código Civil peruano, cabe diferenciar imputabilidad de culpa [ESPINOZA ESPINOZA, 2003(1): 756].

9. Se ha dicho, sin embargo, que existen desde el punto de vista económico razones suficientes para justificar una valoración de la culpa diversa en sede contractual, respecto a la extracontractual: "(...) en presencia de altos costos de transacción deberá preferirse un parámetro abstracto de diligencia que permita a una parte determinar su propia conducta y con ello el nivel de precaución reclamada en relación a un sujeto abstracto potencialmente preparado para interactuar (...)", por lo que "(...) en todos los casos en que se opere en el cuadro de una relación contractual o bien, en ausencia de un contrato, pero siempre en una estructura que permite la adquisición de información a costos suficientemente bajos, el valor de la certeza puede ser mejor garantizado por una definición de diligencia específica (...)", con lo que se concluye que "(...) la determinación relacional de los niveles de precaución puede desenvolverse en relación a los varios niveles de información disponibles: en presencia de un standard objetivo la determinación resultará basándose sobre un parámetro de conducta abstracto mientras, en el caso de un standard subjetivo, el mismo se fundará sobre la conducta exigible al específico potencial causante de daños o al damnificado (...)" [CAFAGGI, 1996: 170-171-172].

Lo dicho precedentemente significa entonces que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, resulta vital el nivel de información poseído por las partes para determinar el criterio de determinación de la diligencia [CALFEE, J; CRASWELL, R; y COOTER, R., citados por CAFAGGI, 1996: 171].

Si se entiende el concepto de "costos de transacción" como los costos económicos que, en una coyuntura dada, generan los derechos de actuación [Véase: SCHÄFER-OTT, 1991: 24 y 84] y su importancia en el "Teorema de Coase" que, en su versión "posneriana", apunta a demostrar que "(...) en un mercado libre y privado de obstáculos a la contratación, el intercambio voluntario distribuye los bienes en la dirección del empleo económicamente más ventajoso de los mismos (...)" [MONATERI, 2001: 192], resultará de fácil comprensión que la norma jurídica debe elegir un criterio que minimice el impacto de estos costos para producir un efecto eficiente, lo que, en costos de información (que son, sin duda, un tipo de costos de transacción asociados con el hecho de tomar una iniciativa; con la identificación de las partes envueltas en la transacción que se pretende realizar; o referentes a costes de ponerse en comunicación con las partes o terceros en general; pero, principalmente, vinculados con el hecho de recabar seguridades en torno al derecho que se pretende adquirir [MISHAN, E.J., citado por: TORRES LÓPEZ, 1987: 53-55], significa que "(...) la tarea (...) del sistema jurídico es crear las condiciones necesarias para el establecimiento de informaciones productivas, así como para mantener al nivel más bajo posible los costes de obtención y divulgación de información (...)" [SCHÄFER-OTT, 1991: 309].

Más allá del convencimiento al que se pueda o no arribar bajo este sustento de índole económico a la apreciación "*in abstracto*" de la culpa en materia de responsabilidad extracontractual, lo cierto será que mientras subsista la regulación legal de valoración "*in concreto*" de la culpa en sede contractual (art. 1320 del C.C.), será difícil –y en nuestra opinión imposible– pretender defender la existencia de dos tipos de valoraciones diferentes para la culpa en el Código Civil peruano: una "*in concreto*" aplicable en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones y otra "*in abstracto*" aplicable en materia de responsabilidad extracontractual, la cual, para su aplicación, reclama un acogimiento normativo. Lo cierto será –nos guste o no– que en nuestro Código, la culpa se valora "*in concreto*", sea en materia de responsabilidad contractual como en sede de responsabilidad extracontractual, tomando como referencia "las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar". Sin

embargo, la prudencia aconseja a quienes ejercen función jurisdiccional "atemperar" este criterio en la forma que ya, desde hace algún tiempo, aconsejaban Planiol y Ripert (desde una óptica opuesta), cuando afirmaban: "(...) la conducta solamente puede juzgarse si se compara con una regla, que normalmente no debe ser ni demasiado severa ni demasiado fácil; pero, no puede atribuirse a la regla enunciada un alcance absoluto. Sin duda con ello se simplificaría la práctica, tanto para el juzgador como para los sujetos que unos frente a otros en la vida corriente, han de regular su conducta de conformidad con la que pueden esperar de los demás. Pero, la capacidad varía tanto de un individuo a otro que apreciar la conducta de todos los hombres por comparación con un modelo único, "el hombre medio", produciría frecuentemente decisiones injustas, bien en el sentido de su severidad, bien en el de su indulgencia (...)" [PLANIOL et RIPERT, 1946: t. VI, n. 517, 716]. Esto es que, así se tome como referencia una valoración de la culpa "*in concreto*", la realidad nos llevará siempre a recurrir en vía de comparación a un patrón abstracto, precisamente para "medir" las cualidades personales del sujeto, en función a las circunstancias de tiempo y lugar en que suceden los acontecimientos. Es tal vez bajo estos criterios que el Código Civil español, por ejemplo, luego de haber consagrado en el primer párrafo del artículo 1104 la valoración de la culpa "*in concreto*" en materia de obligaciones, agregó en el segundo párrafo del mismo artículo lo siguiente: "cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia".

Cabe advertir, sin embargo, que toda esta problemática de la forma de valoración de la culpa y la discusión sobre la necesidad o posibilidad de aplicar por analogía disposiciones previstas para la responsabilidad contractual a la responsabilidad extracontractual (y viceversa), subsistirá en tanto se siga enfocando a la culpa como una noción –por definición– antitética a la diligencia.

## 6. La presunción de culpa a cargo del autor del daño: crisis existencial de la responsabilidad subjetiva en el Perú, a partir de la redacción del artículo 1969

10. Uno de los puntos que más preocupó a la teoría clásica del "*civil law*" fue la distinción entre culpa contractual y culpa extracontractual. Sin perjuicio de afirmar –en sentido estricto– un concepto único de culpa, entendiéndola como falta de la debida diligencia, lo cierto es que se apreciaba entre la culpa contractual y la extracontractual diferencias sustanciales, tanto respecto a su entidad (verbigracia, tipos de grados de culpa aplicables), como respecto a la extensión de los efectos (verbigracia, entre otros, extensión del resarcimiento y carga de la prueba) [POLACCO, 1898: 242-243].

Tradicionalmente, los partidarios de la teoría de la dualidad de culpas, pese a reconocer en la negligencia una unidad conceptual para la definición de la culpa, encontraron una diferencia de régimen tan extensa que obligaba a diferenciarlas. Se tenía así que:

a) En la culpa contractual se constata una obligación preexistente, técnicamente entendida, la cual es violada por el comportamiento negligente de una de las partes; en tanto que en la culpa extracontractual no se da la preexistencia de una obligación, siendo la propia culpa la fuente del resarcimiento al haberse violado, con el comportamiento negligente, el deber general de no causar daño a nadie: el "*neminem ledere*".

b) La culpa contractual se presume y no necesita ser probada por el acreedor, quien tan solo debe probar el incumplimiento del deudor. La culpa extracontractual no se presume y debe ser probada por la víctima, adicionalmente al daño y a la relación causal.

c) En la culpa contractual se aplica la teoría de la graduación de la culpa. La culpa extracontractual no admite graduaciones: es única y más severa que la contractual, debiendo abarcar inclusive la denominada "culpa levísima".

De lo cual, a su vez, se dedujeron diferencias adicionales marcadas entre los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual:

a) La extensión del resarcimiento es diversa, siendo la correspondiente a la responsabilidad extracontractual más amplia.

b) El sistema de mora aplicable en cada sistema es diverso: mora "*ex personae*" en la responsabilidad contractual; mora "*ex re*" en la responsabilidad extracontractual.

c) Los plazos prescriptorios aplicables son también diversos.

11. Frente a los partidarios de la teoría de la dualidad de culpas, no faltaron voces autorizadas que defendieran la tesis de la unidad de la culpa y la relatividad de las diferencias de tratamiento y alcances en los dos regímenes de responsabilidad. Así, por ejemplo, para Planiol y Ripert, la diligencia exigible a los sujetos en materia contractual no tiene por qué ser menor que la exigible en materia extracontractual y si bien aquella puede ser variable en atención a la naturaleza de las relaciones, la condición de las personas u otras causas, ello se da por igual en sede contractual como extracontractual [PLANIOL et RIPERT, 1946: t. VI, n. 489-a), 681], lo que no se ve afectado por la existencia de sistemas moratorios diversos y diferencias de organización técnica aplicables a cada régimen de responsabilidad, ni por la diversa carga probatoria de la culpa presente en cada sistema [PLANIOL et RIPERT, 1946: t. VI, n. 489-b)-490 y 491, 681-686]; negando estos autores diferencias sustentables respecto a la graduación de culpas y respecto a la extensión del resarcimiento.

Pero es Carnelutti, uno de los críticos más autorizados de Polacco, quien afirma que debe haber identidad de tratamiento en la culpa contractual y en la extracontractual, discrepando de este último autor en la exigencia de la aplicación de la culpa levísima en sede extracontractual. Ante la inexistencia de normas diversas en materia de responsabilidad extracontractual –señala Carnelutti– nada impide la aplicación por analogía de las normas existentes en sede contractual: si "(...) existe una norma sencilla, precisa que regula la culpa contractual; ¿por qué, ante la falta de una norma diversa, no gobernaría también la aquiliana? Dado que este por qué no viene dicho (...), yo pienso que el intérprete no puede negarse a emplear la analogía (...)" [CARNELUTTI, 1916: 309-312]. Igual raciocinio empleaba el mismo Carnelutti sobre la carga de la prueba, en donde debía diferenciarse el lado procesal del lado sustancial: como quiera que en sede contractual existe norma sustancial que presume la culpa del deudor en el incumplimiento, ante la falta de norma expresa en sede extracontractual debería aplicarse aquella, dado que "(...) no hay una razón en el mundo que explique el por qué quien pide resarcimiento por la lesión de un derecho obligatorio deba probar solo la lesión material, y quien lo reclama por la lesión de un derecho real deba demostrar también la lesión culposa (...)" [CARNELUTTI, 1916: 316-317]; postulándose de esta manera la aplicación de la presunción de culpa del deudor tanto en sede contractual como en sede extracontractual.

Contemporáneamente, estas ideas fueron también acogidas por Barbero, quien pretenderá deducirlo de la supuesta presunción de culpa acogida por el artículo 2047 del Código Civil italiano respecto al daño ocasionado por el incapaz y en donde el encargado de la vigilancia respondía por los daños de aquel, a no ser que pruebe no haber podido impedir el hecho. Se preguntaba así: "(...) ahora bien, si a cargo de este 'autor indirecto' la culpa se presume hasta prueba en contrario de no haber podido impedir el hecho, ¿no salta inmediatamente a los

ojos la incoherencia de admitir por el solo silencio del artículo 2043 que, cuando se trate de juzgar de la responsabilidad del 'autor directo' del daño, la culpa haya de ser demostrada por la persona damnificada? (...)" [BARBERO, 1967: t. IV, 728-729].

En igual sentido, un conocido subjetivista estudioso de la responsabilidad civil como De Cupis, en la misma línea de pensamiento desarrollada por Carnelutti, señalaba que "(...) así como resultaba extraño que el responsable fuese tratado más severamente en el campo extracontractual que en el contractual en lo relativo al grado de la culpa, otro tanto extraño resultaba que fuese tratado, contrariamente, con mayor favor en el campo extracontractual respecto a la carga de la prueba de la culpa (...)", agregando, sin embargo, que no pueden extenderse por la vía analógica disposiciones previstas para la materia contractual a sede extracontractual, desde que la propia ley ha previsto expresamente ello cuando lo ha querido así: "(...) cuando el legislador ha querido considerar genéricamente aplicables a la materia extracontractual las normas dictadas para la contractual, lo ha realizado de manera conveniente; el artículo 2056, párrafo 1, dice que 'el resarcimiento debido al perjudicado se debe determinar según las disposiciones de los arts. 1223, 1226 y 1227' (artículos referentes a la extensión del resarcimiento, a la valoración equitativa del daño y a la concurrencia del hecho culposo del acreedor). Del principio sancionado en el artículo 1218 no se hace análoga referencia; si bien encuentra aplicación en algunos casos especiales de responsabilidad extracontractual. Es evidente, en consecuencia, no ser intención de la ley que la llamada inversión de la carga de la prueba, tenga en el campo extracontractual la misma aplicación general con que se actúa en el contractual (...)", por lo que el citado autor italiano termina más bien su razonamiento con una petición de "*lege ferenda*": "(...) A nuestro modo de ver, hubiese sido mejor sistema adjuntar en todo caso al responsable la prueba de la ausencia de culpa, y ello no porque los daños sean normalmente ocasionados con culpa, sino simplemente, porque la prueba de un estado psicológico cual la culpa es tan ardua, que parece más justo que quien ha originado la causa material del daño demuestre no haber obrado con culpa, en vez de agregar al que ha sufrido el daño, la prueba, además del hecho dañoso, de la misma culpa (...)" [DE CUPIS, 1975: n. 25, 236-238].

No han faltado, sin embargo, autores que, en la misma línea de argumentación seguida por Carnelutti y Barbero, esto es, el de asimilar la ausencia de culpa del deudor en el ámbito contractual (art. 1218 del Código Civil italiano) a las hipótesis de responsabilidad presunta previstas en sede extracontractual (arts. 2047 - 2054 del Código Civil italiano), llegan a conclusiones bastante disímiles, como el negar los alcances de la presunción de culpa en el propio campo de la responsabilidad por inejecución de obligaciones. Para Maiorca, por ejemplo, no existen diferencias en sede contractual o extracontractual respecto a la carga de la prueba, la cual debe siempre competer al acreedor, a la luz de lo dispuesto por el artículo 2697 del Código Civil italiano, el cual establece que "quien quiera hacer valer un derecho en juicio debe probar los hechos que constituyen el fundamento del mismo (...)". Este autor señala que "(...) la prueba del incumplimiento, comprendiendo todos los elementos de la causa petendi, no puede no competer sino integralmente al actor, esto es, al acreedor; y puesto que la omisión de la diligencia, cual 'debida' en las circunstancias del caso, es un modo de ser del incumplimiento, no existe razón alguna para que el actor no deba dar la demostración de la diligencia omitida, esto es la prueba de la culpa del deudor (...)" [MAIORCA, 1960: 583].

12. En realidad, centrar el análisis de la necesidad de invertir la carga de la prueba en aparentes razones de justicia percibidas siempre desde una óptica intersubjetiva, constituye uno de los más gruesos errores, en nuestra opinión, en los que ha incurrido un sector de la doctrina clásica del "*civil law*". El fenómeno de responsabilidad no puede ser enfocado como

parte de una relación que hemos llamado "diádica", "(...) que vincula exclusivamente a causante (responsable individual) y víctima, minimizando o ignorando la importancia del contorno social en que se desenvuelve dicho fenómeno (...)" [FERNÁNDEZ CRUZ, 1991: 79]. Esta visión "clásica" de la responsabilidad civil solo ha podido apreciar "con anteojeras" la aparente mutación del eje central de la responsabilidad, de la culpa a la reparación, por lo que la necesidad de consagrar la regla "*favor victimae*" justificaría invertir la carga de la prueba, de manera tal que se facilite el resarcimiento y la reparación integral. Es el mismo criterio de "justicia individual" afirmado por De Cupis cuando señala que "(...) pesada es la condición de aquel que debe probar el estado psicológico de otro sujeto (culpa) mientras que es mucho más factible probar la presencia 'in se' del estado psicológico (...) (diligencia, o sea, ausencia de culpa) (...)" [DE CUPIS, 1975: n. 25, 238].

Más sensato parece preguntarse si no existe alguna razón lógica e histórica que explique el por qué colocar en el responsable la prueba de la ausencia de culpa en sede extracontractual aparece "(...) en contraste con los principales sistemas jurídicos de la responsabilidad civil (...)" y en contraste con "(...) el proceso formativo y evolutivo de las reglas de la responsabilidad (...)" [COMPORTI, 1965: 50].

Es cierto que, tal y como lo han señalado Cendon y Ziviz, la decisión de afirmar una inversión de la carga de la prueba en el Derecho Civil y, en particular, en la responsabilidad civil, puede reposar en dos razones: a) cuando se quiere proteger y favorecer intereses generales, tales como la circulación de la riqueza o la reducción de los costos que deben ser soportados por la colectividad con relación a la aplicación de determinados supuestos; y b) cuando se quiere favorecer la posición individual de una de las partes frente a otra, en donde la lógica de la inversión de la carga probatoria "(...) se mueve, por costumbre, en el sentido de tutelar la parte 'débil' de la relación (...)" [CENDON, 1994: 142-143].

De estas dos categorías que explican las técnicas de inversión de cargas probatorias empleadas por el legislador, la primera es claramente de naturaleza "sistémica" y la segunda de naturaleza "diádica". Es un error, pues, creer que solo criterios "diádicos" pueden justificar decisiones para invertir (o negar la inversión de) cargas probatorias.

Así, entonces, pueden existir también criterios sistémicos que justifiquen que la carga de la prueba permanezca en la víctima del daño, lo que, en el caso de la culpa, servirá a los fines del desarrollo tecnológico: los agentes económicos verán trasladados hacia ellos menores costes que les permitirán invertir en tecnología y mejorar sus bienes de capital en aquellas áreas en donde no se haya alcanzado un desarrollo tecnológico adecuado.

Y en esto hay también un sustrato de justicia, pero social: el beneficio del progreso tecnológico es patrimonio de la sociedad y en bienestar de sus integrantes, por lo que el sacrificio de aquellos que tuvieron que financiar la industria en la fase del capitalismo naciente (al tener que soportar el coste del daño, permaneciendo este en las víctimas que no pudieron probar la culpa del causante del daño) no fue vano.

13. Si como se ha indicado en el numeral 8) de este comentario, es siempre posible aplicar "analógicamente" disposiciones previstas para un sistema de responsabilidad a otro, se comprenderá inmediatamente la gravedad de no haberse contemplado en el artículo 1969 del Código Civil peruano una regla expresa referente a la prueba de la culpa a cargo de la víctima.

Pero el Código Civil peruano de 1984 ha ido aún más lejos y tiene el triste privilegio de ser una de las codificaciones que más ha mal entendido la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil: el artículo 1969, luego de haber consagrado, en su primer párrafo, la cláusula

general interpretativa de responsabilidad subjetiva, sanciona, en su segundo párrafo, una inversión de la carga de la prueba, señalando lo siguiente: "el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". No creemos que deba ser materia de consuelo la circunstancia de que el mismo error (en lo que atañe a la presunción de culpa) haya sido consagrado legislativamente por otras codificaciones, como por ejemplo, el Código Civil guatemalteco de 1963 (art. 1648) y, se dice, el Código Civil español de 1888 (art. 1903, último párrafo) y los Códigos derivados de este, como el Código Civil panameño de 1917 (art. 1645, último párrafo), aun cuando, a decir verdad, la gran mayoría de la doctrina clásica española restringe la presunción contenida en el artículo 1903, último párrafo, de su Código Civil, a los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno indicados en dicho artículo.

La presunción de culpa consagrada en el artículo 1969 del Código Civil de 1984, en su origen, fue saludado por la "*opinio iuris*" nacional, pues compartía "(...) la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana (...)" que se adscribía, en esto, a una "(...) tendencia universal (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, n. 64, 150] y, de alguna manera, representó la consagración legislativa de una tendencia discutida ya bajo el abrogado Código Civil peruano de 1936, en la redacción oscura del artículo 1136 [REY DE CASTRO, 1972: n. 100 y 113, 140 y 156]. Ha sido, por otros, absolutamente ignorada, manifestando con ello una incapacidad de apreciación de las consecuencias que, sobre el juicio de responsabilidad, genera la prueba por presunciones [ARIAS-SCHREIBER, 1992: 20. También: MERCADO NEUMANN, 1988: 73]. Lo cierto es que la doctrina nacional en general, o ha sido incapaz de apreciar que el recurso a las presunciones de culpa se "(...) inserta en la más general tendencia que se describe como objetivación del intercambio, lo cual induce a la objetivación de la responsabilidad civil (...)" [FRANZONI, 1988: 436] o, la ha defendido con vehemencia bajo el ropaje de la reparación integral, sustentada en "(...) la necesidad objetiva de la reparación plena del daño (...)" [LOAYZA LAZO, 1995: t. II, 339].

Y esto, precisamente, constituye un grueso error: el hecho incontestable que durante todo el siglo XIX y gran parte del siglo XX, la culpa haya cumplido el rol de criterio de selección de los intereses dignos de tutela, fungiendo de único factor atributivo de responsabilidad, contribuyendo con ello al desarrollo del capitalismo y al auge de la era de la industrialización, no significa –contrariamente a lo que muchos piensan hoy– que en la actualidad carezca ella (la culpa o, si se prefiere, la responsabilidad subjetiva) de sentido y funcionalidad.

El principio de la reparación integral podría ser entendido, en nuestra experiencia continental contemporánea, como "el principio general de responsabilidad" solamente en países altamente industrializados, esto es, en aquellos caracterizados por un notable desarrollo tecnológico; empero, aun en dichos países, no podrá sostenerse como único principio existente, pues, afirmar la responsabilidad objetiva absoluta, conllevaría a la aseveración de que el hombre "ha logrado ser Dios", dominando plenamente todos los campos en los que se desenvuelve. Siempre, la culpa, cumplirá un rol en cualquier sociedad contemporánea dentro de la cual se aplique un sistema de responsabilidad civil: el de incentivar el desarrollo técnico-científico en aquellas áreas aún no dominadas por el hombre.

La historia de la responsabilidad civil es buen ejemplo de la íntima relación entre las nociones de culpa y desarrollo tecnológico: cuando en determinadas áreas del quehacer humano se ha ido incrementando el conocimiento técnico, la responsabilidad del agente ha ido agravándose hasta devenir, en algunas áreas, como supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva. Este tránsito de responsabilidad subjetiva a responsabilidad subjetiva agravada, de esta

a responsabilidad objetiva atenuada, para devenir luego en pura responsabilidad objetiva (en algunos aspectos), a la par del desarrollo tecnológico, puede apreciarse claramente en la responsabilidad profesional y en la responsabilidad derivada del ejercicio de empresa (incluida la responsabilidad del productor por productos defectuosos), en donde "(...) se tiende a afirmar una responsabilidad más rigurosa con respecto a los que poseen conocimientos técnicos y poder económico (...)" [VISINTINI, 2002: 248].

En este contexto, cabe afirmar que en países no caracterizados precisamente como industrializados, llamados eufemísticamente "países en vías de desarrollo", la culpa, con su función macrosistémica de incentivación de actividades, estará llamada a seguir cumpliendo un rol muy importante y, a veces, superior al que puedan representar los criterios de imputación objetivos de responsabilidad.

Pero, en el Perú de hoy, como si se tratara de un país altamente desarrollado, se ha consagrado una presunción legal en el sistema de responsabilidad extracontractual por culpa que supera el recurso a las llamadas "presunciones simples" [FRANZONI, 1988: 430 s.s.]; lo que conlleva necesariamente una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, trayendo como consecuencia –contrariamente a lo que algunos autores nacionales han sostenido– un sistema de responsabilidad civil casi objetivo. Casi objetivo –decimos–, por cuanto en un sistema de responsabilidad objetiva, el causante es llamado a responder, salvo que pruebe una causa no imputable. En cambio, en un sistema de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, teóricamente hablando, el causante responderá, salvo que pruebe, o una causa no imputable (caso fortuito y/o fuerza mayor), o su ausencia de culpa, esto es, en este último supuesto, su comportamiento diligente, en función a un patrón determinado.

Lo cierto es que, la infeliz fórmula del vigente artículo 1969 del Código Civil peruano, mantenido incluso en los proyectos de reforma que forjara el Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y en el proyecto vigente preparado en el seno de la Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma de Código Civil, ha terminado por catapultar a nuestro Código Civil, a la nada envidiable posición de ser uno de los Códigos "más creativos" en materia de responsabilidad civil subjetiva y, más inorgánico, si comparamos su normativa en materia de responsabilidad contractual (radicalmente subjetivista bajo cánones ochocentistas), respecto a aquella presente en materia de responsabilidad extracontractual (aparentemente casi objetiva, bajo una presunción de culpa presunta).

Lamentablemente, esta "creatividad" del Código Civil peruano, manifestada en el contenido del artículo 1969 del Código Civil, no ha sido compartida por los más ilustres visitantes que han opinado sobre nuestro Código, quienes han criticado la vocación de generalidad de esta inversión de la carga de la prueba que reduce el ámbito de aplicación de la responsabilidad subjetiva (al estar acogida en una presunción legal) y la aproxima a la responsabilidad objetiva. Con ocasión del Congreso Internacional sobre los "Diez Años de Vigencia del Código Civil Peruano", llevado a cabo en la ciudad de Lima, del 12 al 16 de setiembre de 1994, Chabas afirmó que "(...) esta presunción general, muy favorable a los perjudicados, resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños a los que se aplica (...)" [CHABAS, 1995: 320]; mientras que De Ángel Yágüez fue enfático al señalar que "(...) no puedo dejar de manifestar mis reservas sobre el principio de inversión de la carga de la prueba que con carácter general se formula en esta norma (...)" [DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1995: 372]; para terminar Visintini señalando que "(...) personalmente creo que tal regla debe ser rigurosamente circunscrita porque es preciso tener presente que la técnica

legislativa y judicial de recurrir a la presunción de culpa ha servido para preparar el camino para la responsabilidad objetiva (...)" [VISINTINI, 1995: 311].

¿Cuál ha sido la pretensión del Código Civil peruano de 1984 al consagrar, con alcance general, en el artículo 1969 una inversión de la carga de la prueba y, por ende, una culpa presunta?

Al parecer, el propósito ha sido bastante pedestre: la miopía jurídica (propia de quien no alcanza a visualizar la perspectiva sistémica de la responsabilidad civil) de "mejorar la situación de las víctimas" [REY DE CASTRO, 1972: n., 113, 155; TABOADA CÓRDOVA, 2001: 87] o, en otras palabras, por "(...) razones de política legislativa que consagran la regla 'favor victimae' para facilitar el resarcimiento del daño (...)" [VEGA MERE, 2000: t. II, 847]; regla derivada del principio "*favor debilis*", que no es, sino, el principio que sustenta la finalidad tuitiva de la víctima, más conocido como el "principio solidarístico" de la responsabilidad, base de la reparación integral del daño, pero visto únicamente desde la perspectiva diádica de la responsabilidad civil.

El gran problema –ya lo hemos indicado– radica en la visión miope de la responsabilidad civil que cree que el principio solidarístico que la sustenta se agota en la perspectiva diádica de aquella, circunscribiendo exclusivamente a este ámbito la afirmación de que "(...) la regla de '*favor victimae*' condice sin dudas con la opinión dominante en el estado actual del pensamiento jurídico (...)" [ALTERINI, 1990, t. I, 213], lo cual sustentaría la procedencia de dicha regla, bajo una presunción legal de culpa.

En realidad, el principio solidarístico de la responsabilidad civil, desde su perspectiva sistémica, justifica –como excepción– el sacrificio de uno o más individuos en aras del bienestar social: a veces, y solo cuando es indispensable, el sacrificio de uno (víctima) puede llegar a significar el beneficio de todos, evitando con ello la multiplicación de daños y la generación de nuevas víctimas en el futuro.

Por esto, hoy, puede decirse que desde la perspectiva del "Derecho continental" y, desde un punto de vista "microeconómico" o "diádico", la función esencial de un sistema de responsabilidad civil es la de la reparación del daño (comprendida dentro de la denominada "función satisfactoria del daño", que incluye tanto la función de reparación del mismo, en el daño patrimonial, como la función aflictivo-consolatoria, tratándose del resarcimiento del daño extrapatrimonial); empero, no es menos cierto que esta función, basada en un principio solidarístico, se entiende subordinada a la función "sistémica" de la responsabilidad civil de incentivación o desincentivación de actividades, que también reposa en el principio solidarístico de la responsabilidad civil, pero visto desde la óptica sistémica. Esto es que, si bien hoy, a diferencia de la perspectiva "ochocentista" de la responsabilidad civil, la pregunta a realizarse no es ya más si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, si puede encontrarse una razón para negar el derecho de la víctima al resarcimiento, esta visión solidarística de la responsabilidad estará siempre subordinada a la necesidad de incentivar o no el desarrollo de una actividad. Así, por ejemplo, no existe duda de que actividades como la manipulación de gas y su envasado en balones, crea un riesgo connatural e inherente a la realización de dicha actividad; empero, la sociedad debe tolerarla, por su utilidad social, lo cual dista mucho de incentivar el desarrollo de la misma. Esta es la razón por la cual dicha actividad será llevada al campo de la responsabilidad objetiva.

En cambio, actividades en las que es necesario incentivar el desarrollo técnico-científico, como por ejemplo determinado tipo de prestaciones médico-quirúrgicas, son llevadas al

campo de la responsabilidad subjetiva, pues, la culpa (en la perspectiva clásica, tanto por su concepto eminentemente personal como por su dificultad de probanza), determinará necesariamente, como efecto, que las víctimas subvencionen, de algún modo, el desarrollo tecnológico que, al mejorar el estado de los conocimientos científicos en determinada actividad, beneficiará en última instancia a la sociedad toda. En este supuesto no hay duda de que el principio solidarístico de la responsabilidad no puede ser apreciado exclusivamente desde un punto de vista individual, sino desde un punto de vista colectivo, siendo justamente en esta visión de la responsabilidad civil donde se marca una diferencia de perspectiva notoria entre la doctrina del "*civil law*", en relación a la del "*common law*".

14. ¿Y qué puede decirse de la inversión de la carga de la prueba respecto al dolo que aparentemente consagra también el artículo 1969 del Código Civil peruano?

Se sabe que es un principio generalmente aceptado que el dolo no se presume y que necesita ser probado; y esto, como derivación de una supuesta herencia romanística (que es en realidad obra de los glosadores) que entiende al dolo como contraposición a la buena fe, que se presume [CHIRONI, 1903: v. I, n. 108, 276].

El Derecho Civil clásico, como se conoce, ha diferenciado tres acepciones de dolo: i) como vicio de la voluntad, en donde el dolo es entendido como ardid o engaño del que se vale un sujeto para celebrar un negocio jurídico. Como vicio del consentimiento, el dolo dará lugar a la anulación del acto celebrado; ii) como deliberado propósito de incumplir una obligación asumida, que caracterizará el denominado "dolo contractual"; siendo los tipos de dolo hasta aquí mencionados, los dos sentidos respecto a los cuales se habla en las obligaciones derivadas de los contratos [POLACCO, 1898: n. 97, 235-236]; y, iii) como deliberado propósito de causar daño, que configurará el denominado "*animus nocendi*" y que caracterizará tanto al dolo penal como al dolo extracontractual.

Tradicionalmente reconocida la prueba del dolo como una prueba difícil "(...) pues rara vez el estado intencional del obligado se exterioriza de una manera tan neta que facilite su prueba (...)", se ha señalado que "(...) por su gravedad, por su carácter excepcional, el dolo no puede presumirse y debe ser probado por quien lo alega (...)" [CAZEAUX y TRIGO REPRESAS, 1984: t. I, 144].

Sin embargo, lo cierto es que, como bien se ha indicado, "(...) el objeto de la prueba no puede ser la demostración directa de la conciencia y voluntad del evento, del animus nocendi o de la precisa indicación de las prefiguraciones de todas las consecuencias dañosas. Si así fuese, efectivamente se trataría de una prueba realizable solo a través de la confesión o el juramento del agente, desde el momento que no se pueden hacer evidentes los propósitos y los proyectos que son elaborados por la mente humana (...)", por lo que objeto de la prueba del dolo deben ser los "(...) hechos o circunstancias de las cuales se pueda deducir la previsión de un cierto evento lesivo: la predisposición fraudulenta o el preciso intento de dañar por parte del responsable (...)" [FRANZONI, 1993: 170. Ver también: CENDON, 1976: 141, 155, 167 y 258 ss].

Las presunciones de dolo no repugnan "*per se*" al Derecho. De hecho, pueden existir y existen supuestos en los cuales cabría recurrir a una presunción de este tipo [CENDON, 1976: 260 y ss], tales como los supuestos de competencia desleal por publicidad engañosa; la remoción de dependientes calificados que aparecen como indispensables para el buen funcionamiento de una empresa, contando para ello con la ayuda de dependientes de la competencia; la obtención calculada y con engaños de los secretos comerciales de una sociedad o

los nombres de la cartera de clientes de la competencia; la doble venta de un bien; la inducción al incumplimiento de las obligaciones por un tercero; el abuso del derecho; etc. [Ver al respecto los elencos consignados en: VISINTINI, 1996: 322 y ss; LEÓN HILARIO, 2004: 53-54]. Empero, lo cuestionable será establecer una presunción legal de dolo de alcance general, como aparentemente lo hace el artículo 1969 de nuestro Código Civil.

Resulta hasta cierto punto cierto, sin embargo, que la real trascendencia de esta presunción, poco o nada agrega a la presunción general de culpa consagrada en el propio artículo 1969 del Código Civil peruano, desde que es pacífico el entendimiento en la doctrina comparada de la equivalencia entre culpa y dolo en el campo de la responsabilidad extracontractual [VISINTINI, 1996: 309], por lo que si el dolo no admite graduaciones [POLACCO, 1898: 236], resulta suficiente la culpa para generar el deber de resarcimiento [LEÓN HILARIO, 2004: 54], no existiendo diferencias en lo que respecta a la extensión de la cobertura de daños, sea que la responsabilidad se haya debido a culpa o a dolo del agente.

No se entiende, entonces, cómo la actual Comisión Encargada de Elaborar el Anteproyecto de la Ley de Reforma del Código Civil, se haya limitado a eliminar la presunción del dolo en la nueva redacción propuesta del artículo 1969 del Código Civil peruano, ratificando la presencia de la presunción de culpa; aun cuando ello se deba, tal vez, a la posición acrítica mantenida por uno de sus más conspicuos miembros, quien en una importante obra se limita a criticar exclusivamente la presunción de dolo en el artículo 1969 [ESPINOZA ESPINOZA(2), 2003: 108-109].

Nada trascendente se obtiene, pues, con la cancelación de la presunción del dolo, si se deja la presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil Lo único tal vez relevante será la discusión teórica que permitirá reconfirmar, a la luz del principio de solidaridad, la función preventiva macrosistémica que cumple la culpa, pues a la responsabilidad civil por dolo se le ha pretendido adscribir una función sancionatoria (como claramente compensatoria correspondería a la responsabilidad objetiva) [Véase: CASTRONOVO, 1979: 604. También: CAFAGGI, 1996: 61 y ss].

No debe olvidarse, sin embargo, que la responsabilidad civil subjetiva puede, de hecho, originarse en hechos culposos como dolosos, y que su inclusión expresa en el articulado del Código Civil peruano de 1984, en materia de responsabilidad extracontractual, obedeció a la finalidad de "(...) rescatar para el Derecho Civil la reparación del acto doloso a fin de salvar un error de aplicación del sistema jurídico cometido por el Poder Judicial (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, n. 48, 127], toda vez que la Corte Suprema de la República, bajo la vigencia del Código de 1936, tuvo la peregrina idea de sentar jurisprudencia (una de las pocas y mal) señalando que "la vía civil no era competente para obtener resarcimiento por daños generados en un delito doloso".

## 7. ¿De la "culpa social" a la "reparación integral"? (...) o hacia ¿la afirmación del "mito de Sísifo"?

15. Dentro de la racionalidad de los sistemas más logrados del "*civil law*", se comienza a percibir en un momento dado del desarrollo capitalista, que la subvención al desarrollo industrial, en detrimento de las víctimas, no puede ser tolerado más, si es que se ha alcanzado, cuando menos, un grado aceptable de desarrollo tecnológico en función a la actividad de que se trate. Realidades evidentes de esta constatación se dan, por ejemplo, dentro de los campos de la responsabilidad médica y de la responsabilidad por productos. Se plantea entonces, en

función al grado de desarrollo tecnológico de las actividades humanas, un reemplazo de la "función individual" por la "función social" de la responsabilidad civil, afirmándose –a nivel diádico– el principio solidarístico de la reparación integral como regla general de responsabilidad, o, cuando menos, una concepción bipolar de la responsabilidad civil, con la coexistencia de dos grandes principios generales: la culpa y el riesgo, y la construcción del sistema de responsabilidad extracontractual bajo dos cláusulas generales interpretativas: una de responsabilidad subjetiva y otra de responsabilidad objetiva. Ejemplos vívidos de esta tendencia, lo constituyen los aportes doctrinarios que se dan en Europa a partir de los años 1940-1960, como por ejemplo, los de Trimarchi y Rodotà en Italia; Esser en Alemania; y Starck en Francia.

Esta evolución y tendencia del Derecho continental, nos es recordada por Salvi de la forma siguiente:

> "(...) La '*ratio*' del instituto tiende, en efecto, a alejarse de la lógica individual, que sostiene la exigencia de restaurar el equilibrio lesionado por el daño a la víctima, a una razón de interés 'general' (aunque identificada con el principio liberal del cual se ha hablado). Se abre así la dialéctica, todavía central, entre la función individual de la responsabilidad civil, como instituto que regula una relación bilateral según criterios privatistas, y su función social, entendida como interés general que justifica (o no) el traslado del daño de la víctima a otro sujeto (...). La reparación del daño, no es más vista como la consecuencia de reglas con finalidades esencialmente preventivas y represivas en función de conductas dañosas opuestas a los parámetros de tolerabilidad social; sino, como función primaria del instituto, que encuentra si acaso un límite, y no su fundamento, en la consideración del hecho del responsable. El principio liberal es derrumbado: no se pregunta ya si hay una buena razón para que el autor de un daño deba responder, sino más bien, por qué podría ser negado el derecho de la víctima al resarcimiento (...)" [SALVI, 1998: 14-15].

El principio de la reparación integral –en países del "*civil law*" en donde la industrialización ha alcanzado ya un grado aceptable de desarrollo tecnológico– postula como posible realidad, con el carácter de principio general y no ya como excepción, la afirmación premonitoria de Ripert "de la responsabilidad a la reparación". Áreas tradicionalmente aceptadas como de dominio de la culpa, como por ejemplo, las de prestaciones profesionales, pasan a ser de dominio en parte de la responsabilidad objetiva, incluyendo aquellas de tipo médico-quirúrgicas, allí donde el progreso alcanzado por la ciencia y la técnica permitan afirmar que no más las víctimas de daños deban subvencionar el desarrollo tecnológico [FRANZONI, 1997: 325-326].

La calificación de una actividad humana como sujeta a responsabilidad subjetiva u objetiva, dependerá entonces de la evaluación que se haga de dicha actividad, a la luz del progreso alcanzado en el desarrollo de la misma. Esta es la razón del porqué la responsabilidad del productor, por ejemplo, en su inicio, fue concebida como una actividad típicamente sujeta a la responsabilidad subjetiva y en donde, por lo menos en Europa, con la dación de la Directiva de la C.E.E. N° 85/374, ha pasado a ser concebida como una actividad sujeta, en términos generales aunque no absolutos, a responsabilidad objetiva. Ello, por cuanto hoy en el estado de la doctrina comparada se admite como regla general de responsabilidad objetiva, la denominada "responsabilidad objetiva relativa" (ver el acápite 3 del comentario al art. 1970), que permite invocar al caso fortuito y/o fuerza mayor como supuestos de exclusión de responsabilidad. En la responsabilidad del productor, en cambio, a este, para no responder, se le permite también aportar la prueba del denominado "riesgo de desarrollo", esto es, la prueba de

que el producto se creía suficientemente seguro al momento en el cual fue puesto en circulación. Por esto se le permite exonerarse de responsabilidad probando que:

- El defecto que ocasionó el daño no existía cuando el fabricante colocó el producto en circulación; o
- Si el estado de los conocimientos científicos y técnicos, al momento en el cual el fabricante puso en circulación el producto, no permitía considerar todavía el producto como defectuoso.

Repárese entonces que el denominado "riesgo de desarrollo" es uno ya existente al momento de la puesta en circulación del producto, pero que no podía ser descubierto dado el nivel de los conocimientos técnicos y científicos imperantes en dicho momento [Véase al respecto: FRANZONI, 1993: 536-540; y ALPA-BIN-CENDON, 1989: 136-140].

Así también, si no fuera por la existencia de los "*lobbies*" económicos, la actividad aeronáutica debería de haber dejado hace algún tiempo de ser considerada sujeta a la responsabilidad subjetiva, para pasar a ser objeto de responsabilidad estricta. ¿O es que acaso alguien puede ignorar hoy que una de las actividades más seguras, es, sin duda, la actividad aeronáutica?

Como hemos ya señalado en un trabajo anterior [FERNÁNDEZ CRUZ(2), 1997: 261-262], desde una perspectiva diádica, la actividad de transporte aéreo ha sido siempre la misma desde su inicio; esto es, un sujeto (transportista) que se obliga frente a otro (pasajero) a llevarlo sano y salvo a destino. En este sentido: ¿por qué no responder frente a este, en caso de incumplimiento, por la sola no consecución del resultado, si justamente su obligación consistió en garantizar dicho resultado? La respuesta la encontramos si entendemos históricamente a la actividad aeronáutica como una actividad altamente riesgosa en sus orígenes. Justamente por tratarse de una actividad por ese entonces novedosa y en donde no se poseían los conocimientos técnico-científicos que permitieran dominar los riesgos inherentes a esta actividad, el peligro de que un aeroplano cayera a tierra, con probables daños a sus pasajeros y/o carga, era latente y altamente probable. Entonces, si a aquel sujeto que deseara invertir y llevar adelante esta actividad, le hubiésemos dicho "está bien, desarróllala, pero quedas advertido que deberás pagar por todos los daños que ocasiones a los pasajeros y/o carga en caso de accidente", la respuesta de aquel hubiese sido franca y directa: "no puedo invertir en una actividad donde perderé más de lo que puedo ganar". Esta respuesta, no de uno, sino de todos los empresarios, hubiese determinado que nadie se dedique a la actividad de transporte aéreo, con la consecuente involución de esta actividad [FERNÁNDEZ CRUZ(2), 1997: 262].

Lo dicho precedentemente, revela una de las funciones de la responsabilidad civil que más ha sido esquiva a la apreciación de los juristas clásicos, no acostumbrados a enfocar a la responsabilidad desde su perspectiva sistémica: la de incentivación y desincentivación de actividades, y demuestra, al mismo tiempo, la importancia del rol que ha cumplido la culpa como criterio de imputación en la historia de la responsabilidad civil al servicio del desarrollo tecnológico. Lo que ya se ha venido preguntando la doctrina civilística contemporánea, es si, en verdad, la aparente "evolución" de la responsabilidad civil, de la culpa ético-psicológica a la culpa social; de esta a la responsabilidad objetiva atenuada; y de esta a la responsabilidad objetiva absoluta, no sea más que un "espejismo" que en realidad refleja –respecto al dominio de la tecnología– un acercamiento siempre "asintótico", representando una curva que se acerca de continuo, hasta el infinito, a la recta del conocimiento sin llegar nunca a encontrarlo. Cuando parece que el hombre avanza más en el dominio de la ciencia y la tecnología, parecen surgir nuevos retos (piénsese en las nuevas enfermedades surgidas en el siglo XX y

las mutaciones de virus que exigen nuevas investigaciones que parecen partir desde el desconocimiento absoluto), que obligan a "remensurar" la meta y "revalorar" el rol de la culpa en la sociedad posmoderna, a punto tal que, para algunos, la responsabilidad civil ha seguido la trayectoria de una "parábola" [BUSNELLI, 2002: 12-15], permitiendo a la culpa recuperar la condición de "única cláusula general normativa de responsabilidad".

Esta necesidad de "revalorar" el rol de la culpa en la sociedad posindustrial, puede llevar a muchos a pensar que la culpa es en realidad una "maldición" que persigue a la responsabilidad civil como el "mito de Sísifo" en la mitología griega: como narra esta mitología, Sísifo fue un rey legendario de la ciudad de Corinto que dio gran prosperidad a su reino, hasta el punto de sentirse tan poderoso y autosuficiente que se atrevió a encadenar a "Thanatos", la muerte. Por esta osadía, Sísifo fue condenado por los dioses a subir eternamente una piedra por la ladera de un cerro, que al llegar casi a la cima, volvía a caer.

¿Es la historia de la culpa semejante al mito de Sísifo?; ¿está la humanidad condenada a "soportarla" por toda la eternidad al constatar que nunca podrá alcanzar el conocimiento pleno de la ciencia y la tecnología?

Esta visión "fatalista" de la responsabilidad civil puede ser compartida o negada. Sin embargo, la única conclusión valedera en esta época –inicios del siglo XXI– parece ser que se debe atribuir aún un importante rol a la culpa en la evolución de las sociedades posindustriales, por lo que la proclama de Ripert "de la responsabilidad a la reparación", parece todavía ser una aspiración, pese a su temprano enunciado en la primera mitad del siglo XX.

## 8. De la culpa y el riesgo como criterios de imputación a la responsabilidad subjetiva y objetiva. La importancia de la problemática del "*cheapest cost avoider*" como criterio económico de valoración de la culpa y su contraste con la función macrosistémica de incentivación de actividades. El rol del "*best cost avoider*"

16. Ha señalado bien Castronovo que "(...) afirmar que los escritos de Guido Calabresi representan la contribución más importante de la literatura jurídica contemporánea al estudio de la responsabilidad civil es cosa recurrente, así como por descontado es el hecho de incluir a este autor entre los padres del análisis económico del Derecho (...)" [CASTRONOVO, 1997: 73-74].

Bajo la perspectiva del análisis económico del Derecho, se ha resaltado que, básicamente, un sistema de responsabilidad civil extracontractual cumple tres funciones esenciales [CALABRESI, 1984: 42-48]:

- La desincentivación de actividades que aumenten el número y gravedad de los accidentes.
- La compensación de las víctimas; y
- La reducción de los costos administrativos inherentes a todo sistema de responsabilidad civil.

Dentro de esta perspectiva, la reducción de los costes se transforma en la función principal de la responsabilidad civil [CALABRESI, 1984: 44] y ello por cuanto esta es vista esencialmente como "un mecanismo social para la traslación de los costos", en donde la decisión sobre dónde dejamos permanecer y a quién hacemos soportar las consecuencias económicas

del daño "(...) tiene, en realidad, un evidente aspecto preventivo (...)" [MONATERI(1), 1998: 19-20].

Vistas las reglas de la responsabilidad civil como instrumento de prevención general de los sucesos dañosos, enseña el análisis económico del Derecho que uno de los criterios básicos que debe conducir a adoptar reglas de responsabilidad objetiva ("*stric liability*") o reglas de responsabilidad subjetiva ("*negligence*"), radica en el análisis de las capacidades de prevención de los sujetos. Así, el que está en mejor posición de prever e impedir los daños, al menor costo, debe adoptar las medidas idóneas destinadas a evitarlos y, de no hacerlo, deberá responder.

De esta manera, se consagra el principio denominado "*cheapest cost avoider*" (la parte que evita daños al menor coste) como base de un sistema de prevenciones, afirmándose que la responsabilidad civil debe usar:

- El criterio de la culpa, en casos de prevención bilateral; y
- La responsabilidad objetiva, en casos de prevención unilateral.

En palabras de Calabresi, esta regla (que asume su tenor definitivo en la obra de este autor: "*Optimal deterrence and accidents*". En 84 "Yale L.J. " 1975. Pág. 666), significa que "(...) responde del daño aquel que se encuentra en la posición más adecuada para conducir el análisis costos-beneficios, esto es a asegurar la conveniencia de evitar el daño comparando los costos relativos y el costo en el cual consiste el daño mismo (...)" [Citado en: CASTRONOVO, 1997: 75].

Este principio, de indudable trascendencia en la responsabilidad civil contemporánea, puede estar en capacidad de generar problemas en juristas del "*civil law*", si estos pretenden aplicarlo de manera general y absoluta en todos los casos bajo análisis. Un jurista del "*civil law*", por su propia formación y manera de pensar el Derecho, tiende a razonar bajo categorías y a formular generalidades. Expresión clara de este pensamiento lo constituye la existencia de cláusulas generales interpretativas de responsabilidad destinadas a ser usadas y completadas en sede jurisdiccional. Ejemplo de ello, en el Código Civil peruano, lo constituyen los artículos 1969 y 1970, que no son sino, justamente, cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y de responsabilidad objetiva, respectivamente.

Un juez, un abogado o un jurista peruano –al igual que cualquier otro del "*civil law*"– se sentirá tentado de generalizar situaciones, partiendo de un supuesto particular: si cree que un accidente de circulación vial merece ser analizado bajo los criterios de responsabilidad objetiva, concluirá en que todos los accidentes de tránsito deberán verse bajo la misma óptica. Si cree que los daños originados en la praxis médica merecen ser evaluados bajo los criterios de responsabilidad subjetiva, pues la responsabilidad médica toda deberá ser vista y medida bajo el mismo criterio; y si, finalmente, cree que la responsabilidad por productos debe ser merituada bajo las reglas de la responsabilidad estricta, pues aplicará esta regla para todos los casos de daños existentes en la relación productor-consumidor.

Esta óptica constituye –sin duda– una "tara conceptual", como tara conceptual constituye también el raciocinio de la regla "cheapest cost avoider", como si se tratara de una fórmula matemática.

Al respecto, Monateri, en Italia, [MONATERI(1), 1998: 45-48. También en: MONATERI(2), 1998: 294-296], ha examinado la eficiencia de la regla "*cheapest cost avoider*", en casos límite, demostrando que –a veces– la culpa puede resultar siendo una solución superior

a la responsabilidad objetiva, pese a tratarse de situaciones de prevención unilateral. Para esto examina un caso de responsabilidad del productor: cuando es solo el productor quien puede proyectar un producto seguro, fabricarlo sin defectos y advertir al consumidor de riesgos potenciales, se está hablando de un solo sujeto, el fabricante, que estaría en mejor posición de prever los daños.

Este sería, entonces, un típico caso de prevención unilateral, en donde debería en principio adoptarse el criterio de responsabilidad objetiva.

De otro lado, puede suceder que sea necesario que el consumidor que usa el producto tenga también que realizar acciones de prevención: debe usar el producto con cautela y con arreglo a las instrucciones adjuntas, por ejemplo. En este caso, se tendría entonces que no solo el productor, sino el consumidor del producto, estarían en posición de tomar precauciones para prever ocasiones de daño. Cabría hablar aquí, en consecuencia, de la existencia de prevenciones bilaterales, resultando la culpa el criterio más eficiente para la asignación de responsabilidades.

El destacado comparatista italiano realiza entonces un análisis, partiendo de supuestos "(...) errores que derivan de una elección errónea de esquemas de responsabilidad (...)", señalando lo siguiente:

> "(...) Supongamos, en primer lugar, que adoptemos la responsabilidad objetiva en situaciones de prevención bilateral. Como hemos ya visto, esto libera a las víctimas potenciales de cualquier deber de atención, volviendo los incidentes dañosos potencialmente más frecuentes y más graves. Ahora cometamos el 'error' opuesto y utilicemos la culpa en casos de prevención unilateral. Como hemos visto, las prevenciones del potencial causante de daños alcanzarían de cualquier modo el nivel eficiente que minimiza el costo social esperado, esto es, el nivel de prevención eficiente: el mismo nivel (...) que sería alcanzado inclusive en presencia de una responsabilidad objetiva. Como quiera que estamos utilizando la culpa, la víctima estará sujeta a una responsabilidad complementaria, debiendo soportar todos los daños derivados del comportamiento diligente de la otra parte, o derivados de su culpa absorbente. Puesto que, por hipótesis, estamos ante una situación de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir la propia responsabilidad complementaria; a ella le toca solo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte. Por tanto, no se verifica ninguna ineficiencia en prevención, ya que el potencial causante de daños alcanza de cualquier modo el nivel óptimo de prevención, en la medida que traslade sobre la víctima el costo de los accidentes no debidos a su culpa (del causante).
>
> En base a estas consideraciones, se puede concluir que la culpa es superior a la responsabilidad objetiva en situaciones que se prestan a dudas, puesto que no se corre el riesgo de aumentar la frecuencia y la gravedad de los accidentes. Usar la responsabilidad objetiva en lugar de la culpa puede inducir a las víctimas a no asumir prevenciones justificadas por un análisis racional de costos y beneficios, conduciendo en cambio a los potenciales causantes de daños a ser muy cautelosos en sus actividades, más allá de poder causar accidentes más frecuentes y más graves.
>
> Viceversa, usar la culpa en lugar de la responsabilidad objetiva, no tiene efectos sobre el plano de la prevención, pero sí efectos distributivos sobre las víctimas potenciales (...)" [MONATERI(1), 1998: 45-46].

La virtud de la afirmación precedentemente citada, es la de demostrar la íntima vinculación existente entre las visiones diádica y sistémica de la responsabilidad civil: los criterios de prevención que se adopten y, sobre todo, la decisión que se tome sobre la incentivación o desincentivación de una actividad a nivel macrosistémico, tendrán incidencia sobre las funciones reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil, a nivel microsistémico.

Como bien ha señalado Monateri, si utilizamos la culpa en casos de prevención unilateral, no hay nada que la víctima pueda hacer para reducir los supuestos de responsabilidad: "a ella le toca solo soportar los daños vinculados a la culpa de la otra parte".

Lógicamente, algunos pretenderán decir aquí que se entra a una situación de ineficiencia, puesto que el causante del daño, al hacerlo responder por culpa, dejaría de adoptar las medidas de prevención que originalmente habría adoptado en los supuestos de responsabilidad objetiva.

Nada más alejado de la realidad cuando se trata de utilizar la culpa al servicio de la función macrosistémica de incentivación de actividades: Cuando, por ejemplo, se intenta incentivar una actividad (la cual, inclusive, por naturaleza, podría estar en aptitud de generar peligro), puesto que no ha alcanzado el grado de desarrollo tecnológico o científico deseado, se sabe que "(...) es el sujeto que reviste la calidad de potencial causante de daños (...) el que tiene la competencia tecnológica para reducir los incidentes causados por su actividad (...)" [MONATERI(1), 1998: 44] o, de no tenerla, es el que desea adquirirla, para desarrollar más eficientemente su actividad, pues, a mayor tecnología, menores riesgos y mayores ganancias.

En el caso del transporte aéreo, por ejemplo, es obvio que desde la época de los inicios de la aviación las prevenciones han sido siempre unilaterales, pues ayer, hoy y siempre, los pasajeros podrán hacer poco o nada para evitar que los aviones se caigan. ¿Por qué entonces la responsabilidad civil ha optado históricamente, en un inicio, por establecer a la culpa como factor atributivo de responsabilidad, pese a tratarse de un caso de prevención unilateral?

Porque de esta manera se lograba la incentivación del desarrollo de esta actividad y la consecuente obtención de mejoras tecnológicas, sin que ello vaya necesariamente en desmedro de soluciones óptimas de prevención: es obvio, por ejemplo, que el transportista no desea que se le caigan o se le sigan cayendo los aviones con los que realiza una actividad lucrativa y que representan su capital de trabajo, por lo que el "ahorro" que obtendrá al disminuir las ocasiones de reparación (cuando no se le pueda probar culpa, por ejemplo), lo invertirá en investigación y tecnología hasta alcanzar, cuando menos, un grado de desarrollo medianamente aceptable; siendo lo dicho aplicable a la realización de cualquier actividad humana.

En realidad, entonces, no se verifica ninguna situación de ineficiencia en prevención cuando las ocasiones de reparación disminuyen en beneficio del incremento de tecnología: lo que un productor o, en general, cualquier potencial causante de daños que realiza una actividad "ahorra" al pagar menos indemnizaciones (principalmente por la dificultad en la probanza de su culpa), no determina que disminuya su nivel de prevención, pues invertirá en la tecnología necesaria para preservar o mejorar su capital de trabajo.

Obviamente, si ya se ha alcanzado ese grado de desarrollo tecnológico medianamente aceptable, la persistencia de esta situación límite, aplicando la culpa aun en casos de prevención unilateral aparentemente contraria a la regla del "*cheapest cost avoider*", sí producirá una situación de ineficiencia en los niveles de prevención de quien está en mejor posición de prever los daños: en este caso, el "ahorro" en los costes indemnizatorios sí irían a parar a los bolsillos de los productores o de los potenciales causantes de daños.

De lo dicho, se extrae, pues, una conclusión inevitable: Invertir la regla del "*cheapest cost avoider*" en los casos de prevención unilateral, aplicando la responsabilidad subjetiva (el criterio de la culpa), solo producirá una situación de ineficiencia, en el supuesto de existir ya un grado de desarrollo tecnológico socialmente aceptado.

Puede entonces extraerse una clara conclusión para la aplicación de los criterios de imputación en materia de responsabilidad extracontractual: para decidir qué criterio aplicar, primeramente deben analizarse las capacidades de prevención de los sujetos. Si se reconoce un supuesto de prevención bilateral, la única solución eficiente a aplicar, en términos de prevención, será la cláusula general normativa por culpa. En cambio, si se reconoce un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse previamente el estado de la tecnología para encontrar una solución eficiente en términos de prevención: si el estado tecnológico de la actividad bajo análisis no ha desarrollado aún lo suficiente, la solución óptima en prevención se encontrará aplicando la cláusula general normativa por culpa (art. 1969 del C.C.), en vez de la responsabilidad objetiva. Si por el contrario, el estado tecnológico de la actividad bajo análisis ya ha obtenido un nivel aceptable, deberá aplicarse la cláusula general normativa por riesgo (art. 1970 del C.C.).

Esto significa, entonces, que la óptica diádica de la responsabilidad civil tiene que ser contrastada con la óptica sistémica de la misma, que prioriza la función de incentivación de actividades, lo que determina que en la evaluación del criterio de imputación a aplicar no intervenga un puro criterio económico. No basta el "*cheapest cost avoider*", sino que debe ser contrastado con el "*best cost avoider*": el sujeto que socialmente está en mejor posición de asumir los costes del daño. De alguna manera, aun cuando por razones no necesariamente iguales (toda vez que en la perspectiva americana no se diferencian los niveles de análisis diádico y sistémico de la responsabilidad civil), Calabresi ha captado esta problemática, señalando que "(...) el criterio para determinar la responsabilidad en el sistema de la culpa no es un criterio de mercado puro; sino que para ello intervienen también consideraciones 'morales' acerca de las actividades. El objetivo de la decisión *ex post* no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica (*the cheapest cost avoider*), sino a aquel que pueda hacerlo del mejor modo (*the best cost avoider*) (...)", con lo que "(...) el efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima, lo cual puede ser conveniente en algunos casos (...)" [CALABRESI, 1984: 245 y 339].

17. Como se ha indicado ya previamente en este comentario (supra, numeral 7.3 en su parte final), la aplicación de los aportes de Calabresi a la teoría de la responsabilidad civil permitirá también formular soluciones jurídicamente correctas, no solo ya a los supuestos de responsabilidad por hecho propio, sino también a los de responsabilidad por el hecho ajeno, como es el caso de la responsabilidad del guardador por los hechos del incapaz bajo su guardo. Recordemos que Trimarchi ya había cuestionado la aplicación de presunciones de culpa a los casos de responsabilidad indirecta, por no cumplir otra función que la de "satisfacer cierto espíritu conservador" (ver supra, numeral 3), creyendo ver en ello la negación a abandonar la culpa como criterio de selección de tutela de los intereses.

Así también, cuando nos cuestionábamos sobre cierto sabor amargo de "injusticia" que nos dejaba la solución de "*lege data*" sobre la responsabilidad de los incapaces en los supuestos de responsabilidad objetiva, si entendíamos los conceptos de "culpa" y "riesgo" en sus contenidos tradicionales, no hacíamos sino constatar cómo estos contenidos formulados en el "*civil law*" desde siempre, han sido intuitivos de la realidad y no fórmulas jurídicas capaces de dar soluciones correctas (ver cita de CASTRONOVO, supra, numeral 6),

insuficientes para resolver los problemas del tráfico jurídico en las sociedades capitalistas contemporáneas.

Bajo la teoría del "*cheapest cost avoider*" pueden perfectamente reorientarse soluciones en la responsabilidad por hecho ajeno: por ejemplo, ¿cuándo deberá responder el guardador por los daños causados por el incapaz que haya actuado sin discernimiento?

Podrían plantearse hasta cuatro escenarios posibles:

- En los casos en que el guardador haya omitido sus deberes de cuidado (vigilancia sobre el incapaz falto de discernimiento) y la víctima no haya contribuido con sus acciones a propiciar esa ocasión de daño, la solución óptima de responsabilidad se encontrará aplicando la responsabilidad objetiva: el guardador deberá responder (supuesto de prevención unilateral) para así inducirlo a tomar medidas de prevención que eviten que, en el futuro, repita esta conducta, sirviendo al mismo tiempo como vehículo de reparación plena de la víctima (función compensatoria de la responsabilidad civil a nivel diádico) y como ejemplo disuasivo para otros "guardadores negligentes", quienes sabrían que siempre que omiten sus deberes de cuidado, responderán (función preventiva de la responsabilidad civil a nivel sistémico).

- En los casos en que el guardador no haya omitido sus deberes de cuidado y sea la propia víctima quien, con sus acciones, haya propiciado el daño (por ejemplo, el sujeto que, con intención de robar, escala los muros de un manicomio y, dentro de este, es atacado por un enajenado mental), deberá negarse el resarcimiento (supuesto de prevención unilateral a cargo de la víctima). Es el caso de "la imprudencia de quien padece el daño": artículo 1972 del Código Civil.

- En los casos en que tanto el guardador como la víctima hayan omitido sus deberes de cuidado, la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encontrará aplicando el criterio de imputación de la culpa (o de la responsabilidad subjetiva, si se quiere), evitando con ello situaciones de ineficiencia en términos de prevención y propiciando soluciones justas en términos de reparación (art. 1973 del Código Civil).

- Y, en todos aquellos casos en que el daño se presenta como producto del azar, entrará en juego el criterio del "*best cost avoider*": deberá otorgarse una reparación en función de aquel que esté en una mejor posición social de hacerlo que, en el caso del artículo 1977 del Código Civil peruano, adopta un ropaje económico: riqueza o pobreza. Si la víctima es la que está en situación de ventaja económica, pues a ella le tocará soportar los costes económicos. Si en cambio, es el incapaz causante del daño el que goza de una mejor situación económica, será entonces el llamado a responder.

Si todos estos supuestos han querido ser "justificados" con criterios de imputación que teóricamente han perseguido dar un sustento de justicia al traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, utilizando criterios "subjetivos" como la culpa, u objetivos como "el riesgo", "la garantía" o "la equidad", lo cierto es que los mismos no han logrado nunca formular una solución jurídicamente correcta bajo dichos parámetros.

No existe duda, sin embargo, de que en el caso del artículo 1976 del Código Civil peruano, hacer responsable al representante legal por los daños que ocasione el incapaz falto de discernimiento, representa una solución carente de todo sentido lógico, pues no siempre aquel cumple funciones de "guardador".

## 9. Conclusiones

18. De todo lo indicado en el desarrollo de este comentario, pueden extraerse las siguientes conclusiones puntuales:

- El artículo 1969 del Código Civil peruano contiene una cláusula general interpretativa de orden normativo por culpa, de igual rango que aquella regulada en el artículo 1970 del Código Civil. Por ende, en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, puede afirmarse un sistema bipolar.

  La culpa ha dejado de ser considerada el único criterio de selección de los intereses merecedores de la tutela resarcitoria, cumpliendo hoy un rol diferenciado como criterio de imputación, a la par de otro objetivo, de igual rango y valor (el riesgo).

- Constituye un grueso error legislativo, que no se condice con las funciones de la responsabilidad civil en sede extracontractual, desde una perspectiva sistémica, haber consagrado una presunción de culpa en el artículo 1969 del Código Civil. La carga de la prueba de la culpa debiera recaer sobre la víctima del daño. Grueso error también constituye el que se haya establecido una presunción de dolo.

  Con ello, el sistema de responsabilidad extracontractual en el Perú, es casi un sistema de responsabilidad objetiva incompatible con el estado de la tecnología en la sociedad peruana.

- El sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil peruano ha abandonado la teoría del "hecho ilícito", por lo que no cabe afirmar una diferenciación entre los conceptos de imputabilidad y culpa, en donde el primero se entienda como sinónimo de "capacidad de discernimiento" de los sujetos y presupuesto de la responsabilidad extracontractual toda.

  En el Perú, el término "imputabilidad" debe entenderse reservado al "juicio de responsabilidad", esto es, a la vinculación de los efectos de responsabilidad que persigue encontrar al responsable del daño a través de la aplicación de los criterios de imputación.

- Bajo el principio de la unidad ontológica y funcional del concepto de responsabilidad civil, deben entenderse aplicables a la responsabilidad extracontractual normas previstas para la responsabilidad contractual (y viceversa), en todo aquello que la naturaleza de cada sistema lo permita.

- La valoración de la culpa en sede extracontractual debe realizarse "*in concreto*". Ello, no porque se coincida en que esto necesariamente deba ser así, sino como consecuencia inevitable de lo indicado en la conclusión precedente, al haberse regulado en sede contractual la valoración de la culpa "*in concreto*". El acogimiento de la valoración de la culpa "*in abstracto*" debe ser de naturaleza normativa: debe existir una norma que la acoja como tal.

  Cabe advertir, sin embargo, que para un sector de la doctrina comparada, la valoración de la culpa "*in abstracto*" puede adecuarse mejor a las necesidades del tráfico jurídico, en todos aquellos supuestos en donde no se cuente con el nivel de información suficiente, a bajo costo.

- El contenido de la culpa a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil debe ser realizado en términos de análisis de las capacidades de prevención de los sujetos; esto es,

en términos económicos contrastados con la necesidad de incentivar el desarrollo de la tecnología en actividades que así lo requieran. Por esto, un problema de responsabilidad civil, debe ser afrontado con dos pasos sucesivos de análisis, que decidirán el criterio de imputación a aplicarse:

- Primero: se identifican las capacidades de prevención de los sujetos. Si se presenta un supuesto de prevención bilateral, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil.

  Si se identifica un supuesto de prevención unilateral, deberá pasarse al siguiente paso de análisis.

- Segundo: identificado un supuesto de prevención unilateral, deberá contrastarse el estado de la tecnología al que pertenece la actividad involucrada. Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por culpa.

En cambio, si se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil, esto es, la cláusula general normativa por riesgo.

- El juicio de responsabilidad dentro del "*civil law*", se ha movido desde siempre, más que nada, en términos de intuición entre la realidad que se pretende normar y la mejor forma –jurídicamente hablando– de regularla. Para esto, ha ideado criterios de imputación con fundamentos de justicia: la "culpa" con base ético-psicológica en un inicio; y el "riesgo" como "exposición al peligro". Muchas veces estos criterios han caído en contradicción, pues la culpa, definida como negligencia, ha "invadido" el campo de la responsabilidad objetiva, pensada en un inicio para prescindir del análisis de la conducta de los sujetos.

  Es recién en tiempos contemporáneos y –hay que reconocerlo– gracias a los aportes en el campo de la responsabilidad civil del análisis económico del Derecho, que se llega a determinar que la "(...) negligencia tiene un componente de responsabilidad estricta (...) y que la responsabilidad estricta tiene un componente de negligencia (...)", por lo que constituye "(...) un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta (...)" [POSNER, 1998: 172].

  Por esto, no puede más ser sostenido el binomio antitético "culpa / diligencia", en donde la culpa sea definida como concepto contrario a la diligencia (negligencia). Las medidas de cuidado, que son prevención, están presentes en cualquier tipo de actividad humana, sean o no generadoras de peligro. La falta de prevención (que es negligencia) estará entonces presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

  Tal vez se haya arribado al momento de abandonar "justificativos" teóricos del traspaso del peso económico de la víctima al responsable, y no seguir hablando de "responsabilidad por culpa" o "responsabilidad por riesgo", para pasar a hablar simple y llanamente de "responsabilidad subjetiva" o "responsabilidad objetiva". Entre tanto, la culpa deberá ser entendida como un supuesto de falta de prevención dentro de sacrificios económicos razonables exigibles a los sujetos, en un marco en donde los deberes de cuidado no estén a cargo de una sola parte.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. Atipicità dell'illecito e tecniche di selezione degli interessi tutelabili. En: La responsabilità civile nei sistemi di common law. Profili generali, a cura di Francesco Macioce. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1989; ALPA, Guido; BIN, Marino; e CENDON, Paolo. La responsabilità del produttore. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1989; ALTERINI, Atilio Aníbal. La presunción legal de culpa como regla de favor victimae. En: Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina. Tomo I. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1990; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. El nuevo Código Civil del Perú. En: Cuadernos de Derecho. Revista del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 1. N° 1. Lima. Perú. 1992; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo IV: Contratos. Traducción de la sexta edición italiana revisada y aumentada por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1967; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo V: La responsabilità. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1994; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato; e NATOLI, Ugo. Diritto Civile. Tomo 3: Obbligazioni e contratti. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Ristampa. Torino. Italia. 1995; BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile. En: Danno e responsabilità civile. Compilación de estudios de BUSNELLI, Francesco D. e PATTI, Salvatore. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 1997. Existe traducción española realizada por Leysser L. León y publicada en: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XII. Número 24. Lima. Perú. 2002. pp. 12-36; CAFAGGI, Fabrizio. Profili di relazionalità della colpa (contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale). Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1996; CALABRESI, Guido. El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil. Traducción de la edición en inglés de 1970 por Joaquim Bisbal. Editorial Ariel S.A. Barcelona. España. 1984; CARNELUTTI, Francesco. Appunti sulle obbligazioni. En: Studi di Diritto Civile. Editrice Athenaeum. Roma. Italia. 1916; CASTRONOVO, Carlo. Problema e sistema nel danno da prodotti. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1979; CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilità civile. Seconda edizione. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1997; CAZEAUX, Pedro y TRIGO REPRESAS, Félix. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata. Argentina. 1984; CENDON, Paolo. Il dolo nella responsabilità extracontrattuale. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia 1976; CENDON, Paolo e ZIVIZ, Patrizia. L'inversione dell'onere della prova nel Diritto Civile. En La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza, a cura di Paolo Cendon. Serie: Il Diritto Privato oggi. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1994; CHABAS, Francois. Comentario a las disposiciones del Código Civil peruano relativas a la responsabilidad civil. Comparación con el Derecho francés. En: Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994. Tomo II. pp. 317-328. WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. Lima. Perú. 1995; CHIRONI, Giovanni Piero. La colpa nel Diritto Civile odierno. Colpa contrattuale. Seconda edizione interamente rifatta. Fratelli Bocca Editori. Torino. Italia. 1897. Existe también traducción española de esta segunda edición italiana corregida y aumentada por A. Posada. Hijos de Reus, Editores. Madrid. España. 1907; CHIRONI, Giovanni Piero. La colpa nel Diritto Civile odierno. Colpa extra-contrattuale. Volume I. Seconda edizione interamente rifatta. Fratelli Bocca Editori. Torino. Italia. 1903. Existe también traducción de esta segunda edición italiana corregida y aumentada por A. Posada. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Reus S.A. Madrid. España. 1978; COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri. Curso elemental de Derecho Civil francés. Tomo III: Teoría General de las Obligaciones. Traducción de la edición francesa anterior a 1924 por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Reus S.A. Madrid. España. 1924; COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Morano Editore. Napoli. Italia. 1965; CORSARO, Luigi. Tutela del danneggiato e responsabilità civile. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 2003. Existe también una edición previa del capítulo cuarto de este libro traducido al castellano por Leysser L. León. En: Estudios sobre la responsabilidad civil. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. pp. 137-186; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Reflexiones sobre la propuesta de enmienda de la comisión de responsabilidad civil. Aspectos sistemáticos y de fondo. En: Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994. Tomo II. pp. 349-378. WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. Lima. Perú. 1995; DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de la segunda edición italiana por Ángel Martínez Sarrión. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona. España. 1975; DEMOGUE, René. Traité des obligations en général. Tomo III: Sources

des obligations (suite). Librairie Arthur Rousseau. París. Francia. 1923. Reimpression Schmidt Periodicals GMBH. Bad Feilnbach/Germany. 1994; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Tomo I. En Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988; DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Civitas Ediciones, S.L. Madrid. España. 1999; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti. En: Problemi e metodo del Diritto Civile. Volume 3. Seconda edizione. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1993; ESPINOZA ESPINOZA, Juan(1). La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil. En: Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 56. pp. 733-757. Lima. Perú. 2003; ESPINOZA ESPINOZA, Juan(2). Derecho de la responsabilidad civil. Segunda edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica S.A. Lima. Perú. 2003; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Responsabilidad civil y derecho de daños. En: El Jurista. Revista Peruana de Derecho. Año I. Número 4. Lima. Perú. Diciembre 1991; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón(1). Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad. En: Derecho Civil patrimonial. Alfredo Bullard y Gastón Fernández Editores. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1997; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón(2). La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica. En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. N° 15. 1997; FERRARI, Franco. Atipicità dell'illecito civile. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1992; FRANZONI, Massimo. Colpa presunta e responsabilità del debitore. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1988; FRANZONI, Massimo. Fatti illeciti. En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043-2059. Zanichelli Editore S.p.A. - Società Editrice del Foro Italiano. Bologna - Roma. Italia. 1993. Existe también traducción al castellano de los numerales 7) al 14) del capítulo introductorio de este libro realizada por Leysser L. León. En: Estudios sobre la responsabilidad civil. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. pp. 191-227; FRANZONI, Massimo. La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato. En: Responsabilità, comunicazione, impresa. Año II. N° 2. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1997; GALGANO, Francesco. Diritto Civile e Commerciale. Volume secondo: Le obbligazioni e i contratti. Tomo secondo. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1990; GAUDEMET, Eugène. Teoría General de las Obligaciones. Traducción de la edición francesa de 1937 de Théorie Générale des Obligations por Pablo Macedo. Segunda edición. Editorial Porrúa S.A. México D.F. México. 1984; GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno. Volumen V: Fuentes de las obligaciones; cuasi-contratos; hechos ilícitos; leyes. Traducción de la séptima edición italiana por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Hijos de Reus, Editores. Madrid. España. 1911; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. Traducción de la tercera edición francesa de Cours de Droit Civil positif francais por Santiago Cunchillos y Manterola. Tomo II. Volumen I: Teoría General de las Obligaciones. Ediciones Jurídicas Europa-América - Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires. Argentina. 1950; LALOU, Henri. La responsabilitè civile. Librairie Dalloz. París. Francia. 1932; LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I. Edición española. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. 1959; LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad extracontractual (apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano). En: La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo. Perú. 2004; LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Traducción de la edición francesa de 2003 por Javier Tamayo Jaramillo. Legis Editores S.A. Bogotá, D.C. Colombia. 2004; LOAYZA LAZO, Alberto. Propuestas y fundamentos de las normas de enmienda a la responsabilidad civil. En: Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994. Tomo II. pp. 337-448. WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. Lima. Perú. 1995; MAIORCA, Carlo. Problemi della responsabilità civile. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli. Italia. 1936; MAIORCA, Carlo. Voce: Colpa civile (teoria generale). En: Enciclopedia del Diritto. Volume VII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1960; MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel. Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona. España. 1993; MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual. Tomo primero. Volúmenes I y II. Traducción de la quinta edición francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Argentina. 1962; MERCADO NEUMANN, Edgardo. Fundamentos del sistema de responsabilidad civil extracontractual. En: Themis. Revista de Derecho. Segunda época. N° 10. Lima. Perú. 1988; MONATERI, Pier Giuseppe(1). La responsabilità civile. En: Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco. Tomo 3: Le fonti delle obbligazioni. Unione Tipografico-Editrice Torinese-UTET. Torino. Italia. 1998; MONATERI, Pier Giuseppe(2).

Costo e prevenzione degli incidenti. En: Analisi economica del Diritto Privato, a cura di Guido Alpa; Pierluigi Chiassoni; Andrea Pericu; Francesco Pulitini; Stefano Rodotà e Francesco Romani. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1998; MONATERI, Pier Giuseppe. Resultados y reglas (un análisis jurídico del análisis económico del Derecho). Traducción del italiano por Leysser L. León. En: Revista Jurídica del Perú. Año LI. N° 26. Setiembre 2001. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo. Perú. 2001; OSTERLING, Felipe. Las obligaciones. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. VI. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988; PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de Droit Civil. Onziéme édition. Tomo II: Les preuves; théorie générale des obligations; les contrats; les privilèges et les hypothèques. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. París. Francia. 1931; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Traducción española de Mario Díaz Cruz. Tomo VI: Las obligaciones. Primera parte. Editorial Cultural S.A. La Habana. Cuba. 1946; POLACCO, Vittorio. Le obbligazioni nel Diritto Civile italiano. Corso di lezioni. Fratelli Drucker Librai-Editori. Padova. Italia. 1898; POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. Traducción del inglés por Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica. México D.F. México. 1998; POTHIER, Robert Joseph. Tratado de las Obligaciones. Versión directa en castellano del Traité des Obligations, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 1978; PUECH, Marc. L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. París. Francia. 1973; REY DE CASTRO, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual (estudio teórico y práctico del Derecho nacional y comparado). Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Perú. 1972; RIPERT, Georges(1). La règle morale dans les obligations civiles. Quatrième édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París. Francia. 1949; RIPERT, Georges(2). Le régime democratique et le Droit Civil moderne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Deuxième édition. París. Francia. 1949; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil según el tratado de Planiol. Tomo V: Obligaciones (segunda parte). Traducción de la edición francesa de la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence por Delia García Daireaux. Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina. 1963; RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964; ROTONDI, Giovanni. Dalla 'Lex Aquilia' all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche. En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni diretta dagli avvocati A. Sraffa e C. Vivante. Volume XIV. Parte prima y volume XV. Parte prima. 1916 y 1917, respectivamente. pp. 942-970 y 236-295; SALVI, Cesare. La responsabilità civile. En: Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1998; SCHÄFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de análisis económico del Derecho Civil. Traducción de la edición alemana de 1986 por Macarena Von Carstenn-Lichterfelde. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1986; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; y BOYER, Laurent. Obligations. Tome 1: Responsabilitè délictuelle. Cinquième édition. Éditions Litec. París. Francia. 1996; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil (comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual). Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima. Perú. 2001; TORRES LÓPEZ, Juan. Análisis económico del Derecho. Editorial Tecnos S.A. Madrid. España. 1987; TRIGO REPRESAS, Félix. Responsabilidad civil de los profesionales. En: Seguros y responsabilidad civil. Tomo 1. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires. Argentina. 1978; TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1961; VEGA MERE, Yuri. Breve panorámica de la responsabilidad civil en el Derecho peruano. En: El Código Civil del siglo XXI. Tomo II. Ediciones Jurídicas. Lima. Perú. 2000; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les conditions de la responsabilité. 2ª édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence - LGDJ. París. Francia. 1998; VISINTINI, Giovanna. Principios y cláusulas generales en la normativa italiana sobre los hechos ilícitos. Traducción del italiano por Leysser L. León. En: Responsabilidad contractual y extracontractual (estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil). ARA Editores. Lima. Perú. 2002; VISINTINI, Giovanna. La responsabilidad civil extracontractual en el Código peruano. Comparación con los modelos del civil law. En: Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas. Libro de ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 12 al 16 de setiembre de 1994. Tomo II. pp. 297-315. WG. Editor E.I.R.L. para la Universidad de Lima. Lima. Perú. 1995; VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani-CEDAM. Padova. Italia. 1996. Existe traducción al castellano de esta obra en dos tomos por Aída Kemelmajer de Carlucci. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1999.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Diferencias y elementos comunes entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual**

*{L}a disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación entre particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (contractual), o bien se trate de daños que sean el resultado del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otro (extracontractual); siendo los elementos comunes de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución (Cas. N° 411-2014-Lima).*

**La culpa como omisión de diligencia en el desenvolvimiento de actividades**

*{C}abe señalar que el carácter culposo de dicha conducta debe verificarse como consecuencia de la contravención de un standard de conducta exigible por el ordenamiento jurídico, según las circunstancias concretas del caso, a fin de evitar lesiones a terceros; es decir, podemos conceptualizar a la culpa como la omisión del cuidado o la diligencia exigibles según las circunstancias del caso (Cas. N° 3207-2016-Arequipa).*

## Responsabilidad objetiva

**Artículo 1970.-** ***Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.***

Concordancias:
*C.C. art. 1972; D.LEG. 1278 art. 58; LEY 27596 art. 14; LEY 27181 art. 29; D.S. 033-2001-MTC arts. 39, 271, 272, 273, 276*

GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ / LEYSSER LEÓN HILARIO

### 1. Premisa

En la doctrina germana se ha advertido, ya desde la segunda mitad del siglo XIX, la progresiva formación de un sistema dualístico en el Derecho de Obligaciones (*duales Schuldrecht*), es decir, la existencia de "(...) distintos cuerpos de reglas (el Código Civil y la legislación especial) que regulan, sobre la base de presupuestos que a veces dan la impresión de ser inconciliables, especies diversas de un mismo género de comportamientos (...)" [SOMMA, 1995: 278, quien remite, especialmente, al ensayo de VON GIERKE (1841-1921), "*Die soziale Aufgabe des Privatrechts*" ("Las tareas sociales del Derecho Privado"), Springer, Berlín, 1889, 12 *et passim*].

Sería, además, "(...) contrario a un fundamental principio de interpretación admitir que una misma situación haya sido regulada por el legislador de modo contradictorio (...)" [VENDITTI, 1957: 744].

Que el criterio de imputación de la responsabilidad aquiliana pueda ser el dolo o la culpa, por un lado, y el riesgo o exposición al peligro, por otro, no ya en el texto codificado y en otras leyes, respectivamente, sino de manera simultánea en el Código Civil, parece ser la plasmación entre nosotros, y a gran escala, de aquel dualismo.

Porque en los ordenamientos jurídicos ligados por herencia o por imitación a la tradición romano-germánica y que han hecho propia la cultura de la codificación civil, lo común ha sido que la regla legal fundamental de responsabilidad extracontractual se asiente en la culpabilidad del causante del daño; y ello, como ya se ha indicado en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, ha obedecido al modelo circulante de los inicios de la industrialización. Por esto, refiriéndose a esta época, se ha escrito, sin incurrir en exageraciones, que "(...) la identificación histórica entre codificación y responsabilidad subjetiva ni siquiera tiene necesidad de ser demostrada (...)" [CASTRONOVO, 1991: 9].

Lo usual, entonces, ha sido que los supuestos de responsabilidad extracontractual fuera de toda imputabilidad subjetiva, o "sin culpa", reconocibles en aquellas disposiciones donde la responsabilidad civil es "canalizada" hacia alguien legalmente predeterminado [COMPORTI, 1985: 2657], muestren un aparente carácter subsidiario y sean regulados por leyes especiales. Es desacostumbrada su presencia en los Códigos Civiles menos recientes.

Este común modo de proceder, que no ha sido el observado por nuestros codificadores de 1984, tiene, desde luego, una explicación de carácter histórico que, por no haberse escenificado en el Perú, debe hacerse de público conocimiento, lo que en parte se ha realizado ya en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, poniendo el acento en el criterio de imputación "culpa".

En la misma medida, es importante ilustrar, aunque sea a grandes rasgos, la consiguiente y contemporánea evolución de los ordenamientos jurídicos de Europa y de Estados Unidos, del Derecho cifrado en Códigos Civiles y del Derecho de formación jurisprudencial, caracterizada, en ambos casos, por el declive de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad civil.

## 2. Perfiles histórico-comparatísticos sobre el artículo 1970 del Código Civil peruano. Su asociación con la corriente expansiva de la responsabilidad objetiva y su encuadramiento frente a las distintas técnicas legislativas: legislación por códigos, regulación por leyes especiales, proyectos de tipo académico

Los problemas prácticos y de gran relevancia social que determinan la explosión de la llamada responsabilidad civil "objetiva" son, en su mayoría, posteriores o inmediatamente sucesivos al movimiento codificador desarrollado mundialmente durante el siglo XIX.

Al respecto, se suele sindicar a la segunda revolución industrial como el factor directo de la aparición y proliferación de nuevos daños, principalmente, los sufridos por los trabajadores en el desempeño de sus labores que configuran los denominados "accidentes de trabajo", en una época en la que el sistema del seguro social todavía se encontraba en vía de implementación; daños que muchas veces, luego de ser atribuidos a la mala fortuna, quedaban sin ser resarcidos, y frente a los cuales la reacción jurídica, de la jurisprudencia y de la doctrina, plasmada en la superación de la visión de la culpa como presupuesto para la imputación del daño, no tardó en hacerse esperar [las referencias son de VALSECCHI, 1947: 158; TRIMARCHI, 1961: 12-13; COMPORTI, 1965: 18; TUCCI, 1974: 14, nota (10); SCHWARTZ, (1981) 1994: 81 y ss.; LANDES-POSNER, 1987: 308 y ss.; VINEY, 1995: 83; ZWEIGERT-KÖTZ, 1998: 648; GRYNBAUM, 2004: 7; entre otros].

Se refiere, entonces, que el clásico principio en virtud del cual "no hay responsabilidad sin culpa" se adaptaba perfectamente a las exigencias de una sociedad como la del siglo XVIII, de intercambios económicos relativamente modestos y carente de un despliegue técnico apreciable [RODOTÀ, 1964: 20], donde las principales fuentes de peligro continuaban siendo representadas por los animales o por los objetos caídos de las casas. En una sociedad no industrializada, donde los hombres convivían con los animales, los mayores riesgos, aun los citadinos, estaban representados por el no ser mordido por un cerdo del corral de un vecino, o no ser arrollado por una carroza jalada por caballos. El criterio jurídico de imputación por culpa era, ciertamente, el "(...) adecuado para regular el problema de la responsabilidad civil de las escasas hipótesis de daño de sociedades no industrializadas ni mecanizadas: además, la regla jurídica se confundía con la regla moral que indicaba la conveniencia de basar la responsabilidad en una evaluación del comportamiento subjetivo del agente (...)". En cambio, con la revolución industrial, "(...) con el nacimiento de nuevas y poderosas fuentes de peligro (piénsese en el vapor, la energía eléctrica, la energía atómica, los descubrimientos de la química, el empleo a gran escala de sustancias inflamables, explosivas, contaminantes, etc.), con el uso de máquinas complejas y riesgosas, se multiplican con extraordinaria rapidez los accidentes y los daños, que se presentan, no ya como efecto de una 'culpa humana' sino como la consecuencia, a menudo inevitable, de las nuevas técnicas introducidas en el sistema industrial (...)" [COMPORTI, 1975: 73-74].

De tal forma, "(...) los ecos de la idea que ponía en el centro de la oleada codificadora de inicios del siglo XIX al sujeto de derecho, señor absoluto de su propio destino, en tanto

y en cuanto patrón de su propia ciencia y voluntad, se atenúan gradualmente, y con ellos, por reflejo, la derivada idea de que solo el criterio de la culpa es congruente para evaluar su responsabilidad en el plano jurídico, en términos análogos a la responsabilidad moral (...)" [CASTRONOVO, 1997: 34].

Curiosamente, sin embargo, el sistema de responsabilidad de las legislaciones más remotas pareciera haber sido de carácter "objetivo". Tan es así que, en un primer momento, habría sido la responsabilidad subjetiva, más bien, la que representó "(...) un progreso inmenso, una victoria definitiva del pensamiento y de la justicia sobre el materialismo y la brutalidad de épocas pretéritas(...)" [JOSSERAND, 1897: 128]. Más de un autor llega a considerar innegable que, en su momento, la culpa representó "(...) una mayor garantía para el ciudadano y, por lo tanto, uno de los tantos pasajes hacia la afirmación del estado de Derecho (...)" [FORCHIELLI, 1991: 2].

A ello se ha respondido, por otros, que "(...) la referencia a la culpa, como presupuesto indefectible y elemento esencial de la responsabilidad constituye más bien un mito, e igual de prejuiciosas son las razones de orden moralista o lógico que se aducen en su sostén, como las sugestiones de la experiencia histórica (...)" [SCOGNAMIGLIO, (1968a) 1996: vol. I, 325]; que constituye "(...) fruto de una manifiesta falsificación de la experiencia histórica, según un ideal apriorísticamente asumido, la afirmación de que el progreso del Derecho se desarrolla siguiendo la línea obligada de la relevancia de la culpa (...)" [SCOGNAMIGLIO, (1968a) 1996: vol. I, 326]; que la crisis de la culpa, "(...) como único y exclusivo criterio de imputación de las *fattispecie* de responsabilidad no es un síntoma de regresión del ordenamiento a regímenes normativos superados; ella constituye, más bien, la prueba evidente de la evolución del pensamiento jurídico, en simultáneo con la transformación de los intereses económico-sociales que se ha vuelto necesario proteger (...)" [COMPORTI, 1965: 10-11]; y, en fin, que la atenuación del elemento de la diligencia "(...) no se ha debido, primariamente, al régimen de la responsabilidad civil, sino a la difusión de los seguros, que nadie (...) propondría abolir (...)" [TRIMARCHI, 1977: 766].

Y hoy, existe hasta un sector del análisis económico del Derecho, hace algún tiempo afirmado en nuestro medio, que llega a predicar que la responsabilidad por culpa constituye una fuente de externalidades negativas o, peor aún, que se verifica una verdadera "(...) irracionalidad del sistema, porque no permite internalizar de manera íntegra los costos ligados con determinadas actividades (...)" [la referencia es de GALLO, 1998: 82]. La responsabilidad objetiva sería más eficiente que la responsabilidad "por culpa", entonces, atendiendo a que propicia un correcto análisis costo-beneficio por parte del agente de los daños, y una consiguiente reducción de las actividades a su nivel óptimo [GALLO, 1998: 83].

Empero, lo "superficial" de la creencia de que la responsabilidad objetiva induciría, de por sí, a los causantes de daños potenciales a ser más cuidadosos, en comparación con lo que ocurriría bajo un régimen basado en la culpabilidad (*negligence standard*), ha sido puesta en evidencia, rotundamente, al interior del propio movimiento de *law and economics* [LANDES-POSNER, 1987: 64 y ss.; BROWN, 1998: 19].

Con todo y, como señalábamos en el punto 1) de este comentario, el Código Civil peruano se ha apartado del camino ordinario descrito y ha consagrado, inmediatamente después de la cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual por culpa, una cláusula de responsabilidad donde la culpabilidad, así de simple, no aparece; una

cláusula que es aplicable a los daños cometidos por la realización de actividades riesgosas o peligrosas o –incoherentemente, como veremos– por medio de bienes riesgosos o peligrosos.

En nuestro ordenamiento jurídico no faltan, sin embargo, remisiones de la legislación especial a la cláusula normativa general de responsabilidad "objetiva".

La Ley de Gestión Integral de Residuos Sólidos (Decreto Legislativo N° 1278), por ejemplo, establece en su artículo 58, subtitulado "responsabilidad por daños en la gestión y manejo de residuos", primer párrafo, que "los generadores, operadores de residuos, municipalidades y quienes intervengan en el manejo de estos, son responsables administrativa, civil y penalmente, según corresponda, por los daños derivados del inadecuado manejo de los residuos sólidos".

En la misma disposición, sin embargo, se señala que el "generador" de los residuos sólidos "será considerado responsable", en cambio, "cuando se demuestre que su negligencia o dolo contribuyó a la generación del daño. Esta responsabilidad se extiende durante todos los procesos o las actividades para el manejo de los residuos hasta por un plazo de veinte años, contados a partir de la disposición final".

Esta última disposición, entonces, reserva todavía un espacio a la responsabilidad por culpa en campo tan actual, trascendente y problemático como la generación (producción) de residuos sólidos. A la vez, se crea una relevante excepción a la prescripción ordinaria de la "acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual", que únicamente es de dos años (art. 2001 del C.C.).

Es de destacar, por último, que la decisión adoptada en el Código Civil peruano de consagrar una cláusula general de responsabilidad objetiva hace eco de la doctrina, conocida o no, que tenía años sugiriendo la codificación de una regla de responsabilidad ajena a la culpa.

Puede recordarse, en tal sentido, que a inicios del decenio 1980-1990, en el seno de una comisión ministerial donde se debatía la reforma del Derecho de Obligaciones alemán, se propuso, aunque infructuosamente, como solución a la dispersión legislativa reinante, la incorporación al *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) de una cláusula normativa general de responsabilidad objetiva, relativa, ni más ni menos, al ejercicio de actividades peligrosas [la referencia es de SOMMA, 1995: 280, 292-293].

Un proyecto similar figuraba en los trabajos preparatorios de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones alemán (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) de noviembre de 2001 [la referencia es de FEDKE-MAGNUS, 2002: 172], pero tuvo el mismo resultado negativo.

De aquí que en Alemania, aquel "*duales Schuldrecht*" del que hablábamos al inicio de este comentario, debe hoy ser percibido y ubicado entre el Código Civil, que continúa anclado en el dolo y la culpa como criterios de imputación, y una vastísima gama de leyes especiales que regulan la responsabilidad por actividades consideradas peligrosas (por ejemplo: transporte ferroviario; conducción, transmisión o distribución de gas, vapores o líquidos; circulación de vehículos; circulación de aeronaves; empleo pacífico de la energía nuclear; actividad minera; producción de medicinas; circulación de productos defectuosos; etc.) [según el elenco de ZWEIGERT-KÖTZ, 1998: 653 y ss.; entre otros].

No menos interesante es apreciar que en los "*Principles of European Tort Law*" (2005), elaborados por el "European Group on Tort Law", que reúne a estudiosos de distintos países del viejo continente, la norma fundamental (*basic norm*) que se propone, indica

tanto la responsabilidad por culpa cuanto la responsabilidad por actividades peligrosas: "Art. 1:101. (1) Aquel a quien se pueda imputar jurídicamente un daño está obligado a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona (a) cuya conducta culposa lo haya causado; o (b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o (c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones". Luego se precisa que "uno es responsable sobre la base de la culpa por la violación dolosa o negligente del estándar de conducta exigible" (Art. 4:101), mientras que "aquel que realiza una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad conlleva y que resulta de esta" (Art. 5: 101-1). Y no se deja de señalar que "las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, aun cuando dichas actividades no sean anormalmente peligrosas" (Art. 5: 102-1).

## 3. Precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil objetiva. Los aspectos probatorios de esta responsabilidad frente a la responsabilidad subjetiva

Para un vasto sector de la doctrina comparada actual, tan general cuanto errónea es la apriorística asimilación del artículo 1970 del Código Civil a la expresión "responsabilidad objetiva" o con lo que se cree, corrientemente, que es la responsabilidad civil objetiva.

Y si se tiene en cuenta que el empleo de la expresión indicada es "(...) síntoma inequívoco de una profunda transformación que se vive en el sistema de la responsabilidad civil (...)" [FORCHIELLI, 1967: 1378; ID., 1991: 1], parece ser incuestionable la necesidad de clarificar su significado.

Se dice así que, por responsabilidad "objetiva" hay que entender, en principio, la pura responsabilidad "sin culpa" o, como prefiere señalar un autor, la "(...) imputabilidad sin culpa (...)" [BARBERO, 1962, t. II: 809].

La responsabilidad "objetiva" sería, pues, una "(...) fórmula descriptiva de una serie de hipótesis en las cuales la imputación no se funda (cuando menos directamente) en la culpabilidad del comportamiento dañoso (...)" [SALVI, 1988: 1221]; una "etiqueta" (sic) que agrupa un conjunto de supuestos en los cuales la responsabilidad "(...) se funda en circunstancias objetivas, y no en un juicio que implique un reproche, en términos de imputación a un sujeto de negligencia (culpa) o, peor aún, de la voluntad de causar daño (dolo) (...)" [VISINTINI, 1996: 647].

Respecto de la experiencia en los países del *common law* se requiere añadir una precisión: en ellos se utiliza la expresión "*strict liability*", pero esta abarca no solo la responsabilidad que se impone por la inobservancia de deberes de cuidado (*breach of duty to excercise reasonable care*) y, más en general, la responsabilidad sin culpa (*liability without fault*), sino también aquella que deriva del atentado contra intereses legalmente protegidos cuando no se cuenta con una justificación jurídica para hacerlo [PROSSER-KEETON, 1984: 534].

Lo correcto, se dice entonces, sería identificar como "responsabilidad objetiva", básicamente, la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo, tiene que responder, sin más, frente al damnificado.

"Objetiva", desde este punto de vista, sería por ejemplo la responsabilidad del empleador por el hecho del dependiente (artículo 1981 de nuestro Código Civil), donde, como puede apreciarse, la imposición del deber de resarcimiento al patrón no obedece a ningún

aspecto subjetivo, sino a las recíprocas posiciones de mando y subordinación del principal y de su trabajador.

El empleador, en efecto, no puede eximirse de responsabilidad con la prueba de estar libre de culpa, es decir, de haber utilizado la diligencia debida en la elección y supervisión de su dependiente [CORSARO, 1991: 21; TRIMARCHI, 1995: 148] ni alegando, por ejemplo, el caso fortuito. En Francia, en aplicación del concepto de "garantía", se afirmará que esta *fattispecie* de responsabilidad se apoya en dos ideas, a saber, que el empleado o subordinado "(...) no tendría los medios necesarios para resarcir a la víctima de manera satisfactoria, de manera que tiene necesidad de un garante (...)"; y que el patrón, por tener la dirección, y por hacer propios los beneficios y riesgos de la empresa en ocasión de la cual se ha cometido el daño, se presenta como garante natural frente al damnificado [SAVATIER, 1930: 293; CARBONNIER, 1982: 411]; lo cual puede ser extendido a la responsabilidad del propietario por el hecho de los animales y a la responsabilidad del propietario por la ruina del edificio, en donde, de un esquema pensado en presunciones (relativas o absolutas) de culpa, se evoluciona, por exigencias equitativas, al argumento de la necesidad de "(...) garantizar el resarcimiento al damnificado, atribuyendo el daño a quien obtiene provechos de la actividad en el curso de la cual aquel se ha verificado (...)" [TRIMARCHI, 1961: 12].

Solo que, tradicionalmente, la calificación de la responsabilidad civil como "subjetiva" u "objetiva" ha estado conceptualmente ligada con los aspectos probatorios.

Es así que, desde esta última perspectiva, para algunos es la real generadora de confusión, se considera que sería "objetiva" aquella responsabilidad de la que el imputado puede librarse únicamente con la demostración, en sentido positivo, de que los daños han sido provocados por un "factor causal autónomo": por una circunstancia inevitable o irresistible, el caso fortuito o fuerza mayor, por el hecho determinante de un tercero o por el hecho de la propia víctima. "Subjetiva", en cambio, sería la responsabilidad que recae sobre alguien como puro correlato de la prueba de una conducta negligente o dolosa por su parte.

Bien vistas las cosas, la explicación anterior resulta insatisfactoria, como bien se ha analizado ya, con ocasión del comentario a los artículos 1314 y 1315 en esta obra, en materia de responsabilidad por inejecución de obligaciones; como insatisfactoria –*prima facie*– resultará la explicación, si la problemática de diferenciación de estos dos tipos de responsabilidad pudiera reducirse al simple recurso de la inversión de la carga de la prueba. Y es que si la diferenciación entre responsabilidad subjetiva u objetiva "(...) se redujera a una proclamada inversión de la carga de la prueba, no habría razón para entender por qué se debe abandonar el principio de la culpa, que, en lo sustancial, permanecería como único fundamento del deber de resarcimiento (...)" [SCOGNAMIGLIO, (1968b) 1996: vol. I, 410].

De un lado, una tradicional y respetable corriente de opinión hace ver, en efecto, que la prueba del caso fortuito y circunstancias similares no es otra cosa que la demostración de la ausencia de culpabilidad: se echa mano, así, a la noción subjetivista del "caso fortuito" [FORCHIELLI, 1967: 1394; entre otros], o bien se establece, con terminología derivada del Derecho de Obligaciones francés, una automática sinonimia entre el "caso fortuito" y la "causa no imputable" [VENDITTI, 1957: 746; NATOLI, 1977: 769].

La prueba del caso fortuito consistiría, por consiguiente, en la demostración de que el daño se ha debido a un evento que no podía ser previsto o evitado con la diligencia debida [BIANCA, 1994: 689, 710; TORRENTE-SCHLESINGER, 1995: 629].

En esta línea de pensamiento, donde hay una presunción que es superable a través de la prueba del caso fortuito, la doctrina hace referencia, en todo caso, a una responsabilidad "agravada", pero que en ningún momento deja de ser "subjetiva" [VENDITTI, 1956: 880; BIANCA, 1994: 686; TORRENTE-SCHLESINGER, 1995: 635 y ss.], o bien de una responsabilidad "semiobjetiva" [BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, 1989: vol. III, 753 y 759; BUSNELLI-COMANDÉ, 2002: 212], o de una responsabilidad "objetiva intermedia" [VISINTINI, 1996: 695].

De otro lado, hay quien llega a afirmar que cuando se dice que la responsabilidad objetiva existe en todas las hipótesis en que la ley admite la prueba del caso fortuito se comete, además, el error garrafal de olvidar que lo propio de la responsabilidad objetiva es la prescindencia de todo eximente [BIANCA, 1997: 204], de donde es válido concluir que, para algunos, responsabilidad objetiva es sinónimo de responsabilidad por la mera causalidad; siendo que los únicos casos de responsabilidad objetiva serían "(...) aquellos en los cuales ni siquiera el caso fortuito o la fuerza mayor son admisibles para librar al imputado del resarcimiento que se le impone (...)" [LEÓN HILARIO, 2004: 28].

Dentro del elenco de tesis extremas, no ha faltado alguna que pretende emancipar la responsabilidad objetiva inclusive del análisis del elemento causal, la cual no debe descartarse de plano (aun cuando no se la comparta), mucho menos en un campo tan propenso a padecer la influencia de los cambios sociales, como es la responsabilidad civil.

Según esta última tesis, considerar que las hipótesis de responsabilidad "objetiva" demandan la verificación de la relación causal, tal cual ocurre con las de responsabilidad "subjetiva", significa "(...) proponer un requisito que, o es superfluo, porque se limita a repetir los resultados a los cuales se arriba con el mero recurso a los criterios de responsabilidad, o es equívoco, si se revelara susceptible de conducir a resultados diferentes. (...) [A] diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa y el dolo son criterios de calificación del nexo causal, de modo que la presencia de este último se establece en el caso concreto, en la responsabilidad objetiva el juicio es puramente tipológico, y consiste en la decisión sobre si el hecho producido pertenece o no a la serie de aquellos hechos que el criterio de imputación adscribe a cierta esfera subjetiva por su simple acaecimiento. Esto significa que en la responsabilidad objetiva no puede plantearse un problema de relación de causalidad, porque este ya ha sido resuelto previamente, en la descripción de la *fattispecie*; por lo tanto, la presencia de los elementos de esta en el caso concreto es suficiente para efectos del juicio de responsabilidad (...)" [CASTRONOVO, 1991: 12].

Estas afirmaciones son solo parcialmente correctas: las dudas surgen, en nuestra opinión, al calificar los problemas de imputabilidad (criterios de imputación) como problemas de causalidad (de allí la inveterada costumbre de la doctrina italiana de afirmar dos tipos de causalidad: la material y la jurídica). Lo cierto es que el problema de la causalidad es siempre material y necesariamente se resuelve en forma previa a la utilización de los criterios de imputación. Con la causalidad se identifica al causante del daño; con la imputabilidad, al responsable. Y esto es así, sin perjuicio de que, al finalizar el análisis de imputabilidad, la comprobación de su distribución (por ejemplo, si se concluye en una identificación de culpas, tanto en el agente como en la propia víctima), tenga incidencia en la valoración previa hecha de la relación causal, lo que se explica en el hecho que el fenómeno de responsabilidad es único y solo admite un estudio "por partes" con fines didácticos. Lo mismo sucede, por ejemplo, cuando se analiza en la etapa de "análisis material" del fenómeno de responsabilidad los requisitos del daño resarcible y, concretamente, el requisito de la certeza: el plano

fáctico de la certeza se analiza dentro del propio elemento "daño", pero el plano lógico de la certeza solo se comprueba en el análisis de la relación causal.

Es en esta línea de pensamiento que, en el Perú, De Trazegnies, refiriéndose al artículo 1972 del Código Civil, afirma que pese a la referencia expresa que hace este del artículo 1970 (responsabilidad por riesgo), "(...) es solo después de haber establecido la vinculación entre el demandado y el daño que nos preguntamos por los factores de atribución; se aplicará el artículo 1969 (que lleva a discutir sobre la culpabilidad o no culpabilidad de esa persona ya determinada como causante) o se aplicará el artículo 1970 (que le atribuye responsabilidad por el solo hecho de ser el causante). Pero en los dos casos posibles de atribución (culpa o riesgo), existe una relación de causalidad, previa en el análisis y subyacente en ambos tipos de responsabilidad (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, 300]. Lo cuestionable en esta cita, es solo la confusión entre responsabilidad objetiva (o por riesgo), con responsabilidad por la mera causalidad (que corresponde a la denominada "responsabilidad objetiva absoluta" no acogida en el Código Civil peruano), pues si estos conceptos fueran sinónimos, resultaría enteramente cierto, en nuestra opinión, que sería superfluo o reiterativo separar los planos de causalidad e imputabilidad y considerar que las hipótesis de responsabilidad objetiva demandan la verificación previa de la relación causal.

La misma objeción parecería caber en los supuestos en que se acoja la denominada "responsabilidad objetiva relativa", que admite la exclusión de responsabilidad probando una causa no imputable: ¿para qué decir que en la responsabilidad objetiva siempre se responde a no ser que se pruebe el caso fortuito u otro supuesto de causa no imputable, si este asunto ya fue resuelto previamente? La explicación en el "*civil law*" clásico de lo que sucede, es sencilla: cualquier criterio de imputación no es sino un "justificativo" teórico del traspaso del peso económico del daño que sufre la víctima hacia una esfera ajena, por lo que persigue explicar, con criterios de justicia, el por qué alguien debe soportar el coste económico del daño, sin que esta decisión pueda calificarse de arbitraria. En la llamada "responsabilidad objetiva por hecho propio", el causante del daño será calificado también como "responsable", en la medida en que reconozcamos que la actividad desarrollada por aquel justifica que se responda por los daños causados, puesto que, por ejemplo, para la obtención de un beneficio, se generaron riesgos adicionales al simple hecho de vivir (riesgo-creado; riesgo-beneficio) que expusieron al peligro a todos aquellos integrantes de la sociedad que vieron conectadas sus esferas jurídicas con la actividad desarrollada por el agente [Ver *infra*, numeral 6]; por lo que si dicha exposición al peligro no le es causalmente atribuida a este, por la existencia de una fractura causal, resulta también "justo" que no se responda, por no ser el causante del daño. De aquí el reconocimiento del límite de la responsabilidad objetiva en la causa no imputable.

Si este razonamiento retrata una contradicción o, en el mejor de los casos, una reiteración innecesaria, que representa una aproximación "intuitiva" a un problema irresoluto en la teoría clásica del "*civil law*" [CASTRONOVO, 1997: 71-77], bien cabría admitirlo en la literatura jurídica contemporánea, principalmente a partir de los aportes de Calabresi y su teoría del análisis de las capacidades de prevención [Ver *supra*, numeral VIII, del comentario al art. 1969 del C.C.), de donde se concluye que el costo del daño debe gravar a aquel sujeto de la relación que está en grado de soportarlo del modo más económico posible.

Lo cierto, sin embargo, a esta altura del discurso, es que –en nuestro concepto y dentro del Código Civil peruano– nunca puede reducirse la responsabilidad objetiva a responsabilidad

por la mera causalidad, debiendo bastar para arribar a esta conclusión el análisis de los supuestos de responsabilidad objetiva por hecho ajeno, en donde claramente se puede hallar un responsable que no sea causante del daño.

La doctrina del "*civil law*" anterior a la influencia y aportes del análisis económico del Derecho, trató decididamente de ordenar los conceptos, sobre la base de la reserva propia del ámbito de la diligencia y su contravención al área de aplicación de la cláusula general por culpa, ascendiendo casi a la categoría de "dogma" la definición de la culpa como concepto antitético al de "diligencia".

Así, se afirmó que el sistema de responsabilidad subjetiva debe contener no solo aquellas hipótesis en que la culpa funge de criterio de imputación en forma expresa, sino también aquellas en las cuales el eximente de responsabilidad está dado por la ausencia de culpa, entendida como inevitabilidad del hecho [COMPORTI, 1965: 59, 89].

A su vez, se indicó que los supuestos de responsabilidad en los cuales el límite esté representado por el caso fortuito, entendido como "causa extraña del todo inevitable", serán *fattispecie* de responsabilidad objetiva, porque "(...) lo inevitable del caso fortuito no se mide con el criterio normal de la diligencia (...), sino que es apreciado con un criterio que apunta hacia un absolutismo más rígido (...)" [COMPORTI, 1965: 83, 89].

De esta manera, los supuestos de responsabilidad que tienen como límite el caso fortuito serían supuestos de responsabilidad "objetiva" porque lo inevitable del caso fortuito no se evalúa ni mide con criterios de diligencia, sino con criterios absolutos [COMPORTI, 1985: 2654]. La diferencia entre la prueba liberatoria basada en la ausencia de culpa y la prueba liberatoria basada en el caso fortuito radicaría en que la primera "(...) atañe a la evaluación de la conducta del sujeto-presunto responsable, según el criterio de la diligencia; la segunda, en cambio, no concierne a la evaluación del comportamiento del sujeto, sino que se refiere, exclusivamente a la demostración de que el daño ha sido producido por un caso fortuito, es decir, por una causa extraña del todo inevitable, a tal punto que resultaría absolutamente irrelevante brindar la prueba de la normal diligencia, es decir, de la ausencia de culpa del sujeto considerado (...)" [COMPORTI, 2002: 156. En el mismo sentido parecería estar orientado VALSECCHI, 1947: 176-177].

Y puesto que "(...) cuando las pruebas liberatorias se refieren al caso fortuito ellas no tienen que ver, para nada, con la culpa del presunto responsable, ni en el hecho constitutivo, ni en el hecho impeditivo, dichos supuestos se comprenden en el sistema de responsabilidad objetiva (...)" [COMPORTI, 2002: 156].

Por esto y, como antes se ha hecho ya referencia, en lo que respecta a la posibilidad de liberación de la responsabilidad objetiva por causa no imputable, se ha clasificado a esta en (*a*) "relativa", cuando el límite aplicable es el caso fortuito o fuerza mayor; y (*b*) "absoluta", cuando la imputación al agente procede aunque el daño sea suscitado por caso fortuito o fuerza mayor [MAIORCA, 1960: 552. Adhiere a esta clasificación: COMPORTI, 1965: 89]; hipótesis esta última aplicable fundamentalmente a los supuestos de "ultrarriesgo".

Lo oportuno de separar, entonces, la naturaleza "objetiva" o "subjetiva" de la responsabilidad de las cuestiones relativas a la prueba, salta a la vista, si se echa una mirada al tratamiento que al respecto ha brindado el articulado del Código Civil peruano.

En el artículo 1969 se establece que la responsabilidad extracontractual está basada en el dolo o la culpa, pero la ausencia de estos tiene que ser probada por el agente, y no por el damnificado, como sí ocurre, coherentemente, en los países jurídicamente cercanos al nuestro.

Este solo dato haría legítimo poner en duda lo "subjetivo" de la cláusula normativa general contenida en la disposición citada, como ya se ha visto en el comentario previo referido al artículo 1969 en esta obra, que aproxima la responsabilidad subjetiva a una responsabilidad semiobjetiva, contraviniéndose el principio de que "(...) en la responsabilidad subjetiva, la víctima no puede obtener reparación si no es aportando la prueba de la culpa (...)" [CARBONNIER, 1982: 342].

Hoy por hoy, sin embargo, como bien se ha hecho referencia en esta obra, en el comentario al artículo 1969 del Código Civil, la antinomia "diligencia/culpa" ha debido ser repensada, fundamentalmente a partir de los aportes del análisis económico del Derecho, reconociéndose que la diligencia –bajo los deberes de cuidado o prevención– orienta y llena de contenido la aplicación de las cláusulas generales interpretativas de responsabilidad subjetiva y objetiva, siendo "(...) un error establecer una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad estricta (...)" [POSNER, 1998: 172].

## 4. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970. La fusión de la responsabilidad por "hecho de las cosas" del Código Civil francés y la responsabilidad "por actividades peligrosas" del Código Civil italiano. ¿Por qué es "objetiva" la responsabilidad por riesgo o exposición al peligro?

La correcta comprensión del contenido del artículo que se comenta requiere, como mínimo, la clarificación, en términos jurídicos, de los conceptos de "actividad riesgosa o peligrosa" y de "bien riesgoso o peligroso". Para cumplir tal objetivo es útil desentrañar los orígenes de esta disposición.

Debe señalarse, entonces, que en el artículo 1970 del Código Civil peruano parecieran refundirse dos regímenes jurídicos que en los textos legislativos que nos han servido de modelo se distinguen convenientemente: la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas del Código Civil italiano y la responsabilidad por hecho de las cosas, también presente en este último, pero original del Código Civil francés.

En primer lugar, es manifiesta la influencia del artículo 2050 del Código Civil italiano, subtitulado "responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas", donde se establece que "aquel que ocasiona un daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios adoptados, queda obligado al resarcimiento, a no ser que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño".

En relación con este artículo, novedad introducida en el "*civil law*" por la codificación italiana, se refiere que constituye "(...) una generalización de *fattispecie* típicas de responsabilidad que habían sido consagradas en la legislación especial (especialmente, en la relativa a la circulación vehicular), para hacer frente a las actividades peligrosas no asimilables a las figuras tradicionales del daño mediante cosas o animales (...)" [SALVI, 1988: 1232]. En perspectiva histórica: MINERVINI, 1952: 626-627].

Las actividades peligrosas podían regularse, entonces, de dos maneras: "(...) o se las prohibía, con la previsión de un sistema de control para los infractores y, de ser el caso, con

sanciones penales; o se las admitía, como al final se hizo, bajo la condición de que los damnificados puedan ser resarcidos con mayor facilidad (...)" [FRANZONI, 1993: 482].

De otro lado, se ha señalado que el ordenamiento jurídico, frente al ejercicio de una actividad peligrosa puede "(...) prohibir el ejercicio de la actividad, por considerar intolerables los riesgos a los que quedarían expuestos los demás miembros de la sociedad, en proporción a las ventajas que el desarrollo de la actividad y sus resultados útiles pueden aportar a estos (en el sentido de reflejo colectivo de una utilidad individual, atendiendo a la difusión del ejercicio de la actividad o a la contribución de la actividad a la producción nacional, a la ocupación, a la utilización de las fuerzas laborales de la sociedad o, como ha ocurrido en los últimos años, al desarrollo de los conocimientos técnico-científicos); o puede, por el contrario, permitir el ejercicio de la misma actividad peligrosa, si la relación entre el riesgo y la ventaja, colectivamente valorizados, haga aceptable su desenvolvimiento. En este segundo caso, el ordenamiento debe realizar una elección en lo relativo a la repartición del riesgo entre todos los miembros de la sociedad, por un lado, y el que ejerce la actividad, por otro (...)" [DE MARTINI, 1973: 978].

Por esta razón, se dice que en el supuesto analizado nos encontramos ante actividades que, a pesar de estar permitidas, obligan al resarcimiento de los daños que generan: actividades dañosas o riesgosas que no se prohíben y que, pese a ser consentidas, son fuente de responsabilidad (objetiva) [TRIMARCHI, 1991: n. 88, 147].

Como bien hacía ver Esser, además, hay actividades peligrosas que resultan ser esenciales en la vida moderna, y alguien tiene que realizarlas necesariamente [la referencia es de MINERVINI, 1952: 638].

Pero: ¿qué debe entenderse por "ejercicio de actividad" de un lado, y por "actividad peligrosa" del otro?

En principio, por "ejercicio de actividad" se propone entender "(...) una sucesión continuada y repetida de actos que se desarrolla en el tiempo y que se encuentra coordinada en sus fines. Los dos términos *ejercicio* y *actividad* concurren, por igual, para representar esta continuidad, esta sistematicidad energética que no se encuentra encerrada en una acción que se agota en sí misma, sino que presupone la inmanencia de una continua renovación en situación constante. Ejercicio –de *exercere*, tener en movimiento (...)– expresa cinemáticamente dicho concepto de continuidad en una serie de actos repetidos y constantes, que no concluye en una acción aislada, sino que se desenvuelve persistentemente, con constancia en el tiempo. *Actividad*, por su parte, refuerza el mismo concepto en su derivación prácticamente frecuente de acto, respecto del cual presupone una continua repetición en una serie de actos, ligados y coordinados a un fin orgánico y sistemático, como de explotación industrial (...)" [GENTILE, 1950: 104. En el mismo sentido, SCOGNAMIGLIO (1968a) 1996: vol. I, 351].

Para el Derecho, "actividad" es, pues, el conjunto de actos "(...) coordinados o unificados en el plano funcional por la unicidad de su fin (...)" [AULETTA, 1958: 982].

Ello no quiere decir, desde luego, que abusando de la interpretación literal estemos autorizados para asumir que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las omisiones. Estas, qué duda cabe, bien pueden traducirse en una situación de riesgo o de exposición al peligro [este realce ya figura en VENDITTI, 1957: 745; véase *infra*, § 7 en relación con la responsabilidad de la Administración Pública por "peligros ocultos" en inmuebles de uso público] y dar lugar, entonces, a la responsabilidad civil contemplada en el artículo 1970 de nuestro Código Civil.

Desde una perspectiva comparatística, sin dejar de reconocerse que la norma italiana constituye un avance respecto de las codificaciones europeas más tempranas, se manifiestan dudas sobre la conveniencia del camino seguido: un incremento en el plano de las categorías, en lugar de la formulación de cláusulas generales aplicables, por igual, a los daños causados por cosas o actividades [STONE, 1972: 9], o a los daños provocados, fuera de toda intervención causal del legalmente responsabilizado, "por entidades seagentes" (personas, animales o cosas que "actúan autónomamente"), como prefiere denominarlas, con fines sistemáticos, algún autor [DE MARTINI, 1973: 968-969].

Y por "actividad peligrosa" (con cargo a examinar el desarrollo conceptual en *infra*, § 6), puede indicarse preliminarmente que la misma cabe ser entendida –desde una perspectiva tradicional– como "(...) actividad potencialmente idónea para provocar daños inevitables (...)." [DE MARTINI, 1973: 978], por lo que refiere a la introducción o incremento de riesgos o peligros a la sociedad. Empero, ¿de qué nivel de riesgo se habla? Las respuestas no han sido unívocas.

De un lado, se ha señalado que si se reconoce que la vida misma está en capacidad de generar riesgos, una "actividad riesgosa" será aquella que adiciona al individuo un peligro adicional al simple hecho de vivir [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, n. 73, 159]. Para otros, involucrará a "(...) todas aquellas actividades que incrementan el nivel medio del riesgo (...)" [GALLO, 2000: 123]. Y, en experiencias extrañas al "*civil law*" se llegará a afirmar inclusive que "(...) en los ordenamientos donde la peligrosidad de la actividad comporta un régimen especial de responsabilidad se debe requerir una específica cualificación de tal peligrosidad: en el *common law*, por ejemplo, esta tiene que ser *ultrahazardous or extraordinary* (...)" (ultrarriesgoso o extraordinario) [COMANDÉ, 1999: 491].

Entendemos que la opinión anterior es crítica frente al mantenimiento en el Código Civil italiano de una norma que regula, con diverso tenor, la responsabilidad por hechos de cosas.

De ser así, la solución recogida en el Código Civil peruano parecería ser correcta, si apuntara a unificar el tratamiento de ambos supuestos.

Solo que, siguiendo cabalmente a la aguda observación del autor citado, es menester afirmar también que las buenas expectativas que genera nuestro artículo 1970 se frustran por la conservación de disposiciones especiales de encriptado decimonónico, pero de historia más que milenaria, como la responsabilidad por daños causados por animales (art. 1979) y por caída de edificios (artículo 1980), ambos con redacción defectuosa y, peor aún, distinta y contrastante con el sentido de la cláusula normativa general de vanguardia, desde cierto punto de vista, que los antecede.

En segundo lugar, y retomando el tema de los orígenes del artículo examinado, hay que señalar, aunque el vínculo sea más remoto, que en lo dispuesto en nuestro Código Civil se percibe la herencia del artículo 1384 del Código Civil francés, a tenor del cual, justamente, "se es responsable no solo del daño causado por hecho propio, sino también por el daño causado por el hecho de las personas de las que se debe responder o de las cosas que se tienen bajo custodia".

Respecto de la experiencia francesa, en relación con el citado artículo del Código Napoleónico, nos limitamos a informar que a partir de una decisión judicial famosa de la Cour de Cassation, la sentencia "*Jeand'heur*" de 1930, la *responsabilité objective*, también denominada responsabilidad "de derecho" (*de droit*) o "de pleno derecho" (*de plein droit*), por el hecho de las cosas, se ha definido como "(...) la obligación para el custodio de una cosa inanimada de

indemnizar todo daño causado por otro por el hecho de dicha cosa; el custodio no puede eximirse si no es demostrando la fuerza mayor o el hecho de la víctima (...)" [GRYNBAUM, 2004: 4. En perspectiva comparatística: STONE, 1972: 7].

Conocer los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil peruano es, desde luego, importante, pero no lo es menos asignarles su correcto lugar, para evitar lecturas distorsionadas de la doctrina elaborada en Italia y Francia a partir de las normas citadas.

Por ello, es esencial informar que en Italia, la segunda parte del artículo 2050, donde se hace referencia a la prueba de la "adopción de todas las medidas idóneas para evitar el daño", vuelve legítima la posición de quienes sostienen que el criterio de imputación allí establecido sigue teniendo carácter subjetivo [VALSECCHI, 1947: 160, nota (1), 164; SCISO, 1974: 564; NATOLI, 1977: 769; CORSARO, 1991: 24; entre otros], y que nos encontramos, entonces, frente a una hipótesis de "(...) responsabilidad agravada por culpa presunta (...)" [BIANCA, 1994: 709]. Esto es que, al hacer referencia el artículo 2050 del Código Civil italiano, a medidas de diligencia, se termina, desde la óptica tradicional (y en donde el concepto de culpa es definido como "negligencia": noción opuesta al de "diligencia"), en un "anclaje" de este precepto en el concepto de culpa, lo que para muchos ha impedido sustentar en Italia a la exposición al peligro como basamento de una nueva cláusula general normativa de responsabilidad de naturaleza objetiva [CASTRONOVO, 1997: 56].

Se escribe, desde esta perspectiva, que "(...) la norma que regula la materia de los daños ocasionados a otros en el ejercicio de una actividad peligrosa ha repudiado el principio de la responsabilidad objetiva, al permitir al causante del daño la prueba de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el mismo (...)" [MICCIO, 1966: 813]. "(...) La alta probabilidad de que la actividad desarrollada dañe a otros y la potencialidad de crear daño que califica la actividad como peligrosa aconsejan a la ley obligar a quien la ejerce a una prevención severa y rigurosa para salvar a los terceros, y a imponer, en concreto, a través de la regulación de la carga de la prueba, una regla de conducta para el que ejerce la actividad (...)" [CORSARO, 1998: 88]. Según esta misma línea de pensamiento, que hasta hoy goza de abrumadora acogida en la jurisprudencia italiana, dichas medidas serían todas aquellas brindadas "(...) por la técnica y que se tengan a disposición, atendiendo a las circunstancias del caso; ello implica la observancia de un comportamiento libre de negligencia reprobable (...)" [DE CUPIS, 1979: t. II, 184]. En otras palabras, estaríamos ante una presunción legal que solo puede superarse mediante la prueba liberatoria, por lo demás difícilmente realizable, de la "diligencia profesional", o sea, la conformidad del propio obrar a las prescripciones técnico-normativas que rigen una actividad determinada [BIANCA, 1994: 709. En igual sentido: SCISO, 1974: 571].

Los partidarios de esta apreciación esgrimen en pro de su causa, de igual forma, un pasaje de la *Relazione al Codice Civile* (una especie de exposición de motivos de este texto legal), donde se expone que en el terreno de las actividades peligrosas se aplica una "solución intermedia" entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva: se establece una inversión de la carga de la prueba y esta, para efectos liberatorios, pasa a recaer en el causante del daño –quien verá, así, ampliado el contenido de su deber de diligencia–, pero la culpa sigue constituyendo la base de la responsabilidad [a este argumento recurren VALSECCHI, 1947: 160, nota (1); FORCHIELLI, 1967: 1381-1382; y SCISO, 1974: 567; entre otros].

Llama la atención, de todas formas, que un temprano analista de la norma, sin alejarse de la perspectiva subjetivista, haya auspiciado algo que coincide con lo determinado por nuestros codificadores. Él consideraba que el artículo 2050 del Código Civil italiano se

encontraba "(...) en el camino de los grandes principios: con él se ha colmado una laguna, y se influye en ulteriores sectores de la actividad humana, por el progresivo restablecimiento de la libre coexistencia de los derechos. En un ulterior desarrollo del concepto se podrá arribar a la codificación de una presunción única que se centre en el principio de la peligrosidad, así como, en su momento, el principio de la responsabilidad por culpa subjetiva resultó de la unificación del concepto de la culpa en las diversas hipótesis de *damnum iniuriam datum* (...)" [GENTILE, 1950: 103].

Pero otro grupo de autores, a quienes cabe reconocer, además, el mérito de superar con fundamentos la interpretación "auténtica" de la ley –llamémosla así– considera, en cambio, que la inversión de la carga de la prueba en el artículo 2050 coincide, en último análisis, con una regla de responsabilidad objetiva [TRIMARCHI, 1961: 278; COMPORTI, 1965: 96-97; VISINTINI, 1967: 388; PATTI, 1987: 126; entre otros].

Lo que el Código Civil italiano exige probar es, según esta línea de pensamiento, "(...) el hecho objetivo de que se han adoptado medidas brindadas por la técnica, aptas para evitar el daño (...)", de modo que estaríamos ante una hipótesis de responsabilidad "(...) por riesgo objetivamente evitable (...)" [TRIMARCHI, 1961: 48, 278-279].

Se sostiene, igualmente, en esta línea de pensamiento, que debiera juzgarse correcto desde una óptica objetivista, que en la responsabilidad por ejercicio de actividades peligrosas "(...) el núcleo constitutivo prescinde de la existencia de un comportamiento culposo, y requiere solo que la acción sea llevada a cabo por quien ejerce una actividad peligrosa, durante cuyo ejercicio se produzca un daño injusto. La relación entre hecho y daño se establece, entonces, con prescindencia de la culpa, y el efecto del resarcimiento depende exclusivamente del ejercicio en concreto de una actividad peligrosa (...). La concepción que atribuye un fundamento culposo a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas no es leal con la evolución producida en el campo de la actividad industrial, que produjo la categoría de los llamados daños anónimos y necesarios (...)" [FRANZONI, 1993: 533-534].

Pero en el Código Civil peruano –esto es lo que cuenta– no se presenta la criticada inversión de la carga de la prueba que ha movido a un sector de la doctrina italiana a calificar el artículo 2050 del Código Civil de su país como "(...) el mayor obstáculo para la identificación de un principio general de responsabilidad objetiva de empresa en el sistema del Código Civil (...)" [SALVI, 1988: 1234], si no es que como una "desilusión" propiamente dicha [CASTRONOVO, 1991: 4].

La norma italiana también ha sido juzgada por algunos como "insuficiente" y "excesiva": lo primero, "(...) porque la prueba liberatoria de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño (...) puede devenir una *probation diabolica*, o puede, por el contrario, ser demasiado fácil (...). Es excesiva en el aspecto de la previsibilidad del daño, el cual, cuando se trata de actividades peligrosas, está (...) *in re ipsa*, de modo que el empresario respondería siempre, porque el daño sería siempre previsible (...)" [GRASSETTI, 1960: 51].

La interpretación en clave "objetiva" del artículo 1970 de nuestro Código tiene también a su favor una antigua y autorizada doctrina francesa que, de la mano con una jurisprudencia vanguardista, subraya con decisión, en el citado artículo 1384 del Code Napoléon, la ausencia de toda referencia a la culpa (*faute*) y, por lo tanto, la mera exigencia de una relación de causa-efecto entre la cosa y el daño [JOSSERAND, 1897: 74], a fin de establecer la responsabilidad.

Es sobre la base de esta apreciación, tan simple cuanto aguda, que nacen sucesivamente, a fines del siglo XIX, las llamadas teorías del "riesgo profesional" (*risque professionnel*) y del "riesgo creado" (*risque créé*).

Entre ambas teorías hay –digámoslo así– una diferencia de amplitud del campo visual. La primera, esbozada por Raymond Saleilles (1855-1912) a partir de 1894, aplica la perspectiva objetiva a la administración de los daños producidos por las grandes fábricas [según la síntesis de MASSIGLI, 1914: 435 y ss.]. La segunda, planteada por Louis Josserand (1868-1941), es menos limitada, y considera que se es inmediatamente responsable, por razones de equidad y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad, de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. El deber de resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege* [JOSSERAND, 1897: 89, 98], en cabeza de quien genera el riesgo. Este "(...) debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa (...). El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de esta (...)" [JOSSERAND, 1897: 125].

A aquella doctrina francesa, en su momento contestataria, se debe la centenaria asociación de la responsabilidad objetiva con el ámbito, precisamente, de los daños causados por cosas [VINEY, 1995: 84], mientras que en el resto de hipótesis sigue predominando la responsabilidad por culpa.

Hay quien ha advertido la incompatibilidad entre la culpa y el riesgo, y propone una noción alternativa: la "garantía", como verdadero fundamento de la responsabilidad civil [STARCK, 1947: 51 y ss.].

En Italia, el debate se escenifica en el decenio 1960-1970, y se hablará de riesgo de empresa (*rischio di impresa*) y de exposición al peligro (*esposizione al pericolo*) [Véase *infra*, § 6]. Este hecho está ligado directamente con la terminología de nuestro codificador que utiliza los adjetivos "riesgoso" y "peligroso".

Un autor, teniendo a la vista la sola cláusula normativa general de responsabilidad extracontractual consagrada en el Código Civil de su país (que es de carácter subjetivo), decía bien que el riesgo no tenía posibilidad de sustituir a la culpa como criterio de imputación, porque este "(...) debe ser determinado por la ley, y no inventado por el intérprete. La ley ha escogido y señalado la culpa; no hay ninguna indicación, junto a ella, del riesgo (...)" [BARBERO, 1962: t. II, 811. En igual sentido: SCISO, 1974: 561-562, 566].

Por la misma razón, sin embargo, se señalaba también que en la interpretación del artículo 2050 del Código Civil italiano, aun cuando estuviera fuera de lugar y fuera irrelevante recurrir al "riesgo", no podía afirmarse lo mismo respecto del "peligro", porque este sí es un elemento en el que se apoya la ley expresamente [SCOGNAMIGLIO (1968a) 1996: vol. I, 351].

Ateniéndonos a estas consideraciones doctrinales y a los antecedentes del artículo 1970 del Código Civil peruano que hemos revisado, así como al "riesgo" y a la "exposición al peligro" a los cuales se remite legalmente como criterios de imputación, podemos afirmar, ahora sí, sin incurrir en apriorismos, la naturaleza objetiva de la responsabilidad allí normada.

En la codificación peruana no existe, pues, desde el punto de vista de los conceptos tradicionales, la discusión del "anclaje" de la responsabilidad por exposición al peligro en la

cláusula general por culpa, por lo que, al no haberse codificado tampoco la teoría del "hecho ilícito", cabe perfectamente afirmar a la responsabilidad objetiva por riesgo como una cláusula general interpretativa de responsabilidad de igual valor que la cláusula general por culpa; todo ello, sin perjuicio de analizar más adelante [Ver *infra*, § 9], si en verdad una referencia tal, como la realizada por el artículo 2050 del Código Civil italiano, a la "prueba de haber adoptado toda las medidas idóneas para evitar el daño", representa o no en realidad un "anclaje" en el concepto de culpa.

## 5. La terminología del Código Civil y los orígenes del artículo 1970 (sigue): ¿Por qué es erróneo hablar de "bienes riesgosos o peligrosos"?

Acabamos de anotar que con lo decidido por el legislador peruano, al no prescribirse ninguna inversión de la carga de la prueba, se ha evitado, a fin de cuentas, la importación de la discusión entablada al respecto entre los intérpretes del artículo 2050 del Código Civil italiano, que parece haber servido al artículo 1970 del Código Civil peruano de modelo.

Sin embargo, en el artículo que estamos comentando se comete una incoherencia de la que, curiosamente, bien pudo habernos prevenido la propia doctrina italiana: Hablar de "bienes riesgosos o peligrosos" es doblemente errado.

Es errado, en primer lugar, porque haber utilizado el término "bien", en vez de "cosa", como se hace acaso en todos los Códigos Civiles foráneos, no es correcto desde una perspectiva estricta y necesariamente técnica.

Dogmáticamente entendido, el concepto de "bien" equivale a "(...) objeto de protección jurídica (...)", en sentido lato; o "(...) punto de referencia objetivo de un derecho subjetivo (o, de ser el caso, de una situación subjetiva) (...)", en sentido estricto [PUGLIATTI, 1959: 173, 187].

Así pues, pertenecen también a esta categoría los *Lebensgüter* ("bienes de la vida"), los "(...) bienes esenciales de la persona, es decir, sus valores esenciales (vida, honor, etc.) (...)" [BIANCA, 1999: 52], que son objeto de los derechos de la personalidad, de los *Grundrechte* ("derechos fundamentales", como se acostumbra también llamarlos) constitucionalmente protegidos [GAZZONI, 2003: 194]. Por obvios motivos, estos "bienes" no admiten, desde ningún punto de vista, ser calificados como "riesgosos" o "peligrosos".

El mismo reparo puede formularse si se piensa en aquellas entidades, igualmente no susceptibles de ser calificadas en términos de "riesgo" o "peligrosidad", que ostentan la característica de la ausencia de corporalidad, pero que, por poseer objetividad jurídica, por ser objeto de derechos subjetivos, reciben la denominación de "bienes inmateriales" [MESSINETTI, 1988: 1; SCOZZAFAVA, 1999: 5]: marcas, diseños industriales, patentes, etc.

A la misma constatación se arriba si se piensa en los llamados "derechos patrimoniales", o sea, en los "(...) derechos subjetivos que protegen un interés económicamente valorable y que concurren a conformar el patrimonio de un sujeto (...)" [BIANCA, 1999: 52], que, para una parte de la doctrina, también serían bienes. Para efectos de la responsabilidad patrimonial del deudor, por ejemplo, los créditos, que son "derechos", se consideran "bienes", en tanto y en cuanto elementos "activos" (ejecutables) de un patrimonio [MAIORCA, 1988: 11; BIANCA, 1999: 52; GAZZONI, 2003: 193-194. En contra: SCOZZAFAVA, 1999: 18-19]. En nuestro Código Civil (art. 886, n. 7), las "rentas o pensiones" forman parte del elenco de los "bienes muebles".

En cambio, la noción de "cosa", en sentido jurídico, es "(...) eminentemente histórica, y no ya naturalística o abstracta. Cosa es toda parte del mundo externo al ser humano (...) que puede quedar sujeta a su señorío (...)" [DE MARTINO, 1968: 1]. Es una noción "(...) prejurídica y, por lo tanto, extrajurídica: se trata de un elemento de la realidad que es tomado en consideración por el Derecho; si al final del examen se considerará que tal elemento puede constituir objeto de un interés jurídicamente relevante, entonces la «cosa» será calificada como «bien» (...)" [ZENO-ZENCOVICH, 1989: 443-444].

Esta última es la idea que se quería reflejar en la norma del Código Civil francés sobre la responsabilidad "*du fait des choses*". Más aún, la doctrina francesa ha circunscrito la aplicación del artículo a las "*choses inanimées*", atendiendo a que los daños por hechos de las cosas "con actividad propia", como los animales, reciben un tratamiento especial, dentro del mismo Código [DEMOGUE, 1925: Parte I, t. V, 364]. De aquí también que, en Francia e Italia, el concepto fundamental para entender a cabalidad tal hipótesis sea la relación de "custodia" entre el imputado y la cosa. En ninguna de las experiencias de tales países, como es palmario, se está pensando en la idea de "bien".

Por lo demás, la usual restricción del término "cosa" a las solas entidades "corporales", admitida por la doctrina [ZENO-ZENCOVICH, 1989: 444; BIANCA, 1999: 54; SCOZZAFAVA, 1999: 13], también concuerda perfectamente con el sentido de estas reglas jurídicas importadas.

En nuestro Reglamento Nacional de Tránsito se ha salvado bien esta incorrección terminológica, al establecerse que el peligro se refiere a la conducción de automóviles, y no a los automóviles en sí mismos: "la persona que conduzca un vehículo en forma de hacer peligrar la seguridad de los demás, infringiendo las reglas de tránsito, será responsable de los perjuicios que de ello provengan" (art. 271).

Sin perjuicio de cuanto acabamos de señalar, está claro que la crítica no puede tener como único sustento una observación terminológica, por más pertinente que esta sea, más aún, teniendo en cuenta que en nuestro Código Civil hay ocasiones en las cuales se utilizan indistintamente los términos "bien" y "cosa".

Recuérdense, a propósito, los artículos 947 y 948, en los que se hace referencia a la transferencia de propiedad de una "cosa mueble", mientras que, pocas líneas después, el artículo 951 trata de la adquisición por prescripción de un "bien mueble".

Por ello hay que refinar la crítica añadiendo, en segundo lugar, que lo dispuesto en el artículo 1970 del Código Civil es equívoco porque *las cosas no son jamás en sí mismas riesgosas ni peligrosas.*

No existe una categoría de "*res periculosae*" ni cosas de las que se pueda afirmar que tengan una aptitud intrínseca para producir consecuencias dañosas.

Lo cierto es que incluso la cosa más inocua puede convertirse en peligrosa, atendiendo a la situación específica, y aún en grado superior al de aquellas que, a primera vista, sí se juzgarían como tales [GERI, 1967: 242; GRYNBAUM, 2004: 7]. "(...) Puede ser más peligrosa una navaja de afeitar en las manos de un niño o de una persona inconsciente o exaltada, que un arma cuyo uso sea difícil o que, por su peso, no pueda ser sostenida por un muchacho. Una piedra pequeña, lanzada con gran violencia, incluso por una persona no particularmente fuerte puede ser más peligrosa que una roca que no pueda ser levantada con facilidad. (...). Los medicamentos pueden ser curativos, pero también letales, dependiendo de la persona

que los tome, de la cantidad y del uso que se haga de ellos, según las circunstancias. Jamás se podrá decir que un medicamento es una cosa peligrosa, aunque todo medicamento, desde cierto punto de vista, sí puede ser peligroso (...)" [BRASIELLO, 1956: 35].

Anotaba por esto bien Trimarchi que, en realidad "(...) la responsabilidad objetiva viene ligada a «actividades» y no a «cosas» que presenten un riesgo. Se ha en efecto sostenido que la norma sobre el daño por cosas se debe aplicar solo a las «cosas» peligrosas, y justamente esta tesis ha sido criticada en base a la consideración que no existe una categoría de las «cosas peligrosas», por lo que la misma cosa puede ser peligrosa o inocua según las circunstancias. Observación exacta: para convencerse baste pensar que existen sustancias químicas inocuas en condiciones normales, las cuales resultarán peligrosas cuando vengan expuestas, en el curso de un procedimiento industrial, a ciertas presiones, a ciertas temperaturas, al contacto con otras sustancias. Pero sería injustificado extraer de esta exacta premisa la conclusión de que la existencia y el grado del riesgo no desarrolla algún rol en la interpretación y en la aplicación del artículo 2051 C.C. Ya Stallybrass, en un estudio dedicado a un problema análogo en relación al *common law*, ha observado que no se puede hablar de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*, habiendo concluido que la responsabilidad se conecta no tanto a la cosa cuanto a la actividad que con ella viene desenvuelta, y al riesgo que así viene creado: y esta me parece la única conclusión adecuada (...)" [TRIMARCHI, 1961: 215-216].

La posición contraria, si bien ilustremente representada, se basará en la referencia expresa del artículo 2050 del Código Civil italiano a la "naturaleza de los medios adoptados" [COMPORTI, 1965: 200; DE CUPIS, 1971: 90]. Este es un dato fundamental a tener en cuenta, ciertamente. Ocurre, sin embargo, que dicho fragmento quedó al margen en la importación normativa verificada en nuestro artículo 1970. Este es un decisivo argumento a favor de la inexistencia de las cosas riesgosas o peligrosas.

Se afirmará, de igual forma, que existen ciertas cosas que poseen en sí mismas cierta potencialidad dañosa, y que pueden considerarse peligrosas de acuerdo con un juicio de estimación de su peligrosidad basado en criterios estadísticos y cuantitativos. Así, una "(...) materia venenosa, observando los hechos de un determinado período de tiempo, es decir, siguiendo un criterio rigurosamente objetivo, ocasiona una serie de accidentes infinitamente superiores, tanto en cantidad cuanto en gravedad, que los derivados de una navaja de afeitar (...)" [COMPORTI, 1965: 201].

Pero, aunque se admitiera que una cosa tiene una propia y autónoma potencialidad dañosa, la causa principal del daño siempre será representada por una actividad peligrosa, y no por la cosa en sí. "(...) Es la acción del hombre lo que hace de la cosa un objeto mediato de su actividad, aun cuando ella escape de todo control en la fase dinámica (...)" [FRANZONI, 1993: 525. Véase también: VISINTINI, 1996: 657; FERNÁNDEZ CRUZ, 1997: 279-280; LEÓN HILARIO, (2002) 2004: 172-173 (48)].

Para el ordenamiento jurídico, por lo demás, "(...) la pura y simple derivación del daño de la cosa es irrelevante; lo que cuenta, para efectos de la responsabilidad, es que un comportamiento humano haya alimentado el peligro del daño, y haya influido, de tal forma, en el origen del daño mismo, es decir, en el peligro, y por este medio, en el propio proceso dañoso que deriva de la cosa (...)" [DE CUPIS, 1979: t. II, 191].

En este punto, tampoco debe ser generador de confusión el hecho de que en los países donde sí se ha regulado la responsabilidad civil por hecho de las cosas, algunos autores hayan

pretendido restringir la aplicación de las disposiciones respectivas a las "cosas peligrosas", bajo la creencia de que solo estas son idóneas para provocar daños.

También en dichas experiencias se ha respondido, decididamente, que la peligrosidad es "(...) una noción relativa que puede referirse a todo tipo de objeto (...). [T]odo cuerpo se halla sometido, cuando menos, a la fuerza de gravedad, y es susceptible, por lo tanto, y bajo determinadas circunstancias, de causar daños (...)" [ZIVIZ, 1989: 101; pero ya BRASIELLO, 1956: 27 *et passim*; y VENDITTI, 1956: 882].

La unanimidad de la jurisprudencia francesa en este último sentido, que se rehúsa a limitar la aplicación de la responsabilidad por hecho de las cosas a las "*choses dangereuses*", es también ilustrativa al respecto [la referencia es de VINEY-JOURDAIN, 1998: 575]. Un autor informa irónicamente, acerca de este punto, que los jueces franceses han declarado procedente la responsabilidad civil en casos relativos a vehículos (incluidas las bicicletas), árboles, instalaciones eléctricas, sustancias explosivas, pero también al jabón [STONE, 1972: 7].

A la mención de los bienes riesgosos o peligrosos se debe, con seguridad, más de una cuestionable decisión de nuestro Poder Judicial.

En la Cas. Nº 823-2002, por ejemplo, uno de los puntos que los magistrados dan por descontado, inaceptablemente, para formular sus consideraciones sobre un tema de liquidación de daños a la integridad física causados con una motonave [Véase *infra*, § 10], es la naturaleza de bien peligroso de esta.

En dicho fallo se lee, sin más, que "(...) al tratarse de un accidente en una motonave calificada como bien riesgoso debe tenerse en cuenta, además, el artículo 1970 del Código (...)", y, naturalmente, que "(...) al producirse un daño mediante un bien riesgoso la demandada está obligada a indemnizar (...)".

También se señala que el desperfecto del motor de la nave, que desencadena el accidente, es "(...) un riesgo típico de la actividad de transporte (...)" [Véase *infra*, § 10].

Lo anterior es correcto, en tanto niega que un hecho semejante pueda considerarse "caso fortuito". La doctrina secunda tal perspectiva, pues no admite que se reconozcan como "causas extrañas inevitables", eximentes de responsabilidad tales como la autocombustión de sustancias inflamables, la ponchadura de una llanta, el mal funcionamiento repentino de los frenos o incluso un malestar que sobreviniera al conductor de un vehículo, entre otros ejemplos [COMPORTI, 1985: 2654].

Ocurre, nada más, que con lo señalado por la Corte Suprema, como es fácil de apreciar, la característica de "riesgoso" deja de vincularse con el "bien" del que se está tratando, y pasa a referirse a la "actividad".

Contradicciones similares se aprecian en nuestra también citada Ley General de Residuos Sólidos. En su artículo 22, subtitulado "Definición de residuos sólidos *peligrosos*", se señala que son tales "aquellos que por sus *características* o el *manejo* al que son o van a ser sometidos representan un riesgo significativo para la salud o el ambiente". Hasta este punto parece que la peligrosidad puede obedecer tanto a las "características" (plano estático) cuanto al "manejo" (plano dinámico) de los residuos. Solo que, en la misma ley, la responsabilidad (art. 23.1) recae en "el que causa un daño *durante el manejo* de residuos sólidos peligrosos".

La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, reconstituida mediante Resolución Ministerial Nº 460-2002-JUS, formula una solución a este problema terminológico, pero atendiendo a un fundamento parcialmente diverso.

El nuevo texto del artículo 1970 pasaría a ser el siguiente: "aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". Se propone, pues, omitir la referencia a los bienes riesgosos o peligrosos, porque se asume que esta calificación es "(...) arbitraria y limitante. Arbitraria, debido a que al determinar el carácter de 'peligrosidad', la mayoría de las veces, se confunde la naturaleza del bien con la utilización que se hace del mismo; por ejemplo, un lápiz puede ser calificado como inofensivo, pero si se usa para agredir físicamente a una persona deja de serlo y, en buena cuenta, lo que se debe tener presente es la 'actividad', entendida como una práctica reiterada, para la calificación del 'riesgo' o del 'peligro'. Limitante, porque curiosamente, no existe –como en otras experiencias– un precepto general de responsabilidad objetiva por daños ocasionados por los bienes (sean o no peligrosos). Es en atención a ello que se mantiene la responsabilidad objetiva por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa (...)" [AVENDAÑO VALDEZ, 2005: 19].

Si es de saludar la decisión de la Comisión en este punto, resulta dudosa la bondad de un cambio que proponga, como "complemento de la reforma introducida" (*sic*) en el artículo 1970, la eliminación del supuesto de responsabilidad civil por la caída del edificio, "(...) para sustituirlo por el de responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por los bienes (riesgosos o no, edificios o no), estableciéndose una responsabilidad solidaria entre el propietario y el poseedor (...)" [AVENDAÑO VALDEZ, 2005: 19]. El reformado artículo 1980 señalaría: "El propietario del bien es responsable por los daños que este cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor".

A todas luces, esta propuesta de la Comisión no tiene en cuenta que las finalidades de la norma que se pretende erradicar, inspirada en el Código Civil italiano, siguen teniendo vigencia y conviven en su país de origen, sin problemas, con la disposición en materia de responsabilidad civil por daños de cosas que se tienen bajo custodia.

También la doctrina ha identificado en la situación subjetiva de propietario (o de titular de otro derecho –real o personal– de uso y disfrute), uno de los criterios de imputación en la responsabilidad civil [BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, 1989: 735, 750 y ss.], pero se ha advertido, por algún autor, que apartarse de la culpa, en ciertas hipótesis, y en tan terminante grado, constituye una "(...) ilusión tan generosa cuanto peligrosa (...)" [BUSNELLI, 1997: 192].

Lo cierto es que la responsabilidad del propietario es normalmente reconocida como un supuesto de responsabilidad legal que, asociado a veces con la actividad que involucra a la cosa que es de su dominio, "sub-entra" bajo el campo de aplicación de determinado criterio de imputación. Ello sucede, por ejemplo, con los artículos 1979 y 1980 del Código Civil peruano, que imputan responsabilidad al propietario de un can y al propietario de un edificio, respectivamente. Más curiosa es la imputación directa de responsabilidad objetiva que realiza la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre en el Perú, Ley Nº 27181, que en su artículo 29 establece que "la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, *el propietario del vehículo* y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados".

Lo curioso de esta norma es precisamente su referencia directa al Código Civil, como si fuere este cuerpo normativo el que calificara a la actividad de transporte y tránsito terrestre como una actividad "*per se*" peligrosa; o, peor aún, al vehículo automotor como un "bien riesgoso".

Ya se ha explicado en el comentario al artículo 1969 en esta obra, que un frecuente y grueso error de muchos de los juristas del "*civil law*" es el de generalizar y pensar que existen actividades que, en su totalidad, puedan ser llevadas a supuestos de aplicación de responsabilidad objetiva o subjetiva. Ello dependerá, en realidad, de la identificación de las capacidades de prevención exigibles a los sujetos en cada supuesto en particular y, llegado el caso, de la necesidad de contrastar este hecho con la función de incentivación de actividades [Ver *supra*, comentario al artículo 1969, numeral 18, penúltima conclusión].

Así como no existen actividades que por sí mismas puedan ser calificadas en su totalidad como "riesgosas" (sin perjuicio de considerar una generalidad no absoluta si se reputa que la actividad ya ha alcanzado un aceptable desarrollo tecnológico, como por ejemplo, la circulación vial; el transporte aéreo; la responsabilidad del productor; etc.), no han faltado autores que consideran que todos los supuestos de responsabilidad sin culpa regulados en leyes especiales, deben ser reputados como supuestos de responsabilidad por riesgo [STARCK-ROLAND-BOYER, 1996: § 51, 34].

## 6. Los criterios objetivos de imputación: el riesgo de empresa y la exposición al peligro. Su encuadramiento desde el punto de vista teórico

Como hemos anotado, los adjetivos "riesgo" y "peligro" utilizados en nuestro Código Civil corresponden históricamente a dos teorías perfectamente distinguibles en su origen acerca de la responsabilidad objetiva. Cada una de estas teorías tiene un lenguaje propio y, lo que es más, una de ellas, la teoría de la "exposición al peligro", ha sido formulada como superación de la otra, la teoría del "riesgo".

Tal vez por esta última razón, se ha dictaminado que el límite del intento de fundar un sistema moderno de responsabilidad donde coexistan dos reglas generales (subjetiva y objetiva) consiste en lo difícil de derivar una regla de responsabilidad objetiva que sea válida para congregar las diversas *fattispecie* normativas que no se fundan directamente en el criterio de la culpa [BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, 1989: 685].

Pero dado que las dos teorías inicialmente señaladas aspiran, precisamente, a dotar de fundamento a la responsabilidad objetiva, rendiremos breve cuenta de ellas.

### 6.1. Riesgo creado, riesgo-beneficio, riesgo de empresa

Hay que aclarar, previamente, que "riesgo" es un concepto que cobra importancia en el marco de una actividad humana, es decir, "(...) un fenómeno subjetivizado, atendiendo a la valoración esencialmente económica del alea que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. En cambio, «peligro» es amenaza notable de daño a terceros, grave probabilidad de lesión, derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo aspecto principal resulta de su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño (...)" [COMPORTI, 1965: 170].

El riesgo "(...) no es más que un aspecto, el aspecto económico del peligro objetivamente considerado (...)" [FORCHIELLI, 1967: 1387 (25)]. "Peligrosidad" es "(...) imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño (...)" [DE MARTINI, 1973: 973. También en: DE MARTINI, 1983: 241-242].

De "riesgo" empieza hablarse, en el terreno que nos interesa, bajo la idea de que quien obtiene un beneficio debe ser responsable por los daños que genere para los demás con tal aprovechamiento. Es así como comienza a mencionarse en la obra de autores de la primera mitad del siglo XX y para explicar la responsabilidad civil por daños cometidos por animales. Así, por ejemplo, se afirma una máxima latina que, curiosamente, no está presente en las fuentes del Derecho Romano: "*ubi commoda ibi et incommoda*" o "*cuius commoda eius incommoda esse debet*" o, con tono menos indirecto, "*ubi emolumentum, ibi onus*" [CARBONNIER, 1982: 341], para decir que "(...) quien tiene como parte de su patrimonio, o en su empresa, animales necesarios, o útiles o necesarios para conservar o desarrollar esta última, responde, aun cuando libre de toda culpa, haya ocasionado daños con tales animales (...)" [PACCHIONI, 1940: 240. De acuerdo: VALSECCHI, 1947: 159; DE MARTINI, 1973: 971]. En la reparación de los daños se apreciará la "(...) contrapartida de los beneficios procurados (...)" [CARBONNIER, 1982: 341].

El empleo de dicha máxima ha sido objeto de una crítica inapelable. Si, por ejemplo, se pretendiera recurrir a la idea del "*commodum*" para explicar la responsabilidad de los propietarios de automóviles (que es lo que se hace, nótese bien, en aquel sector de nuestra jurisprudencia que parte de la equivocada idea de que los conductores son a priori responsables y de que el automóvil es un bien peligroso que, además, hoy en el Perú, pareciera tener hasta sustento legal con las presunciones de responsabilidad contenidas en los arts. 272, 273 y, sobre todo, 276 del Reglamento Nacional de Tránsito aprobado por D.S. Nº 033-2001-MTC), se pasaría por alto, de modo imperdonable, que el *commodum* o beneficio es, en realidad, como ha advertido algún autor "(...) de todos aquellos que utilizan automóviles para transportarse de un lugar a otro, es decir, de la mayor parte de los miembros de la sociedad. Y no debe perderse de vista que el sector de los accidentes automovilísticos es, justamente, aquel en el cual la conciencia social advierte en gran medida la necesidad de evaluar la responsabilidad de los conductores en términos de culpa, con la exoneración de aquellos que se atienen perfectamente a las normas jurídicas y técnicas para el manejo de vehículos. Que yo deba resarcir los daños por un choque que no se ha debido a mi culpa es juzgado, socialmente, como una clara injusticia (...)" [BIANCA, 1997: 203-204].

También se ha argumentado que la máxima puede, a lo sumo, justificar una responsabilidad extendida a los riesgos normales (o a los riesgos razonablemente probables), pero no a los riesgos absolutamente fuera de la normalidad, respecto de los cuales no habría razón para asumir que el empresario ha decidido soportarlos libre y espontáneamente [FORCHIELLI, 1967: 1388].

Hay, en fin, quien manifiesta que las máximas en mención, vagas, indeterminadas e inciertas, no pueden ser invocadas, por carecer de idoneidad, en el campo de la responsabilidad, ni mucho menos ser consideradas como principios generales del Derecho [COMPORTI, 1965: 153]; y quien recuerda que la responsabilidad civil, en la figura bajo examen, se aplica incluso a quienes no obtengan ninguna "utilidad" o "beneficio" por el uso, por ejemplo, de una cosa [MONATERI, 1982b: 763. La posición restrictiva contraria era defendida, entre otros, por VENDITTI, 1957: 745].

También de las teorías que recurren a las ideas de "riesgo-beneficio" (que aprecia en la responsabilidad por riesgo la contrapartida de los beneficios logrados por quien ejerce la actividad riesgosa) y del "riesgo creado" (que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico, para pasar a asociarla, directamente, con el dato objetivo de la creación del riesgo) se ha afirmado que representarían no otra cosa que acuñaciones de "(...) fórmulas descriptivas, privadas de toda relevancia sistemática (...)" [BUSNELLI, 1989: 4].

La aparición del "riesgo de empresa" es posterior, y se guía, ante todo, por las pautas de un análisis económico del concepto de "riesgo": "(...) la situación de la que puede derivar un daño según un índice normal de probabilidades (...)" [TUCCI, 1974: 14]. El fin de la responsabilidad objetiva consistiría en "(...) presionar para la eliminación del riesgo socialmente injustificado (...)" [TRIMARCHI, 1961: 37]. El empresario es visto como aquel que está en condiciones de soportar el riesgo por él creado, asumiendo, eventualmente, un seguro específico y proveyendo a destinar sumas para el resarcimiento de daños causados por sus actividades, al tiempo que se compensa con un correspondiente aumento del precio de los bienes y servicios que produce [TRIMARCHI, 1959: 828]. La responsabilidad objetiva por riesgo de empresa cumple, desde tal punto de vista, una función económica que la justifica: hacer que la empresa soporte el riesgo que le concierne, "(...) como parte de sus costos, de forma tal que se determine la sola supervivencia de las empresas y de los métodos de producción socialmente activos (...)" [TRIMARCHI, 1961: 10]: "(...) la empresa que implique un riesgo de daño a terceros superior al normal y que ocupe, por ello, una posición marginal en el mercado, no podrá realizar la traslación del riesgo; el costo de este quedará a su cargo, determinará una reducción de los beneficios y, de tal modo, una presión para la racionalización del método productivo o, si esto no es posible, para el cierre de la empresa, o de una rama marginal de ella (...)" [TRIMARCHI, 1961: 249].

La función que se indica está vinculada con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios como condición determinante de las decisiones en la producción: "(...) la decisión sobre el qué y el cómo producir se realizan, por lo general, sobre la base de criterios económicos: se produce un cierto bien, utilizándose un cierto método de producción atendiendo a que el rédito a producir supere los costos. Puede afirmarse, en principio, y respecto de la mayor parte de los sectores productivos, que tales decisiones, realizadas en el ámbito de las distintas empresas, tienen también un valor social, cuando la cuenta del activo y del pasivo de la empresa reflejen, respectivamente, el valor producido y el valor destruido por ella. Ahora bien, es claro que del valor destruido por la empresa forman parte no solo las energías de trabajo, el material empleado y el conjunto de las máquinas, sino también los daños que el ejercicio de la empresa causa regularmente a terceros. Por ello, hay que concluir que si el sistema jurídico no atribuye al empresario el costo del riesgo creado por este, puede ocurrir que empresas marginales o sectores marginales de empresa sean activos desde el punto de vista del empresario específico, mientras que desde el punto de vista social son pasivos, y destruyen un valor mayor del que producen, y se mantienen en vida solo en cuanto una parte de su pasivo social, es decir, el costo del riesgo por ellas introducido en la sociedad, sea pagado por el público (...)" [TRIMARCHI, 1959: 829]. La responsabilidad civil debe recaer en quien "(...) tiene el control de las condiciones generales del riesgo, y tiene la capacidad de traducir el riesgo en costo, insertándolo armónicamente en el juego de los beneficios y pérdidas, con el instrumento de los seguros o de la autoprovisión (...)" [TRIMARCHI, 1961: 50]. Transformada en costo, a través del mecanismo de los seguros, la responsabilidad "(...) por riesgo

de empresa" induce, hipotéticamente, al empresario "(...)a adoptar medidas para la reducción del riesgo, de la cual él saca ventaja, porque esta implica una reducción de las primas (...)" [TRIMARCHI, 1961: 41].

Se dice entonces que la responsabilidad objetiva, en suma, "(...)puede presionar para la adopción de ulteriores medidas de seguridad si su costo es inferior al costo del riesgo que se elimina recurriendo a ellas; además, puede promover la investigación técnica y científica, para encontrar nuevas medidas (...)" [TRIMARCHI, 1975: 32]; conclusión última que, sin embargo, puede resultar bastante discutible.

La teoría del "riesgo de empresa" diferencia las actividades "económicas" de las actividades "biológicas". Se considera que la responsabilidad objetiva cumple su función si es aplicada al ejercicio de las primeras, que se caracterizan por ser fruto de decisiones económicas y por presentar un "(...) mínimo de continuidad y/o de organización (...)", mientras que las actividades "biológicas" consisten en "(...) una multiplicidad de actos dispares y no organizados (...)" y en donde "(...) no existen «condiciones generales del riesgo». Por esto, la responsabilidad por culpa aparece del todo suficiente (...)" [TRIMARCHI, 1961: 43-44, quien sigue a PACCHIONI, 1940: 214].

Hay que decir, sin embargo, que la distinción anterior ha sido vista como uno de los puntos débiles de la teoría examinada, dada la dificultad que se presenta a la hora de distinguir entre actividades "biológicas" y "económicas". La impresión, más realista, que tienen algunos autores es que toda actividad, "(...) por más marginal o irrelevante que sea, tiene siempre un contenido económico (...)" [ALPA-BESSONE, 1982: 316. Similares críticas son formuladas por COMPORTI, 1965: 160-161].

Se precisa, en fin, que todo el discurso precedente no solo es válido "(...) para las empresas particularmente peligrosas: toda empresa, por implicar organización y continuidad, si ocasiona daños, grandes o pequeños, frecuentes o infrecuentes, los ocasiona con cierta regularidad, calculable por largos períodos, y por ello el riesgo correspondiente puede ser traducido en un costo (...)" [TRIMARCHI, 1991: n. 91, 154].

Se concluye, entonces, afirmando que "(...) el término «actividad peligrosa» implica la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio, y viene referido normalmente solo a una actividad en la cual el riesgo es particularmente evidente, cuales son el uso de explosivos o de sustancias químicas venenosas. Empero (...) la aplicación de la responsabilidad objetiva debe ser más amplia, con la finalidad de comprender todos los casos en los cuales el riesgo tenga grandes dimensiones, no irrelevantes, para así ser calculable y traducible en costo: tales dimensiones y tal cualidad, el riesgo puede adquirirlas solo a través de la continuidad, la repetición y la organización de actos, los cuales, singularmente considerados, aparecen inocuos. Dado este presupuesto, la responsabilidad objetiva puede encontrar una aplicación económica, y el mayor o menor grado de peligro se traduce automáticamente en una responsabilidad más o menos frecuente, más o menos costosa (...)" [TRIMARCHI, 1961: 214-215].

Conocer esta teoría es importante para apreciar, con mayor claridad, lo que de ilógico tiene el citado proyecto de la Comisión que trabaja en la reforma de nuestro Código Civil, cuando pretende hacer responsables "solidarios" al propietario y poseedor del bien [Véase *supra*, § 5]. Hace más de cuarenta años esta solución fue acertadamente juzgada como un mero expediente para hacer más fácil la acción del damnificado y de garantizarle, como sea, la obtención de un resarcimiento, pero con la imperdonable ignorancia de que así se atribuye la

responsabilidad, "(...) no solo a quien puede controlar de modo directo las condiciones generales del riesgo y puede calcular la medida de este, sino también a quien no tiene dicha posibilidad o no la tiene en medida adecuada. Un propietario no podría dar una cosa en arrendamiento o por vía de otro contrato sin sentirse constreñido a realizar una evaluación de las dimensiones del riesgo ligado con el particular uso que se hará de ella o a tratar de influir en dichas dimensiones, mediante el ejercicio de presiones o reservándose la posibilidad de imponer directivas al arrendador o a quien recibe la cosa (...)" [TRIMARCHI, 1961: 256].

En Italia se presentó el siguiente caso: un pescador sufrió lesiones por el desprendimiento de la rama de un árbol que se encontraba en un terreno que la asociación a la que él pertenecía había alquilado a la municipalidad del lugar. Formuló, entonces, una acción contra la asociación y ganó el pleito, pero la ejecución de la sentencia resultó infructuosa. Decidió, entonces, demandar a la municipalidad, en tanto y en cuanto propietaria del terreno. Como era de esperar, la doctrina ha advertido aquí, con justicia, no otra cosa que la búsqueda de dinero donde este no falta [MONATERI, 1998: 1048]. Pero la Corte di Cassazione italiana sentenció que lo correcto era, ni más ni menos, "imputar la responsabilidad a quien se encuentra en condiciones de controlar los riesgos inherentes a la cosa".

De matriz ideológica distinta es el análisis económico del Derecho, que aprecia el fundamento de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas teniendo en cuenta las condiciones de prevención unilateral [*infra*, § 9]. El que ejerce una actividad peligrosa –se sostiene, en síntesis– "(...) es el sujeto que reviste la calidad de dañador potencial, así como el único que tiene la competencia tecnológica para reducir los accidentes ocasionados por su actividad (...)" [MONATERI, 1998: 44. Ver también: FERNÁNDEZ CRUZ, 2001: 272 y ss.].

Aplicando este último esquema a la responsabilidad del fabricante (products liability), resulta que en la relación productor-consumidor, el primero "(...) es el único que puede controlar tecnológicamente la presencia de defectos ex origine en el producto (en oposición, es el consumidor el único que puede controlar el uso normal o anormal del producto) (...)" [MONATERI, 1998: 44]; pero resultará interesante apreciar cómo, a veces, aun en supuestos de prevención unilateral, criterios de imputación objetivos pueden no ser los más eficientes para proveer una solución adecuada de responsabilidad, aun en casos de responsabilidad del fabricante o de responsabilidad por consumo de productos [Ver supra, comentario al artículo 1969 en esta obra, numeral 16].

### 6.2. Exposición al peligro

Según esta teoría, "(...) quien crea y mantiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad, está en todos los casos obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, al margen de su culpa o de la de sus subordinados (...)" [COMPORTI, 1965: 176].

Se admite, cómo no, que "(...) toda actividad o comportamiento humano, como toda situación, puede conllevar una peligro para terceros, pero es también cierto que algunas actividades implican un peligro tan remoto, hipotético y leve que no son tomadas en consideración, en modo alguno, desde este punto de vista; pero hay, igualmente, actividades o situaciones que la observación estadística y la experiencia sindican como productivas y causantes de daños relevantes para terceros, atendiendo a la frecuencia y a la entidad del daño. Estas últimas son las actividades que, por antonomasia, se califican como peligrosas: y son, además, las situaciones de las que puede derivarse un concreto peligro: peligro entendido en su significado específico, como potencialidad notable de daño. Tal potencialidad dañosa debe deducirse no solo de la frecuencia de los accidentes causados por aquella cosa o actividad en

un cierto período de tiempo, sino también de la dimensión o gravedad de los siniestros, aun cuando sean menos frecuentes (...)" [COMPORTI, 1975: 173].

La exposición al peligro, en su versión más cercana a nuestra familia jurídica, se nutre de la doctrina alemana, que habla de "*Gefährdungshaftung*" [LARENZ-CANARIS, 1994: 610 y ss.]. Dicha expresión acuña la siguiente idea: "(...) responde sin culpa aquel de quien depende el control de la fuente de peligro de donde se ha derivado el daño. Se trata de una responsabilidad objetiva que no sanciona un comportamiento, y que se limita a ser imputación del daño a aquel que obtiene ventaja de una cierta actividad o situación (...)" [CASTRONOVO, 1979: 560].

La diferencia entre la teoría del riesgo y la teoría de la exposición al peligro radica en que "(...) a los efectos de la responsabilidad civil, mientras que con la regla del riesgo solo se consigue establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituye una carga para la empresa (la cual debe tenerla en cuenta en su gestión económica), con la regla del peligro se analiza la relación que media entre sujeto causa del peligro y sujeto efectivamente damnificado, y si nos preguntamos por este daño, aunque no sea imputable a culpa de quien lo ha causado, debe concluirse que deberá ser resarcido de todas maneras, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad con la cual ha sido producido o la peligrosidad de los medios de los cuales el agente se ha servido (...)" [COMPORTI, 1965: 171].

Así, pues, "(...) la relación entre responsabilidad objetiva y peligro puede (...) justificarse jurídicamente sobre la base del principio de que aquel que ejercita actividades peligrosas o que, de cualquier forma, realiza situaciones que conllevan una elevada probabilidad de daño para los terceros, debe responder de todos los daños que culposa o no culposamente se deriven de tal actividad o situación: y esto en consideración también del hecho de que es aquel (y no el tercero), si bien dentro de ciertos límites, quien puede dominar o evitar los peligros creados (...)" [COMPORTI, 1965: 175].

Con este planteamiento se supera uno de los límites de la teoría del riesgo de empresa. Como se ha precisado, esta teoría, modelada sobre la base de "(...) una interpretación microeconómica de las relaciones de mercado vinculadas con el ejercicio de actividades empresariales resulta, de por sí, objetivamente funcional para con las estrategias de empresa. Pero, justamente por estar ligada con el ejercicio de actividades profesionales organizadas con fines de lucro, esta noción de riesgo no puede extenderse a todo tipo de actividad riesgosa que no sea ejercida de forma empresarial. No es correcto, por lo tanto, hablar de 'riesgo' (ni de responsabilidad 'por riesgo') todas las veces que se pretende justificar la responsabilidad objetiva de individuos que no son 'empresarios' y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial (...)" [ALPA-BESSONE, 1982: 304-305].

Incluso desde la perspectiva subjetivista se ha reconocido a la teoría de la exposición al peligro "(...)el mérito de su mayor capacidad de síntesis y, en particular, la de comprender también las *fattispecie* de daño no vinculadas con actividades lucrativas (...)" [FORCHIELLI, 1967: 1387 (25)].

Desde una perspectiva crítica, sin embargo, se ha denunciado que es difícil que la categoría del "peligro" pueda constituir un título autónomo de responsabilidad, porque "(...) el hecho de que una actividad haya ocasionado un daño permite solo afirmar *ex post* el carácter «peligroso» de tal actividad (...)" [SALVI, 1983: 1232]. Es por ello que en los ordenamientos jurídicos en los cuales "(...) se atribuye peculiar y autónoma relevancia a dicho criterio como

fuente de responsabilidad, se requiere, generalmente, una calificación ulterior, en el sentido que la actividad resulte 'anormalmente' o 'altamente' peligrosa (...)" [SALVI, 1988: 1232].

Asimismo, se ha escrito que asumir la creación de peligros como justificación del resarcimiento, es continuar proclamando la desaconsejable visión de la responsabilidad civil como sanción de comportamientos (ver al peligro, de por sí, como una conducta antisocial a ser reprimida). De igual manera, no sería teóricamente correcto considerar que el fin del ordenamiento sea reducir el peligro, porque es contra el daño, más bien, que se orienta el régimen de la responsabilidad [CASTRONOVO, 1991: 8].

Para culminar este punto, merece destacarse la propuesta, en muchos aspectos, equivalente a la teoría de la exposición al peligro, de recurrir a la responsabilidad objetiva todas las veces que se lleven a cabo actividades con mayor índice de riesgo que las demás. Con tono persuasivo y, entendiendo el "riesgo" en sentido amplio, casi como sinónimo de "peligro", se especula que si todos andaran a pie, en lugar de utilizar automóviles, el riesgo de ocurrencia de daños sería más bajo; por lo que quien decide utilizar un automóvil, o sustancias como líquidos inflamables o ácidos, incrementa el riesgo de generación de daños [GALLO, 1998: 85; quien engloba de esta manera, a decir verdad inaceptablemente sintética, las más bien profícuas reflexiones contenidas en un famoso ensayo de FLETCHER, 1971/1972: 537 y ss.].

Ahora bien, el criterio del peligro da la impresión de informar algunas normas contenidas en nuestra legislación especial.

Aquí nos limitaremos a recordar que según el Reglamento Nacional de Tránsito, "el que ejecute trabajos en la vía pública, está obligado a colocar y mantener por su cuenta, de día y de noche, la señalización de peligro y tomar medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza de los trabajos. Debe además dejar reparadas dichas vías en las mismas condiciones en que se encuentre el área circundante, retirando la señalización, materiales y desechos oportunamente" (art. 39, primer párrafo). En este caso, la razonablemente severa regla de responsabilidad civil, fijada en la misma disposición es que "serán solidariamente responsables de los daños producidos en accidentes por incumplimiento [de tales deberes] quienes encarguen la ejecución de la obra y los que la ejecuten" (art. 39, segundo párrafo).

## 7. Cuestiones aplicativas: el "riesgo" o "peligrosidad" en la casuística

En ausencia de definiciones legislativas, corresponde a la doctrina, naturalmente, proponer qué es lo que debe entenderse por "riesgo" o "peligrosidad" de las actividades.

En esta labor se ha percibido, lúcidamente, la primera tarea de quienes estudian esta hipótesis de responsabilidad civil [MONATERI, 1998: 1016]. No hay que olvidar, además, que la actividad definitoria es asunto de teóricos y no de jueces [SACCO, 1991: 217], ni tampoco que los criterios brindados por las cláusulas normativas generales "(...) no constituyen solamente un instrumento lógicamente necesario para la vinculación del hecho dañoso con un sujeto responsable de su resarcimiento: ellos cumplen también la función de circunscribir la operatividad de la cláusula (...)" [RODOTÀ, 1964: 145].

Se ha escrito que en este ámbito las referencias de la doctrina serían incluso más atendibles que las de la jurisprudencia, siempre y cuando estén apoyadas en un rico análisis de los ordenamientos extranjeros en los cuales los problemas definitorios de este tipo ya han sido resueltos [BESSONE, 1977: 201].

Sin embargo, puesto que nos encontramos ante una cláusula normativa general, creemos que a lo que hay que apuntar es a que los jueces se formen una orientación concreta al respecto, coherente y en sintonía con el devenir del tiempo.

Sin ser jamás fuentes del Derecho, la doctrina y la jurisprudencia contribuyen, así, a la realización del principio de efectividad de las normas. Aquí la doctrina elabora las directrices de interpretación y traza los confines operativos de la cláusula general. A la jurisprudencia, en cambio, toca "(...) la tarea inalienable de proceder, siguiendo tales directrices y dentro de dichos confines, a una obra incesante de selección y catalogación de la casuística provista por la experiencia (...)" [BUSNELLI, 1997: 193].

No cabe duda de que la peligrosidad o el riesgo tienen que ser concebidos con un criterio rigurosamente objetivo dentro de la perspectiva clásica del "*civil law*". Ello significa que:

a) En primer lugar, que las condiciones particulares del agente que realiza la actividad y del damnificado deben permanecer al margen del examen: cualquiera puede ser responsable por el ejercicio de una actividad peligrosa [BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, 1989: 760; ROPPO, 1998: 424].

   Es por esta razón, que las actividades de las que nos habla el artículo 1970 no se restringen a aquellas que tienen fines de lucro o de utilidad personal.

   Tampoco se excluyen las situaciones de riesgo o peligro imputables a la Administración Pública.

   Se anota, en tal sentido, que el criterio de imputación analizado "(...) no solo se aplica a la actividad de los particulares, del mismo modo que no se basa en la ventaja económica que se pueda obtener de ella: de lo contrario, sería necesario excluir, paradójicamente, del ámbito de aplicación de la norma no solo a la Administración Pública, en lo que respecta a la actividad de carácter público, sino también a todo particular que persiga, por ejemplo, finalidades filantrópicas, y con ello se realizaría una discriminación que no respeta la letra ni la *ratio* de la disposición (...)" [SCISO, 1974: 552].

   Respecto de la Administración Pública sería contrario a la razón, por lo demás, asumir que todo cuanto ella realiza se encuentra revestido de "legitimidad" o de "licitud", por lo cual no existiría posibilidad de considerarla civilmente responsable.

   Este "cuasi principio" –si así se le puede denominar– ha sido fundadamente negado por la doctrina, que lo ha circunscrito, aplicativamente, al ámbito de la "(...) ejecutoriedad del acto administrativo, es decir, solo al poder que tiene la Administración para realizar directamente sus propias pretensiones jurídicas fundadas en actos administrativos, sin tener que dirigirse previamente a la autoridad judicial (...)" [MONATERI, 1982a: 378].

   En relación con este punto, se ha creado unanimidad entre los autores [ya desde GERI, 1974: 154 y ss.] acerca de la responsabilidad civil que cabe imputar a la Administración por los llamados "peligros ocultos" (*insidie*) de las calles, pistas y edificios destinados a uso público, inclusive.

   Recientemente, la Corte di Cassazione italiana ha reafirmado tal parecer al casar una sentencia favorable a la Municipalidad de Nápoles, con la cual esta quedaba exenta de pagar el resarcimiento a una dama que se hirió de consideración al sufrir una caída en un centro polideportivo, por causa de un defecto en la estructura que no había sido

convenientemente señalizada [sentencia N° 19653, *Conte* vs. *Comune di Napoli*, del 1 de octubre de 2004, en "Giurisprudenza Italiana", 2005: 243 y ss.].

La única excepción a esta correcta interpretación parece estar dada, por razones que no necesitan mayor comentario, para los casos en que los daños se producen en sedes tan amplias que resulta objetivamente imposible para la Administración proveer lo necesario para neutralizar los peligros allí surgidos [la referencia es de PUGNO, 2005: 247].

Pasando a otro ejemplo, pero siguiendo el mismo orden de ideas, no es dable excluir, en el plano de la legitimación activa en el supuesto de responsabilidad aquí analizado, a aquellos que participan fácticamente de la gestión de la actividad peligrosa, cuya esfera de intereses podría terminar confundiéndose con la del que ejerce dicha actividad [FACCI, 2004: 268]: en otras palabras, un trabajador, por ejemplo, podría demandar por daños a la administración de la empresa que ejerce la actividad peligrosa, a la cual, al mismo tiempo, él presta servicios [En contra: SCISO, 1974: 553, quien considera que en dicha hipótesis solo sería aplicable el régimen legal de accidentes de trabajo].

Lo que se acaba de afirmar no se altera por la circunstancia de que las más de las veces la legitimación pasiva corresponda, en estos casos, a un empresario. Ello se debe a que "(...) el ejercicio de una actividad peligrosa comporta, normalmente, la existencia de una serie de actos coordinados y de instrumentos organizados que presuponen, justamente, la existencia de una empresa (...)" [FRANZONI, 1993: 485]. Respecto de estos casos, se considera que el riesgo existe "*in re ipsa*", en "(...) el hecho de utilizar maquinarias complejas o fuerzas de trabajo a tal punto numerosas que impiden un efectivo control de las aptitudes y capacidades individuales, o en el resultado del trabajo desarrollado (...)" [GAZZONI, 2003: 703].

b) En segundo lugar, el análisis objetivo de la peligrosidad implica que queden fuera del ámbito de aplicación de la norma las conductas peligrosas aisladas, o sea, aquellas que no ostentan la característica de la continuidad. Tal sería el caso, formulado con fines didácticos por la doctrina [MONATERI, 1998: 1016], de la persona que entra en un restaurante, en hora punta, y se pone a jugar con una pistola cargada. Aquí nos hallamos frente a un acto "aislado" de imprudencia, y si se ocasiona un daño, el causante será hallado responsable mediante la cláusula normativa general de responsabilidad subjetiva, y no por la realización de una actividad peligrosa.

c) En tercer lugar, el peligro representado por la peligrosidad debe ser el de un daño "típico e inmanente". En otras palabras, la potencialidad dañosa de la actividad tiene que ser superior a la normal [GENTILE, 1950: 105; MONTEL, 1971: 617]. Y como hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, la cantidad de daños habitualmente causados por la actividad y la gravedad de los perjuicios que pueden suscitarse, se puede sostener que la actividad es peligrosa "(...) cuando estadísticamente ocasiona muchos accidentes, y cuando amenaza con ocasionar accidentes muy graves (...)" [MONATERI, 1998: 1019].

Ciñéndonos a las tres consideraciones anteriores, pueden enumerarse algunos supuestos de actividades peligrosas reconocidas por la jurisprudencia y doctrina extranjeras, dejando a un lado, claro está, aquellos que cuentan con legislación especial.

En tal sentido, hay unanimidad en identificar como peligrosa la actividad de producción y distribución de energía eléctrica [VISINTINI, 1967: 394 y ss.]; la producción y distribución de gas en balones o de gas metano; la tala de árboles; y la construcción (excavación, edificación, etc.) [CAPOCACCIA, 1961: 369]; la organización de ciertas competiciones deportivas

y recreativas (motociclismo en circuitos abiertos al tráfico, cacería, esquí, por ejemplo); la administración de piscinas [MONTEL, 1971: 615 y ss.] y parques de diversiones; la fabricación, importación y distribución de fármacos [BIANCA, 1994: 706; GAZZONI, 2003: 705]; el transporte y la conservación de sustancias combustibles fácilmente inflamables [SOMMA, 1998: 445]; la actividad pirotécnica; la utilización de explosivos con finalidades de extracción de minerales; y hasta la llamada "fangoterapia" [RECANO, 1998: 273]. En algunos supuestos, también la organización de actividades de carácter folclórico o la gestión de un servicio de sauna [RECANO, 2001: 213, 222]. La actividad de equitación en la que tomen parte personas no instruidas en dicho deporte, o la organización de un partido de fútbol profesional pueden llegar a cobrar relevancia jurídica en este ámbito [FACCI, 2004: 272-273].

En cuanto al empleo de la energía nuclear, la pauta en los distintos ordenamientos jurídicos ha sido la consagración de una responsabilidad objetiva absoluta, por "ultrarriesgo", normalmente a través de la legislación especial [STONE, 1972: 54 y ss.].

Con alguna razón se duda, sin embargo, que aun en tal supuesto se tengan que resarcir los daños suscitados por eventos de carácter bélico o por guerras civiles, o los ocasionados –nótese el tinte subjetivista– por "culpa inexcusable" de la propia víctima [GRA-SSETTI, 1960: 54].

El severo, pero justificado, criterio de la responsabilidad objetiva absoluta informa, asimismo, algunas leyes especiales que se han dado para regular la responsabilidad por daños causados por objetos caídos del espacio, y los daños causados por aeronaves a personas o cosas en la superficie [COMPORTI, 1985: 2657]. En Francia, la reciente Ley Nº 2003-669, del 30 de julio de 2003, reformadora de la normativa en materia ambiental, fija el régimen de "prevención de los riesgos tecnológicos y naturales, y de resarcimiento de los daños" [la referencia es de GRYNBAUM, 2004: 26].

La experiencia foránea es también importante para saber en qué casos, por el contrario, no estamos ante actividades peligrosas.

La doctrina sugiere el siguiente criterio: no son peligrosas las actividades, ni siquiera las más difíciles que, "(...) según un criterio de experiencia práctica y de normalidad de acaecimiento, no pueden producir daños si no es como efecto de una, aun cuando mínima, falla humana (...)" [DE MARTINI, 1973: 982].

Aquí hay tres supuestos en los cuales no necesariamente se observa la indicación anterior, pero que, por su importancia, son de mencionar: la actividad médica (incluso en los supuestos de daños producidos en terapias de electroshock y de cirugía); la actividad bancaria; y las actividades accesorias, colaterales o sucesivas respecto de una actividad principal peligrosa.

En el primer caso, se dice que hay que tener en cuenta que la actividad médica (y, más en general, el ejercicio de las profesiones intelectuales), pertenece al ámbito contractual (con inclusión de las relaciones que no tienen origen en contratos, sino que nacen del "contacto social"), y dispone, en nuestro medio, de un régimen particular de responsabilidad, a saber, el previsto en el artículo 1762 del Código Civil y en la Ley General de Salud.

La actividad terapéutica-sanitaria, se dice, "(...) no puede ser calificada como peligrosa: no lo es ni por naturaleza ni por los medios adoptados, atendiendo a la función que estos cumplen. Opinar lo contrario equivaldría a calificar como peligrosa la actividad de cirugía por el solo uso del bisturí (...)" [MONTEL, 1971: 621].

Con agudeza, sin embargo, se advierte que las consideraciones anteriores no comprenden la experimentación humana, que es de por sí peligrosa [BIANCA, 1994: 707], ni la actividad de preparación de sangre para su empleo en transfusiones [la referencia es de FACCI, 2004: 277].

En Alemania, por ejemplo, la ingeniería genética es regulada por una ley especial (*Gentechnikgesetz*, del 20 de junio de 1990), que consagra un sistema de responsabilidad objetiva absoluta, inspirado en la prácticamente unánime identificación de dicha actividad como "fuente de notable peligro" [LARENZ-CANARIS, 1994: 642; FEDKE-MAGNUS, 2002: 160].

Pero se ha advertido ya por algún autor, con carácter general, que, dependiendo del progreso alcanzado por la ciencia y la técnica, áreas médico-quirúrgicas que tradicionalmente fueron consideradas dentro del ámbito de operatividad de la cláusula general normativa por culpa, son hoy reputadas como áreas de dominio de la responsabilidad por riesgo, tales como la del médico cirujano en operaciones de fácil ejecución; la del cirujano plástico; o la del médico dentista [FRANZONI, 1997: 320].

En el segundo caso que señalábamos, relativo a las actividades bancarias, a pesar de las alegaciones de clientes que han sido víctimas de daños durante robos perpetrados en oficinas de bancos, también hay que descartar que tales actividades sean intrínsecamente peligrosas.

En un caso ventilado ante un tribunal genovés, se pretendió hacer responsable a un banco con la curiosa alegación de que el dinero constituye una vis atractiva para los criminales. El juez, con acierto, señaló que de producirse dichos daños (lesiones, sustracción de dinero con pérdida de la vida, inclusive), ellos no derivarían directa ni indirectamente del ejercicio de la actividad bancaria, sino "(...) de la deliberada voluntad de delinquir ulteriormente por parte de los agentes, en el transcurso de la acción criminal programada (...)" [la referencia es de RECANO, 1998: 290].

En el tercer caso, creemos que no pueden considerarse actividades peligrosas aquellas que revisten un carácter accesorio, colateral y/o sucesivo a una actividad que sí es intrínsecamente peligrosa.

Aquí lo que puede llevar a confusión al intérprete es el nexo de interdependencia económica entre tales actividades y sus agentes.

Empero y, como explica la doctrina, lo relevante para una correcta aplicación de la norma evaluada es establecer si la objetiva peligrosidad de una actividad precisa puede considerarse causalmente relacionada con el evento dañoso. Por ejemplo, el acopio de madera en la fase previa a los trabajos de un aserradero no es actividad peligrosa, pero el aserrado de la madera sí lo es. En cambio, tanto la distribución cuanto el ciclo productivo del gas metano se consideran, por igual, actividades peligrosas [los ejemplos son de SCISO, 1974: 559-560].

La regla de la responsabilidad por actividad peligrosa, introducida por el codificador italiano e importada por el nuestro, ha dado ulterior muestra de su ductilidad, al ser reconocida, legislativamente, como el criterio a aplicar en los casos de daños cometidos por efecto del tratamiento de datos personales.

En tal sentido, el *Codice della Privacy*, Decreto Legislativo N° 196 de 2003, contenía una norma específica de reenvío (art. 15) de los daños ocasionados por efecto del tratamiento de datos personales, a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas regulada en

el artículo 2050 del Código Civil italiano. Este es el mismo camino que se había seguido ya en la derogada "Ley de protección de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales" Ley N° 675 de 1996 (artículo 18), en su momento apreciado por la doctrina italiana como el mejor coincidente con las líneas fundamentales trazadas por el Derecho Comunitario Europeo en materia de responsabilidad objetiva [BUSNELLI, 1999: 232; BUSNELLI-COMANDÉ, 2002: 213].

## 8. La prueba y la decisión judicial en torno del riesgo o peligrosidad

Se ha observado que el análisis de la causalidad por parte de los jueces asume mayor importancia en los supuestos de responsabilidad objetiva: si se prescinde "(...) de un análisis en términos de culpa del sujeto responsable, se hace imprescindible la demostración de una conexión causal incontrovertible entre el daño y la cosa o la actividad del que este ha derivado (...)" [VISINTINI, 1996: 651].

Quien invoca en su favor el artículo 1970 del Código Civil, tiene que demostrar, entonces, y esencialmente, el nexo causal entre el genérico ejercicio de la actividad y el daño producido. Esto significa para algunos que a la hora de probar no hay que prestar atención a una específica acción u omisión del que ejerce la actividad, sino que basta que el nexo causal exista, en términos de probabilidad, respecto del daño producido. Al juez le corresponde considerar si el evento lesivo se ha presentado como una consecuencia probable de la actividad peligrosa, pues no hay que olvidar que se trata de una responsabilidad por riesgo típico de la actividad emprendida [MONATERI, 1998: 1033].

La experiencia del país de donde proviene la norma examinada, enseña que la potencialidad dañosa de la actividad debe ser evaluada por la magistratura según el criterio de la normalidad media, a ser deducida de datos estadísticos y elementos técnicos, pero sin dejar de atender a las nociones de la experiencia común. En su análisis, el juez puede tener en consideración, por ejemplo, el hecho de que la actividad se encuentre sometida legalmente a la asunción de medidas de precaución o al requisito de la previa autorización de la Administración Pública. También pueden tomarse en cuenta los índices de riesgo indicados por las compañías de seguros y, en especial, la existencia de primas de seguros que sean notablemente superiores a la media [MONATERI, 1998: 1021-1022].

Ninguno de los criterios indicados –nótese bien– es exclusivo. Las actividades peligrosas no solo serán las específicamente contempladas en las leyes preventivas de accidentes, que velan por la incolumidad de los ciudadanos, sino también aquellas que, aun cuando no especificadas, ostenten una peligrosidad intrínseca según el análisis de la magistratura [CAPOCACCIA, 1961: 368. En el mismo sentido: SCISO, 1974: 557].

Lo aconsejable, entonces, es que el criterio a adoptar judicialmente sea cuantitativo o estadístico: debe atenderse a la "(...) peligrosidad de diversos tipos de actividad (en el plano de la cantidad y de la dimensión de los daños típicamente vinculados con ella), a ser determinada mediante una evaluación *ex ante* y no con un juicio *ex post* basado en la gravedad del daño que se verifica en concreto (...)" [SALVI, 1988: 1233]. Esto es importante subrayarlo, porque no pueden considerarse causados "en el ejercicio de una actividad peligrosa" los daños que, "(...) a pesar de producirse durante él, no presenten conexión con el específico carácter de peligrosidad que se toma en cuenta para calificar como «peligrosa» la actividad de que se trate (...)" [BUSNELLI, 1989: 27].

## 9. La responsabilidad objetiva frente al análisis de las capacidades de prevención de los sujetos: la "relectura" del artículo 1970 del Código Civil peruano. Reenvío

Como ha podido apreciarse de lo expresado en los numerales 6) y 7) precedentes, las categorías del "riesgo" o "peligrosidad" como justificativos teóricos del traspaso económico del daño de la víctima al responsable, en hipótesis de responsabilidad objetiva, parecen no haber sido suficientes para explicar coherentemente supuestos de responsabilidad prescindiendo del análisis del comportamiento de los sujetos y, en múltiples aspectos, parecen confundirse.

Más allá de los intentos de Comporti de diferenciar los conceptos de "riesgo" y "peligro", en el sentido que el primero reflejaría la "(...) valoración esencialmente económica del 'alea' que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio (...)" (por lo que sí reflejaría un análisis de la actividad humana, "incompatible" con un sustento objetivo de la responsabilidad), mientras que la noción de "peligro" señala "(...) una amenaza notable de daño a terceros (...) derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación (...)" (por lo que sí sería una noción esencialmente objetiva, al analizar la faz externa de actuación de los sujetos: la proyección hacia el exterior) [Ver *supra*, § 6.1], lo cierto es que cuesta diferenciar ambos conceptos, de allí que para algunos –como también ya se ha señalado– el "riesgo" no sea sino "(...) el aspecto económico del peligro objetivamente considerado (...)" [FORCHIELLI, 1967: 1387 (25)] o, el término "peligro" represente siempre "(...) la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio (...)" [TRIMARCHI, 1961: 214].

Si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el "*civil law*", como son el "riesgo creado" (en beneficio propio) o la "exposición al peligro", al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el (la) cual se causa un daño a otro, resulta y resultará siempre difícil de desentrañar, existiendo ya opiniones vertidas en sede nacional en el sentido que "(...) la reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva (...)" [DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, 158].

En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la "exposición al peligro" desarrollado principalmente por Comporti representó un avance respecto a la teoría del "riesgo de empresa" argumentada por Trimarchi, permitiendo asignar responsabilidad objetiva a individuos "(...) que no son 'empresarios' y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial (...)" [ALPA-BESSONE, 1982: 305] [Ver *supra*, § 6.2].

El principio, entonces, que sustenta la responsabilidad objetiva, en los términos clásicos del "*civil law*" sería el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué? Porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es "(...) quien puede dominar o evitar los peligros creados (...)" [COMPORTI, 1965: 175].

En la afirmación antedicha puede reconocerse esa aproximación "intuitiva" al problema que bien retrata Castronovo cuando señala que "(...) teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo están, pues, empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción (...)" [CASTRONOVO, 1997: 73].

Y esa contradicción, qué duda cabe, ha sido siempre la de tratar de crear y defender una categoría de responsabilidad (la objetiva), definida por oposición al análisis de la conducta de los sujetos, pues esto estaba reservado al campo de la cláusula general normativa por culpa.

El mérito del "análisis económico del Derecho" y, particularmente, el de los aportes de Calabresi [CASTRONOVO, 1997: 73-74], ha sido el de encontrar, por fin, una fórmula jurídicamente correcta para asignar responsabilidad objetiva, sin caer en contradicciones teóricas, y es que como ya se ha señalado en las conclusiones al comentario del artículo 1969 en esta obra (ver numeral 18, última conclusión), el error más grande de un vasto sector del "*civil law*" ha consistido en crear una dicotomía entre la negligencia y la responsabilidad objetiva [POSNER, 1998: 172], creyendo que la prevención (que es diligencia) solo debe analizarse en la responsabilidad subjetiva, definiéndose pues el concepto de culpa por oposición a la diligencia (negligencia).

Nada más alejado de la realidad: si la generación de peligro deriva de actividades humanas, interesará siempre analizar los supuestos de falta de prevención, por lo que un "comportamiento negligente" puede estar presente tanto en supuestos de responsabilidad por culpa, como en los de responsabilidad por riesgo.

¿Cómo "releer", entonces, el artículo 1970 del Código Civil peruano?

"Peligrosidad" no es, como ha señalado algún autor [Ver *supra*, § 6.1], "(...) imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño (...)" [DE MARTINI, 1973: 973. También en: DE MARTINI, 1983: 241-242].

"Peligrosidad" es "*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*".

Este es el verdadero y actual significado de la "exposición al peligro" como sustento de la cláusula normativa general recogida en el artículo 1970 del Código Civil peruano. Y, en verdad, debiera representar también el verdadero significado de su antecedente inmediato, el artículo 2050 del Código Civil italiano. La referencia final que realiza este artículo a la prueba de "haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño", no puede ni debe ser entendido más como un "anclaje" en la cláusula normativa general por culpa, sino una referencia legal expresa al reconocimiento de que los deberes de prevención también están presentes en la responsabilidad objetiva (y, por ende, una referencia legal expresa a la negación de la culpa como concepto antitético al de diligencia). Cuando el artículo 2050 del Código Civil italiano señala que quien realiza una actividad peligrosa responde, a no ser que pruebe "de haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño", debe entenderse el acogimiento normativo de esta noción de peligrosidad que hemos postulado: "carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros por él creados".

Ello no significa otra cosa que la identificación de un supuesto de prevención unilateral, en donde la solución más eficiente en términos de asignación de responsabilidad se encuentra aplicando la responsabilidad objetiva, salvo en los casos en que se compruebe que el estado de la ciencia y la tecnología, en una sociedad dada, todavía no ha alcanzado un nivel adecuado de desarrollo, en cuyo caso siempre será más eficiente aplicar la regla de la responsabilidad por culpa.

Para el sustento de estas afirmaciones y la defensa de las bondades del criterio del "*cheapest cost avoider*", desarrollado por Calabresi para asignar responsabilidad objetiva (así como

para el análisis de sus deficiencias y/o limitaciones), permítasenos reenviar al lector a la revisión del punto VIII del comentario al artículo 1969 en esta obra (numerales 16 y 17), de donde podrá extraerse la siguiente conclusión:

- Si afrontado un problema de responsabilidad extracontractual se identifica dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral, antes de aplicar la regla de responsabilidad objetiva, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función "sistémica" de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).
- Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.
- Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada, es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

## 10. Los eximentes de responsabilidad

El codificador peruano establece que el límite de la responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa (o mediante bien riesgoso o peligroso) está representado por el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero o la culpa de la propia víctima (art. 1972 del C.C.).

Todos estos son elementos o hechos externos que inciden en el "(...) proceso causativo del daño. La relevancia del caso fortuito tiene que ver, por lo tanto, con el aspecto causal, en tanto y en cuanto susceptible de una evaluación que permita asociar con el elemento externo (...) el daño concretamente verificado (...)" [SALVI, 1988: 1231].

Por ello se ha puesto en evidencia lo inexacto de utilizar la expresión "prueba liberatoria" en estos casos, porque cada vez que el imputado (cualquiera que sea el título por el que se le pretende hacer responsable) demuestra la inexistencia del nexo causal entre el evento productivo del daño y el daño por el que se le demanda, "(...) quedará exento de responsabilidad, justamente, porque el hecho no es materialmente enlazable con él. En otras palabras, cuando el daño invocado por el damnificado pertenece a una «cadena causal» diversa (o, en todo caso, sobrevenida, por sí sola suficiente para causar el evento), solo será resarcible por parte del que lo ha originado o ha concurrido para la verificación de esa distinta (o sobrevenida) causa de daño (...)" [PUGNO, 2005: 247].

Dejando de lado dichas observaciones, con todo pertinentes y acertadas, no carece de interés recordar que la consideración del caso fortuito como eximente de responsabilidad se encuentra en la línea de continuidad con el Derecho Romano, específicamente, con cuanto ha llegado a conocerse en nuestros días acerca de la hipótesis del "*damnum iniuriam datum*".

Según la reconstrucción histórico-jurídica habitual, los requisitos esenciales del *delictum*, que podía atacarse judicialmente a través de la "*actio legis aquiliae*", habrían sido: *(i)* el evento dañoso (pérdida de carácter económico) sufrido por un sujeto; *(ii)* la dependencia

causal del daño de un acto ajeno; *(iii)* la injusticia del hecho dañoso; y *(iv)* algún tipo, variable, de voluntariedad del perjuicio producido.

Lo que es de rigor subrayar, en nuestro análisis, es que el segundo de tales requisitos implicaba "(...) que la responsabilidad se descartara cuando el evento dañoso derivaba, a pesar de las apariencias iniciales, de 'fuerza mayor' (*«vis maior cui resisti non potest»*) y de demás circunstancias del todo incontrolables para el propietario (o para otro en su lugar) de la cosa que hubiese producido materialmente el daño (...)" [GUARINO, 2001: 1001].

Estas son circunstancias no imputables porque no tienen origen en el hecho del agente, es decir, "(...) en un comportamiento suyo (positivo o negativo) consciente y voluntario, sino que derivan *aliunde* (...) o que son en tal medida repentinas e imprevisibles que escapan a toda posibilidad de control (...)" [BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI, NATOLI, 1989: 96]. Se trata entonces de "(...) hechos específicos de tal relevancia que degradan el ejercicio de la actividad al rango de ocasión y no ya de causa o concausa del evento, razón por la cual dichos hechos, positivamente indicados, habrían podido producir, por sí solos, el evento (...)" [FRANZONI, 1998: 902]. Quien los alegue en su defensa tendrá que demostrar, entonces, que el daño "(...) ha sido causado por un hecho –extraño a su esfera de conocimiento y de control– que se muestre como dotado de un impulso causal autónomo (...)" [Según las referencias jurisprudenciales de ZIVIZ, 1989: 109; y FACCI, 2004: 293].

Terminológicamente, no puede evitarse formular un inmediato reparo, en lo que respecta a uno de los supuestos de causa no imputable recogidos en el artículo 1972 del Código Civil peruano, que parece estar vinculado históricamente al amplio significado de *faute*, en francés: el uso del galicismo "culpa de la propia víctima" (*faute de la victime*). Lo conveniente es referirse al "hecho" o "conducta" de la víctima o damnificado.

Al margen de lo anterior, sin embargo, se suele sostener que en todas estas hipótesis lo que ocurre es que se "interrumpe" el nexo causal que tendría que mediar entre el imputado y el evento dañoso a fin de considerarlo responsable [VALSECCHI, 1947: 178; entre los menos recientes], lo que ha llevado a un sector de la doctrina comparada, básicamente sudamericana, a hablar en estos supuestos de "ruptura del nexo causal" o "fracturas causales" [En nuestro medio, consúltese: DE TRAZEGNIES, 1988: t. I, 299-300]. Esta expresión, común en la bibliografía argentina y que hoy aparece incluso en el subtitulado del Anteproyecto de Reforma de nuestro Código Civil, y que ha influenciado notoriamente a nuestra jurisprudencia, es inexacta.

Así, la doctrina ha puesto en evidencia lo erróneo de la metáfora de la "interrupción" del nexo causal, y ha hecho ver que circunstancias como el caso fortuito y la fuerza mayor son más bien "concausas" del daño, que tienen relevancia como eximentes de responsabilidad civil [BIANCA, 1994: 662] o, si se quiere, son supuestos en donde se elimina una "aparente" causalidad y se descubre el verdadero hecho causal.

Desde una óptica cercana a la última posición mencionada, algún autor ha afirmado que cuando el que ejerce la actividad prueba que "(...) el proceso causal se conecta con el caso fortuito, ello descarta que se trate de un daño dependiente de la peligrosidad de la actividad, en el sentido de que el caso fortuito, al insertarse en el proceso causal material de la producción del daño, entre la actividad peligrosa y este último, deviene su única y verdadera causa (...)" [DE MARTINI, 1973: 982].

Por esto, se ha llegado a sostener que, a diferencia del hecho de tercero y del hecho de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor inciden en el juicio de responsabilidad únicamente como eximentes plenas, es decir, cuando son causas exclusivas del evento dañoso [CAPOCACCIA, 1961: 364].

Equiparar, pues, radicalmente el caso fortuito con la causa de interrupción del nexo causal sería como asumir que "(...) todo evento que interrumpiera el nexo causal, aun cuando fuera evitable, por ejemplo, tendría que determinar la exoneración de responsabilidad (...)" [COMPORTI, 1965: 80].

Teniendo en cuenta las variables anteriores, se ha planteado la conveniencia de distinguir el caso fortuito en "autónomo", "incidente" y "concurrente".

En la primera situación, el caso fortuito es causa totalmente independiente y autónoma del evento dañoso y, por lo tanto, se debe considerar como una causa completamente ajena al sujeto, a la cosa o al animal que, de alguna manera, aparece en la escena del daño. En el segundo, se presenta como una causa que pone, por ejemplo, en movimiento o incide en la cosa y provoca, a través de esta, el evento dañoso, con lo cual absorbe enteramente la relación causal. La última figura se presenta cuando, sin el concurso del fortuito, la cosa, animal o actividad no habrían bastado, por sí solas, para producir el evento dañoso [GERI, 1974: 69-71].

En nuestro comentario al artículo 1315 del Código Civil en esta obra, hemos tenido ya oportunidad de referirnos a estas figuras y a las características que deben revestir para ser consideradas eximentes de responsabilidad en el ámbito contractual. Atendiendo a que la exposición es prácticamente equivalente en el área extracontractual, remitimos, en principio, a cuanto tenemos escrito sobre el punto [FERNÁNDEZ CRUZ-LEÓN HILARIO, 2004: 875 y ss.], reiterando en esta ocasión solamente nuestra opinión crítica en el sentido de que los requisitos enumerados en el artículo 1315 del Código Civil peruano no tienen porqué entenderse enlazados de manera copulativa y que constituye un error incluir a la "imprevisibilidad" como un requisito del caso fortuito. Este es, ante todo, "(...) una causa extraña del todo inevitable(...)" [COMPORTI, 1985: 2652], aun cuando se ha hecho notar que "(...) el mismo concepto de extrañeza supone una consideración preventiva y abstracta de los hechos dañosos que deben ser previstos y evitados (...). Por tanto, hablar de causa extraña e inevitable constituye en cierto modo una duplicidad del juicio, puesto que el primer requisito define el principio de la no imputabilidad absorbiendo también al segundo (...)" [ANELLI, 1990: 163, nota (9)].

Por esto, a continuación, nos limitamos a exponer algunas integraciones:

Bástenos recordar que si se acoge cualquiera de las nociones subjetivas del caso fortuito: la una, más marcadamente subjetiva, de ausencia de culpa, a ser probada con la genérica diligencia; la otra, de evento inevitable con el uso de la diligencia normal, la responsabilidad civil continuaría ligada al criterio de la culpa [COMPORTI, 1965: 70]. En cambio, lo coherente para con la visión objetiva de la responsabilidad es, siguiendo la teoría de la exposición al peligro, el considerar al caso fortuito como "(...) la causa extraña a los peligros típicos ligados con una determinada actividad humana (...)" [COMPORTI, 1965: 76. También en: COMPORTI, 1985: 2652]. Así, pues, cada cual responde "(...) de su propia esfera económica y de su propia actividad más allá de todo límite de culpa, así como de los hechos ignotos; su responsabilidad se detiene solo cuando demuestre la existencia de una causa extraña inevitable (es decir, el caso fortuito), al cual, directa o indirectamente, puede vincularse la producción del daño (...)" [COMPORTI, 1965: 77].

Naturalmente, si el caso fortuito no se entiende objetivamente, como es imprescindible hacerlo, las consecuencias del análisis pueden resultar incongruentes. Acoger la noción objetiva significa apreciar el caso fortuito en el plano de la causalidad. Si se adopta la noción subjetiva, la responsabilidad civil podría no ser declarada ni siquiera frente a la permanencia de la relación causal entre una actividad y el evento dañoso [el realce es de COSTANTINI, 2004: 524].

Desde la perspectiva de la teoría del riesgo de empresa, el imputado que quiera eximirse de responsabilidad debe probar que el incidente determinante de los daños "(...) es ajeno al riesgo creado u organizado por quien hace uso de la cosa, y a él económicamente atribuible: y la ajenidad o pertenencia al riesgo pueden resultar de la naturaleza misma del daño (...)" [TRIMARCHI, 1959: 843]. El eximente de responsabilidad sería, entonces, una fuerza que proviene "(...) del exterior de la empresa y que, por el modo y violencia de su acción, supera aquello que es evitable con las medidas que pueden pretenderse del empresario, y supera, por lo tanto, el riesgo típico creado por la actividad (...)" [ZIVIZ, 1989: 109]; concepto este que, ante todo, hace referencia al "(...) conjunto de eventos dañosos que el sujeto agente tiene el deber de prever e impedir en cuanto quedan comprendidos, según la lógica y la experiencia, entre aquellos propios de la actividad (...)" [ANELLI, 1990: 160].

A la idea de "riesgo típico" se recurre, además, porque este es susceptible de administración económica, mediante los seguros, por parte de quien desarrolla la actividad; en otras palabras, porque "(...) es traducible, preventivamente, en términos de costo, a través de los instrumentos asegurativos (...)" [SALVI, 1988: 1220].

En cuanto al hecho de tercero o al hecho de la propia víctima, estos eximen de responsabilidad solo cuando se presenten de forma tal que su relevancia causal excluya la de la actividad peligrosa. Cuando se presentan, se produce una "(...) sustitución subjetiva en la relación de responsabilidad, cuya composición resulta alterada (...)" [VALSECCHI, 1947: 178]. En caso contrario, lo que podría presentarse es más bien una concurrencia de responsabilidades [MONATERI, 1998: 1036; FRANZONI, 1993: 535].

La relevancia que se reconoce al hecho de tercero en este ámbito está ligada con la idea de que "(...) la responsabilidad debe recaer, preferiblemente, en aquel que ha cometido el hecho dañoso (...)" [COMPORTI, 1985: 2656, nota (39)]. En cambio, el hecho del damnificado está directamente vinculado con el principio de autorresponsabilidad, en tanto y en cuanto "(...) parece ser lógico eximir total o parcialmente al presunto responsable si la misma víctima ha causado total o parcialmente su propio daño (...)" [COMPORTI, 1985: 2656, nota (39)].

También es certera la asociación de este eximente con el principio acuñado en la máxima "*volenti non fit iniuria*" [BACHMANN, 2003: 1033 y ss.], sobre todo en el Derecho estadounidense [PROSSER-KEETON, 1984: 112].

Históricamente, estas dos figuras han sido asimiladas, en el plano de los efectos, al caso fortuito o fuerza mayor, pero solo, como es natural, en la medida en que compartan sus características (extrañeza e inevitabilidad) [MAZEAUD-CHABAS, 1991: 672].

Por ello, un sector de la doctrina hace notar que, en rigor, no debería asimilarse al caso fortuito y a la fuerza mayor el hecho del tercero o el del propio damnificado, porque en estos casos el evento "(...) no puede ser atribuido a un factor imprevisto e imprevisible, y por lo tanto ignoto, sino a una causa humana imputable de modo bien determinado (...)" [GERI, 1974: 61]. Se indica, sin embargo, que dicha observación es exacta solo "(...) desde un punto de vista abstracto y general. Puesto que en la búsqueda de la responsabilidad todo

factor extraño a la persona llamada a responder puede ser ubicado respecto de ella más allá de los límites de la previsibilidad, el comportamiento ajeno imprevisto e imprevisible, cuando absorba por entero el nexo de causalidad del evento, se configura, con razón, como caso fortuito, con efectos idénticos a los que son particulares de un hecho natural o de una vis mayor (...)" [GERI, 1974: 61].

En la jurisprudencia foránea, se ha considerado aplicable el eximente del hecho determinante de un tercero para una compañía de electricidad, por ejemplo, en el caso de daños producidos por cables de alta tensión rotos por causa del corte de un árbol debido a un extraño.

Existe, por otro lado, la tendencia a no considerar oponible este eximente cuando la acción del tercero se haya visto favorecida por las condiciones de mantenimiento de la cosa [ZIVIZ, 1989: 110-111]. Tampoco tiene validez exoneratoria, como es obvio, el hecho de tercero provocado por el propio agente del daño [COMPORTI, 1985: 2656, nota (39)], ni el hecho de las personas por las cuales este tiene que responder en virtud de una disposición normativa (a título de representante legal, por ejemplo) [VINEY-JOURDAIN, 1998: 221].

Se recordará que en nuestro Código Civil hay un supuesto en el cual, inexplicablemente, el único eximente de responsabilidad reconocido es el hecho de un tercero. Nos referimos a la norma que dispone la responsabilidad por daños causados por animales, artículo 1979 del C.C.: "el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar *por obra o causa de un tercero*".

Si bien se acostumbra englobar en la expresión "caso fortuito", además, las figuras de la fuerza mayor, el hecho de tercero y el hecho de la propia víctima [BESSONE, 1982: 124-125; entre muchos otros], no puede reconocerse el mismo rasgo abarcante al solo "hecho de tercero". Mucho menos si se piensa en lo injusto que resultaría aplicar la responsabilidad cuando el daño es enteramente atribuible al damnificado (una persona que incita a un perro, incluso ignorando un letrero de advertencia, por ejemplo). A menos que nuestro legislador –y esto, aun cuando contrario al tenor literal, sería más leal con el sentido común– haya pretendido comprender dentro del ámbito del "hecho de tercero", al "hecho de la víctima", o haya utilizado la expresión como sinónimo de "fuerza mayor" [LEÓN HILARIO, (2001) 2004: 342-343].

En cuanto al hecho de la propia víctima, también es de aclarar, entre otros puntos, que no debe confundirse con este supuesto el caso en que se presenta una "aceptación de los riesgos" (asunción voluntaria del riesgo) por parte del damnificado, porque no es dado deducir de tal consentimiento, automáticamente, una aceptación para sufrir daños.

En Francia, el razonamiento precedente se ha aplicado, por ejemplo, a la responsabilidad del "*moniteur*" en los accidentes de equitación [la referencia es de MAZEAUD-CHABAS, 1991: 681].

Por nuestra parte, creemos que la idea descrita puede servir, más en general, para aclarar por qué no deja de ser responsable quien organiza, con o sin fines comerciales, la práctica de deportes riesgosos, a los que se deben no pocos acontecimientos trágicos que muchos recordamos.

En la jurisprudencia extranjera se han presentado llamativos supuestos de concurso de culpa, como el fallecimiento de una persona en la noche de Navidad fulminada por una descarga eléctrica, al topar con un cable de alta tensión mientras disponía la iluminación de un árbol adornado para la festividad [la referencia es de MONATERI, 1998: 1036-1037].

También se ha resuelto ejemplarmente, en sentido positivo, el problema de si la concurrencia de responsabilidad existe cuando la víctima es un menor de edad, como en un reciente caso, donde la figura se presentó respecto de un niño que perdió una pierna al ser atropellado por una segadora en un campo de cultivo.

La Corte d'Appello de Milán, tras establecer que el niño había desatendido las indicaciones dadas por el conductor de la segadora para que se alejara del lugar, estableció que, en tal supuesto, las conductas de este y de la víctima habían contribuido en 50 %, respectivamente, como causas del evento dañoso. La Corte di Cassazione [sentencia n. 15288, del 30 de octubre de 2002, publicada en "La nuova giurisprudenza civile commentata", 2004, parte I, 103 y ss.] no observó el fallo en dicho punto, por respetar, prudentemente, "la reconstrucción del accidente" y el juicio en torno de la causalidad que fue realizado por los jueces de las instancias inferiores.

En la ya citada Cas. N° 823-2002 [Ver *supra*, § 5], nuestra magistratura de segundo grado había considerado que la "negligencia" de la propia víctima fue la que contribuyó a la generación del daño; como resultado, el *quantum* del resarcimiento pretendido por la parte demandante se disminuyó, en automática aplicación del artículo 1973 del Código Civil: "si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias".

Era el caso de un joven que, en acatamiento de una orden, se lanzó al agua para amarrar la nave a un árbol, pues esta había sufrido un desperfecto mecánico y se hallaba a la deriva. Con la arriesgada acción se evitó un accidente que seguramente habría sido más grave, pues la nave tenía pasajeros, pero la víctima sufrió lesiones físicas irreparables (pérdida total de la visión).

La sentencia de la Corte Suprema, si bien claramente influenciada por la idea de resarcir a toda costa los daños, contiene una interesante reflexión en voz alta (un *obiter dictum*), aun cuando en clave totalmente subjetiva, sobre esta figura: "(...) en el caso que nos ocupa, la víctima acató una orden que le dio el administrador de la motonave, de lanzarse al agua, y amarrar las sogas a un árbol. Esta orden fue acatada a fin de evitar una desgracia de mayores consecuencias, pues la nave se encontraba con pasajeros y se dirigía a estrellarse contra la orilla y fue cumplida con éxito: nadó, llegó a la orilla y amarró la soga al árbol debidamente, no existiendo impericia, ni menos falta de conocimiento en ese acto, motivo por el cual no se puede calificar la conducta del demandante como negligente ni imprudente pues cumplió su misión con éxito y, por el contrario, tal como se describen los hechos, fue la fuerza de la nave con pasajeros a bordo y a merced de la corriente del río que hizo producir tensión en las cuerdas hasta el punto que reventaran y golpearan el rostro y los ojos de la víctima (...). En consecuencia, luego del análisis de los hechos se llega a determinar que en el presente caso no se ha presentado un caso fortuito, negligencia o imprudencia por parte de la víctima que dieran lugar a atenuar la responsabilidad, por ende, las fracturas causales que se invocan no se encuentran presentes, siendo que el daño producido ha sido consecuencia de la conducta del demandante y no de un evento extraño y ajeno a él, por lo que la Sala Superior ha realizado un deficiente análisis de los hechos (...)".

La doctrina comparada ha abordado, en términos generales, este problema, y ha establecido que en los casos de daños sufridos por aquel que sigue una orden (y la participación como subordinado en un salvataje es, ni más ni menos, uno de los ejemplos citados) el hecho de la víctima jamás puede ser invocado como eximente de responsabilidad para el que dirige la operación, porque ello solo es admisible cuando se trata de una iniciativa "intempestiva"

del damnificado; si no es así, no estamos ante una causa "extraña", que determine el eximente [VINEY-JOURDAIN, 1998: 220].

Finalmente, anotamos que la indicación precisa de los eximentes de responsabilidad objetiva relativa, por parte de nuestro legislador, nos hace ajenos a debates foráneos bastante delicados. En Italia, ante la falta de mención expresa del caso fortuito y, en estricta interpretación del eximente de haber adoptado todas las "medidas idóneas" para evitar el daño (ausente en nuestro Código Civil, no lo olvidemos), se ha sostenido que el que ejerce una actividad peligrosa tampoco responde de los daños que "(...) deriven directamente de tal actividad por un desarrollo espontáneo y anormal de esta, o atribuibles a la insuficiencia de los conocimientos técnicos disponibles en la época inmediatamente precedente al evento dañoso (...)" [DE MARTINI, 1973: 979].

## 11. Conclusiones

De lo expresado en este comentario, pueden extraerse los siguientes puntos conclusivos:

- El artículo 1970 del Código Civil contiene una cláusula general interpretativa de orden normativa por riesgo o, mejor aún, por exposición al peligro, de igual rango que aquella regulada en el artículo 1969 del Código Civil; afirmándose con ello en el Perú, dentro de la responsabilidad extracontractual, un sistema bipolar.

- En estricto, se ha señalado que cabría diferenciarse una responsabilidad objetiva "por riesgo" de una responsabilidad objetiva "por exposición al peligro".

  La responsabilidad "por riesgo", como señalara críticamente Comporti, aparecería vinculada siempre a una actividad humana reflejando una valoración esencialmente económica del "alea" que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. Por esto, se encuentra vinculada al denominado "riesgo de empresa", referido normalmente a actividades económicas que presentan características de continuidad y/o de organización, como indicara Trimarchi.

  También se ha querido fundamentar la responsabilidad objetiva en la simple idea de un "riesgo creado", que pretende desvincular la responsabilidad por riesgo de un criterio de imputación meramente económico, para pasar a asociarlo directamente con un dato "aparentemente" objetivo, como es la creación de un riesgo, que no es más que una fórmula descriptiva –como señala Busnelli– que no tiene ninguna relevancia sistemática.

  De otro lado, para justificar el traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en sede objetiva, se ha recurrido también a la idea del "riesgo beneficio", que pretende justificar la responsabilidad objetiva en los beneficios logrados por quien ejercita una actividad riesgosa. Bajo este principio, quien crea un riesgo adicional al simple hecho de vivir, al realizar una determinada actividad para obtener un beneficio, debe responder por todos los daños que se causen a terceros en ejercicio de tal actividad.

  La responsabilidad "por exposición al peligro", en cambio, importa una amenaza notable de daño a terceros derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación, tal y como lo describiera Comporti, por lo que representaría una noción esencialmente objetiva, centrada en la faz externa de actuación de los sujetos, diferenciable de la idea de "riesgo" que reflejaría en sí un análisis de la actividad humana "incompatible" con un sustento objetivo de la responsabilidad. Teniendo en

cuenta la peligrosidad de la actividad o de los medios empleados, el sujeto causante del peligro deberá siempre responder.

- En una perspectiva histórica, sin embargo, no cabe duda de que el basamento teórico de la "exposición al peligro" desarrollada principalmente por Comporti, representó un avance respecto a la teoría del "riesgo de empresa" argumentada por Trimarchi, permitiendo asignar responsabilidad objetiva a individuos "(...) que no son 'empresarios' y que, entonces, no desarrollan sus actividades de forma empresarial (...)", tal y como lo han hecho notar Alpa y Bessone.

- Lo cierto es que, en realidad, cuesta diferenciar los conceptos de "riesgo" y "peligro". Es más, etimológicamente "riesgo" significa "contingencia o proximidad de un daño", por lo que lo "riesgoso" no es otra cosa que lo "peligroso". Coherentemente, la palabra "peligro", etimológicamente, significa también "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal".

  Por esto, se ha señalado por algunos autores como Forchielli que el "riesgo" no es sino "el aspecto económico del peligro objetivamente considerado", mientras que para Trimarchi el término "peligro" representa siempre "la idea de una cierta concentración del riesgo en el tiempo y en el espacio".

- Si el codificador peruano, al plasmar el artículo 1970 del Código Civil, intentó recoger los dos principales sustentos de la responsabilidad objetiva desarrollados por el "*civil law*", como son el "riesgo" o la "exposición al peligro", al asignar ambos adjetivos al bien o actividad con el(la) cual se causa un daño a otro, resulta y resultará siempre difícil de desentrañar; habiéndose ya expresado por algún autor nacional que dicha reiteración parece obedecer más bien al deseo del legislador de que no quede duda de que todo aquello que genere la proximidad de un daño está sujeto a la responsabilidad objetiva.

- Al parecer, entonces, el principio que sustentaría la responsabilidad objetiva sería, desde la perspectiva clásica del "*civil law*", el siguiente: aquel que ejercita actividades peligrosas debe responder de todos los daños que tal actividad cause a terceros. Y ¿por qué? Porque es razonable pensar que el que desarrolla la actividad que genera el peligro es quien puede dominar o evitar los peligros creados.

  En la afirmación antedicha puede reconocerse, sin embargo, esa aproximación "intuitiva" al problema que bien retrata Castronovo, cuando señala que "(...) teorías como aquellas del *cuius commoda eius et incommoda*, de la exposición al peligro, del riesgo, están pues empapadas de una tensión irresoluta entre la intuición correcta de la realidad y la incapacidad de formalizarla jurídicamente sin caer en la contradicción (...)", lo que ha sido recién superado con los aportes de Calabresi, con su teoría del análisis de las capacidades de prevención de los sujetos.

- ¿Cómo "releer" entonces el artículo 1970 del Código Civil peruano?

  "Peligrosidad" no es, como ha señalado algún autor, como De Martini, "(...) imposibilidad de adoptar medidas preventivas tales que descarten la posibilidad del daño (...)".

  "Peligrosidad" es "*carencia de adopción de medidas de prevención por un sujeto que es el único que puede dominar o evitar los peligros creados*".

  Esto lleva entonces a que, afrontado un problema de responsabilidad extracontractual, debe identificarse dentro de los sujetos involucrados un supuesto de prevención unilateral

para aplicar la regla de responsabilidad objetiva. Empero, antes de aplicar esta regla, deberá contrastarse el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad desarrollada (bajo la función "sistémica" de incentivación o desincentivación de actividades, de la responsabilidad civil).

Si dicha actividad no ha alcanzado aún un nivel tecnológico adecuado, deberá aplicarse el artículo 1969 del Código Civil: la cláusula general normativa por culpa.

Si, por el contrario, se comprueba que el estado de la tecnología a la que pertenece la actividad involucrada, es ya el adecuado, deberá aplicarse el artículo 1970 del Código Civil: la cláusula general normativa por riesgo (o exposición al peligro de terceros).

Solo así se encontrará una solución de responsabilidad eficiente y justa (socialmente entendida).

- Es equívoca la categoría de los "bienes riesgosos" contenida en el artículo 1970 del Código Civil.

  De un lado, es equívoca por confundir el concepto de "bien" con "cosa", y no resulta claro si la intención del legislador fue tratar de unificar el tratamiento de la responsabilidad por actividades peligrosas y la responsabilidad por el hecho de las cosas.

  Pero es fundamentalmente errada la categoría de los "bienes riesgosos" desde que, como bien señalara Trimarchi, no se puede hablar jamás de cosas peligrosas *in sé*, sino solo de cosas peligrosas *sub modo*, por lo que la responsabilidad se conecta, en todo caso, a la actividad que con la cosa viene desenvuelta y al peligro que dicha actividad genera.

  Una cosa puede siempre ser considerada peligrosa o inocua, dependiendo de la actividad que la involucre.

## DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. I fatti illeciti. Primera edizione. En: Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno. Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1982; ANELLI, Franco. Caso fortuito e rischio di impresa nella responsabilità del vettore. Dott. A. Giuffrè Editore. S.p.A. Milano. Italia. 1990; AULETTA, Giuseppe. Voce: Attività (Diritto Privato). En: Enciclopedia del Diritto. Volume III. Dott A. Giuffrè Editore Milano. Italia. 1958. Págs. 981-988; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984. En: http://www.minjus.gob.pe. Lima. Perú. 2005; BACHMANN, Gregor. "Volenti non fit iniuria" - How to make a principle work. En: German Law Journal. Volumen. 4. Número 10. 2003. Págs. 1033-1042; BARBERO, Domenico. Sistema istituzionale del Diritto Privato italiano. Quinta edizione. Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1962; BESSONE, Mario. La responsabilità del produttore. En: Responsabilità civile e previdenza. Anno XLII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1977. Págs. 175-208; BESSONE, Mario. Responsabilità oggettiva per danni da cose in custodia. En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Volume LXXX. Parte II. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano. Italia. 1982. Págs 121-127; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo V: La responsabilità. Dott A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1994; BIANCA, Massimo. La colpa come elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito. En: Roma e America. Diritto Romano comune. Numero 3. Mucchi Editore. Modena. Italia. 1997. Págs. 201-204; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo VI: La proprietà. Dott A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1999; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato; y NATOLI, Ugo. Diritto Civile. Volume III: Obbligazioni e contratti. Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1989; BRASIELLO, Ugo. Cose "pericolose" e cose "seagenti". En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno X. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1956. Págs. 27-42; BROWN, John Prather. Entry: Economic theory of liability rules. En: Newman, Peter (editor). The new Palgrave dictionary of economics and the law. Volumen II, MacMillan, Londres - Stockon Press, Nueva York. Inglaterra / EEUU. 1998. Págs. 15-19; BUSNELLI, Francesco Donato. Voce:

Illecito civile. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume XV. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1989; BUSNELLI, Francesco Donato. Principi per l'unificazione del Diritto in materia di responsabilità extracontrattuale (Elementi costitutivi della fattispecie, colpa e ingiustizia). En: Roma e America. Diritto Romano comune. Num. 3. Mucchi Editore. Modena. Italia. 1997. Págs. 191-199; BUSNELLI, Francesco Donato. Spunti per un inquadramento sistematico. En: Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675, a cura di C. Massimo Bianca e Francesco D. Busnelli. A su vez en: Le nuove leggi civili commentate. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1999. Págs. 228-233; BUSNELLI, Francesco Donato y COMANDÉ, Giovanni. Italian report. En: Koch, Bernhard A. y Koziol, Helmut (editores). Unification of tort law: Strict liability. En: European centre of tort and insurance law. Principles of European tort law. Volumen VI. Kluwer Law International, La Haya - Londres - Nueva York. Holanda / Inglaterra / EEUU. 2002. Págs. 207-226; CAPOCACCIA, Anna. Voce: Responsabilità (Diritto Civile). En: Enciclopedia Forense. Volume VI. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano. Italia. 1961. Págs. 358-371; CARBONNIER, Jean. Droit Civil. Tomo IV: Les Obligations. 11 èdition. Presses Universitaires de France. Paris. Francia. 1982; CASTRONOVO, Carlo. Problema e sistema nel danno da prodotti. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1979; CASTRONOVO, Carlo. Voce: Responsabilità oggettiva: II) disciplina privatistica - Diritto comparato e straniero. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume XXVII. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1991; CASTRONOVO, Carlo. La nuova responsabilità civile. Seconda edizione. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1997; COMANDÉ, Giovanni. Commentario sub art. 18. En: Tutela della privacy-Legge 31 dicembre 1996 n. 675, a cura di C. Massimo Bianca e Francesco D. Busnelli. A su vez en: Le nuove leggi civile commentate. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1999; COMPORTI, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Morano Editore. Napoli. Italia. 1965; COMPORTI, Marco. Responsabilità per esercizio di attività pericolose. En: AA.VV.: Fondamento e funzione della responsabilità civile. Actas del seminario dirigido por Vincenzo Buonocore y Ugo Majello. Cooperativa Editrice Economia e Commercio. Napoli. Italia. 1975. Págs. 73-84; COMPORTI, Marco. Causa estranea, caso fortuito, responsabilità oggettiva. En: Il Foro italiano. Società editrice del "Foro Italiano". Parte I. Cols. 2649-2657. Roma. Italia. 1985; COMPORTI, Marco. Fatti illeciti: Le responsabilità presunte. En: Il Codice Civile - commentario fondato da Piero Schlesinger, diretto da Francesco D. Busnelli. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 2002. CORSARO, Luigi. Voce: Responsabilità civile I) Diritto Civile. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume XXVI. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1991; CORSARO, Luigi. Voce: Responsabilità da attività pericolose. En: Digesto delle discipline privatistiche. Volume XVII. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1998. Págs. 82-89; COSTANTINI, Cristina. L'interpretazione dell'art. 2051 C.C. oltre il fascino dei consueti "dazzling tricks". En: Danno e responsabilità. IPSOA. Milano. Italia. 2004. Págs. 515-525; DE CUPIS, Adriano. Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059. Seconda edizione. En: Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Nicola Zanichelli Editore-Società Editrice del Foro Italiano. Bologna/ Roma. Italia. 1971; DE CUPIS, Adriano. Il danno - Teoria generale della responsabilità civile. Terza edizione. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. Italia 1979; DE MARTINI, Demetrio. Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa. En: Giurisprudenza Italiana. Parte I. Cols. 963-983. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1973; DE MARTINI, Demetrio. I fatti produttivi del danno risarcibile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1983; DE MARTINO, Francesco. Commentario sub art. 810. En: Della proprietà. Terza edizione. A su vez En: Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Nicola Zanichelli Editore-Società Editrice del Foro Italiano. Bologna/Roma. Italia. 1968; DEMOGUE, René. Traité des obligations en général. Parte I. Sources des obligations. Tomo V. Librairie Arthur Rousseau. Paris. Francia. 1925; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Tomo I. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988; FACCI, Giovanni. La responsabilità da attività pericolose. En: Le obbligazioni a cura di Massimo Franzoni. Volume II: Le obbligazioni da fatto illecito. Unione Tipografico-Editrice Torinese; UTET. Torino. Italia. 2004. Págs. 259-284; FEDKE, Jörg y MAGNUS, Ulrich. German report. En: Koch, Bernhard A. y Koziol, Helmut (editores). Unification of tort law: Strict liability. En: European centre of tort and insurance law. Principles of European tort law. Volumen VI. Kluwer Law International, La Haya-Londres-Nueva York. Holanda/Inglaterra/EEUU. 2002. Págs. 147-176; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. La responsabilidad civil del gestor de base de datos en la informática jurídica. En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VIII. Número 15. Lima. Perú. 1997. Págs. 259-283; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil: La óptica sistémica (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law). En: León Hilario, Leysser L. (editor): Estudios sobre la responsabilidad civil. ARA Editores. Lima.

Perú. 2001. Págs. 229-279; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón y LEÓN HILARIO, Leysser. Comentario sub art. 1315. En: Código Civil Comentado por los cien mejores especialistas. Tomo IV: Derecho de Obligaciones. Gaceta Jurídica S.A. Lima. Perú. 2004. Págs. 875-890; FLETCHER, Georges P. Fairnes and utility in tort law. En: Harvard law review. Volumen 85. The Harvard Law Review Association. Cambridge (Massachusetts). EEUU. 1971/1972. Págs. 537 y ss.; FORCHIELLI, Paolo. Intorno alla responsabilità senza colpa. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XXI. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1967. Págs. 1378-1397; FORCHIELLI, Paolo. Voce: Responsabilità oggettiva I) disciplina privatistica. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume XXVII. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1991; FRANZONI, Massimo. Dei fatti illeciti. En: Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro quarto: Obbligazioni art. 2043-2059. Zanichelli Editore S.p.A. Società Editrice del Foro Italiano. Bologna/ Roma. Italia. 1993; FRANZONI, Massimo. La responsabilità nelle obbligazioni di mezzi e nelle obbligazioni di risultato. En: Responsabilità, comunicazione, impresa. Anno II. N° 2. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1997. Págs. 319-329; FRANZONI, Massimo. Dati personali e responsabilità civile. En: Responsabilità civile e previdenza. Volume LXIII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1998. Págs. 901-910; GALLO, Paolo. Introduzione al Diritto Comparato. Volume III. Analisi economica del Diritto. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 1998; GALLO, Paolo. Introduzione alla responsabilità civile. Articoli 2043/2059 C.C.. G. Giappichelli Editore. Torino. Italia. 2000; GAZZONI, Francesco. Manuale di Diritto Privato. Decima edizione. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli. Italia. 2003; GENTILE, Guido. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. En: Responsabilità civile e previdenza. Anno XV. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1950. Págs. 97-108; GERI, Vinicio. Responsabilità per danni da cose ed animali. Seconda edizione. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1967; GERI, Vinicio. La responsabilità civile da cose in custodia, animali, rovina di edificio. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1974; GRASSETTI, Cesare. Diritto dell'energia nucleare: Il regime giuridico della responsabilità civile. En: Il foro padano. Volume X. La tipografica Varese. Varese. Italia. 1960. Cols. 50-56; GRYNBAUM, Luc. Voix: Responsabilité du fait des choses inanimées. En: Encyclopèdie Dalloz, répertoire de droit civil. Tomo IX. Dalloz. París. Francia. 2004; GUARINO, Antonio. Diritto Privato Romano. Dodicesima Edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene S.p.a. Napoli. Italia. 2001; JOSSERAND, Louis. Della responsabilité du fait des choses inanimées. Arthur Rousseau éditeur. Paris. Francia. 1897; LANDES, William L. y POSNER, Richard. The economic structure of tort law. Harvard University Press. Cambridge (Massachusetts) y Londres. EEUU/Inglaterra. 1987; LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm. Lehrbuch des Schuldrechts. Volumen II. Parte 2. Besonderer Teil. 13ª. ed. Beck. München. Alemania. 1994; LEÓN HILARIO, Leysser. Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de los daños causados por animales (2001). En: La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo. Perú. 2004. Págs. 301-343; LEÓN HILARIO, Leysser. Consideraciones sobre los daños por homicidio y las técnicas para su resarcimiento (2002). En: La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo. Perú. 2004. Págs. 139-179; LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad extracontractual (apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano). En: La responsabilidad civil - Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo. Perú. 2004. Págs. 3-56; MAIORCA, Carlo. Voce: Colpa civile (teoria generale). En: Enciclopedia del Diritto. Volume VII. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1960. Págs. 534-614; MAIORCA, Carlo. Voce: Beni. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume V. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1988; MASSIGLI, Charles. Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle. En : Beudant, Robert y otros: L'œuvre juridique de Raymond Saleilles. Arthur Rousseau. Paris. Francia. 1914. Págs. 435-475; MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, y CHABAS, François. Leçons de Droit Civil. Tomo II. Volumen I. Obligations-Théorie générale. 8 édition. Montchrestien. París. Francia. 1991; MESSINETTI, Davide. Voce: Beni immateriali. En: Enciclopedia Giuridica Treccani. Volume V. Istituto della Enciclopedia Italiana. Roma. Italia. 1988; MICCIO, Renato. Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni. Seconda edizione aumentata. En: Commentario del Codice Civile. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1966; MINERVINI, Gustavo. Orientamenti verso la responsabilità senza colpa nella più recente dottrina straniera. En: Giustizia civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Anno II. 1952. Págs. 626-647; MONATERI, Pier Giuseppe. Art. 2050 e parametri giuridici di controllo sull'attività della p.a.. En: Responsabilità civile e previdenza. Volume XLVII. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. Italia. 1982 (aquí citado como 1982a). Págs. 375-382; MONATERI, Pier Giuseppe. La "custodia" di cui all'art. 2051 C.C. En: Responsabilità civile e previdenza. Volume XLVII. Dott. A. Giuffré Editore. Milano. Italia. 1982 (aquí citado como 1982b). Págs. 758-765; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. En: Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1998; MONTEL, Alberto. In tema di responsabilità ex art. 2050 cod. civ. En: Problemi della responsabilità civile e del danno.

Seconda edizione aumentata. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1971. Págs. 613-622; NATOLI, Ugo. Considerazioni finali. En: Actas del Seminario Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile. Publicadas En: Responsabilità civile e previdenza. Volume XLII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1977. Págs. 769-770; PACCHIONI, Giovanni. Diritto Civile italiano. Parte II. Volume IV: Dei delitti e quasi delitti. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1940; PATTI, Salvatore. Prove - Disposizioni generali. En: Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Zanichelli Editore-Società Editrice del Foro Italiano. Bologna/Roma. Italia. 1987; POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. Traducción de la edición en ingles de 1992 por Eduardo Suárez. Fondo de Cultura Económica. México D.F. México. 1998; PROSSER, William L. y KEETON, W. Page. On the law of torts. Al cuidado de W. Page Keeton. 5th edition. West Publishing Co. St. Paul (Minn. EEUU). 1984; PUGLIATTI, Salvatore. Voce: Beni (Teoria generale). En: Enciclopedia del Diritto. Volume V. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1959. Págs. 164-189; PUGNO, Stefano. La pubblica amministrazione è custode degli edifici pubblici ai sensi dell'art. 2051 c.c. En: Giurisprudenza Italiana. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino Italia. 2005. Págs. 246-249; RECANO, Paolo. La responsabilità civile per esercizio di attività pericolose. En: La responsabilità civile. A su vez en: Il Diritto Privato nella giurisprudenza a cura di Paolo Cendon. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1998. Págs. 191-303; RECANO, Paolo. La responsabilità civile da attività pericolose. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 2001; RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1964; ROPPO, Vincenzo. Clausole generali e fattispecie tipiche nella disciplina della responsabilità per trattamento di dati personali. En: Cabella-Pisu, Luciana y Nanni, Luca (coordinadores): Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1998. Págs. 423-434; SACCO, Rodolfo. Voce: Dottrina (fonte del Diritto). En: Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile. Volume VII. Unione Tipografico-Editrice Torinese; UTET. Torino. Italia. 1991. Págs. 214-217; SALVI, Cesare. Voce: Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente). En: Enciclopedia del Diritto. Volume XXXIX. Dott A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1988. Págs. 1186-1265; SAVATIER, René. La responsabilità da delitto nel Diritto francese en el progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni. Traducción italiana de Roberto Ago. En: Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi. Volumi IV-V. Parte I. Edizioni dell'Istituto di Studi Legislativi. Roma. Italia. 1930. Págs. 271-295; SCISO, Carla Maria. Spunti in tema di responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. En: Spinelli, Michelle (director): Responsabilità civile – Corso di Diritto Civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari. Volume II. Editrice Adriática. Bari. Italia. S/F, pero en realidad de 1974. Págs. 545-577; SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità civile (1968a). En: Scritti giuridici. Volume I: Scritti di Diritto Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1996. Págs. 319-374; SCOGNAMIGLIO, Renato. Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva (1968b). En: Scritti giuridici. Volume I: Scritti di Diritto Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1996. Págs. 395-415; SCHWARTZ, Gary T. Tort law and the economy in nineteenth-century America: A reinterpretation (1981). En: Levmore, Saul (editor). Foundations of Tort Law. Oxford University Press. Londres y Nueva York. Inglaterra/EEUU. 1994. Págs. 81-88; SCOZZAFAVA, Oberdan Tommaso. Dei beni. En: Il Codice Civile – Commentario diretto da Piero Schlesinger. Dott A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1999; SOMMA, Alessandro. Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra Codice Civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco. En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Anno XCIII. Parte I. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano. Italia. 1995. Págs. 277-297; SOMMA, Alessandro. Le fonti di notevole pericolo nelle esperienze italiana e tedesca. En: Cabella-Pisu, Luciana y Nanni, Luca (coordinadores): Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1998. Págs. 435-456; STARCK, Boris. Essai d'une théoria générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Avec une préf. de Maurice Picard. L. Rodstein. Paris. Francia. 1947; STARCK, Boris; ROLAND, Henri; et BOYER, Laurent. Obligations. Tome 1: Responsabilité délictuelle. Cinquième édition. Éditions Litec. Paris. Francia. 1996; STONE, Ferdinand S. Liability for damage caused by things. En: International Encyclopedia of Comparative Law. Volumen XI: Torts. Capítulo V. Mohr. Tübingen-Mouton. La Haya-Paris. Oceana Publications Inc. Nueva York. Alemania/Holanda/Francia/EE-UU. 1972; TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privato. Quattordicesima edizione. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1995; TRIMARCHI, Pietro. Il "caso fortuito" quale limite della responsabilità

per il danno da cose (contributo ad una teoria del rischio di impresa). En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XIII. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1959. Págs. 808-862; TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Dott A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1961; TRIMARCHI, Pietro. Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. En: AA.VV.: Fondamento e funzione della responsabilità civile. Actas del Seminario dirigido por Buonocore, Vincenzo y Majello, Ugo. Cooperativa Editrice Economia e Commercio. Napoli. Italia. 1975. Págs. 21-36; TRIMARCHI, Pietro. Relazione di sintesi. En: Actas del Seminario "Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile". Publicadas en: Responsabilità civile e previdenza. Volume XLII. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1977. Págs. 763-766; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privato. Nona edizione. Dott A. Giuffrè Editore S.p.A. Milano. Italia. 1991; TUCCI, Giuseppe. La responsabilità civile - responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva. En: Spinelli, Michel (director): Responsabilità civile. Corso di Diritto Civile, per problemi e casi, svolto nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari. Volume I. Editrice Adriatica. Bari. Italia. S/F, pero en realidad de 1974. Págs. 5-22; VALSECCHI, Emilio. Responsabilità aquiliana oggettiva e caso fortuito. En: Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni. Anno XLV. Parte I. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi. Milano. Italia. 1947. Págs. 151-182; VENDITTI, Arnaldo. Del fondamento della responsabilità per danni da cose in custodia. En: Giustizia Civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1956. Parte I. Págs. 877-883; VENDITTI, Arnaldo. Sull'esercizio di attività pericolose. En: Giustizia Civile. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. Italia. 1957. Parte I. Págs. 744-747; VINEY, Geneviève. Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Introduction à la responsabilité. 2e édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-L.G.D.J. Paris. Francia. 1995; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil sous la direction de Jacques Ghestin. Les conditions de la responsabilité. 2e édition. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence-L.G.D.J París. Francia. 1998; VISINTINI, Giovanna. La responsabilità civile nella giurisprudenza. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1967; VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1996; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Voce: Cosa. En: Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile. Volume IV. Unione Tipografico-Editrice Torinese - UTET. Torino. Italia. 1989. Págs. 438-460; ZIVIZ, Patricia. Il danno cagionato dalle cose in custodia. En: La nuova giurisprudenza civile commentata. Casa Editrice Dott. Antonio Milani - CEDAM. Padova. Italia. 1989. Parte II. Págs. 99-116; ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein. Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem gebiete des Privatrechts (3th edition, 1996). Traducción inglesa. En: Introduction to comparative law. Al cuidado de Weir, Tony. 3th edition. Clarendon Press. Oxford. Inglaterra. 1998.

Las pioneras obras de SALEILLES, Raymond, acerca de la responsabilidad objetiva son: una reseña de tesis publicada en la Revue Bourguignonne de l'Enseignement Supérieur. Tomo IV. 1894. Págs. 647-666 ; el opúsculo Les accidents de travail et la responsabilité civile (Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle). Arthur Rousseau. Paris. Francia. 1897; y el informe Le risque professionnel dans le Code Civil, dirigido a la Societé d'Économie Sociale, y publicado en Réforme sociale. Tomo XXXV. 1898. Pags. 634-649. De todo este material rinde cuenta MASSIGLI, Charles. Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle. En: Beudant, Robert y otros. L'œuvre juridique de Raymond Saleilles. Arthur Rousseau. Paris. Francia. 1914. Págs. 435-475.

La reflexión de ESSER, Josef (nacido en 1910) recordada por MINERVINI, Gustavo, proviene del ensayo Grundlagen der Reform des Schadenersatzrechts. En: Archiv für die civilistiche Praxis. Vol. 148. Mohr. Tübingen. Alemania. 1943. Págs. 121-146. Y del volumen Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung: Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts. Beck. München. Alemania. 1941. La segunda edición de este último trabajo, sin modificaciones, fue publicada por la misma editorial muniquesa en 1969.

El artículo de BACHMANN, Gregor "Volenti non fit iniuria" - How to make a principle work, puede consultarse en German Law Journal. Volumen. 4. Número 10. 2003. Págs. 1033-1042, en http://www.germanlawjournal.com. La cita corresponde a la versión de la revista en formato pdf.

Los Principles of European Tort Law pueden consultarse en su versión original inglesa en http://www.egtl.org. En dicho website figura también una versión preliminar en castellano, si bien bastante defectuosa, a cargo de Miquel Martín-Casals.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### En la responsabilidad objetiva no se analiza la culpa

*Siendo un tema de responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que haya actuado el chofer de la empresa o las propias demandadas. De allí que se haya señalado que: "En aquellos ámbitos en los que el daño es objetivamente imputable al agente, el juicio de previsibilidad deviene en irrelevante a la hora de declarar la responsabilidad"; en esas circunstancias, aunque el agente se haya portado con diligencia "será responsable del daño derivado de su actividad" (Cas. N° 1714-2018-Lima).*

### El riesgo se encuentra vinculado a la responsabilidad objetiva

*El artículo 1970 del Código Civil regula la responsabilidad denominada objetiva, y establece que, al producirse un daño con un bien o una actividad riesgosa o peligrosa, no es necesario determinar la culpa o dolo del agente. La sociedad ha creado este tipo de responsabilidad, diferente a la denominada subjetiva, pues los progresos materiales han traído como consecuencia el crecimiento de los riesgos que deben sufrir las personas y sus bienes, y se aplica en aquellos casos en que se produce daño empleando un instrumento o un quehacer que por sí solo es riesgoso o peligroso, que encuentra sustento además en el aforismo latino* cujus commodum est, ejus est periculum *(Cas. N° 4759-2007-La Libertad).*

## Hechos dañosos justificados

**Artículo 1971.-** *No hay responsabilidad en los siguientes casos:*

1. *En el ejercicio regular de un derecho.*
2. *En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
3. *En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.*

Concordancias:
*C. art. 2 inc. 23); C.C. arts. II , 959, 1969, 1970; C.P. arts. 20 incs. 3), 4), 5) y 8)*

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

### 1. Acerca de los hechos no antijurídicos y los hechos dañosos justificados

Hablar de la llamada responsabilidad civil extracontractual ha llevado, en lo que concierne al asunto de la antijuridicidad, a la referencia al deber jurídico de no causar un daño a otro, el *alterum non laedere*, cuyo carácter, increíblemente general, linda con la vacuidad. Conocidas son también las dificultades de plasmar el sistema sobre categorías como *delito*, *cuasidelito* o, peor aún, sobre la idea de la *falta*. Sin perjuicio de lo dicho, entendemos que la antijuridicidad entraña un juicio de desvalor en lo que concierne al resultado. Así, este último, es considerado indeseable por el ordenamiento jurídico (ALPA, DÍEZ-PICAZO).

Sea cual fuere la idea que tengamos sobre la antijuridicidad lo cierto es que, si hacemos referencia a hechos antijurídicos, deberemos, por contraposición, también hacer referencia a hechos no antijurídicos; en otras palabras, supuestos que escapan del ámbito de la responsabilidad civil por lo que, en principio, excluyen la posibilidad de otorgar una indemnización a los afectados bajo las reglas de ésta, sin perjuicio de que pueda corresponderles, por ejemplo, una restitución basada en las normas del enriquecimiento sin causa.

La categoría excluye, entonces, diversos casos. Así, aleja de la esfera de influencia de la responsabilidad civil a aquellos hechos que, aun cuando son dañosos, son justificados por el ordenamiento jurídico. Por su parte, contempla la hipótesis de exclusión voluntaria mediante los convenios de irresponsabilidad. Ya de manera más discutible se ha considerado la exclusión por motivos contextuales e incluso la exclusión como consecuencia de la existencia de un régimen de seguro obligatorio (DE TRAZEGNIES).

El artículo 1971 se refiere al primero de los casos antes mencionados. Se contemplan, en este sentido, tres supuestos que se excluyen del ámbito de la responsabilidad civil por cuanto el legislador ha considerado (en algunos casos, con más criterio que en otros) que, dada la existencia de un bien superior, resulta aceptable o tolerable que se genere un daño en la esfera jurídica de un tercero. De ahí que se configuren como hechos justificados naturalmente ubicados dentro de lo permitido por el ordenamiento (DE ÁNGEL, GHERSI). Por supuesto, estos distan mucho de constituir *autorizaciones para dañar* (*Cfr.* TABOADA, DE TRAZEGNIES).

El análisis de estos hechos dañosos justificados se realiza, conforme a lo anterior, al evaluar la antijuridicidad, esto es, en la etapa de análisis material de la responsabilidad civil. Descartamos, entonces, que nos encontremos ante supuestos de *exoneración de responsabilidad* ya que estos últimos presuponen la existencia de conductas propiamente antijurídicas que generan un daño determinado, mediando una relación de causalidad entre lo primero y lo segundo. Así, la exoneración se efectúa cuando se hace el análisis de los criterios de atribución de responsabilidad y no antes (*Cfr.* ESPINOZA). A mayor abundamiento, la intención del legislador parece clara: regular supuestos en los cuales *no hay responsabilidad*, lo que es manifiestamente diferente a regular supuestos en que *no hay lugar a indemnización*. Por supuesto, esto no es tan solo una cuestión de opción legislativa y, menos aún, una cuestión terminológica. Los supuestos contemplados en el artículo 1971, de acuerdo a lo que venimos mencionando (y de conformidad con lo que desarrollaremos más adelante) son, de suyo, hechos no antijurídicos.

Dado su carácter, los supuestos contemplados en el artículo bajo comentario se manifiestan como excepciones a las reglas de responsabilidad civil extracontractual de nuestro ordenamiento. De ahí que no quepa insertar circunstancias adicionales o variantes no contempladas expresamente en la referida norma.

## 2. Los supuestos contemplados en el artículo 1971

### 2.1. El ejercicio regular de un derecho

Todo derecho cuenta con un fin económico y social determinado. En líneas generales, entendemos como ejercicio regular del mismo a aquel que se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran inspirados por el principio general de buena fe.

Por ser titular de un derecho en particular, el sujeto cuenta con un conjunto de atribuciones que incluyen, en términos latos, diversos mecanismos de actuación. Es al poner en práctica estas atribuciones, esto es, al hacer ejercicio regular de un derecho, que, en algunos casos, se pueden generar daños en la esfera jurídica de un tercero siendo, incluso, que esos daños pueden ser consecuencia natural del referido ejercicio (DE ÁNGEL).

Se ha optado por no establecer límites al ejercicio regular del derecho, lo que conlleva asumir la generación de ciertos daños. La decisión se entiende por cuanto restringir o limitar un ejercicio regular es, desde ya, limitar el derecho o, más aún, desnaturalizarlo.

Así, el ejercicio regular de un derecho es considerado un acto no antijurídico, más precisamente, un hecho dañoso justificado. Como consecuencia de esto, el sujeto que actúa dentro de los parámetros del derecho que ostenta, aun cuando cause un daño, no responde civilmente (DÍEZ-PICAZO, DE TRAZEGNIES).

El estatus de hecho dañoso justificado del ejercicio regular de un derecho se encuentra, por supuesto, en el carácter *regular* de dicho ejercicio. Con esto se entiende que, cuando medie una transgresión al fin económico y social para el cual fue establecido un derecho, no nos encontraremos ya ante un hecho no antijurídico sino todo lo contrario.

A partir de lo dicho, se concluye que quedan excluidos del supuesto contemplado en el numeral primero del artículo bajo comentario tanto el abuso de un derecho como el uso

antijurídico del mismo. Estos casos se encuentran sometidos a las reglas propias del sistema de responsabilidad civil (DÍEZ-PICAZO, ESPINOZA).

De todo lo anterior, puede apreciarse que el legislador ha dejado de lado la idea de considerar al ejercicio regular de un derecho como la antítesis de los actos ilícitos. Queda claro que la norma actual está encaminada por otro rumbo, denotado por el análisis de antijuridicidad, y no por un mero estudio de la culpabilidad (DE TRAZEGNIES).

Puede parecer ocioso mencionar, finalmente, que para que haya ejercicio regular de un derecho tiene que existir un derecho que ejercer. Empero, la acotación resulta útil por cuanto, como norma de excepción, la regla contenida en el numeral bajo comentario solo es aplicable a ese supuesto, no siendo posible interpretarla en el sentido de incluir hipótesis de cumplimiento de deberes o el ejercicio de un oficio o cargo. Estos casos, según corresponda (atendiendo a variables como la naturaleza del deber y el carácter del cargo u oficio), estarán sometidos a las reglas generales de la responsabilidad civil o, en todo caso, constituirán supuestos de conductas no antijurídicas, de conformidad con su régimen propio ajeno al artículo 1971. Ejemplo de lo primero es el cumplimiento del cargo contemplado en el artículo 1981. Respecto de lo segundo, hablamos, por ejemplo, del caso de un juez que tiene la potestad de privar de su libertad a un sujeto, potestad que viene otorgada por el ordenamiento penal y procesal penal. Por supuesto, derechos, facultades y potestades, no son lo mismo. No podríamos decir que el verdugo ejercita regularmente su *derecho de matar* (*Cfr.* DE TRAZEGNIES).

### 2.2. La legítima defensa

El segundo numeral del artículo bajo comentario hace referencia a la legítima defensa que remite a aquellos supuestos en que un sujeto se defiende de una agresión injustificada. En este contexto, el medio empleado, usualmente violento, determina la generación de daños en la esfera jurídica del agresor.

El presupuesto, entonces, de la legítima defensa es que exista una agresión ilegítima, entendemos, un acto intencional, encaminado a afectar negativamente la esfera jurídica del sujeto, que se realiza sin que medie causa justificada (CABANELLAS).

Se desprende del numeral bajo comentario que el actuar del agresor puede estar encaminado a afectar tanto la propia persona, la vida o la integridad, así como los bienes del sujeto, esto es, puede recaer tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial. Por su parte, la agresión puede manifestarse sobre el sujeto que recurre a la legítima defensa o sobre un tercero que el primero busca proteger.

Cabe precisar que la agresión en cuestión no necesariamente tiene que ser física, puede configurarse a partir de una ofensa, una injuria. Asimismo, la amenaza efectiva del mal, desde ya, puede configurar una agresión (DE TRAZEGNIES).

Frente a la agresión injustificada, la persona efectúa su defensa recurriendo a mecanismos que, apreciados según las circunstancias concretas del caso, se constituyen en necesarios e imprescindibles para tal efecto (ESPINOZA). De ahí que se hable de una necesidad racional que justifique el uso del medio empleado.

Es a propósito de esta necesidad racional de utilizar un mecanismo de defensa que se ha hecho referencia al criterio de la proporcionalidad de los medios. En esta medida, se ha venido a considerar que es necesario que exista proporción entre los medios empleados para

la agresión y aquellos de los que se vale el sujeto para defenderse. En este entendido, los actos desproporcionados no configurarían una legítima defensa (DE TRAZEGNIES).

La idea anterior no se ha librado de las críticas. Pensemos en el caso de un sujeto que ingresa a una casa para robar y que, al ser descubierto por el propietario, saca un cuchillo y se dispone a atacarlo, siendo que este último lo único que tiene a mano es un revólver. Teniendo en cuenta el criterio anterior, el propietario de la casa deberá evaluar en ese momento si hay la debida proporción entre el medio con el que se le pretende agredir y el que corresponde a la defensa, ir a la cocina de su casa, regresar con un cuchillo y enfrentarse a quien probablemente sea un experto en el arte.

El ejemplo referido nos lleva a cuestionar el criterio de la proporcionalidad. Es cierto, se debe evaluar la necesidad racional del medio que se emplea para repeler la agresión, pero esto no implica hacer un examen de proporcionalidad (y menos de equivalencia). Más bien, se debe atender al contexto particular ante el cual nos encontremos (ESPINOZA).

Precisamente, el desechar la idea de la proporcionalidad ha llevado al legislador en materia penal a efectuar una modificación al código de la referida materia. El numeral tercero del artículo 20 del cuerpo normativo mencionado, modificado por la Ley N° 27936, Ley de Condiciones del Ejercicio de la Legítima Defensa, establece que para evaluar la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima no se tendrá en cuenta el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose, en su lugar, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponía para la defensa.

Los criterios mencionados pueden inspirar la normativa civil y, de hecho, resultan mucho más adecuados para abordar la problemática en cuestión.

Se agrega a lo dicho que para que haya legítima defensa quien padece el daño no debe haber provocado *suficientemente* al agresor. La idea podría considerarse reiterativa ya que de mediar provocación probablemente la agresión no sería ilegítima, con lo que, finalmente, no nos encontraríamos ante un supuesto de legítima defensa. Por supuesto, la existencia de provocación no necesariamente legitima la agresión (salvo en el caso en que esta última, a su vez, se manifieste como legítima defensa).

La confluencia de los elementos referidos, agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado aunado, si se quiere, a la falta de provocación suficiente, determina que se considere que el agredido actuó en legítima defensa y, por tanto, que la conducta en cuestión no sea antijurídica.

Cabe acotar que el considerar a la legítima defensa como un caso en el que media un hecho dañoso justificado, situación que lleva a que el agredido no responda civilmente, se explica a partir de la valoración positiva del instinto de conservación humano, en el caso de la defensa propia, o la actitud humanitaria o de solidaridad, en el caso de la defensa ajena (DE TRAZEGNIES).

### 2.3. El estado de necesidad

La situación de estado de necesidad, en líneas generales, surge cuando un sujeto se encuentra amenazado por un peligro inminente por lo que requiere sacrificar un *bien jurídico* menor a fin de evitar el perjuicio de uno mayor (ESPINOZA). La relevancia del caso se da en cuanto el bien sacrificado corresponde a un tercero.

Al efecto, debe tenerse en cuenta que para que se configure el supuesto bajo análisis la situación de peligro en cuestión ha de ser inminente. De lo contrario, el actuar sacrificando un bien por otro no estaría justificado. La sola expectativa o riesgo no se consideran suficientes. Esto se debe a que es la inminencia del peligro la que deja al sujeto sin posibilidad de evaluar la situación y así salvar sus bienes utilizando sus propios medios sin afectar intereses de terceros.

Queda claro que la situación de peligro debe constituir un caso fortuito. De otra forma, esto es, de mediar un causante, el mismo quedará sometido a las reglas de la responsabilidad civil.

Se hace referencia, por su parte, al hecho de que la pérdida, destrucción o deterioro del bien sacrificado no debe exceder de lo indispensable para proteger el bien salvado. Y no solo eso: el mal causado no puede ser mayor que aquel que se ha tratado de evitar (DÍEZ-PICAZO). Más aún, en nuestro ordenamiento se requiere que haya *notoria diferencia* entre el bien sacrificado y el bien salvado. No queda claro, sin embargo, si la diferencia en cuestión debe apreciarse con criterios cuantitativos o cualitativos, por lo que la evaluación de cada caso deberá efectuarse con sumo cuidado.

Lo anterior aparenta, por lo menos, una intención del legislador de reducir al mínimo los supuestos en que el estado de necesidad de un sujeto lo aleja de la esfera de la responsabilidad civil.

A lo dicho hay que agregar que el numeral bajo comentario solo se refiere al estado de necesidad que determina el sacrificio de un bien por otro. Así, los derechos extrapatrimoniales, independientemente de su grado de disponibilidad, no se podrían insertar en el esquema del estado de necesidad, por lo que los daños morales que pudieran verse afectados son susceptibles de indemnización bajo las reglas de la responsabilidad civil.

Por otro lado, el sujeto amenazado por un peligro inminente, en los términos antes indicados, no puede argumentar estado de necesidad cuando por su oficio o cargo tenga el deber de exponerse al peligro (DÍEZ-PICAZO).

A pesar de lo aparentemente clara que puede resultar la problemática correspondiente al estado de necesidad, no queda dilucidada la razón por la cual no se traslada el costo del daño de la víctima al causante de este último. Aparentemente esto se explicaría en la recidiva de la teoría de la culpa (que inspiró a los legisladores del Código de 1936, en donde se encuentran las raíces de la norma en cuestión) al considerarse que, como el sujeto no es culpable, no debe responder (DE TRAZEGNIES). Pero, en un sistema de responsabilidad extracontractual como el vigente en el que, a pesar de todos sus defectos, la teoría de la culpa ha perdido parte de su antigua importancia, la situación ya no se entiende.

Vale la pena mencionar la problemática del sistema español al respecto. En este sistema, en el que las normas sobre la materia que aborda el artículo bajo comentario no se encuentran en la codificación civil, el Código Penal, que sirve de referente al respecto, excluye los supuestos en que media un estado de necesidad del régimen de responsabilidad penal. Sin embargo, se establece, en el artículo 118.3 del Código Penal español, que serán responsables civiles de los daños causados en ese contexto las personas en cuyo favor se haya generado el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en caso contrario, de la manera que el juez determine según su prudente arbitrio.

Diversas cuestiones han llevado a la doctrina española a considerar que la norma en cuestión no contempla un supuesto de responsabilidad civil para el caso del estado de necesidad. El argumento más importante radica en que la norma no busca indemnizar un perjuicio sino que apunta a restituir el valor de los beneficios obtenidos, lo que no corresponde al causante sino al que se ha beneficiado con el sacrificio del bien perjudicado en el contexto del estado de necesidad. Así, se concluye que la norma en cuestión se ampara en los principios del enriquecimiento sin causa (DÍEZ-PICAZO).

Aun cuando en nuestro sistema jurídico no existe una norma similar a la española, la referida experiencia puede resultarnos útil a fin de buscar una salida al problema planteado en nuestro sistema jurídico a propósito de la asignación del costo del daño generado mediando un estado de necesidad. Para salvar la dificultad, podría afirmarse que si bien el artículo 1971 excluye la problemática del estado de necesidad del ámbito de la responsabilidad civil, no la excluye del correspondiente al enriquecimiento sin causa y, aunque no corresponda una indemnización por los daños causados, sí correspondería una restitución por el beneficio obtenido a partir del sacrificio de un bien de propiedad de otro.

Queda la discordancia entre lo regulado en este numeral y el supuesto contemplado en el artículo 959, ubicado en el Libro de Derechos Reales, que se refiere a un caso muy puntual de estado de necesidad relativo a servicios provisorios en propiedades vecinas, situación entendida como una limitación de la propiedad predial por razón de vecindad. Para el caso, se indica en el artículo en cuestión, que, a pesar de mediar estado de necesidad, se indemnizará por los daños y perjuicios causados al propietario. Al respecto, se ha considerado que este supuesto constituye una excepción a la norma del artículo 1971.3 en cuanto parece someter la cuestión a las reglas de la responsabilidad civil (DE TRAZEGNIES). Podría considerarse, sin embargo (aunque con menor probabilidad), que nos encontramos ante un caso en el que se pretende restituir los beneficios mediante las reglas del enriquecimiento sin causa y que la *indemnización* a la que se refiere el artículo 959 se corresponde con la regulada en el artículo 1954. Por supuesto, el texto de la norma de Derechos Reales parece llevarnos por el primer camino.

Para terminar, cabe referirse al párrafo final del numeral tercero del artículo 1971, cuyo texto resulta poco menos que ininteligible. No es lógico que el liberado del peligro, quien se beneficia con el daño causado al bien de propiedad de un tercero, en la hipótesis de estado de necesidad, tenga que probar la pérdida, destrucción o deterioro del mismo. Aparentemente, lo que ha querido decir el legislador es que la prueba del estado de necesidad, que determinó el daño al bien en cuestión, corresponde al liberado del peligro.

## DOCTRINA

ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Gaceta Jurídica, Lima: 2001; ALPA, et al., Estudios de la responsabilidad civil. Ara, Lima, 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, Enciclopedia de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; ASÚA, La responsabilidad. En: PUIG I FERRIOL, et al., Manual de Derecho Civil. Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1998; BUERES et al., Responsabilidad por daños. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; CABANELLAS. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Heliasta, Buenos Aires, 1989; DE ÁNGEL, Tratado de responsabilidad civil. Civitas, Madrid, 1993; DE CUPIS, El daño, Teoría general de la responsabilidad civil. Bosch, Barcelona, 1975; DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Civitas, Madrid, 1996. Vol II; Derecho de daños. Civitas, Madrid, 1999; ESPINOZA, Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; GHERSI, Teoría general de la reparación de daños. Astrea, Buenos Aires, 1997; REGLERO et at., Tratado de responsabilidad civil. Aranzadi, Pamplona, 2002; SANTOS BRIZ, Derecho de daños. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid,

1963; TABOADA, Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 2001; TAMAYO JARAMILLO, De la responsabilidad civil. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999; DE TRAZEGNIES, La responsabilidad extracontractual. En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, Derecho de daños. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1991; VENINI, Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Juris, Rosario, 1990; ZANNONI, El daño en la responsabilidad civil. Astrea, Buenos Aires, 1982.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Irresponsabilidad por ejercicio legítimo de un derecho

*(C)omo se puede constatar en la sentencia de vista recurrida, el principal fundamento para declarar infundada la demanda se sustenta en el artículo 1971 del Código Civil que regula una de las causas eximentes de responsabilidad civil por el ejercicio legítimo de un derecho, lo que implica que no se configura un supuesto de responsabilidad civil, si la conducta realizado por el autor del daño se efectúo dentro del ámbito amparado por el derecho; pues a pesar de haberse causado un daño, el mismo será consecuencia de una actividad lícita de conformidad al derecho y permitida y justificada por el mismo* ***(Cas. Nº 3409-2009-Cusco).***

## Ruptura del nexo causal

**Artículo 1972.-** ***En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1315, 1970, 1973*

**YURI VEGA MERE**

Nada más complejo para la responsabilidad civil que detenerse a examinar entre sus elementos aquel de la relación de causalidad. Si bien no es la materia directamente aludida por la norma, y menos del comentario, no por ello debe pasar desapercibida en el presente caso.

Antes que nada es necesario reiterar lo que ya se ha dicho en la doctrina nacional. El artículo 1972 no solo se aplica a los casos del numeral 1970. Es una norma que los jueces deben invocar también en los supuestos en que la responsabilidad civil se impute por culpa.

El problema, en todo caso, que se advierte con la sistemática de esta parte del Código es que el artículo 1972 trata los supuestos de fractura del nexo causal antes de dar cuenta de la teoría de la causalidad por la cual se optó legislativamente. Quizá por ello sería preferible que el lector consulte antes la explicación que merece el artículo 1985. Otro tema (a riesgo de anticipar una conclusión) es que hubiera sido preferible consagrar de un modo más directo la regla de la liberación del agente por medio de la referencia a una causa ajena e irresistible, pero ya volveremos sobre este asunto.

La atribución de responsabilidad, cualquiera fuere el motivo (por culpa, riesgo creado o por medio de algún otro factor de imputación), requiere la definición de la incidencia del comportamiento del autor en el daño injustamente causado. Al reconstruir los hechos, además de analizar la conducta del agente y el resultado (el evento dañoso), será indispensable establecer si existe o no una relación de causalidad que permita explicar la razón por la cual (concurriendo, por lo demás, el juicio de la denominada "imputabilidad") se hará cargar el fardo de la reparación al agente en cuestión. Es decir, la existencia de un hecho generador del daño, cierto y directo que se presente, en la medida de lo humanamente comprensible, como una causa unívoca.

Por ello, solo la disección (a veces enojosa e intrincada) de los elementos de la responsabilidad civil puede conducirnos a la conclusión de que la "autoría" del agente no trasciende ni importa a nivel causal, específicamente cuando este se ha convertido en instrumento de otros factores de los cuales no puede ser considerado precisamente como autor.

En efecto, cuando en el proceso de desencadenamiento y concurrencia de determinados hechos que conducen al resultado perjudicial se advierte que los eslabones de la cadena no provienen única y exclusivamente del comportamiento del presunto autor, pues escapan (todos o algunos) a su control el análisis de las posibles causas atraviesa una mayor dificultad y es entonces cuando se debe ponderar la presencia de "hechos interrumptivos"[1] o fracturas del ligamen de causalidad.

(1) La frase es una licencia del lenguaje o, si se quiere, una mala traducción del italiano. La expresión castellana "interruptor" tiene el significado de mecanismo destinado a interrumpir o establecer un circuito eléctrico.

En otros términos, el tema del nexo causal, en los supuestos previstos en el artículo 1972, exige que en la tarea de reconstrucción se tome en consideración la interferencia de hechos que podrían escapar a la sucesión causal originada por el comportamiento del agente.

Sin embargo, la conclusión no es sencilla, ni puede desconocer una realidad que fácticamente podría tener una explicación diversa a aquella que hay que asignarle en términos jurídicos. Así es; la sucesión de factores puede (y a veces –o siempre– lo es) haber sido activada por el autor. Inclusive, este (bajo la perspectiva de la causa más remota) podría ser considerado como el que puso en marcha el curso de las cosas, sin cuyo acaecimiento los sucesos ulteriores no habrían aprovechado tal secuencia. Pese a ello, y como decíamos, por razones de orden jurídico, ha de tenerse en cuenta la (posible) concurrencia de diversos eventos en la producción del daño a fin de sopesar la gravitación e importancia que atañe a cada cual en el daño sin que se opte por una solución de corte mecánico, dado que, si bien la búsqueda de la causa es una cuestión de hecho, el juicio de responsabilidad no es de corte naturalístico. Lo que importa determinar es la causa *jurídicamente relevante* como fuente generadora de responsabilidad y ese juicio es, a no dudarlo, un juicio jurídico; el Derecho no es una ciencia natural y debe examinar todos los antecedentes, a efectos de verificar en el procedimiento causativo cuál es el factor que se considera el origen del perjuicio.

Algunos consideran que en ello conviene distinguir la causa de la condición. Mientras que la primera es el antecedente calificado que modificó el curso de los hechos, la segunda representa el cauce normal de los sucesos en el cual interviene la *verdadera causa* para desviarlos o conducirlos a aquella modificación. Si la distinción fuera de fácil aplicación, la responsabilidad civil sería de sencilla delimitación; pero la realidad puede mostrar hechos complejos, antecedentes varios de toda índole y una superposición de factores que exigen una más detenida atención. Además, todo antecedente modifica siempre al que le precedió en el tiempo y, simultáneamente, también podría ser entendido como presupuesto del subsecuente, con lo cual todo apuntaría a optar por la teoría de la equivalencia de las condiciones y los resultados de la investigación podrían arrojar una solución absurda.

La investigación, por otro lado, si se remonta a todos los antecedentes, podría ser infinita y despertaría mayor incertidumbre al pretender identificar como origen del daño la causa más remota. La posición contraria, es decir, definir la responsabilidad sobre la base de la causa próxima, también sería pasible de las mismas críticas si en los hechos previos al último de la cadena, existe un suceso que para el Derecho tiene mayor relevancia que el anillo final de la serie causal. Como se aprecia, no basta con decidir si la posición que se debe asumir es la de una u otra teoría (*conditio sine qua non*, causa remota o causa próxima, entre las más conocidas) para consagrar una regla única, que además sea presumida como certera. Es indispensable que el juicio de responsabilidad responda a criterios más elaborados jurídicamente.

Desde una perspectiva histórico-naturalística, todos los hechos constituyen una cadena de antecedentes causales. Empero, al Derecho le interesa limitar el análisis, delimitar los factores. No se puede correr tras la búsqueda de todos los antecedentes.

Bajo esta premisa, la responsabilidad civil, se afirma, requiere de un juicio de experiencia (de lo "habitual" si se quiere). Es ese juicio el que permite, estadística o probabilísticamente, decidir cuál ha sido el factor que entre las varias condiciones concurrentes exhibe un valor preponderante o bien determinante de la alteración del curso de las cosas (alteración en caso que concurran antecedentes que pretenden fungir como condiciones equivalentes) o, finalmente, el que determinó que se ocasionare un perjuicio activando el procedimiento causativo. La causa, en síntesis, no debe ser fortuita ni tampoco su elección. Ha de ser aquella

que se ajuste de una manera muy aproximada a las consecuencias originadas por el comportamiento del agente.

En el juicio de responsabilidad, en todo caso, es fundamental tener presente que, siendo el acontecer social una urdimbre de sucesos, en un caso específico no pueden ser equiparadas todas las circunstancias confluyentes. Es indispensable "elegir" de entre las posibles causas aquella a la cual se le puede atribuir el carácter de hecho determinante o bien contributivo si no es posible "cancelar" la participación del autor. En pocas palabras, se debe seleccionar la causa que se ajuste a los efectos, que se adecue al resultado al cual se llegó. Esta no es una simple afirmación de orden fáctico; obedece a un criterio de experiencia y de probabilidades al momento de reconstruir la cadena de sucesos para definir con cuál de ellos el daño se habrá configurado. Si bien la "arquitectura" de la reconstrucción supone un análisis que se juzga como una ponderación *ex ante* para demostrar que a un cierto hecho correspondería tal consecuencia, la aseveración es producto de la necesidad de contar con parámetros que permitan que en la recomposición (*fría y ex post*) de los sucesos se pueda anticipar las posibles consecuencias de ciertos eventos.

Cuando se postula el juicio de previsibilidad en un análisis ex ante lo que se busca es que el agente prevea o haya podido prever las consecuencias de sus actos. El matiz varía cuando existen determinadas condiciones o circunstancias producto de la actuación del presunto autor que son aprovechadas por una *novam causam* interviniente, dado que ella no debe haber sido prevista por el agente o, en el extremo, aun siendo prevista, que dicha causa hubiere sido irresistible y que no sea producto del comportamiento del agente.

Creo que con esas pocas premisas podemos entender por qué el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho determinante de un tercero o los hechos de la víctima pueden liberar al "autor" de toda responsabilidad, los cuales son considerados como supuestos de fractura de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño injusto.

La jurisprudencia, al igual que lo que se constata de la propia legislación, no ha intentado ninguna diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, habiendo quedado a la doctrina la tarea de establecer posibles diferencias sin que en ello varíe el tratamiento normativo. La jurisprudencia, inclusive en sede de responsabilidad aquiliana, entiende, de manera reiterada, que nos encontramos ante un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, siguiendo en ello la definición (o descripción) que contiene el artículo 1315 en materia de responsabilidad obligacional.

La nota de lo extraordinario suele ser explicada como aquello que escapa al cauce normal de los hechos, como algo inusual o ajeno al riesgo típico de una actividad determinada. No han faltado intentos de ver en lo extraordinario una causa "ajena" en el sentido de "externa". A pesar de que no todos comparten dicho criterio, el esfuerzo de la explicación no es baladí. Lo ajeno alude, en mi opinión, a dos notas de sumo interés: (i) la ausencia de autoría del agente en el hecho en cuestión, de modo que no pueda serle imputable; y (ii) lo ajeno apunta hacia lo extraño al habitual discurrir de los acontecimientos. Ello, como bien ha sido apuntado, tiene clara relación con la decisión en torno a lo típico o común que, por lo demás, se acerca a la nota de la previsibilidad, según veremos.

Y es que si algo es previsible, las secuelas que puedan derivar de cierto comportamiento o actividad no pueden pasar inadvertidas. Un robo a un banco es previsible, no es extraordinario, pero puede ser irresistible. Ello nos conduce al aspecto –en mi concepto– de mayor

relevancia al lado de la "ajenidad" de la causa asumida como ausencia de autoría: la irresistibilidad. Si un hecho es previsible y no es extraordinario, pero si aun así es irresistible, ¿debe responder el presunto autor?

En la circulación vial, por ejemplo, es previsible la imprudencia de los peatones, no es un hecho atípico ni extraño, pero el conductor no tiene por qué asumir la carga económica si el comportamiento del peatón aporta la causa determinante y exclusiva del daño que él mismo sufre.

No pretendo excluir de las llamadas causas ajenas lo que tengan de extraordinario e imprevisible, especialmente en el caso fortuito o fuerza mayor. Lo que ocurre es que la cláusula de cierre está dada por la nota de lo irresistible que impide al agente actuar de otra manera.

La diferencia estriba, en los casos de fractura o ruptura del nexo causal, en que el caso fortuito suele ser anónimo, mientras que el hecho de tercero o el de la víctima (como dice Trazegnies) tienen nombre y autores propios, conocidos. Son ellos los que aportan las causas determinantes del daño, cancelando o tornando irrelevante la participación del presunto autor, quien solo habría sido "creador" de condiciones que fueron aprovechadas por el anonimato, el tercero o la propia víctima.

En todos los supuestos, sin embargo, se advierte que es necesario insistir en la "ajenidad" del presunto autor en la causa del daño. La nota común es que escapan al discurrir de los hechos y en esa medida se deben presentar como una "alteración" del procedimiento causativo o como los hechos que absorben la autoría del resultado. Son "fuerzas mayores" (y excluyentes) en la sucesión de los acontecimientos que se convierten en irresistibles en el sentido que no permiten al agente actuar de otra manera, le impiden evitar el resultado.

La crítica, ya formulada en la doctrina nacional, respecto del supuesto de exoneración ante la denominada "imprudencia" de la víctima tiene mucho sentido. No resulta necesario que el agente quede liberado únicamente cuando la víctima haya actuado con imprudencia, asumida como actitud temeraria en sentido estricto, ni como sinónimo de negligencia o falta de cuidado; basta que sea quien aporte la causa generadora del daño que ella sufre y que se asume como "hecho" sin más, sin connotación adicional, sin pretender entender que en el caso de la responsabilidad por riesgo (a la que alude fragmentariamente el artículo 1972) exista mayor peso en la carga de la prueba que se impone al presunto autor. No hay necesidad de calificar la intención o el comportamiento de la víctima; basta, como hemos dicho, que su conducta sea determinante y excluyente.

## DOCTRINA

CAPECCHI, Mauro. Il nesso di causalitá e il concorso di cause. En: Risarcimento del danno extracontrattuale. A cura di Giovanna Visintini, Giuffrè Editore, Milano, 1999; DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Civitas, 1999; ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; JOURDAIN, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. Dalloz, 1992; LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano. Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1954; LE TOURNEAU, Philippe. La responsabilidad civil. Legis, Bogotá, 2004; MAZEAUD, Henri y LEÓN & TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil. Tomo Segundo, Vol. II, EJEA, Buenos Aires, 1977; MONATERI, Pier Giuseppe. Manuale della responsabilitá. UTET, Torino, 2001; REY DE CASTRO, Alberto. La responsabilidad civil extracontractual. UNMSM, Lima, 1972; TRAVERSO, Maria Clementina. In concorso di colpa del danneggiato. En: Risarcimento del danno extracontrattuale. A cura di Giovanna Visintini, Giuffrè Editore, Milano, 1999; DE TRAZEGNIES, Fernando de. La responsabilidad extracontractual. Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. I, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; TUNC, André. La responsabilitá civile. Economica, 1989.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### Ruptura del nexo causal por hecho de la propia víctima

*{L}a sala superior no ha analizado debidamente la figura jurídica de la fractura causal, pues lo que se requiere para que se configure dicha figura jurídica es que el autor no haya sido el causante del daño sino la imprudencia de la propia víctima, lo que no ha quedado claramente establecido por la instancia superior cuando señala que no puede determinarse de los actuados en qué situación era imposible que la UT-2 infringiera daño alguno, ya que aún cuando la velocidad haya sido de quince o veinte kilómetros por hora la colisión del vehículo UT-1 contra la UT-2 podía causar el mismo daño dada la diferencia de sus estructuras al ser uno de ellos automotor y por tanto seguiría representando peligro; con lo que implícitamente está estableciendo que se causó daño a la víctima, por consiguiente no resulta aplicable a dicha situación fáctica lo dispuesto por el artículo 1972 del Código Civil (Cas. Nº 2288-2013-Huaura).*

### El hecho de un tercero como fractura causal debe ser acreditada

*Del examen y estudio de autos no se ha llegado a comprobar que se configure el supuesto contemplado en el artículo 1972 del Código Civil (hecho determinante de tercero), pues según las instancias de mérito el accionar del tercero lo constituye el asalto al camión por una banda de delincuentes, sin embargo, según las conclusiones del atestado policial {...} se determinó que presuntamente los integrantes de la banda delincuencial {...} serían los autores del delito de robo agravado en el grado de tentativa del vehículo que transportaba el material explosivo, incluso se estableció que no se podía determinar fehacientemente las causas que originaron la explosión del vehículo cargado de dinamita pulverulenta, todo ello aunado al hecho de que los vehículos de placa de rodaje {...} y {...}, que transportaban la carga de dinamita, no estaban autorizados para el transporte del material explosivo, por lo que {...} la Dirección de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos multó con dos Unidades Impositivas Tributarias a la empresa demandada, al haber autorizado el traslado de la dinamita en un vehículo que carecía de autorización expedida por la DISCAMEC (resolución que no ha sido cuestionada por la demandada). Por consiguiente, estos hechos incuestionablemente no constituyen el supuesto contenido en el citado artículo 1972, por cuanto no se encuentra debidamente acreditado que delincuentes hayan provocado la explosión del material explosivo, tanto más si aquella era transportada en un vehículo no autorizado, por lo que se concluye que el indicado artículo es impertinente para dirimir la controversia, configurándose por tanto la infracción normativa por aplicación indebida del mismo (Cas. Nº 2253-2010-La Libertad).*

## Reducción judicial de la indemnización

**Artículo 1973.-** *Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1321, 1972*

ERIC PALACIOS MARTÍNEZ

Todo intento de interpretar adecuadamente esta norma debe de relacionarla inmediatamente con el artículo precedente, en tanto ambos se refieren, en conjunto, a la imprudencia de quien padece el daño, pero de diferente manera, de acuerdo a la magnitud de la imprudencia: el artículo 1972, en lo que concierne al tercer supuesto de exoneración de responsabilidad (supuestamente vía fractura causal), se coloca ante el caso de que la imprudencia de la víctima haya sido el factor determinante de la producción del daño, mientras que el caso del artículo ahora comentado es aquel en donde la imprudencia solo concurre en la producción del daño, sin constituir el factor determinante en la verificación del mismo.

Es claro que en estos supuestos el intérprete tendrá que dirimir en cada caso concreto el grado de imprudencia de la víctima en la constatación del daño. Así, será distinto el que una persona se arroje a las ruedas de un automóvil en movimiento –en cuyo caso se aplicará el supuesto de hecho del artículo 1972– o que esa misma persona se haya resbalado a la pista por ir jugueteando con su mascota y sea embestida por un automóvil cuyo chofer lo conduce a excesiva velocidad.

Incluso la doctrina llega a distinguir entre las situaciones en que la culpa de la víctima (perjudicado) concurre en la producción del daño, de aquellas en las que genera un agravamiento de sus consecuencias (JANNARELLI). Tal distinción no ha sido acogida en nuestra legislación, ya que resulta claro que la norma ahora comentada se refiere solo al primer caso, es decir, al supuesto en que la actividad de la víctima causalmente incide en la ocurrencia del daño. Sería entonces necesario establecer que el agravamiento de las consecuencias dañosas generadas por la actuación o no actuación del propio perjudicado se encuentra dentro del régimen general de imputabilidad establecido en el artículo 1969 del Código Civil, máxime cuando la referencia normativa es justamente la imprudencia de la víctima y dar como resultado su absoluta irrelevancia frente al sujeto causante. Por lo demás, el sentido de la norma permite evaluar la conducta agravante del perjudicado como un hecho *ex post* al daño que genera consecuencias dañosas distintas a las originadas por el causante y que, en este orden de ideas, estarían fuera de su esfera de imputabilidad.

Merece particular atención, para efectos de realizar una apreciación crítica sobre la impropiedad de la utilización del término imprudencia, y más allá de que algunos autores hayan reseñado las finas distinciones entre la imprudencia y la negligencia (DE TRAZEGNIES, SAVATIER), el análisis preciso del concepto de diligencia, que conlleva, como no, al de su aspecto negativo: la negligencia, pues ello responde mejor a la idea plasmada en el artículo examinado al ser perfectamente equiparable a la problemática que nos atañe: hay una identificación innegable, según nuestro parecer, entre imprudencia y negligencia.

La diligencia puede ser entendida como la idónea utilización de energías y medios útiles para realizar un fin determinado que, en este caso, se identifica con la protección de la propia persona. Se infiere entonces que, para valorarla adecuadamente, es preciso tener en cuenta

su contenido, es decir, la conducta de cierto sujeto en relación con los obstáculos que se presentan y el esfuerzo necesario para superarlos: no así la consecución del resultado perseguido (BIANCA) delimitado en la no materialización de una conducta dañosa.

Según los diferentes fines perseguidos, diverso será el contenido de la diligencia, podríamos puntualizar, siendo por demás claro, que el juicio de valoración (positivo o negativo) de la diligencia o de la negligencia, según sea el caso, tiene que realizarse sobre la base de patrones construidos sobre un modelo objetivo o abstracto que sea externo a la persona (RODOTÁ). Lo contrario implicaría una evaluación concreta in situ, con la consideración de las aptitudes personales de cada sujeto en su situación peculiar, derivando de ello un tratamiento disímil, diríamos a la "medida", con la consiguiente pérdida de la necesaria equiparación en la calificación realizada por el ordenamiento.

De tal orden de ideas se colige que la negligencia sería la ausencia de aquella idónea utilización de las energías, pero también que no podría ser tenida como un evento externo, al igual que el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho de tercero, que conlleve la ruptura del nexo causal, tal y como lo pretende imponer el artículo 1972 del Código Civil. Similar objeción se hace al artículo 1973, en el sentido de que se dirige al establecimiento de una hipótesis de concausa en la producción del daño, pero teñida o, mejor dicho enmascarada, con el término imprudencia, calificado como peligroso en cuanto se alegue la imprudencia (culpa) de la víctima, considerando la inversión de la carga de la prueba del último párrafo del artículo 1969 del Código Civil, ya que le corresponderá a esta probar que ella no tuvo culpa, instaurándose un sistema absolutamente tradicional de responsabilidad subjetiva (DE TRAZEGNIES), del que supuestamente el legislador pretendió alejarse con la aludida inversión de la carga de la prueba.

Igual atingencia puede efectuarse con respecto a la responsabilidad objetiva ex artículo 1970 del Código Civil, ya que sorpresivamente aparecería la culpa en el seno de la relación fundada en el riesgo. El presunto agente responde objetivamente por riesgo, pero puede exonerarse si prueba que hubo culpa en la víctima, cuando lo lógico es que la exoneración se produzca siempre que se pruebe que el riesgo fue creado por la propia víctima (DE TRAZEGNIES).

No obstante lo expuesto, no podemos sino disentir de la utilización del término "imprudencia" para referirse a la intervención de la víctima en la producción del daño. Es más adecuado, en vista a esclarecer que la intervención de la víctima se efectúa a nivel causal, es decir de relación de causalidad (específicamente acudiendo al concepto de concausa), que se haga alusión al hecho de la víctima, evitándose así ambigüedades que podrían dar lugar a la intromisión de cuestiones que atañen al ámbito de los criterios de imputación, con el ineludible resultado de yuxtaponer peligrosamente el plano factual y el plano de imputación dentro del esquema general de la responsabilidad civil. Se debe tener en claro que en el ámbito de las condiciones que han determinado la secuencia de eventos que desembocan en el hecho dañoso es frecuente que pueda estar presente también la conducta de la víctima (JANNARELLI).

Hay quien ha sostenido, asimilando el hecho de la víctima a las llamadas fracturas, que para trazar el límite a la serie causal, el método más simple consiste en examinar la continuidad del encadenamiento causal. Desde que un evento se haya interpuesto en este, una ruptura se ha producido: el daño no es reparable porque la causalidad es indirecta.

Es lo que sucede cuando en la cadena de eventos que preceden al daño, figura una circunstancia de fuerza mayor; asimismo, si la víctima o un tercero han intervenido por una

iniciativa espontánea. El daño no era una consecuencia inevitable del hecho inicial. Por ejemplo, la víctima de un accidente anodino muere de una crisis cardiaca por haber perseguido al autor de manera desenfrenada; el autor del accidente no es responsable del deceso (LE TOURNEAU).

Es claro que la justificación de la reducción de la indemnización se funda sobre el ahora denominado hecho de la víctima que coadyuva, a nivel causal, a la producción del daño. En este supuesto el juez decidirá, atendiendo a las circunstancias actuantes, cuál será el monto a reducir sobre la cantidad dineraria necesaria para resarcir el daño generado.

Con esta disposición el sistema apunta sea a prevenir en los límites de lo posible la verificación de los eventos dañosos, sea a balancear los intereses contrapuestos de los protagonistas de la responsabilidad civil (JANNARELLI), respondiendo a una exigencia de solidaridad y de convivencia el que cada sujeto se ciña a los parámetros de la diligencia media.

## DOCTRINA

ALPA, Guido y BESSONE, Mario. Elementi di Diritto Civile. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1990; BARASSI, Ludovico. Instituciones de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA), Buenos Aires, 1967, T. V; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Dott A. Giuffrè Editore, Milano 1990, T. IV; BIGLIAZZI-GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco Donato y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Santa Fé de Bogotá, 1992; CIAN, Giorgio y TRABUCCHI, Alberto. Breve commentario al Codice Civile. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), Padova, 1990; CORSARO, Luigi. Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano, en Estudios sobre la responsabilidad civil, traducción, edición y notas de Leysser L. León, prólogo de Fernando de Trazegnies Granda, Ara Editores, Lima, 2001; DANZ, Erich. La interpretación de los negocios jurídicos, traducción y concordancias con el Derecho Español de W. Roces, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1926; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual, en Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1979, T. IV, Vol. I; ESPIN CANOVAS, Diego. Manual de Derecho Civil español. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982; JANNARELLI, Antonio. Struttura dell´atto illecito, en Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone, Giappichelli Editore, Torino, 1995; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1979, T. VII; RODOTA Stéfano. Voce "Diligenza (Diritto Civile)" en Enciclopedia del Diritto. T. XII, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1964; RESCIGNO, Pietro. Manuale del Diritto Privato italiano. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Nápoli, 1986; SANTORO PASSARELLI, Francesco. Doctrinas Generales del Derecho Civil, traducción de Agustín Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964; SCOGNAMIGLIO, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983; TRIMARCHI, Pietro. Istituzioni di Diritto Privatto. Giuffrè Editore, Milano, 1989; VISINTINI, Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil, traducción, edición y notas de Leysser L. León, prólogo de Francesco Galgano, Ara Editores, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Intervención de la víctima en la producción del daño genera la reducción del resarcimiento**

*Siendo así, se advierte que en el presente caso se ha establecido la responsabilidad objetiva del chofer del vehículo por el uso de un bien riesgoso o peligroso, el mismo que ha causado un daño fatal a la víctima, así como la concurrencia de la denominada concausa en la producción del daño, por imprudencia de la propia víctima, por lo que conforme a lo previsto en el artículo 1973 del Código Civil corresponde reducir el monto indemnizatorio según las circunstancias que dieron mérito a que se produzca el accidente de tránsito con consecuencia de muerte del agraviado* ***(Cas. N° 418-2014-Huaura).***

## Irresponsabilidad por pérdida de conciencia

**Artículo 1974.-** ***Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquella.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1971 y 1972*

JORGE A. BELTRÁN PACHECO

### 1. Aspectos introductorios

Para atribuir responsabilidad civil a un sujeto deben cumplirse los siguientes requerimientos: a) La existencia de un **daño** (que es el menoscabo o detrimento a un interés tutelado por el ordenamiento jurídico y que debe reunir los siguientes requisitos para ser objeto de indemnización: ser cierto, no haber sido indemnizado antes, reconocer a una víctima cierta y ser injusto); b) Que exista un **evento dañoso**, es decir, que el sujeto ocasione un daño violando disposiciones establecidas por las normas jurídicas públicas o privadas; c) Que el sujeto sea **causante** del daño (es decir, que el sujeto tenga el dominio del acto que determinó el daño); y d) Que al sujeto se le atribuya el evento dañoso: sea por *culpa* (falta de diligencia ordinaria), *dolo* (intención de causar el daño) en lo que respecta a la **atribución directa subjetiva de responsabilidad** o que la atribución sea porque el sujeto hizo uso de un *bien riesgoso o peligroso* u ocasionó el daño en una *actividad riesgosa o peligrosa*, lo que implica una **atribución directa objetiva de responsabilidad**.

Pero la atribución también puede ser **indirecta** cuando el sujeto que es considerado responsable no es el causante del daño, como sucede en los daños ocasionados por los incapaces, donde estos no responderán por las consecuencias de su actuar al ser *inimputables*, pero sí lo harán sus representantes legales por ser los *garantes*.

### 2. Alcances de la norma jurídica

El artículo objeto de estudio regula dos normas jurídicas, reconociendo cada una de ellas la siguiente estructura:

**a) Primera norma jurídica**

*Supuesto de hecho:* Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia.

*Nexo causal:* Entonces.

*Consecuencia:* No es responsable por el daño que causa.

**b) Segunda norma jurídica**

*Supuesto de hecho:* Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona.

*Nexo causal:* Entonces.

*Consecuencia jurídica:* Esta última es responsable por el daño que cause quien se encuentra en estado de pérdida de conciencia.

## 3. Análisis de las normas jurídicas

### a) Primera norma jurídica

Para atribuir responsabilidad a un sujeto no es suficiente que dicho sujeto haya causado materialmente el daño, en dominio del evento dañoso, sino que además debe resultarle imputable la conducta que realiza. ¿Qué entendemos por imputable?

La imputación refiere a dos aspectos: uno que alude a que el sujeto a quien se le atribuye las consecuencias jurídicas y patrimoniales del daño debe tener capacidad de goce y de ejercicio, es decir, debe tener dominio de las consecuencias que produce su actuación, reconociendo "lo bueno y lo malo" de su obrar (discernimiento: "capacidad humana para diferenciar aquello que resulta sancionable y aquello que determina un premio o reconocimiento"); así por ejemplo: "un niño de tres años, quien rompe una lámpara, no tiene la posibilidad de discernir si lo que hizo fue malo o bueno, solo reconoce que el objeto se quebró y que por ello fue castigado. No obstante ello, no es sujeto de pago de una indemnización por no tener la facultad para reconocer las consecuencias de su actuar. En otras palabras es inimputable".

Un segundo aspecto refiere a la posibilidad de atribuir responsabilidad al sujeto por existir un criterio de atribución, por tanto, el sujeto es responsable si actúa con dolo o culpa, o si su conducta fue riesgosa o peligrosa. Ante ello, si el sujeto no puede ser imputable (al no poder discernir, según el Código Civil) entonces tampoco se le podría atribuir la "culpa", puesto que esta refiere a un "actuar sin la diligencia ordinaria". ¿Cómo se le puede solicitar a un sujeto sin discernimiento que actúe de modo diligente? La diligencia es "actuar con los cuidados requeridos según un patrón o modelo de conducta", por lo que "no podría actuar con los cuidados exigidos ni según un modelo social de comportamiento aquel que no tiene dominio de su conducta".

No obstante lo señalado en nuestro comentario, la norma recoge como supuesto de hecho "que un sujeto se encuentra, sin culpa, en un estado de pérdida de conciencia". Expliquemos detenidamente los alcances del supuesto.

La conciencia es "la capacidad humana que nos permite adoptar decisiones racionales, identificando los alcances de las conductas que ejecutamos libremente". Por tanto, nuestro actuar consciente requiere de libertad y capacidad de decisión. Por ejemplo: "deseo adquirir un emparedado y acudo a una cafetería para que me vendan uno. La suma de hechos: acudir a la cafetería, entregar una suma de dinero y recibir el emparedado nos lleva a la conclusión de que el sujeto es consciente de las decisiones adoptadas".

Ante ello, la pérdida de la conciencia ocurre cuando el sujeto ejecuta actos sin libertad ni capacidad de decisión por razones de índole natural, excluyendo así la posible confusión en la que se podría incurrir al no poder diferenciar con claridad esta definición con aquella en la que el sujeto actúa violentado o intimidado (puesto que en estos casos también no existe libertad ni capacidad de decisión, pero por razones externas o exógenas producidas por el ejercicio de una fuerza). Ejemplos de pérdida de conciencia son: la hipnosis, el sonambulismo, enfermedades mentales (que trasladan al sujeto a realidades paralelas, como el psicópata o el esquizofrénico), o la injerencia de algún alucinógeno o droga.

El Código Civil establece que no será responsable por el daño que ocasiona aquel que "sin culpa" se encuentra en un estado de pérdida de conciencia. De acuerdo a lo expuesto en la parte introductoria, la inexistencia de *responsabilidad* en el presente caso ocurre por ser inimputable el sujeto (lo que determinará que algunos excluyan la responsabilidad civil al

ubicar a la "imputación" como primer elemento de análisis en un caso de daños), no teniendo dominio del evento dañoso, lo que implicaría, a nuestro entender, la inexistencia de un hecho antijurídico (en aplicación paralela de las nociones penales, en lo que resulte aplicable, puesto que si bien el sujeto actúa y ocasiona el daño no es consciente de que dicha conducta es contraria a las normas jurídicas), aunque para algunos teóricos del Derecho Penal este caso sería uno de "ausencia de acción".

Cuando la norma jurídica hace referencia a "sin culpa" no está aludiendo a la "ausencia de culpa" como causa de exoneración de responsabilidad civil, sino a que el "estado de inconciencia" no se debe a una conducta atribuible al "causante del daño". Ante ello, si el sujeto consume algún alucinógeno o ingiere licor ocasionando, en dicho estado, daños SÍ debe responder por estos, puesto que era consciente de los potenciales daños que podía ocasionar colocándose en una situación de pérdida de conciencia.

**b) Segunda norma jurídica**

En la segunda norma se identifica como causante del daño a quien coloca a otro en un estado de pérdida de conciencia. Este caso se podría vincular a dos figuras:

b.1) La ruptura causal por hecho de un tercero, donde el tercero responderá por el daño ocasionado, debiendo sustituir en el proceso a quien se le considera de modo primitivo como "causante" del evento dañoso. Desde nuestro punto de vista, esta figura no se ajusta al supuesto de hecho de la norma, puesto que el tercero que coloca a otro en estado de pérdida de conciencia no es quien ocasiona materialmente el daño.

b.2) La situación de garante, donde si bien el sujeto no actúa en el plano real ocasionando el daño, deberá responder por este al tenerlo bajo su ámbito de cuidado (o al haberlo colocado en una situación peligrosa, donde debía vigilar las consecuencias de su conducta, no lo hace, determinando la ocurrencia de daños). Nos adherimos a esta segunda posición.

## DOCTRINA

CORSARO, Luigi. La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el Derecho Civil italiano. Ensayo integrado a la obra Estudios sobre la responsabilidad civil. Ara Editores, traducción y edición de Leysser L. León, Lima, 2001. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). Sétima edición, Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Tercera edición, Temis, Bogotá, 1981. REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Tomo VI, Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, 1985. TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley. Lima, 2001. VISINTINI, Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil. Traducción, edición y notas de Leysser L. León, prólogo de Francesco Galgano, Ara Editores, Lima, 2002.

**Artículo 1975.-** *La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (DEROGADO) (*)*

**Artículo 1976.-** *No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (DEROGADO) (*)*

(*) Los artículos 1975 y 1976 fueron derogados por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

## Responsabilidad de la persona con apoyo

**Artículo 1976-A.-** ***La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa (*).***

Concordancias:
*C.C. arts. 44 num. 9, 659-A, 659-B, 659-E*

LUIS ALEJANDRO LUJÁN SANDOVAL

### 1. Premisa

El artículo bajo comentario sigue solo parcialmente la lógica propuesta por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Convención), la cual fue aprobada y ratificada por el Estado peruano en 2007[1]. Este instrumento normativo internacional plantea un cambio de paradigma respecto del tratamiento de la discapacidad, pues se transita de un modelo médico basado en la sola deficiencia del ser humano hacia un modelo social y de derechos humanos.

En tal sentido, la discapacidad no es comprendida más como una situación equivalente a la sola deficiencia, sino que debe ser entendida como producto de la interacción con las dificultades que la sociedad culturalmente condicionada (factor personal y ambiental[2]) impone al desarrollo y la participación del ser humano, las cuales deberían acontecer en igualdad de condiciones.

### 2. Los apoyos

Así, para el análisis del presente artículo, debe partirse por recordar que la designación de los apoyos en beneficio de la persona con discapacidad no tiene, en modo alguno, la finalidad de sustituir su voluntad, sino, por el contrario, de conformidad con las reglas previstas en los artículos 659-A[3] y 659-B[4] del Código Civil, tiende a facilitar el ejercicio de sus

(*) Artículo incorporado por el Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

(1) Aprobada por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 29127, publicada el 1 de noviembre de 2007 y ratificada por Decreto Supremo N° 073-2007-RE, publicado el 31 de diciembre de 2007. Vigente desde el 3 de mayo de 2008. El citado instrumento normativo internacional da origen al Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de setiembre de 2018, el cual introdujo el presente artículo, objeto de nuestro análisis, al Código Civil vigente.

(2) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Informe mundial sobre discapacidad*. 2011, p. 4 y ss. Disponible en: <https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en>.

(3) **Artículo 659-A.- Acceso a apoyos y salvaguardias**
"La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio".

(4) **Artículo 659-B.- Definición de apoyos**
"Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E. Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que

derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los negocios jurídicos y sus consecuencias, así como en la manifestación y la interpretación de la voluntad.

El apoyo o los apoyos coadyuvan siempre a canalizar la manifestación de la voluntad, o también a desentrañarla en función de componentes objetivos como serían las preferencias, trayectoria de vida y/o previas manifestaciones de voluntad en contextos análogos de una determinada persona con discapacidad.

## 3. Responsabilidad civil, capacidad jurídica y enfoque de discapacidad

Asimismo, cabe referir que el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, además de traer como consecuencia la eliminación de toda forma o institución subrogatoria de la voluntad, refuerza la idea de que esta sea titular de obligaciones y derechos sin mayor restricción. Esto último se vincula siempre con la idea de que la sola deficiencia, por ejemplo la de tipo mental, nunca debe ser razón para predicar la limitación de la capacidad jurídica.

Lo antes mencionado evidencia la necesidad de seguir manteniendo al concepto de culpabilidad como un criterio para arribar a la imputación de la responsabilidad de las personas con discapacidad cuando corresponda. Es obvio que la culpabilidad o simple culpa –conforme aparece en algunos textos–[5] no se traduce, en estos casos, como la acción u omisión negligente, sino como un presupuesto para la atribución de consecuencias jurídicas a una determinada persona que fue autora material de daños.

En este caso la comprensión del accionar antijurídico y la autoexigencia de actuar diversamente en razón de tal comprensión no se abstraen cuando de por medio el victimario es un persona con discapacidad. Afirmar lo contrario sería entender que la sola deficiencia, es decir el dato clínico, conlleva la situación de discapacidad, y desde esa perspectiva concluir simplemente que la persona con discapacidad pueda ser automáticamente eximida de responsabilidad (civil).

Este tipo de razonamiento conduce frecuentemente a equiparar, por ejemplo, la capacidad mental con la capacidad jurídica[6], de tal forma que las limitaciones de la primera con-

cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto".

(5) Así, por ejemplo, el artículo 1974, que prevé la irresponsabilidad por estado de inconsciencia: "Si una persona se halla, **sin culpa**, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquella" (resaltado del autor).

(6) La advertencia, por ejemplo, se encuentra en la Observación General N° 1 (2014), del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, correspondiente al undécimo periodo de sesiones, del 31 de marzo a 11 de abril de 2014 (p. 4.). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>. Sobre el particular, puede leerse que: "La capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. En instrumentos jurídicos tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 16) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 15) no se especifica la distinción entre capacidad mental y capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el "desequilibrio mental" y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación

llevan automáticamente a la mutilación de la segunda. Por tal motivo, se entiende que las personas con discapacidad mental (sea psicosocial o cognitiva) no deberían asumir una determinada obligación resarcitoria, pues apriorísticamente se las considera exentas de responsabilidad solo por presentar un dato clínico (la deficiencia).

El juico lógico de responsabilidad civil exige la presencia de culpa a efectos de una imputación de la obligación resarcitoria a causa del daño, sin embargo, esta solo se encuentra presente en la medida que al sujeto agente pueda comprender el carácter antijurídico de su conducta y autodeterminarse con base en la comprensión llevada a cabo. Esto fundamenta una responsabilidad de tipo subjetiva, la cual tiene asidero no solo legal, sino constitucional. Argumentar de forma distinta sería negar el valor moral y la libertad inherente al ser humano, el cual debe responder no en virtud de la naturaleza causal, sino en virtud de un juicio jurídico que atribuya consecuencias a su conducta(7).

Normalmente, se sostiene que una persona con discapacidad mental se encuentra en una situación de inexigibilidad frente a las obligaciones que establece un determinado ordenamiento jurídico. No obstante, tal aseveración es también mutiladora de la capacidad jurídica de este tipo personas, por lo que se subestima la posibilidad real de su percepción respecto del carácter antijurídico de su conducta y, sobre la base de ello, la posibilidad de que pueda activar una ulterior autodeterminación con arreglo a derecho.

Por una parte, cabría acotar que si la plena capacidad jurídica se extiende sin diferencia alguna a todas las personas, resulta obvio que la imputabilidad es también una expresión del principio de igualdad. Así, cualquier constatación del mero dato de la deficiencia humana, sea esta cognitiva o psicosocial o de otra clase, no conlleva que se pueda sustraer automáticamente a la persona del juicio lógico de la imputación de la obligación resarcitoria.

Para evitar lo antes comentado, el juzgador, sin que importe exclusivamente el mero dato de la deficiencia mental, debería indagar si, en el caso concreto y en el momento en que tiene existencia la conducta dañosa, la persona con discapacidad se encontraba o no en un estado de pérdida de consciencia o si es que registraba algún cuadro tendente a la disociación de la realidad. Solo en esos casos o en análogas situaciones debidamente comprobadas se podría predicar la inimputabilidad de las personas con discapacidad mental, sin embargo, solo en directa alusión al lapso temporal durante el cual ocasionó el daño, lo que no implica ni siquiera una suerte de consideración de inimputabilidad hacia futuro. Conforme puede colegirse, la idea central sigue siendo aquí la de no considerar inimputable a alguien por el solo hecho de que presente una deficiencia (psíquica, sensorial, física, entre otros).

Por su parte, mantener un discurso a ultranza que sitúe al discernimiento como único indicador que determinará cuando una persona con discapacidad es o no responsable revela un determinismo *a priori*, traducible en la idea errónea y discriminatoria de que las personas con discapacidad mental siempre deberán ser eximidas de responsabilidad jurídica por el simple hecho de su "naturaleza".

para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica".

(7) Se hace alusión en este caso siempre a la conducta libre del ser humano. *Vide* LARENZ, Karl. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*. Deichert, Leipzig, 1927, p. 50.

Concepciones como la antes precisada, por ejemplo, podrían ser desarrolladas vehementemente por parte de quienes se muestren renuentes en reconocer la necesidad de la aplicación de un enfoque de discapacidad en la solución de casos problemáticos en los que interviene una persona en condición de discapacidad, independientemente de si es que esta se constituye como víctima, victimario o bajo cualquier otra calidad y/o estatus.

Así, es suficiente citar la crítica fuera de contexto que comúnmente recibe la Casación N° 1714-2018-Lima (caso Brunito), la que versa sobre la muerte de un niño con autismo a causa del atropello por parte de un ferrocarril de carga. En este caso, la progenitora del menor, en calidad de víctima, demandó una pretensión de indemnización, la cual fue fundada y confirmada por el máximo órgano judicial del país. No obstante, se ha insinuado en sede nacional que es necesario analizar la existencia de alguna conducta diligente por parte de la madre, en la medida que su contribución "habría evitado o disminuido la posibilidad de tan lamentable accidente"[8]. Para reforzar la idea, se agrega que en la sentencia del caso "no se plantea cuáles habrían tenido que ser las medidas idóneas o necesarias para evitar que un menor con autismo acceda a la zona"[9] del accidente (vías férreas). Todo ello se traduce como un razonamiento erróneo, en la medida que deja entrever la posibilidad de que se puedan crear "deberes" altamente gravosos en cabeza de la progenitora a partir de la sola condición[10] de su menor hijo.

Quien no es sensible ante este tipo de hechos problemáticos argumentará normalmente que un enfoque de discapacidad nada aporta a la solución equitativa del caso, y que la actuación de las reglas sobre responsabilidad civil soluciona por sí misma el caso concreto[11]. Lo subyacente a este tipo de razonamientos tiene que ver con una idea pétrea relacionada con la actitud paternalista con la que deben ser "asistidas" y/o "vigiladas" las personas en condición de discapacidad, lo que implica nuevamente, en el peor de los casos, una mutilación a su voluntad.

(8) Cfr. LEÓN HILARIO, Leysser. "Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema que resolvió el caso Brunito". Disponible en: <https://laley.pe/art/8502/leysser-leon-la-sentencia-de-la-corte-suprema-en-el-caso-brunito-carece-de-bases-legales-o-doctrinarias>.

(9) Ídem.

(10) En el mismo sentido, por ejemplo: CHIPANA CATALÁN, Jhoel. "Daño moral por muerte de un familiar. El caso Brunito". Disponible en: <https://lpderecho.pe/dano-moral-muerte-familiar-caso-brunito>, quien llega al extremo de manifestar lo siguiente: "(...) me pregunto si es que realmente la madre ha realizado actos o caído en omisiones, que contribuyan en el fatal desenlace. Utilizando el criterio del "buen padre de familia" (que, en este caso, sería el de la "buena madre de familia"), ¿acaso no es válido pensar y tener por aceptado que un padre o madre, al tener un hijo menor, deba otorgarle todos los cuidados? Aquí se puede aplicar, claramente, ese estándar del bonus pater familias y es que si una persona tiene un hijo es claro que va a vigilarlo y cuidarlo, más aún si se encuentran en la vía pública y **con mucha más diligencia si es que es autista**. Así, si en ese caso se exige eso a ese familiar, ¿no se le debería exigir un estándar de cuidado **mucho más elevado a la mamá que sale a la calle con su hijo autista**? Me queda claro que sí" (resaltado del autor). Como puede apreciarse el grado de diligencia "iva en aumento!", postulándose una diligencia a la "doble potencia" en caso la persona a "cuidar" tenga autismo. Todo ello cuando, en realidad, la que debe tener cuidado de que ninguna persona sufra estragos cerca de las estaciones o inmediaciones de un ferrocarril, en el caso concreto, era la concesionaria, y no una simple madre y/o padre de familia.

(11) Análoga forma de pensamiento reproducen, por ejemplo, quienes niegan la aplicación de un enfoque de género para generar escenarios políticos y académicos más equitativos en el país. Aluden al poco interés en la participación y a la priorización de necesidades, sin recaer que tales cuestiones son de naturaleza histórica y obedecen a fuerzas sociales excluyentes que edifican narrativas hegemónicas, las cuales juegan en contra de intereses de los grupos más vulnerables (personas con discapacidad, comunidades nativas y campesinas, niños, comunidad LGTBIQ, entre otros).

## 4. Responsabilidad civil de las personas con discapacidad

Retomando el hilo conductor de este comentario, y especificada la importancia de un enfoque de discapacidad en la responsabilidad civil cuando de por medio exista siempre la presencia de una persona con discapacidad, es pertinente avocarnos en este punto al caso en el que la persona con discapacidad es la autora material de los daños.

El artículo bajo comentario establece que las personas con discapacidad son responsables de sus decisiones, incluso cuando ellas son realizadas con el apoyo y/o apoyos seleccionados. Esta primera parte hace referencia a las personas con discapacidad que pueden manifestar voluntad y que han decido designar apoyos. Pese a las posibles facultades de representación que se le puedan conceder al apoyo (art. 659-B del Código Civil), el responsable en este caso es quien toma la decisión, es decir, quien ejerce su poder de autodeterminación hacia al exterior (en sociedad): la persona con discapacidad. La institución de los apoyos no impide en modo alguno el pleno desenvolvimiento de la autonomía de la persona con discapacidad, cuestión diversa de lo que ocurría con el curador, quien terminaba por subrogarse en la voluntad de la persona interdicta. Incluso, un apoyo con facultades de representación debería seguir la línea del respeto por la autonomía de la persona con discapacidad, en la medida que se entiende que dar facultades de representación encarna el ejercicio de tal libertad fundamental[12].

Por otro lado, la primera parte del artículo analizado prevé la posibilidad para la personas con discapacidad de repetir contra el apoyo lo desembolsado a virtud del resarcimiento a la víctima. Esta regla es funcional en la medida que se adscribe a una relación entre persona con discapacidad y su apoyo, la cual no se proyecta hacia terceros. El mencionado vínculo en nada afectará a la posible pretensión indemnizatoria deducida en virtud del daño sufrido por la víctima. No obstante, habría que precisar que la posibilidad de repetir contra el apoyo reconoce la necesaria diligencia con la que debe actuar este último en sus funciones, las cuales tienen que ver directamente con las decisiones que pueda tomar una determinada persona con discapacidad.

Pese a todo lo antes enunciado, existe una excepción respecto de la atribución de responsabilidad a las personas con discapacidad, esto ocurre cuando –conforme lo establece el legislador– no puedan manifestar su voluntad. Este extremo del supuesto normativo bajo análisis se conecta con el numeral 9[13] del artículo 44 del Libro de Personas de la codificación civil. En tal sentido, se hace referencia directa a quienes se encuentren en estado de coma y cuyas decisiones deben ser tomadas con apoyo y/o apoyos designados en sede judicial; esta última hipótesis, a su vez, el legislador creyó conveniente regularla como un supuesto al interno del régimen de la denominada "capacidad restringida". Tal tipología de capacidad es también atribuible a personas con discapacidad percibida, lo que implica una incoherencia[14] de cara a la Convención internacional.

(12) Así, FLUME, Werner. *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil.* José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle (trads). 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 879.

(13) **Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida**
"Tienen capacidad de ejercicio restringida:
(...)
9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad".

(14) La Defensoría del Pueblo a través de su *Informe Defensorial N° 180: El derecho a la salud mental. Supervisión de la implementación de la política pública de atención comunitaria y el camino a la desinstitucionalización*, 2018, p. 191, dispo-

Parece evidente que el legislador a través de esta segunda parte del artículo bajo comentario quiso precisar también que no puede subsistir atribución de responsabilidad civil –conforme lo anotamos al inicio del párrafo precedente– para personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, condicionamiento que no se corresponde necesariamente con todas.

Para los supuestos de personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad o se encuentran en un estado de coma (num. 9 del art. 44 del Código Civil), cabe recordar que el apoyo es excepcionalmente designado por el juez (art. 659-E[15] del Código Civil), quien deberá justificar la posibilidad de conceder facultades de representación en la medida que la situación lo amerite. En este caso, no solo el juez podrá delimitar las facultades de representación, sino que podrá establecer todo un régimen relativo a los plazos, los alcances y las responsabilidades del apoyo.

Conforme con lo antes mencionado, la persona con discapacidad que no pueda manifestar su voluntad no responderá por las decisiones tomadas con el apoyo designado judicialmente. En estos casos, es simple advertir que el apoyo debe actuar en la toma de decisiones para la esfera personal de su asistido conforme con el régimen impuesto por el órgano judicial, pero, sobre todo y en la medida que sea factible considerando la trayectoria de vida de la persona a quien asiste, sus previas manifestaciones de voluntad en similares contextos problemáticos (si las hubieran), la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona con discapacidad, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente. Esta labor de interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad para la toma de decisiones debe realizarse por el apoyo con el debido cuidado, más aún si su designación se encuentra fundamentada en un similar procedimiento realizado por el juzgador (segundo párrafo del art. 659-E), la cual implica la ausencia de la manifestación de voluntad de la persona que será asistida.

Debe recordarse, en todo caso, que nos encontramos ante la imposibilidad, en un momento determinado, de que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad, lo que explica que el apoyo sea equiparado como un protector de los derechos de la persona con discapacidad y en un facilitador para el ejercicio de estos.

---

nible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/12/Informe-Defensorial-N%C2%BA-180-Derecho-a-la-Salud-Mental-con-RD.pdf>, ha advertido la necesidad de modificar el artículo 44 del Código Civil, en el sentido de reconocer plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad percibida, tales como los denominado "ebrios habituales" y "toxicómanos", quienes actualmente pueden ser sometido al régimen de la curatela.

(15) **Artículo 659-E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez**
"El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y [la] protección de sus derechos.
El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, [los] alcances y [las] responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.
El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica".

## 5. Consideración final

La no atribución de responsabilidad a personas con discapacidad imposibilitadas de manifestar su voluntad sirve como contrapeso para el desarrollo de las funciones del apoyo, quien siempre puede convertirse, en el peor de los casos, en alguien que omite hacer una valoración de indicios de una voluntad previamente manifestada por su asistido (si los hubieran) o en un optimizador de su propio beneficio individual cuando no existe rastro alguno de voluntad exteriorizada por parte del asistido, independientemente de que cuente o no con poderes de representación conforme a una decisión judicial. En estos casos la autarquía de la voluntad reinante y/o dominante es la del apoyo, quien explícitamente deberá asumir individual, o quizá conjuntamente, alguna responsabilidad jurídica.

## DOCTRINA

CATALÁN CHIPANA, Jhoel. Daño moral por muerte de un familiar. El caso Brunito. Disponible en: <https://lpderecho.pe/dano-moral-muerte-familiar-caso-brunito/>; FLUME, Werner. El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil. José María Miquel Gonzáles y Esther Gómez Calle (trads). 4ª edición, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998; LARENZ, Karl. Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität. Deichert, Leipzig, 1927; LEÓN, Leysser. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema que resolvió el caso Brunito. Disponible en: <https://laley.pe/art/8502/leysser-leon-la-sentencia-de-la-corte-suprema-en-el-caso-brunito-carece-de-bases-legales-o-doctrinarias>; ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Informe mundial sobre discapacidad. 2011. Disponible en: <https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report/en>.

## Indemnización equitativa del daño causado por incapaz

**Artículo 1977.-** ***Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1976-A, 1981*

JORGE A. BELTRÁN PACHECO

### 1. Aspectos introductorios

La responsabilidad civil, en tanto remedio, tiene que cumplir determinadas funciones que justifiquen su existencia y funcionalidad en nuestra realidad. Así tenemos que estas funciones (que son meramente enunciativas y de ningún modo las únicas) se clasifican en dos grupos:

a) Funciones respecto de la víctima.

b) Funciones respecto de su impacto social.

**a) Funciones respecto de la víctima**

Son aquellas funciones que se relacionan con el daño sufrido por la víctima y que buscan remediar tal situación. Dentro de estas funciones tenemos:

- **Función de traslado del costo del daño (redistributiva).-** Que es aquella que establece cómo y cuándo debe efectuarse el traslado del costo económico del daño de quien lo padece (la víctima) a quien debe asumirlo (el responsable, quien no siempre es el causante). Este traslado operará solo y solo sí se cumplen con cada uno de los elementos de la responsabilidad civil: el daño, el evento dañoso, la relación causal y el criterio de atribución. Es este último elemento el que resulta determinante para que se realice el traslado del costo económico del daño, puesto que de no existir algún criterio de atribución directo (sea subjetivo u objetivo), o indirecto (la garantía) no se podría justificar el pago de una indemnización.

- **Función de satisfacción plena del interés dañado (satisfactoria).-** Es aquella que determina la total satisfacción de la víctima mediante la prestación indemnizatoria. El problema se presenta cuando existen elementos que distorsionan la realidad y afectan la adecuada satisfacción de la víctima: factores políticos, religiosos, económicos y sociales.

- **Función de correspondencia entre el valor asumido por el responsable y la afectación del patrimonio de este (equivalencia).-** Es aquella que establece la necesaria equivalencia entre el sacrificio económico en el que incurre el responsable del daño y el valor real del monto de la indemnización (que en el Perú es en unidades monetarias). El problema que enfrenta habitualmente la víctima peruana es que el magistrado suele ordenar el pago de indemnizaciones diminutas, y además, en moneda nacional (por la teoría del curso legal y forzoso de la moneda) que pierde valor real conforme transcurre el tiempo (así tenemos que en el Perú, por efectos de la devaluación, la moneda suele ser un medio de cambio de valor temporal y que suele devenir en inútil). Diríamos de modo figurado: "*la víctima,*

*cual enfermo, recibirá no solo pastillas que tienen un efecto inmediato y muchas veces insuficientes para la dolencia que sufre, sino además estas resultarán vencidas*".

**b) Funciones respecto de su impacto social**

- **Función de prevención de eventos dañosos.-** Esta función persigue la adopción de medidas concretas que tengan por finalidad lograr, en primer lugar, que los efectos dañosos de un evento (y de la sentencia que lo sanciona) sean eliminados, reduciéndose así la posibilidad de efectos nocivos secundarios; y en segundo lugar, que se eliminen o reduzcan las causas del daño en la sociedad para que no se produzcan situaciones similares. Por ejemplo: Información idónea para los conductores de vehículos de transporte público, con clases teóricas y prácticas de educación vial y conducción, así como la realización de operativos que permitan controlar el adecuado cumplimiento de las reglas de tránsito.

- **Función disuasiva de daños (impacto psicológico y actitudinal del responsable del daño).-** Esta función persigue adoptar medidas intrínsecas (de actitud) que logren convencer a los responsables del daño de la necesidad de evitar situaciones dañosas que perjudiquen a los individuos y a la sociedad. Por ejemplo, en algunos países, a quien ocasiona un atropello lo matriculan en un taller para que durante un mes observe (en vídeo) accidentes similares al que estuvo involucrado, a fin de que reflexione sobre la magnitud de los daños que ocasionó; en algunos casos, incluso, le piden que intervenga en la evacuación de heridos y en necropcias.

## 2. Construcción normativa

La norma objeto de estudio tiene la siguiente construcción normativa:

*Supuesto de hecho:* Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior (art. 1976-A del Código Civil) y en tanto el juez analice la situación económica de las partes.

*Relación causal:* Entonces

*Consecuencia jurídica:* Puede considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

## 3. Explicación de la norma jurídica

La presente norma jurídica está relacionada con las funciones de la responsabilidad civil, en tanto la víctima no debe ser desprotegida por el hecho de que los bienes del representante legal (responsable por los daños ocasionados por un incapaz sin discernimiento) sean insuficientes. El permitir una situación como ésta, desde el punto de vista del impacto social de la responsabilidad, conllevaría a incentivar la ocurrencia de daños por incapaces (sin discernimiento) y que los representantes legales simulen carecer de bienes suficientes.

Cuando se analiza un caso de responsabilidad civil (como lo hemos indicado en anteriores comentarios) debe determinarse la existencia de un daño, evento dañoso, relación causal y criterio de imputación. En este último caso, el criterio de imputación (por defecto) puede ser considerado subsidiario, es decir, que al no ser suficiente la atribución directa o indirecta de responsabilidad se tendrá que aplicar un criterio "equitativo" (que significa distribuir el peso económico del daño entre los que participaron en la ocurrencia del suceso: uno como

causante (aunque incapaz sin discernimiento), y otro como responsable por mandato de la ley (al tener que vigilar la conducta del dependiente).

La afectación del patrimonio del incapaz no está justificada en la asunción de un deber de indemnizar (puesto que no tiene capacidad de ejercicio por ser inimputable), sino en un mandato legal para lograr la adecuada satisfacción del interés perjudicado, logrando la redistribución.

## DOCTRINA

CORSARO, Luigi. La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en el Derecho Civil italiano. Ensayo integrado a la obra Estudios sobre la responsabilidad civil, Ara Editores. Traducción y edición de Leysser L. León, Lima, 2001. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual (arts. 1969-1988). 7ª edición. Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica. Primera edición, Lima, 2002. PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. 3ª edición. Temis, Librería, Bogotá, 1981. REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Tomo VI, Artes Gráficas de la Industria Avanzada, Lima, 1985. TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 2001. VISINTINI, Giovanna. Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil. Traducción, edición y notas de Leysser L. León, prólogo de Francesco Galgano, Ara Editores, Lima, 2002.

## Responsabilidad por incitación o coautoría

**Artículo 1978.-** ***También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1969, 1970, 1983*

**César E. Moreno More**

# 1. Introducción

El texto de los arts. 1969 y 1970 cód. civ. –que inauguran el régimen general de la responsabilidad civil extracontractual y que regulan el *an respondeatur* (vale decir, establecen la regla de responsabilidad)– inicia con el pronombre 'aquel', haciendo referencia con ello al agente (demandado) al que se le imputa el evento de daño[1]. A pesar de que el legislador usa el singular, ello no nos debería llevar a concluir inmediatamente que "[a]quel que (...) causa un daño" debe ser necesariamente un único sujeto de derecho. De hecho, en dicho "aquel" puede subsumirse[2] perfectamente una pluralidad de sujetos distintos, en tanto todos hayan contribuido a la causación de un mismo evento de daño.

Sin embargo, en ocasiones, el legislador cree conveniente hacer explícitas sus soluciones, creyendo tal vez que el intérprete necesita de la literalidad de la ley para efectuar su labor. Es precisamente por esta razón que nuestro artículo bajo comentario comienza con el adverbio 'también', dando a entender con ello que la responsabilidad puede afirmarse[3], además de en cabeza de "aquel" al que hacen referencia los arts. 1969 y 1970 cód. civ., "también" en cabeza de "aquel que incita o ayuda" a causar el daño.

En este punto se hace necesario, desde ya, una aclaración acerca de la (presunta) redundancia[4] de lo dispuesto por el artículo bajo comentario, no tanto con los arts. 1969 y 1970 cód. civ., sino con el art. 1983 cód. civ. Una doctrina autorizada[5] bosqueja la idea de que, por lo menos, la hipótesis de la ayuda se encontraría contemplada en el art. 1983 cód. civ., para pasar luego a negar dicha afirmación evidenciando una distinción entre lo dispuesto en ambos artículos; distinción que radicaría en el propio supuesto de hecho objeto de regulación, y como consecuencia en el carácter solidario de la obligación resarcitoria impuesta por el art. 1983 cód. civ.

Nos explicamos, según esta postura, la hipótesis regulada en el art. 1983 cód. civ. sería una en la cual, en la causación del daño, intervienen dos o más sujetos corresponsables; mientras que en la regulada por el art. 1978 cód. civ., interviene un "ayudante" y, como tal, "responsable menor", cuya conducta colabora con la del "causante directo" a causar el daño[6]. En otras palabras, mientras que en el art. 1983 cód. civ. existirían dos causantes directos, en el art. 1978 cód. civ. existiría un causante directo y uno indirecto.

(1) FRANZONI, Massimo. *L'illecito*. Giuffrè, Milán, 2010, p. 79.
(2) GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Giuffrè, Milán, 2011, pp. 24-25.
(3) RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Giuffrè, Milán, 1964, p. 75.
(4) ZORZETTO, Silvia. *Repetita iuvant? Sulle ridondanze nel diritto*. Giuffrè, Milán, 2016, pássim.
(5) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo I. Ara, Lima, 2016, p. 545; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Rodhas, Lima, 2011, p. 224.
(6) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., pp. 545-546.

Por nuestra parte, creemos que no existe riesgo de redundancia, ni que el carácter solidario de la obligación resarcitoria se restrinja a la (presunta) hipótesis prevista por el art. 1983 cód. civ.

Respecto al primer punto, debemos analizar rápidamente el texto del art. 1983 cód. civ. La primera parte (que es la que aquí nos interesa), dispone que, "[s]i varios son responsables del daño, responderán solidariamente". De inmediato podemos evidenciar, a nivel lingüístico, que el legislador no ha usado el pronombre 'aquel' presente, como hemos visto, en los arts. 1969, 1970 y 1978 cód. civ. Esto nos revela, ya que la función de la norma contenida en este dispositivo no es regular el *an*, sino el *quomodo respondeatur*. En otras palabras, la norma contenida en el art. 1983 cód. civ. no establece una regla de responsabilidad necesaria para efectuar el juicio de responsabilidad (como sí hacen los arts. 1969, 1970 y 1978), sino que da por presupuesto que el juicio de responsabilidad ya se ha efectuado. Es por esto que en este artículo se habla de una pluralidad de "responsables", precisamente porque la responsabilidad ya se ha afirmado con relación a dicha pluralidad. De allí que esta pluralidad no distinga si se trata de dos o más autores directos, o de un autor directo y uno indirecto. Distinción que, dicho sea de paso, es poco menos que artificial y que, no está demás decirlo, no encuentra respaldo en el Derecho comparado[7].

Lo apenas dicho nos lleva al segundo punto. Ya que el art. 1983 cód. civ. no hace distinción con relación a la pluralidad, su aplicación no debería restringirse únicamente al caso del ayudante, sino que también sería aplicable al caso del incitador.

Precisado ello, cabe otra aclaración preliminar. En su primera parte, el art. 1978 cód. civ. no solo contiene dos supuestos de hecho distintos[8], sino más precisamente dos reglas de responsabilidad distintas. Y esto es así, porque los criterios de imputación aplicables al "incitador" y al "ayudante" no pueden ser los mismos. La segunda parte del artículo, en cambio, contiene una regla de juicio destinada a la labor del juzgador.

A continuación, desarrollaremos estas afirmaciones en el siguiente orden: primero, construiremos ambas reglas de responsabilidad, empezando por la del ayudante; luego, ahondaremos en la regla de responsabilidad del incitador, que es la que más desarrollo ha tenido a nivel de Derecho comparado; posteriormente, abordaremos el tema de la carga de la prueba; y concluiremos con el análisis de la regla de juicio contenida en la última parte del artículo.

## 2. Primera norma: la responsabilidad del "ayudante"

El primer dispositivo[9] que podemos extraer del artículo bajo comentario es el siguiente: "También es responsable del daño aquel que (...) ayuda a causarlo". Pues bien, una primera norma que podríamos extraer de este dispositivo sería:

### Norma A: Aquel que ayuda a causar el daño también responde

En los términos expresados por nuestra norma, se abren dos problemas principales: primero, qué significa "aquel que ayuda", o en otros términos, cuál es el significado de "ayudante"; segundo, cuál es el criterio de imputación aplicable.

(7) Cfr. FRANZONI. Ob. cit., p. 125 y ss.; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilié*. LGDJ, París, 2013, p. 373 y ss.; DEAKIN, Simon *et al. Markesinis and Deakin's Tort Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 880-881.

(8) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 543.

(9) GUASTINI. Ob. cit., p. 63 y ss.

Respecto al primer problema, la doctrina nacional sostiene una postura restrictiva. Define al ayudante como un "autor indirecto" o "responsable menor", "cuya conducta por sí sola no hubiera producido el daño pero, unida a la conducta del causante directo, colabora con este a generar el resultado dañino"[10]. Esta definición y limitación del concepto de ayudante tiene por objetivo distinguirla de la hipótesis de la concurrencia de autores, denominada por dicha doctrina corresponsables, y regulada presuntamente por el art. 1983 cód. civ., para restringir la solidaridad de la deuda resarcitoria a estos últimos y excluirla de la hipótesis del ayudante. Sin embargo, como hemos visto, esta distinción carece de fundamento[11].

Ahora bien, para precisar su definición y, a la vez, justificar su diferenciación[12], De Trazegnies Granda[13] pone el siguiente ejemplo: un automovilista prende las luces altas cuando no debe, cegando a otro chofer quien, a su vez, atropella a un peatón. Aquel chofer que enciende las luces altas cuando no debe sería un ayudante, ya que "el peatón no hubiera sido atropellado en ningún caso" por este, "pero al prender las luces altas y cegar al otro chofer, colaboró para que este último causara el daño". Hipótesis que debe diferenciarse –siempre según esta teoría– de aquella en la que dos automovilistas chocan entre sí y conjuntamente atropellan a un peatón. El primer ejemplo sería uno en el que intervino un autor directo y un ayudante, mientras que el segundo ejemplo sería uno de corresponsables. Aquí cabría preguntarse, ¿en qué radica la diferencia entre ambas hipótesis? ¿Qué hace que aquel que colaboró con el daño sea un ayudante y no un corresponsable?

De los ejemplos propuestos, parecería que la diferencia estriba en la materialidad de la causación del daño y/o en la suficiencia de la conducta para causar el daño. Adviértase que en el primer ejemplo, el conductor que encendió las luces no interviene materialmente sobre la víctima, mientras que en el segundo, ambos conductores sí. Pero ¿qué ocurriría si modificamos un poco el primer ejemplo? Imaginemos ahora que en lugar de cegar al otro conductor, ciega al peatón, quien tropieza y cae sobre la pista, por lo cual es atropellado por el segundo conductor. En nuestro ejemplo, al haber ambos conductores intervenido materialmente sobre la víctima, ¿serían corresponsables? Modifiquemos ahora el segundo ejemplo. Imaginemos que la víctima ahora está siendo transportada por el primer conductor quien, al

(10) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., pp. 544 y 555.

(11) Tal como hemos visto, el art. 1983 cód. civ. no distingue entre la pluralidad de agentes cuya responsabilidad es afirmada, por lo tanto no tiene sentido limitar sus alcances a una presunta categoría de corresponsables, y negarlos para las hipótesis establecidas en el artículo bajo comentario. Dicho sea de paso, si analizamos lingüísticamente el concepto de 'corresponsable', caeremos en la cuenta de que es engañoso. Corresponsable hace alusión a una concurrencia de, dos o más, sujetos responsables. Esto quiere decir que la responsabilidad, en cabeza de aquellos sujetos que concurren a la causación del evento de daño, ya se ha afirmado. En otras palabras, corresponsable no es un concepto que haga referencia a la pluralidad de agentes que intervienen concurrentemente en la causación del evento de daño, vale decir a los coautores, sino a la modalidad del deber resarcitorio que se afirma respecto a dicha pluralidad. Y esto es así, porque se es responsable solo cuando el juicio de responsabilidad ya se ha realizado, y precisamente la responsabilidad (entendida como calificación deóntica), que se traduce en un deber resarcitorio, ya se ha imputado. En conclusión, el concepto no hace referencia a la pluralidad de sujetos, en tanto causantes concurrentes, tomada en consideración por la regla de responsabilidad, sino al resultado de la aplicación de dicha regla y, en específico, a la modalidad del deber resarcitorio ya declarado (por sentencia judicial o arbitral).

(12) Cabe advertir que el autor considera que la diferenciación entre corresponsables y ayudante, o mejor, en sus palabras, "la distinción entre el artículo 1978 y el artículo 1983 (...) es interesante pero peligrosa" (DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 547); no obstante, dicha observación está referida no a la falta de fundamentación de la distinción con relación a la exclusión de la solidaridad al art. 1978 cód. civ., sino al problema que se generaría en materia de causalidad, ya que de no establecer un criterio de causalidad estricto para el ayudante, "las consecuencias serían aberrantes: todos seríamos responsables de todo" (Ídem).

(13) Ibídem, p. 545.

conducir de manera negligente, choca con otro conductor que hacía lo propio[14]. Como se podrá apreciar, la conducta del primer conductor por sí misma no era suficiente para causar el daño. ¿Se lo deberá considerar ayudante y no corresponsable?

Como ya se puede intuir, no solo el criterio de diferenciación, sino la propia diferenciación de las hipótesis es inadecuada y carece de fundamento. Lo cual, además, se puede apreciar en la casuística de Derecho comparado.

En Francia, por ejemplo, en cuyo Código no existe una regla sobre la concurrencia de dos o más causantes[15], se toma como caso paradigmático uno muy similar al propuesto por De Trazegnies Granda. Un conductor, que iba a alta velocidad, atropella a un peatón al esquivar a otro auto que iba en sentido contrario, el cual no tenía encendidas las luces de reglamento. Bajo el Derecho francés, ambos son considerados coautores del daño[16].

En el *common law*, de manera similar a lo que ocurre en nuestro ordenamiento, rige la regla de la solidaridad[17] cuando hay más de un autor del daño (*muliple defendants*). Un dato relevante a tener en cuenta es que esta regla también se aplica cuando, siendo dos o más los demandados implicados en la causación del daño, no es posible saber con exactitud cuál de ellos lo causó efectivamente. Así, por ejemplo, en *Summers v. Tice*[18], decidido por la Corte Suprema de California, el demandante sufrió *personal injuries* cuando ambos demandados dispararon a la vez. Dado que el demandante no tenía forma de probar cuál de los dos había causado el daño, la Corte invirtió la carga de la prueba, debiendo ahora probar cada demandado, no haber causado el daño. A falta de prueba, se los declaró a ambos responsables[19]. Otro caso relevante es *Fitzgerald v. Lane*[20]. El demandante, quien se encontraba caminando por el crucero peatonal, fue embestido por un primer auto cuyo impacto lo hizo rebotar sobre el capó del segundo que venía en dirección contraria. Como resultado, el demandante quedó tetrapléjico. La *Court of Appeal* consideró que ambos demandados

(14) Ejemplo reportado por DE CUPIS. *Il danno*. Volumen I, Giuffrè, Milán, 1979, p. 274, como uno de concurrencia de autores. No se crea que la diferencia del título de responsabilidad, vale decir, contractual en el caso del conductor que transportaba a la víctima, y extracontractual del segundo conductor, es impedimento para aplicar la regla de la solidaridad en el ordenamiento italiano. Tal como aclara el mismo autor (ibídem, p. 281), "la diversidad de título, vale decir de fundamento de la responsabilidad, no excluye la solidaridad de la misma". La doctrina italiana concuerda al respecto: FRANZONI. Ob. cit., p. 135; MONATERI, Pier Giuseppe. *La responsabilità civile*. UTET, Turín, 1998, p. 190. Lo mismo ocurre en la jurisprudencia francesa: VINEY y JOURDAIN. Ob. cit., p. 374. Para el caso peruano, niega esta posibilidad ESPINOZA ESPINOZA. Ob. cit., p. 224, al referirse a la hipótesis de la complicidad en el incumplimiento.

(15) No obstante. el art. 1240 del *Projet de reforme de la responsabilité civil* intenta llenar este vacío, restringiendo, sin embargo, la regla de la obligación *in solidum* a los *dommages corporels*.

(16) MAZEAUD, Henri *et al. Leçons de droit civil*. Montchrestien, París, 1998, p. 660. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en sede nacional en donde todos los responsables serán obligados solidariamente al resarcimiento del daño, en el Derecho francés cada uno de los coautores responderá *in solidum*. De cualquier forma, aquel que paga tiene derecho a repetir por su parte al coautor. Para la diferencia entre las obligaciones solidarias e *in solidum*, cfr. ibídem, p. 1116. Para las vicisitudes históricas de la consolidación de la obligación *in solidum* en la jurisprudencia francesa: VINEY y JOURDAIN. Ob. cit., p. 369 y ss.

(17) DEAKIN *et al* Ob. cit., p. 880, diferencian entre *joint* y *concurrent liability*. La primera comprende casos en los que hay una autorización expresa o instigación; la segunda comprende casos en los que los *tortfeasors* actúan independientemente, combinando, no obstante, sus acciones en la causación del daño. En ambos casos se aplica la regla de la solidaridad.

(18) 199 P.2d 1 (1948).

(19) Un caso similar se tiene en *Cook v. Lewis*, [1951] SCR 830, decidido por la Corte Suprema de Canadá.

(20) [1987] QB 781.

habían contribuido a la causación del daño, no siendo posible determinar cuál de los impactos causó la tetraplejia[21].

Esta casuística[22] nos muestra que en ocasiones es difícil saber cuál de los demandados causó efectivamente el daño[23]. Si esto es así, con mayor razón se hace difícil determinar cuál de ellos fue el autor directo y cuál el autor indirecto. Un dato más a tener en cuenta para descartar la diferenciación propuesta por De Trazegnies Granda y seguida por la doctrina[24].

Nosotros preferimos asumir una concepción no restrictiva del significado de 'ayudante'. Tal será todo aquel cuya conducta o actividad haya concurrido a la causación del daño. Adviértase, no obstante, que lo determinante para que alguien sea considerado ayudante es que su conducta o actividad contribuya a la acusación de un único y mismo daño, sin importar la simultaneidad o no de su contribución causal, ni su independencia[25]. La doctrina francesa, por ejemplo, exige que el daño sea indivisible[26], mientras que la doctrina italiana, por su parte, exige que el interés de la víctima al resarcimiento sea unitario, en la medida que "se produce un único perjuicio por un único evento dañoso"[27].

Entendido así el supuesto de hecho contenido en nuestra norma A, debemos reiterar que no existe redundancia con lo dispuesto por el art. 1983 cód. civ. Antes bien, la aplicación del art. 1983 cód. civ. presupone la aplicación del art. 1978 cód. civ. Como ya habíamos dicho, mientras que el art. 1978 cód. civ. regula el *an respondeatur*, el art. 1983 cód. civ. regula el *quomodo respondeatur.*

Ahora bien, el segundo problema atiene al criterio de imputación aplicable. Al respecto, no se discute, y antes bien se acepta que la culpa sea el criterio de imputación por excelencia[28]. No se debería exigir, sin embargo, que haya un concierto de voluntades previo entre el autor y el ayudante, ni mucho menos que haya consciencia de estar cooperando con el hecho ajeno[29]. Como resultado, tanto la culpa como el dolo pueden fungir de criterios de imputación en nuestra norma A[30].

No obstante, entre nosotros se advierte de los problemas que pueden surgir de aceptarse una "ayuda objetiva"[31]. Cabe observar, sin embargo, que dichos problemas están condicionados por la distinción que De Trazegnies Granda realiza entre los arts. 1978 y 1983 cód. civ. Descartada dicha distinción, nos parece que el problema no es tanto aceptar o negar la

(21) No obstante, la *House of Lords* [1989] 1 AC 328, consideró que el demandante había contribuido (*contributory negligence*) a la causación del daño al cruzar cuando el semáforo peatonal estaba en rojo. Así ordenó que cada uno asumiera 1/3 del daño.

(22) Para mayor casuística al respecto, a nivel de Derecho comparado, INFANTINO, Marta. *La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato.* ESI, Nápoles, 2012, p. 157 y ss.

(23) TRIMARCHI, Pietro. *La responsabilità civile: Atti illeciti, rischio, danno.* Giuffrè, Milán, 2017, pp. 464-465, recomienda que, ante la dificultad de probar cuál de los demandados causó efectivamente el daño, estos sufran las consecuencias de la incertidumbre determinada por su comportamiento ilícito, y sean considerados responsables solidarios. Entre nosotros, no obstante, resulta difícil construir una norma que atribuya una presunción de coautoría cuando se trate de dos o más demandados, asignando así el riesgo de la derrota ante la falta de prueba en contrario.

(24) Lo sigue ESPINOZA ESPINOZA. Ob. cit., pp. 223-224.

(25) MONATERI. Ob. cit., p. 190.

(26) VINEY y JOURDAIN. Ob. cit., p. 374.

(27) FRANZONI. Ob. cit., p. 131; DE CUPIS. Ob. cit, p. 279.

(28) ALPA, Guido. *La responsabilità civile. Parte generale.* UTET, Turín, 2010, p. 333.

(29) FRANZONI. Ob. cit., p. 137.

(30) MONATERI. Ob. cit., p. 191.

(31) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., pp. 548-549.

aplicación de un criterio objetivo de imputación en la concurrencia de autores. De hecho, dicha posibilidad no es negada ni en Francia[32] ni en Italia[33]. Así como al autor y al ayudante se les puede aplicar, a ambos, el criterio de imputación de la culpa, del mismo modo se les puede aplicar, a ambos, un criterio de imputación objetivo; e incluso a uno el subjetivo y al otro el objetivo, sin cobrar relevancia a cuál de ellos se les aplique uno u otro. El problema no radica allí, ya que la norma que se puede construir a partir del art. 1978 cód. civ., ya lo hemos dicho, no es más que una redundancia de las que se pueden construir a partir de los arts. 1969 y 1970 cód. civ. El problema real se presenta, una vez afirmada la responsabilidad, al determinar la proporción del *quantum debeatur* en las relaciones internas de los responsables solidarios[34]. Problema que será retomado al tratar de la regla de juicio establecida por la última parte del artículo bajo comentario.

En conclusión, al no haber impedimento para aplicar cualquier criterio de imputación, nuestra norma A podría ser reformulada de la siguiente manera:

**Norma A: Aquel que por dolo o culpa, o mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, ayuda a causar el daño también responde.**

## 3. Segunda norma: la responsabilidad del "incitador"

El segundo dispositivo que puede extraerse del artículo bajo comentario es el siguiente: "También es responsable del daño aquel que incita (...) a causarlo". La norma sería la siguiente:

**Norma B: Aquel que incita a causar el daño también responde.**

Al igual que en el caso anterior, con relación a nuestra norma B, se abren dos tipos de problemas: primero, cuál es el significado de 'incitador'; segundo, cuál es el criterio de imputación aplicable.

Como ya se podrá intuir, ambas respuestas están estrechamente relacionadas, en tanto no se puede ser incitador si no se tiene la consciencia de la actividad incitada. En otras palabras, el incitador se define por el elemento subjetivo presente en su propia actividad. De allí que concordemos con la postura que identifica como criterio de imputación aplicable el dolo[35]. Al respecto, solo cabe añadir que esta es una de aquellas hipótesis en las que el dolo asume una relevancia autónoma como criterio de imputación exclusivo[36].

(32) VINEY y JOURDAIN. Ob. cit., p. 374.

(33) FRANZONI. Ob. cit., p. 131; ALPA. Ob. cit., p. 333; MONATERI. Ob. cit., pp. 191-192.

(34) Tal como lo ha evidenciado TRIMARCHI. Ob. cit., p. 417 y ss.

(35) Así DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit, p. 544.

(36) Aquí disentimos de la opinión de BARCELLONA, Mario. *Trattato del danno e della responsabilità civile*. UTET, Turín, 2011, pp. 303-304. Según el autor, el dolo presenta una naturaleza distinta y cobra una función diferente según este criterio de imputación se aplique a un conflicto ocasional o a uno modal. En el primer tipo de conflicto, el dolo cumple la misma función que la culpa, siendo ambos conceptos absolutamente fungibles, ya que en estos tipos de conflicto, la atribución de responsabilidad podría realizarse igualmente con base en la culpa. Por el contrario, en el segundo tipo de conflicto, el dolo sirve como *discrimen* entre la situación ordinaria en la que una interferencia se revela como social y/o económicamente productiva y las situaciones en las que, dado el modo en que es desarrollada, deja de ser tal para convertirse en social y/o económicamente improductiva. Mientras que en el primer tipo de conflicto el dolo consiste en la consciencia y la voluntad de causar el daño, en el segundo este consiste en el uso deliberado de un poder de interferencia conferido por el ordenamiento para subvertir el orden material que el mismo ha pretendido instaurar y garantizar. Si bien su tesis es de aplicación general, para justificar su verdad, todas las hipótesis en las cuales el dolo asume un papel de criterio de imputación exclusivo se deberían reconducir a la categoría del conflicto modal. Sin embargo, según mi opinión, algunas hipótesis de inducción escapan a dicha

Desde luego, aquí se abre el problema ulterior de la extensión del dolo. De Trazegnies Granda advierte que se tiene que distinguir entre incitar a cometer el daño e incitar a incurrir en negligencia o imprudencia[37], restringiendo la extensión del dolo solo al primer supuesto. Para ello, recurre a la técnica de la interpretación literal. Dado que el artículo utiliza el pronombre 'lo', este haría referencia al daño mismo.

Si bien en nuestra norma B hemos asumido la misma interpretación, vale decir, la incitación está referida a causar el daño, creemos que ello en absoluto determina la extensión del dolo. Son dos problemas totalmente diferentes. La asignación de significado al pronombre 'lo' sirve para construir el supuesto de hecho de la norma, supuesto de hecho que efectivamente contiene al criterio de imputación dolo, pero no sirve para determinar el alcance del criterio de imputación.

De hecho, es tan dolosa la conducta de aquel que incita a causar el daño, como la de aquel que incita a incurrir en culpa. Por lo que el dolo debería extenderse al dolo eventual[38].

Esto es más claro si se presta atención al criterio del análisis económico del derecho. Una conducta es dolosa "no solo cuando no se usan los suficientes recursos para evitar el daño, sino cuando inclusive se usan recursos para **causar** el daño: vale decir, cuando la inversión en seguridad es incluso negativa"[39]. Tomando en consideración la fórmula de *learned hand*, según la cual un agente es culpable cuando el coste de prevención (C) es menor al coste del daño (D) multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia (P), de manera que: $C < D.P$; un agente habrá incurrido en dolo cuando C sea igual o menor a 0 ($C \leq 0$).

En el ejemplo que De Trazegnies Granda propone como uno en el que no se configuraría la hipótesis contemplada en la norma[40], vale decir, cuando alguien incita al taxista a infringir las reglas de tránsito y como consecuencia este último atropella a un peatón, el coste en prevención del incitador (tiempo, dinero y actividad) es incluso negativo y, por tanto, doloso.

Ahora bien, en sede nacional, en la escasa casuística tenemos un caso de delito de autoría mediata, en el que la demandada había instigado a cometer un delito de tentativa de homicidio[41]. Empero, la aplicación de la norma no tiene por qué restringirse a estas hipótesis. De hecho, esta norma bien podría aplicarse a algunos casos que se reconducen a la categoría conocida en el *common law* como inducción al incumplimiento (*inducing breach of contract*)[42] y

reconducción. Precisamente aquellas en las que la integridad física de la víctima se ve comprometida, como en el caso de delitos de autoría mediata. Para la precisión y la diferencia entre conflictos ocasionales y modales, cfr: ibídem, p. 65 y ss.

(37) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., pp. 543-544.

(38) TRIMARCHI. Ob. cit., p. 111.

(39) MONATERI. Ob. cit., p. 129.

(40) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 544.

(41) Cas. N.° 3183-2016-Cusco, del 26 de julio de 2017. En esta casación, la materia jurídica en debate era determinar si la recurrente era solidariamente responsable junto con sus codemandados, tomando en consideración que su grado de participación en el delito contra la vida, el cuerpo y la salud del demandante es solo de instigadora. La Corte considera que, en virtud del art. 1983 cód. civ., esta respondería solidariamente.

(42) En el Derecho estadounidense también se refieren a ella como *tort of interference with contractual relations*. El *Restatement 2d of Torts* lo denomina *interference with contract or prospective contractual relations*. Para el Derecho inglés, DEAKIN *et al.* Ob. cit., p. 475; para un estudio comparativo entre el Derecho estadounidense y el francés: PALMER, Vernon, "A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract". En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, N° 2, 1992, p. 297 y ss.

que en la doctrina italiana se reconducen a la categoría de la responsabilidad aquiliana por la lesión del crédito o del contrato[43].

En Inglaterra[44], por ejemplo, este *tort* tiene sus orígenes en la celebración de un contrato de prestación de servicios incompatible con uno celebrado previamente[45]. Posteriormente, este fue extendido a contratos de suministro de bienes, contratos de alquiler y contratos de exclusividad. Lo que es importante resaltar respecto a este *tort* es que el elemento subjetivo requerido para su configuración no es la voluntad de causar daño, sino la propia voluntad de interferir con la relación contractual ajena[46].

Entre nosotros, aparte de los casos de ilícitos concurrenciales[47] (claros ejemplos de tutela aquiliana del crédito), una hipótesis en la que podría aplicarse esta norma es en la doble venta inmobiliaria. El ejemplo es el siguiente: A inscribe primero su contrato de compraventa sobre un bien inmueble, conociendo que B, su vendedor, se lo había vendido previamente a C.

En el Derecho italiano, el primer comprador puede demandar al segundo, a título de responsabilidad aquiliana. No obstante, se precisa que este no se trataría precisamente de un caso de inducción al incumplimiento, ya que la transferencia de la propiedad se habría realizado con la sola celebración del contrato. Por tanto, la responsabilidad del vendedor no podría ser contractual[48]. Tampoco se trataría de una hipótesis de tutela aquiliana del crédito, ya que, en sentido estricto, se lesiona la propiedad del primer comprador[49].

Aquí hay que ser cautos antes de postular la completa coincidencia de las soluciones. A diferencia del caso italiano, en el cual la regla del conflicto de titularidades no toma en consideración a la buena fe del transcribiente (art. 2644 cód. civ. it.), nuestro art. 1135 cód. civ. otorga la oponibilidad al "acreedor" de buena fe que inscribe primero. De allí que, en nuestro ejemplo, al estar presente la mala fe del segundo comprador que inscribe primero, este no pueda oponer su título de adquisición. En otras palabras, el ordenamiento peruano otorga

(43) GARDELLA TEDESCHI, Bianca. *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*. Giuffrè, Milán, 2008, p. 260. Como es bien sabido, la sistematización dogmática de la teoría se debió a BUSNELLI, Francesco Donato. *La lesione del credito da parte di terzi*. Giuffrè, Milán, 1964, p. 41 y ss. Sin embargo, salvo contadas excepciones, como es el caso de FEDELE, Alfredo. *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del crédito*. Giuffrè, Milán, 1954, pp. 289 y 296, la doctrina italiana anterior no negaba que el derecho de crédito fuera objeto de protección bajo las reglas de la responsabilidad aquiliana, así por ejemplo: DE CUPIS. Ob. cit., p. 286 y ss.; BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II. Giuffrè, Milán, 1948, pp. 423-424; BETTI, Emilio. "Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana". En: *Nuova rivista di diritto commerciale*, 1951, p. 147. Mucho menos lo negaba la doctrina francesa DEMOGUE, René. Traité des obligations en général. T. VII, Librairie Arthur Rousseau, París, 1933, p. 580 y ss.; LALOU, Henri. La responsabilité civile. Dalloz, París, 1932, pp. 371-373. Por ello, causa sorpresa, por decir lo menos, que desconociendo la extensa experiencia del Derecho comparado, en sede nacional se niegue utilidad a la categoría.

(44) No obstante, el origen de este *tort* puede reconducirse a *Palmer v. Wryght* (1529), un caso de doble venta inmobiliaria en donde el demandado indujo dolosamente al vendedor a incumplir su primer contrato, sabiendo que este no sería capaz de pagar los daños por su incumplimiento. No obstante, tal como indica BAKER, John. *An Introduction to English Legal History*. Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 492, este precedente fue olvidado por los siguientes tres siglos.

(45) *Lumley v. Gye* (1853) 2 E & B 216.

(46) DEAKIN *et al.* Ob. cit., pp. 475-476.

(47) El art. 13 del D. Leg. N° 1044 prevé a la inducción al incumplimiento del deber de reserva como un medio por el cual se concreta un acto de violación de secretos empresariales y, por tanto, un ilícito concurrencial.

(48) Tal como aclara BARCELLONA. Ob. cit., p. 391.

(49) Tal como aclara GARDELLA TEDESCHI, Bianca. *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*. Giuffrè, Milán, 2008, p. 331.

al primer adquiriente un tipo de "tutela real"[50], a diferencia del ordenamiento italiano que otorga un tipo de "tutela obligacional"[51]. Empero, esto no excluye que, en adición a la "tutela real" que otorga el ordenamiento peruano al primer comprador, se le otorgue adicionalmente una de "tipo obligacional", vale decir, una tutela aquiliana que proteja intereses no propietarios, conculcados por el acto de inscripción del segundo comprador. El elemento subjetivo de la incitación en este caso se revela como dolo eventual[52].

Con relación a esta y otras hipótesis, la discusión en el Derecho foráneo se centró durante mucho tiempo en la determinación del elemento subjetivo presente en el tercero interferente de la relación contractual[53]. En nuestro caso, el camino se ve allanado por la elección del legislador, que prevé explícitamente las hipótesis del incitador. Si tomamos en consideración nuestra asunción inicial, vale decir, que el art. 1978 cód. civ. no es más que una reiteración del 1969 cód. civ., tal vez podamos decir que a estos efectos *repetita iuvant*.

### 3.1. Carga de la prueba

Es una tendencia general en la doctrina nacional, concebir a la parte final del art. 1969 cód. civ. como si estableciese una inversión de la carga de la prueba de la culpa[54]: "El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor". Si se acepta esta premisa como cierta, desde luego que la discusión en torno a si la presunción alcanza o no al dolo sería una discusión fundada. Aquí la pregunta que se abriría de inmediato sería: ¿se presume el dolo del incitador?

Sin embargo, creemos que la pregunta ni siquiera debería plantearse, y no porque el dolo no se presume en la responsabilidad extracontractual[55], sino porque el art. 1969 cód. civ. ni siquiera establece una inversión de la carga de la prueba. Dado que el espacio no nos permite ahondar en el asunto, sirvan solo las siguientes precisiones para aclarar el punto.

La regla general en materia de cargas probatorias (art. 196 cód. proc. civ.) es que cuando alguien alega un hecho en el proceso, asume el riesgo de la derrota si es que dicho hecho no es probado[56]. Así, mientras que la parte demandante (damnificada) deberá probar el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación, la demandada (dañadora) deberá desvirtuar cada uno de estos extremos. En otras palabras, tratándose del criterio de imputación subjetivo, la parte demandada deberá probar que no actuó con dolo o culpa.

(50) Cfr. GIORGIANNI, Michele. "Tutela del creditore e tutela reale". En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* N° 3, 1975, p. 853 y ss.

(51) Adviértase que en este extremo, la solución italiana difiere también con la solución francesa, que solo otorga un tipo de "tutela real". Cfr. CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*. Giuffrè, Milán, 1990, p. 178 y ss.

(52) FRANZONI. Ob. cit., p. 380.

(53) La discusión en el *common law* inglés y estadounidense, durante mucho tiempo, se centró en ello. Al respecto, GARDELLA TEDESCHI. Ob. cit., p. 46 y ss.

(54) Así DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 176; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley, Lima, 2003, p. 97; ESPINOZA ESPINOZA. Ob. cit., p. 172; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho continental y en el Código Civil peruano)". En: *Themis*. N° 50, Lima, 2005, p. 260 y ss.

(55) DE TRAZEGNIES GRANDA. Ob. cit., p. 549.

(56) Adviértase aquí que la verificación de la derrota no depende por completo de la propia actividad del que afirma el hecho, ya que en un proceso se pueden usar las pruebas aportadas por la contraparte o incluso las pruebas de oficio. De allí que la carga de la prueba no se identifica con la situación jurídica carga. Al respecto, valgan las consideraciones críticas de SACCO, Rodolfo. "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova. (Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)". En: *Rivista di diritto civile*, 1957, p. 400 y ss.

En consecuencia, si es que la regla general en materia de cargas probatorias del criterio de imputación, con relación a la demandada, es que esta deba probar que no actuó con dolo o culpa, y si la última parte del art. 1969 cód. civ. solo se limita a reiterar esta regla general, no vemos cómo es posible extraer de ella una inversión de la carga de la prueba. Este, como muchos otros casos en el Derecho Civil peruano, no es más que un **lugar común**.

## 4. La regla de juicio

Llegados a este punto, debe quedar claro que una vez afirmada la responsabilidad del ayudante y/o del incitador, junto con la del, llamémoslo así, "autor principal", estos estarán solidariamente obligados a pagar el resarcimiento[57]. No obstante, aquel que pagó la integridad del monto podrá repetir contra los demás. La proporción del monto resarcitorio que cada uno asume es determinado por el juez con base en el criterio de la "gravedad de la falta" indicado en el art. 1983 cód. civ.

Ahora bien, cuando el art. 1978 cód. civ. establece que "el grado de responsabilidad será determinado por el juez **de acuerdo a las circunstancias**", puede estar indicando un criterio adicional al indicado en el art. 1983 cód. civ., para que el juez establezca la proporción que cada deudor asumirá en sus relaciones internas. Un criterio ciertamente lo bastante genérico como para escapar al criterio subjetivo indicado en el art. 1983 cód. civ., de claro tinte punitivo.

En efecto, al establecer el legislador a la "gravedad de la falta" como criterio para determinar el *quantum debeatur*, introduce una función punitiva en la responsabilidad civil que no está presente cuando el dañador no es una pluralidad. Esto es así, porque la responsabilidad de cada uno de los implicados no estará en función del daño efectivamente causado, sino en función de la "gravedad de su falta", vale decir, de su culpa o dolo. Una elección a todas luces inconsistente, pues, ¿qué justifica introducir una función punitiva cuando el dañador es una pluralidad de sujetos? La única respuesta sería que no hay otra forma de distribuir el peso económico del daño que aplicando por defecto un criterio como este, a pesar de contrabandear una función punitiva.

Tal vez, la referencia genérica del art. 1978 cód. civ. pueda permitir introducir otros criterios. Recordemos que hemos aceptado que también puede darse el caso de la "ayuda objetiva"[58]. De allí que el criterio del riesgo también pueda ser tomado en consideración para la determinación del *quantum* en esta hipótesis. En este sentido, la entidad del daño "será repartida en proporción a la entidad de los riesgos"[59] de los partícipes en la causación del daño.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. La responsabilità civile. Parte generale, UTET, Turín, 2010; BAKER, John. An Introduction to English Legal History. Oxford University Press, Oxford, 2019; BARASSI, Ludovico. La teoria generale delle obbligazioni. Vol. II, Giuffrè, Milán, 1948; BARCELLONA, Mario. Trattato del danno e della responsabilità civile. UTET, Turín, 2011; BETTI, Emilio. "Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana". En: Nuova rivista di diritto commerciale, 1951; BUSNELLI, Francesco Donato. La lesione del credito da parte di terzi. Giuffrè, Milán, 1964; CHIANALE, Angelo. Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà. Giuffrè,

(57) Llega a la misma conclusión *de lege data*, aun cuando no con el mismo procedimiento argumentativo, PASCO ARAUCO, Alan. "Concausa, corresponsabilidad y participación: ¿responden los autores, cómplices e instigadores solidariamente? Una aproximación hacia un análisis de *lege ferenda*". En: *Actualidad Jurídica*. N° 188, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 79; sin embargo, *de lege ferenda*, postula la mancomunidad de la obligación resarcitoria.

(58) Y con mayor razón cuando la "ayuda objetiva" contribuya con una actividad también objetiva del "autor principal".

(59) Es la propuesta de TRIMARCHI. Ob. cit, p. 424.

Milán, 1990; DE CUPIS. Il danno. Vol. I, Giuffrè, Milán, 1979; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. T. I, Ara, Lima, 2016; DEAKIN, Simon et al., Markesinis and Deakin's Tort Law. Oxford University Press, Oxford, 2013; DEMOGUE, René. Traité des obligations en général. T. VII, Librairie Arthur Rousseau, París, 1933; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Rodhas, Lima, 2011; FEDELE, Alfredo. Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito. Giuffrè, Milán, 1954; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. "De la culpa ética a la responsabilidad subjetiva: ¿el mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho continental y en el Código Civil peruano)". En: Themis. N° 50, Lima, 2005; FRANZONI, Massimo. L'illecito. Giuffrè, Milán, 2010; GARDELLA TEDESCHI, Bianca. L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica, Giuffrè, Milán, 2008; GIORGIANNI, Michele. "Tutela del creditore e tutela 'reale'". En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. N° 31975; GUASTINI, Riccardo. Interpretare e argomentare. Giuffrè, Milán, 2011; INFANTINO, Marta. La causalità nella responsabilità extracontrattuale. Studio di diritto comparato, ESI, Nápoles, 2012; LALOU, Henri. La responsabilité civile. Dalloz, París, 1932; MAZEAUD, Henri et al., Leçons de droit civil. Montchrestien, París, 1998; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. UTET, Turín, 1998; PALMER, Vernon. "A Comparative Study (From a Common Law Perspective) of the French Action for Wrongful Interference With Contract". En: The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, N° 2, 1992; PASCO ARAUCO, Alan. "Concausa, corresponsabilidad y participación: ¿responden los autores, cómplices e instigadores solidariamente? Una aproximación hacia un análisis de lege ferenda". En: Actualidad Jurídica N° 188, 2009; RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Giuffrè, Milán, 1964; SACCO, Rodolfo. "Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova. (Aspetti diversi di un fenomeno unico o fenomeni autonomi?)". En: Rivista di diritto civile, 1957; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil, Grijley, Lima, 2003; TRIMARCHI, Pietro. La responsabilità civile: Atti illeciti, rischio, danno. Giuffrè, Milán, 2017; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. Les conditions de la responsabilié. LGDJ, París, 2013; ZORZETTO, Silvia. Repetita iuvant? Sulle ridondanze nel diritto, Giuffrè, Milán, 2016.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Incitación de la generación del daño es un supuesto típico de responsabilidad extracontractual**

*La regla sustantiva fundamental que define la responsabilidad civil es el artículo 1969 del Código Civil. Estipula que "aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo". El artículo 1978 del referido Código extiende la responsabilidad civil al que incita o ayuda a causar el daño, que se denominará de acuerdo a las circunstancias. Estos preceptos son aplicables no solo por la naturaleza civil de la responsabilidad ex delicto sino porque así lo dispone el artículo 101 del Código Penal (Cas. N° 951-2018-Nacional).*

## Responsabilidad por el daño causado por animal

**Artículo 1979.-** ***El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.***

Concordancias:
*C.C. art. 1972; LEY 30407 art. 5.2*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

### 1. Introducción

El Derecho romano, como lo recuerda Santos Briz, consideró como casos encuadrados en los cuasidelitos cuando un animal causaba un daño sin culpa de nadie, concediéndose acción contra el dueño. Así, mediante la *actio* de *pauperie* el perjudicado por los daños causados por el animal podía dirigirse contra el propietario de este para exigirle el resarcimiento del daño o la entrega del animal, alternativas entre las cuales podía elegir el demandado.

Por supuesto que en la actualidad los daños producidos por animales no son tan comunes como en épocas pasadas, en las que se empleaban animales hasta para el transporte e incluso en las ciudades era frecuente toparse con animales propios del campo. No obstante, el tema de un tiempo a acá ha recobrado notoriedad dada una serie de casos de daños ocasionados por animales, principalmente canes de razas consideradas peligrosas, como el *american pitbull terrier*, entre otros.

El Código Civil peruano, entre otros supuestos específicos de responsabilidad extracontractual, regula en el artículo materia de comentario el régimen de la responsabilidad por los daños producidos por animales. En las líneas que siguen desarrollaremos los alcances de esta norma.

### 2. ¿Objetividad?

Como se observa del dispositivo analizado, se atribuye responsabilidad al propietario o custodio por los daños producidos por el animal, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero. Nos adherimos a la opinión de autores nacionales como Espinoza Espinoza, Taboada Córdova o De Trazegnies Granda en el sentido de que la presente es una regla de responsabilidad objetiva, al desprenderse de la norma que el resarcimiento no está supeditado a la negligencia o imprudencia (culpa) del responsable. Es decir, se deben resarcir los daños ocasionados sin que importe si la conducta del propietario o custodio del animal se adecuó o no a un patrón esperado de diligencia.

La regla de objetividad fijada, en todo caso, no inhibe a la víctima del animal, o sus representantes o sucesores, de demostrar la relación de causalidad. Vale decir, debe probar, primero, que el daño se produjo por el hecho del animal, y, en segundo lugar, que el demandado es su dueño o la persona que lo cuidaba. Probará finalmente los daños concretos producidos y el monto indemnizatorio respectivo.

Ahora, no es pacífico en la doctrina que el régimen del Código Civil en materia de daños de animales sea objetivo. León Hilario considera que del Código Civil no se deduce que este sistema de responsabilidad extracontractual pueda calificarse como subjetivo u objetivo. Admitir lo contrario, en su opinión, implicaría, por ejemplo, que en nuestro sistema no

operaría ni siquiera uno de los supuestos más evidentes eximentes de responsabilidad, planteado por Trimarchi: la generación de una enfermedad desconocida, atribuible a un animal; pues al no mediar el obrar o la conducta de un tercero, que es la única eximente reconocida en el artículo 1979, el dueño sería responsable.

El autor parte además de una premisa para nosotros totalmente cierta: no todo animal califica como bien riesgoso. En efecto, deben distinguirse los tipos de animales, pues no todos encierran un peligro de daños *per se* (el régimen de responsabilidad no puede ser igual para la señora que tiene un perro *poodle* que para quien se le ocurre criar un tigre). En ocasiones, la calificación de peligrosidad depende no solo de la propia naturaleza del animal sino de factores culturales. El mismo autor cita a Prosser y Keeton, para hacer ver que, por ejemplo, un elefante puede calificar como bien riesgoso en Inglaterra pero no en Burma, en donde su domesticación es extendida y los daños que producen son menores.

A nuestro parecer se justifica plenamente la regla de objetividad cuando el animal es verdaderamente riesgoso, en los términos expresados. Incluso, como sucede en el régimen peruano, con exclusión de hipótesis de fractura del nexo causal. Finalmente, quien introduce el riesgo de criar un animal feroz debe responder por él en todos los casos, más aún cuando está en mejor posición para evitar el riesgo o siquiera trasladarlo (*cheepest cost avoider*). Así, pues, por ejemplo, si un terremoto quiebra la jaula del león que se escapa y ataca a alguien no hay razón para no hacer responsable al zoológico, el que incluso pudo trasladar el riesgo de sí mediante un mecanismo de seguro.

Cuando el animal no es (natural o culturalmente) riesgoso, el factor de atribución a aplicar es menos claro. Puede optarse por una regla de objetividad con la posibilidad de alegar todos los supuestos de fractura de nexo causal, pero también podría plantearse una subjetividad con culpa presunta, en los términos que expresa Bianca. Debemos admitir que nos resulta difícil definirnos por una de estas reglas, pues en nuestra opinión lo ideal sería que no se regule expresamente esta responsabilidad extracontractual y que el factor de atribución sea definido caso por caso, analizándose las capacidades de prevención de las partes (aunque también puede cuestionarse una solución así teniendo en cuenta que los jueces peruanos no resuelven de modo idóneo los temas de responsabilidad, prefiriéndose las soluciones legales expresas). Pero definitivamente no creemos que elementos como el caso fortuito o la imprudencia de la víctima, sean eliminados de plano como eximentes de responsabilidad para los daños de animales.

Puede apreciarse, por ejemplo, la relevancia del hecho imprudente de la víctima como eximente de responsabilidad. Visintini cita el caso italiano en el que no se consideró responsable al propietario de un perro que al momento de verificarse el evento dañoso se hallaba en un patio atado a una cadena, puesto que la causa exclusiva del daño derivado de una mordida del animal fue el hecho de la víctima, una niña que había entrado al patio no obstante la prohibición establecida por los propietarios. Por el contrario, los jueces condenaron al propietario en un caso en que una señora había entrado a un jardín ajeno, donde los perros estaban en libertad y no estaba obstruido el acceso a terceros extraños.

En suma, y sin perjuicio de las críticas formuladas, para nosotros queda claro que el Código Civil peruano ha optado por una regla de objetividad que no hace distinción alguna por el tipo de animal, a diferencia de otras codificaciones, como el BGB alemán, o la legislación del *common law*. El problema, en cualquier caso, no estaría tanto en la regla de objetividad

misma sino en que se acepte el hecho del tercero como único eximente de responsabilidad, regla sumamente rígida que lleva al propietario o custodio a responder en ocasiones en las que resulta conveniente exigir el comportamiento diligente de la(s) víctima(s). De ahí que deba buscarse un criterio interpretativo que palíe esta situación.

## 3. Ampliando las causales que eximen de responsabilidad

Como se ha visto, el hecho de que el dueño o el custodio del animal solo puedan alegar la conducta del tercero para liberarse de responsabilidad crea una diferencia relevante entre esta regulación y la regla de responsabilidad objetiva por bien riesgoso (artículo 1970), que admite también como hipótesis de fractura causal al caso fortuito o fuerza mayor y al hecho o imprudencia de la víctima. Es así que si, por ejemplo, una persona ingresa imprudentemente al jardín ajeno y es atacado por un perro, el dueño del animal responderá por los daños pues no nos encontraríamos ante el hecho de un tercero. Distinto sería el caso en que un tercero incite y/o dirija a un perro a atacar a otra persona, pues aquí frente al daño causado por el animal el dueño podrá verse liberado de responsabilidad probando el hecho de tercero.

Hemos advertido lo equivocado que resulta no permitir el caso fortuito y la imprudencia de la víctima como eximentes de responsabilidad en determinados supuestos, particularmente para el caso de animales domésticos o no feroces. Para solucionar esta problemática autores como León Barandiarán o Espinoza Espinoza plantean una interpretación sistemática de los artículos 1979 y 1972 del Código Civil, de modo que se admitan también a dichos eximentes de responsabilidad. Finalmente, "la responsabilidad por el daño ocasionado por los animales es una responsabilidad de tipo objetivo y, por lo tanto, una interpretación sistemática de este supuesto, nos hace llegar a la conclusión de que no se justifica una disparidad de tratamiento con otros casos de responsabilidad objetiva" (Espinoza Espinoza).

León Hilario opina que no cabe un interpretación sistemática del artículo 1972 pues "esto significaría que considerar que poseer un animal, cualquiera que fuere, equivale siempre a poseer un bien riesgoso o peligroso". Es de notar, sin embargo, que la problemática no sería grave siguiendo el parecer de este autor en la medida en que para él la responsabilidad por daños de animales del Código Civil peruano no es necesariamente objetiva.

En nuestra opinión, si bien es indudable que no todo animal es riesgoso o peligroso, puede interpretarse que el fundamento del factor de atribución objetivo del artículo 1979 es justamente el riesgo; es decir, que la ley (equivocadamente, claro está) atribuye al común de los animales la calidad de bienes riesgosos, lo que permitiría la aplicación sistemática del artículo 1972. Nótese que ello explicaría la rigidez de la regla del artículo en comentario; esto es, que en la lógica del Código Civil el particular riesgo que deriva de los animales justificaría el hecho de tercero como única causa eximente de responsabilidad.

Por supuesto, el tema es por demás discutible, pero aun si no se acepta que el riesgo informa al artículo 1979, creemos que es menester optar por una interpretación que viabilice la aplicación de las demás causales eximentes del artículo 1972, al ser ello socialmente beneficioso para la prevención de los daños de animales, por lo cual llegado el caso debe seguirse el criterio mencionado de Espinoza Espinoza. Lo importante es encontrar el fundamento para darle al artículo 1979 un alcance más adecuado que el que su literalidad nos ofrece y permitir la aplicación sistemática planteada.

## 4. Los animales y sus conductas dañosas

Como lo precisa Alpa, "aquellos eventos esencialmente debidos, no a fuerzas irreprimibles de la naturaleza externa o a hechos imprevisibles e inevitables de terceros, sino a impulsos internos propios de la naturaleza de los animales, no pueden considerarse casos fortuitos por cuanto aun ellos son imprevisibles e inevitables con la común diligencia del custodio". Y es que aun si el animal está domado o es manso, pueden tener reacciones de agresión o violencia o producir daños con su simple actuar irracional.

La responsabilidad de la que hablamos no está referida a los daños producidos por cualquier animal, sino solo a los que son propiedad o están bajo el cuidado de alguien, a quien debe hacerle soportar los daños "más que por la culpa o negligencia *in vigilando*, por la exigencia social de hacer soportar los daños procurados por los animales a quien obtiene ventaja de estos: *id est cuiuis cómoda eius et incommoda*" (Alpa). En ese sentido, no interesan aquí los daños producidos por animales callejeros que no pertenecen a nadie o por animales salvajes que eventualmente pueden encontrarse en la propiedad de un individuo y que ataquen a un visitante o extraño cualquiera.

En la producción misma del daño se exige la intervención activa del animal. Vale decir, no basta con que esté presente un animal sino que el daño debe ser consecuencia de su actuar. Así, por ejemplo, no estaremos ante el tipo de responsabilidad que analizamos si el daño se lo produjo la misma persona porque no supo cómo subirse a un caballo y finalmente cayó al piso. Aquí el animal no participa activamente en la producción del daño, por lo cual el dueño no debería responder.

La participación activa a la que hacemos referencia incluye no solo los daños que el animal produce directamente, como en el caso de un perro que ataca y daña a la víctima, sino también los que se dan de un modo menos directo, como en el típico ejemplo de la vaca que ingresa intempestivamente a una vía de tránsito vehicular y que genera una colisión al obligar a los conductores a realizar maniobras peligrosas para esquivarla.

Otro aspecto que interesa tratar es si la responsabilidad objetiva por el daño causado en estos casos se aplica solo cuando el animal ha actuado con independencia, vale decir que el daño sea consecuencia de su conducta natural; o si también se incluyen supuestos en los que el animal ha sido manejado o dirigido por una persona y como consecuencia de ello se da el daño. Sobre este punto, por ejemplo, autores como Peirano Facio señalan que cuando un animal es la causa determinante de un daño se está frente al hecho del animal, sin que interese entrar a juzgar la autonomía de la actuación de la bestia, esto es, si el daño se ha cometido por el animal actuando en forma espontánea o si lo ha cometido conducido por el hombre.

Si bien en un trabajo anterior concordamos con la posición recién mencionada, actualmente nos inclinamos por la posición contraria que resume Santos Briz, en el sentido de que el comportamiento del animal tiene que ser manifestación de su naturaleza inconsciente, de modo que la responsabilidad queda excluida cuando, aunque no sea culpa del perjudicado, el animal siguió exclusivamente los manejos de otra persona. Y es que el papel del responsable en uno u otro caso (pasiva cuando el animal actúa solo y activa cuando este es conducido a dañar) exige un tratamiento legal diferenciado. Como lo precisa León Hilario, es "distinta la situación si el animal es solo un instrumento para ocasionar daños (como cuando una persona azuza a un perro para atacar a otro) del caso en que el animal actúa por sí solo,

dentro de su irracionalidad. En el primer supuesto, es aplicable la cláusula normativa general sobre la responsabilidad civil (en el Código Civil peruano, la primera parte del artículo 1969), y esta pesara sobre el autor a título personal (y no en función de su nexo jurídico con el animal dañador)".

Finalmente, puede verse que la ley no limita la responsabilidad cuando se trata de animales que se hallen simplemente perdidos o extraviados. Aquí, el dueño del animal se verá obligado a responder aun cuando la pérdida del animal no se produjera por su culpa.

## 5. Propietario y custodio

En la mayoría de los casos, quien tiene a su cuidado el animal será también su propietario, de modo que solo contra este podrá dirigirse la víctima a efectos de obtener objetivamente el resarcimiento respectivo. Sin embargo, si quien resulta custodiando al animal dañoso no es el propietario sino un tercero, entonces la víctima debe dirigirse contra este último.

Como lo señala León Hilario, que la responsabilidad involucre al custodio no es sino una imposición de sentido común, pues "no puede exigirse la demostración de un ligamen de propiedad (de un derecho real) respecto del animal, porque se haría sumamente gravosa la situación de los perjudicados". El custodio es entendido como aquel que tiene un efectivo poder de control y disposición sobre el animal (Bianca).

En opinión de De Trazegnies Granda, no se exige una previa constitución como guardador del animal para que se adquiera responsabilidad por los daños que produzca. En realidad, dentro de la expresión "todo aquel que lo tiene bajo su cuidado" queda incluida toda persona que detente *lato sensu* a un animal y responde por los daños que cause. En nuestra opinión, sin embargo, el custodio debe tener poder de control y disposición sobre el animal, pues en caso contrario no excluirá la responsabilidad del propietario.

Sobre este punto, debe tenerse presente que la regla del artículo 1979 no es de solidaridad, por no señalarlo así el Código Civil. Como lo señala Franzoni, la presencia del custodio excluye la responsabilidad del propietario.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Tomo I, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; LEÓN HILARIO, Leysser. La responsabilidad civil. Normas Legales, Trujillo, 2004; PEIRANO FACIO, Jorge. Responsabilidad extracontractual. Temis, Bogotá, 1981; SANTOS BRIZ, Jaime. Derecho de daños. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 2001; VISINTINI, Giovanna. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1999.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Imputabilidad del daño causado por animal**

*La propiedad de una cosa, como poder jurídico, conlleva la autoridad para gobernarla y dirigirla; aun cuando en el hecho no se encuentre en poder de su propietario, o lo tenga otra persona por encargo. Por eso mismo, en los casos de responsabilidad noxal, del daño causado por animales, la responsabilidad recae en su propietario* ***(Cas. N° 2902-99-Lima).***

## Responsabilidad por ruina de edificio

**Artículo 1980.-** *El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción.*

Concordancias:
*C.C. arts. 923 , 1784*

CARLOS A. MISPIRETA GÁLVEZ

### 1. Sobre el "dueño" responsable

La norma materia de comentario emplea el término "dueño", el mismo que debe ser entendido como sinónimo de "propietario", según se puede deducir no solo de lo que establece, en términos generales, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sino también de lo que se aprecia en la primera acepción de la voz "dueño" dentro del ámbito jurídico, en el que se le entiende como: "el propietario de una cosa; el titular de un derecho; quien tiene el dominio de un bien mueble o inmueble" (CABANELLAS, p. 760). A pesar de dicha coincidencia, pensamos que quizá hubiera resultado más claro y ajustado a la rigurosidad jurídica hablar de propietario y no de dueño.

Ahora bien, el profesor Espinoza ha hecho una distinción interesante atendiendo a la diferente interpretación que se haga del término; así, si se realiza una interpretación literal del artículo 1980 del Código Civil, su aplicación se debe restringir únicamente al propietario del inmueble; si en cambio se hace una interpretación extensiva del concepto dueño como "sujeto que ejercita el control jurídico sobre el bien", los efectos de la norma materia de comentario podrían alcanzar a sujetos distintos del propietario del edificio (p. 310). A favor de esta última posición se han pronunciado juristas como Planiol y Ripert, para quienes ha de rechazarse la interpretación demasiado literal de la norma que contempla la responsabilidad del propietario del inmueble como si fuera una "carga de la propiedad" (p. 836).

Estamos –qué duda cabe– ante un supuesto de responsabilidad objetiva, pues la víctima no tiene que demostrar la falta de diligencia o la intencionalidad del propietario atendiendo a que lo que se persigue es otorgar a la víctima un mecanismo más expeditivo para que se le resarzan los daños que pueda haber sufrido, y a que es el propietario del inmueble el que en forma implícita asume como propio el riesgo de la existencia de la cosa y de los daños que ésta pueda causar. En ese orden de ideas, nos parece que no se pueden hacer distinciones en la ley en donde ésta no las hace y desconociendo la '*ratio*' que justifica la existencia del precepto legal comentado. Por ello, somos de la opinión que es la forma restrictiva de interpretar la norma la que se impone y que debe entenderse como "dueño" a aquel sujeto que cuenta con el derecho real de propiedad.

Por otro lado, vale la pena analizar a quién debemos darle la categoría de "propietario responsable" frente a la víctima del daño. Un ejemplo puede aclarar el tema que planteamos: "A" transfiere la propiedad de un inmueble que aparece inscrito en Registros Públicos a su nombre a favor de "X", dejándose constancia de dicho acto únicamente a través de un documento privado; días después sucede un accidente por la caída de una cornisa del inmueble que fue objeto de transferencia, causándole severos daños a "Y".

De acuerdo con lo establecido en el artículo 949 del Código Civil debe ser considerado propietario el sujeto acreedor de la obligación de enajenar a la que se comprometió el

transferente: en el caso propuesto sería "X". Así pues, la citada norma contempla, acogiendo el método tomado del sistema francés, que la transferencia de propiedad de un inmueble se produce cuando el transferente manifiesta su voluntad de enajenarlo; dicho acto constituye el título de la transferencia, pero también el modo en que la propiedad se traslada a otro sujeto, vale decir, título y modo se confunden en este caso. *Strictu sensu* entonces, el propietario –quien debe responder por la caída del edificio en aplicación del artículo 1980 del Código Civil– es el acreedor de la obligación de transferir la propiedad.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, pensamos que la solución a la que se arriba con la aplicación del mencionado artículo no es la mejor y la más eficiente (aunque es por la que optó nuestro legislador). En efecto, se debe tener en cuenta que un destacado sector de la doctrina en nuestro país se ha pronunciado respecto a la conveniencia de implementar un sistema de transferencia de la propiedad inmueble que opere con la inscripción en los Registros Públicos, esto es, que el modo por el que se transfiera el derecho real de propiedad sea aquel por el cual se le otorga publicidad registral al mismo, haciéndolo oponible frente a terceros (ARIAS-SCHREIBER, p. 339; CÁRDENAS QUIRÓS, p. 55-A). Pero además, con ello, se estaría reconociendo otra de las características que debe ser inherente a la inscripción pública, esto es, dar certeza a los terceros sobre la situación jurídica en la que se encuentra un bien inscrito, reduciendo los costos de información y de transacción. Esta última idea, concuerda pues con una de las características fundamentales que deben contener los derechos reales, que le otorgan a su titular, a la vez de un poder jurídico (como es la posibilidad de hacer oponible su derecho), una protección en favor de los intereses de terceros, quienes tendrán la seguridad de que la situación jurídica inscrita es la que corresponde a la realidad (CÁRDENAS QUIRÓS, p. 43-A; MESSINEO, p. 262 y siguientes), como sucedería en el caso de la víctima de la caída del edificio, para quien será mucho más sencillo y menos costoso demandar la indemnización de daños al propietario que aparece inscrito en los Registros Públicos con la certeza de que es él el "dueño" del inmueble.

## 2. Sobre la noción de edificio y su caída

El artículo 1980 del Código Civil ha sido escueto al mencionar que la responsabilidad que incumbe al dueño es la que deriva de la caída de un "edificio". Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, éste denomina edificio a toda "construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos".

En nuestro país, De Trazegnies ha manifestado que se debe incluir dentro del concepto de edificio a todo tipo de construcciones hechas por el hombre, vale decir, se adscribe a una interpretación amplia del término (p. 480); esta posición ha sido igualmente respaldada por Espinoza, quien incluye a toda construcción hecha por el hombre (p. 306).

En lo que respecta a la doctrina extranjera, Díez-Picazo y Gullón también han entendido el término "edificio" como sinónimo de construcción (p. 633). Por su parte, Ripert y Boulanger, explicando el concepto de *bâtiment* que se ha recogido en el ordenamiento francés, señalan que se trata de toda aglomeración de materiales, consolidados permanentemente, ya en la superficie del suelo, ya en el interior (pp. 151-152). De igual manera, en la doctrina francesa los hermanos Mazeaud han señalado que solo deben ser considerados como edificios las construcciones; es decir, los conjuntos de materiales con los que el hombre realiza una obra que supera el nivel del suelo que constituyen inmuebles por naturaleza, y que, por tanto, forman cuerpo con el suelo (p. 294).

En suma, en términos generales debemos entender edificio como sinónimo de construcción a efectos de aplicar la norma bajo comentario, sin importar si esta se encuentra sobre o por debajo del nivel del piso o cuan permanente sea la misma. Creemos que lo importante es que la obra tenga tal envergadura que permita al ser humano habitarla y realizar las actividades que le son propias de manera individual o colectiva.

Se deben incluir dentro del ámbito de aplicación de la norma las caídas parciales, incluso de bienes accesorios que estén permanentemente afectados al inmueble de tal forma que formen parte de una unidad relativamente estable y que sirvan para los fines a los que se destine la edificación, como serían por ejemplo los ascensores, ventanas y vidrios, sistemas de aire acondicionado, monumentos, cornisas, entre otros. Reconocemos que podrían existir situaciones en las que no resuelva la interrogante la definición que ha sido propuesta, como sucedería en el caso de caídas de antenas o paneles publicitarios instalados en el inmueble; por ello, opinamos que debe ser el juzgador quien establezca caso por caso cuándo debe aplicarse el artículo 1980 y cuándo no, sin ajustarse a fórmulas rígidas al respecto.

Asimismo, vale la pena señalar que la construcción puede haber sido ampliada, modificada o remodelada y dichas variaciones también serán consideradas a efectos de la responsabilidad civil del propietario, sea que dichas obras hayan sido regularizadas ante las autoridades municipales y registrales o no, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o penales que se puedan establecer.

## 3. Presupuestos de la responsabilidad: la falta de conservación y de construcción

Es necesario detenernos en el hecho de que para hacer al propietario de un edificio responsable, no basta que se le haya producido un daño a un sujeto como consecuencia de la caída del inmueble o de una parte de este, sino que un análisis previo nos obliga a determinar que dicha caída se haya producido como producto de la falta de conservación o de la falta de construcción del edificio; es decir, debe configurarse un nexo de causalidad entre el descuido en el mantenimiento de la edificación o las deficiencias constructivas que le son inherentes (los cuales originaron la caída) y el daño producido.

Si bien en este caso, como ya lo indicamos, el factor atributivo de responsabilidad es de carácter objetivo, nada obsta para que el propietario pueda alegar válidamente la inexistencia de nexo causal debido a que la caída no se produjo como consecuencia de la falta de conservación o de la falta de construcción del inmueble. En el mismo sentido, se ha dicho que "una vez verificada la existencia del nexo causal ruina-daño, el propietario debe responder por este último, salvo que pruebe que la ruina no es debida a defecto de mantenimiento o vicio de la construcción" (ALPA, p. 371).

Ahora bien, entendemos que estamos ante una falta de conservación cuando el propietario no ha tomado las medidas de mantenimiento o de cuidado a efectos de que el edificio se encuentre en buen estado y con ello evitar su ruina; mientras que la falta de construcción es aquella situación en la que no se han respetado las normas técnicas requeridas para la fabricación de un edificio o de los accesorios anexos a él, lo cual conlleva a su destrucción o ruina. En este último caso, una vez pagada la indemnización a la víctima por parte del propietario, este podrá exigir la devolución de dicho concepto al constructor vía la acción de repetición, en aplicación del artículo 1784 del Código Civil.

## 4. Otras situaciones a tomar en cuenta

Más allá de a quién debe considerarse como propietario para los efectos del artículo 1980 del Código Civil, asunto del que tratamos al iniciar nuestro comentario, un tema ciertamente discutido por la doctrina ha sido aquel que se centra en determinar al sujeto sobre el que debe recaer la responsabilidad por la caída del edificio, atendiendo a que no son siempre los propietarios quienes ocupan una edificación, sino que puede tratarse de un tercero que ocupa a título de arrendador, usufructuario, o incluso un ocupante precario. Sobre este punto se han esbozado dos argumentos discrepantes, el primero de ellos sostiene que la norma debe interpretarse de manera amplia, por lo que no solo los propietarios asumen el riesgo de la caída del edificio sino que puede tratarse de cualquier tercero que tenga bajo su control el edificio. Como ya lo indicamos, ese ha sido el camino que han seguido Planiol y Ripert, al afirmar que la idea de que la responsabilidad le concierne exclusivamente al propietario ha de rechazarse, "sujetándose la aplicación del artículo estudiado a los mismos principios que las demás presunciones de culpa, que pesan sobre la persona a quien incumbe la guarda" (p. 837).

Quienes defienden la segunda postura afirman que únicamente es el propietario quien debe responder, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra el verdadero causante del daño sea en aplicación del artículo 1321 del Código Civil, en caso la responsabilidad se genere dentro de un marco obligacional, o en aplicación de los artículos 1969 o 1970 del mismo texto legal, en caso se trate de una responsabilidad extraobligacional. Esta posición se apoya fundamentalmente en que la ley es expresa al sancionar la responsabilidad del propietario (dueño) del edificio; vale decir, aunque existan poseedores distintos del propietario será este quien responda en toda ocasión. Así, De Trazegnies ha señalado que "basta el hecho objetivo de que la falta de conservación se haya producido –cualquiera sea el culpable– para que el propietario deba pagar por los daños causados" (p. 485). Alpa, con ocasión de una sentencia de los tribunales italianos referida a un caso de arrendamiento, señaló que el hecho de que el arrendatario no haya avisado al arrendador sobre la necesidad de realizar reparaciones en el bien arrendado (obligación contemplada en el artículo 1682 de nuestro Código Civil) "no puede ser opuesta por el propietario arrendador a los terceros, que hayan sufrido daños a causa de la falta de mantenimiento y reparación del inmueble locado" (p. 372). En igual sentido pueden revisarse las opiniones de Henri, Leon y Jean Mazeaud (p. 294), así como las de Díez-Picazo y Gullón (p. 633).

Esta última es la posición a la cual nos adherimos, puesto que no se puede hacer interpretaciones mayores a las que establece la propia norma, la cual contempla un tipo de responsabilidad objetiva por ser el propietario quien asume el riesgo de lo que suceda con el bien de su propiedad y con la finalidad de favorecer la posibilidad de cobro de la indemnización a la que tiene derecho la víctima. Así, el sujeto que resulte dañado únicamente deberá averiguar quién es el propietario del inmueble y dirigir su acción contra él; sin perjuicio de las acciones de repetición que pueda iniciar el propietario o de la acción que pueda ejercer la víctima directamente contra el responsable directo.

Ahora bien, qué sucede en el supuesto de que sean varios los propietarios de un inmueble. Ante dicha situación concordamos con De Trazegnies en el sentido que, en aplicación del artículo 1983 del Código Civil, los copropietarios deben ser solidariamente responsables por el íntegro de la indemnización frente a la víctima, mientras que en las relaciones internas entre ellos, el condomino que tiene una mayor alícuota en propiedad debe asumir en mayor grado el costo del resarcimiento (pp. 495-496). Si bien dicha solución no ha sido expresamente contemplada en nuestro ordenamiento privado, sí se ha seguido ese camino en casos

similares en los que los copropietarios asumen determinadas obligaciones como son el pago de tributos, cargas, gravámenes y saneamiento por evicción (pueden revisarse al respecto los artículos 970, 981 y 982 del Código Civil).

Por otra parte, el propietario puede exonerarse de responsabilidad demostrando que se ha producido una ruptura del nexo causal, la cual determinaría la fractura del vínculo que conexiona la caída del edificio con el daño producido o, de ser el caso, que la mencionada caída concurrió con otro hecho en la producción del daño, lo que implicaría la reducción del monto que el propietario deba indemnizar, en aplicación de los artículos 1972 y 1973 del Código Civil, respectivamente. Igual criterio hemos podido apreciar en Espinoza (p. 313), Alpa (p. 372), así como Ripert y Boulanger (p. 150).

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo IV, Gaceta Jurídica, 3ª edición, Lima, 2001; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995; CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968; CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Conveniencia legal de la implantación del catastro en el Perú: su importancia en la transferencia de bienes inmuebles. En: revista Gaceta Jurídica, Tomo X, Lima, octubre de 1994; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1990; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, 2ª edición, Lima, 2003; MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil. Volumen II, Parte segunda, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971; MOSSET ITURRASPE, Jorge y otros. Responsabilidad civil. N° 9, Hamurabi, Buenos Aires, 1992; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Práctico de Derecho Civil francés. Editorial Cultural, La Habana, 1948; RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 1965.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Ruptura del nexo causal en daño producido por la caída de una pared**

*Que, habiendo quedado establecido que el evento dañoso fue como consecuencia de la colisión del camión volquete contra la pared de propiedad del recurrente, es decir por el hecho determinante de un tercero, es claro que el impugnante no está obligado a la reparación del daño por cuanto en autos se configura la fractura del nexo de causalidad adecuada, razón por la cual al advertirse la presencia de uno de los supuestos previstos en el artículo 1972 del Código Civil, este extremo de la casación también resulta amparable (Cas. N° 3159-2002-Lima).*

## Responsabilidad por daño del subordinado

**Artículo 1981.-** ***Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1183 y ss.*

LUIS ALEJANDRO LUJÁN SANDOVAL

### 1. Notas preliminares

El artículo bajo comentario representa una excepción al dogma concerniente a que el autor del daño sea siempre quien deba responder o asumir la obligación resarcitoria que se genera. La excepción[1] puede encontrarse en el Derecho romano y también traduce una suerte de tratamiento diverso en relación con lo previsto históricamente en la *Lex Aquilia* del siglo III a. C., la cual centraliza a la culpa[2][3] como el criterio por excelencia para la imputación de la obligación resarcitoria.

En tal sentido, la bifurcación o doble vía para un sistema de responsabilidad civil consistente en (i) la responsabilidad por hecho propio y (ii) por hecho ajeno ya se encontraba presente en las fuentes romanistas. La primera vía, por su parte, se configura como el paradigma de toda carrera codificadora durante los siglos XIX y XX en lo concerniente a la obligación que tiene como fuente al "ilícito" (responsabilidad extracontractual), ello, debido a la conceptualización en las institutas de Gaio[4] y Justiniano[5] de los elementos de la responsabilidad civil; entre los que destaca, principalmente, la necesaria coincidencia entre la persona autora del daño y el responsable. Por otro extremo, la segunda vía implica siempre una disociación del elemento personal, abriendo una posibilidad para introducir un criterio objetivo en lo concerniente a la persona que asumirá la obligación resarcitoria.

La segunda vía, por lo tanto, podría traducirse como una especie de responsabilidad objetiva, en donde nada tiene que hacer la evaluación del criterio de la culpa, pues entra en juego la valoración de criterios, tales como la dependencia del sujeto autor del daño en relación con aquel que resulta finalmente como responsable.

En el Derecho romano se encuentran al menos tres supuestos –a modo de simples manifestaciones de un sistema de responsabilidad civil– en los que la culpa o el dolo no son tomados

(1) CURSI, M. Floriana. "The scope and function of civil wrongs in roman society". En: *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*. Paul J. Du Plessis, Clifford Ando y Kaius Tuori (eds.). Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 604.

(2) Así, a través de la interpretación de las fuentes romanistas, se llega a plantear que en la *iniuira* se encuentra ya el requisito de la culpabilidad. Así, por ejemplo, KASER, Max. *Das römischen Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*. Tomo I. 2ª edición. C. H. Beck, München, 1971, p. 620, quien expresa que el juicio de reprochabilidad es perfectamente subsumible en los *damnum iniuria datum* (daños producidos ilícitamente) reducible en la *Lex Aquilia*.

(3) JHERING, Rudolf von. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. Editorial de Emil Roth, Giessen, 1867, p. 21, reconoce a la culpa como el criterio de imputación general desarrollado por el Derecho Romano; asimismo, entiende que no hay resarcimiento (*Schadensersatz*) por el mero daño, sino concurre la culpa de su autor (p. 40).

(4) Inst. Gai. 3,211: *Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit* (...).

(5) Inst. Iust. 4, 3, 13.

en consideración para imputar la obligación resarcitoria, y en los cuales coetáneamente tampoco es central la intervención fáctica de la persona que resultará responsable.

Estos supuestos, más que configurar un conjunto reducido de hipótesis en los que no coinciden en una sola persona el autor material del daño y el responsable, demuestran la posibilidad de valorizar el vínculo entre los sujetos antes referidos con miras a precisar la atribución de la obligación resarcitoria frente a una determinada víctima.

Así, la valorización del vínculo entre la persona autora del daño y la que (finalmente) responde por estos puede ser encontrada a través de la jurisprudencia romana. Los supuestos implican vínculos establecidos y desarrollados a partir de las (i) relaciones de familia[6] (*actio noxalis adversus paterfamilias*), (ii) de cuidado por la esfera personal de inimputables[7], y (iii) de las relaciones genéricas de dependencia en beneficio económico del responsable [trabajo o contratación de servicio[8] (*actiones furti et damni in factum adversus nautas caupones stabularios*)].

El primer vínculo se desarrolla en virtud del rol de protección (*patria potestas*) que asume el *paterfamilias* en el Derecho romano respecto de, por ejemplo, sus hijos o siervos. La responsabilidad del padre por las acciones de sus hijos –en especial las que causan daños– encuentra razón de ser en la medida que el *paterfamilias* es quien asume la educación y la corrección del dañante.

En cuanto al segundo de los vínculos, se encuentra relacionado con el cuidado especial a favor de personas con discapacidad impedidas de asumir obligaciones en forma libre y consciente. La equiparación del Derecho romano en este caso, si bien es nefasta –las fuentes romanas equiparan el daño que ocasionan los inimputables con el que producen los animales–, cabe destacar que lo que justifica la asunción de responsabilidad de los cuidadores por los daños producidos por personas con ausencia de discernimiento es el deber de vigilancia asumido frente a estos últimos.

El deber de vigilancia (*culpa in vigilando*), incluso, no solo se agota en relación con la evitabilidad de daños a terceras personas, sino que incluye el caso de los daños que se pudieran ocasionar los inimputables a sí mismos.

El tercer vínculo[9], por su parte, se desarrolla a partir de la existencia de una relación en la cual el autor del daño realiza inicialmente una determinada operación u actividad en interés o beneficio del responsable[10]. Los registros en las fuentes romanas explicitan casos en los que el dueño de un posada-hospedaje, de una nave o de un establecimiento de intercambio de animales responde por los daños ocasionados por sus dependientes (libres o siervos) en detrimento de los clientes, o por aquellos que ocurren simplemente con ocasión del uso que hacen los clientes de la nave o los lugares en mención (hurtos).

(6) D. 9, 4, 1.

(7) D. 1, 18, 14 (sobre la capacidad de entender y querer del sujeto agente) y D. 9, 2,5, 2 (sobre la custodia de personas con incapacidad a efectos de evitar posibles daños que pueda ocasionar a terceros o a sí mismo).

(8) D. 44, 7, 5, 6 e Inst. Iust. I. 4, 5, 3.

(9) El carácter *in factum* de la *actio* para los cuasidelitos que originan este tercer vínculo demuestra que fueron, evidentemente, una creación jurisprudencial. Es pertinente la frase de BIRKS, Peter. *The Roman law of obligations*. Eric Descheemaeker (ed.). Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 253, quien precisa que la acción conferida a la víctima no es en razón de un contrato, sino por el reproche en la medida que se ha confiado en "malas personas" (*The reason this is quasi ex maleficio is that the action given against him for this case is not based on contract and yet he is to a certain degree blameworthy in relying on the service of bad men*).

(10) Conforme con la extendida interpretación, el daño ocurre con ocasión de la ejecución de las tareas encomendadas. Cfr. SOHM. Rudolph. *Institutionen des römischen Rechts*. Duncker & Humblot, Leipzig, 1884, p. 243.

En los casos del tercer vínculo, el responsable tiene el poder de dirigir, vigilar y controlar al autor del daño; en estas hipótesis el responsable, que es generalmente caracterizado como el dueño de la empresa, asume las consecuencias de los riesgos generados por su actividad en el mercado.

## 2. La responsabilidad por hecho propio y ajeno en la codificación

Los casos extraídos de la jurisprudencia romana traducen el interés por el resarcimiento a favor de la víctima, antes que una persecución punitiva en función del criterio de la culpa a los autores de los daños. La tolerancia en que el autor del daño y el responsable final no coincidan en una sola persona corrobora esta opción que se mantendrá y registrará con el paso del tiempo, incluso, en la época de las primeras codificaciones.

La sustitución del criterio de la culpa y la existencia de regímenes de responsabilidad civil que toleran la asunción de obligaciones resarcitorias por hechos ajenos, en tal sentido, se encuentra registrada en la primera ola de codificaciones.

### 2.1. El *Code Napoleón*: decaimiento de la taxatividad

Como muestra de lo antes mencionado, por ejemplo, puede verificarse en el *Code Napoleón*, el cual si bien parte por reconocer a la culpa como criterio central para la imputación de la obligación resarcitoria, también reconoce a un sistema de responsabilidad por hecho ajeno [*responsabilité du fait d'autrui* (art. 1384[11])], el cual, en una primera fase, es entendido como un conjunto no extensible de casos con relación a solo los previstos por la citada legislación.

Así, en íntima relación con las ideas de Robert Joseph Pothier[12], es que el *Code* estableció en el artículo 1384 que una persona se encuentra obligada a resarcir no solo por el daño que ocasiona (culpa propia), sino también por aquel que se suscita por los actos de las personas por las cuales debe responder.

A pesar de lo antes mencionado, por ejemplo, la legislación francesa que modificó el *Code* en 1937 incorporó la prueba liberatoria basada en la culpa (*in vigilando*) para exonerar del resarcimiento a los padres cuyos hijos ocasionaban daños, así como a los artesanos en relación con sus aprendices. Sin embargo, la actividad jurisprudencial (*Cour de cassation*) hizo la salvedad correspondiente y precisó que solo la fractura del nexo causal (hecho determinante de la víctima y el caso fortuito o la fuerza mayor[13]) podría acarrear la exoneración total de la culpa en cabeza del progenitor, lo que implicó el reconocimiento del vínculo parental como razón suficiente para imputar el resarcimiento del daño al padre cuando sus hijos ocasionaran detrimentos en perjuicio de terceras personas.

En tal sentido, cabe referir que no solo la legislación *prima facie*, sino también la jurisprudencia francesa, consolidan un criterio diferente al de la culpa para la imputación de la

(11) Código Civil francés
"Artículo 1384.- La persona no solo será responsable por el daño que cause por cuenta propia, sino también por el causado por la actuación de las personas por las cuales deba responder, o de aquellas cosas que permanezcan bajo su guarda (...)".

(12) POTHIER, Robert-Joseph. "Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur". En: *Oeuvres complètes de Pothier*. Tomo I, Lettellier, Paris, 1813, pp. 83-84.

(13) Nos referimos al *arrêt Bertrand*, emitido por la Corte de Casación francesa, el 19 de febrero de 1997, en el que se estableció que solo la fuerza mayor o el hecho de la víctima pueden exonerar a los progenitores de la responsabilidad objetiva (*responsabilité de plein droit*).

obligación resarcitoria. En este caso, basado en la autoridad y el cuidado que el progenitor asume frente a sus hijos.

Asimismo, conforme se precisó *supra*, otra precariedad relacionada con la interpretación literal del *Code* se encontraba relacionada con entender a los supuestos establecidos en su artículo 1384 como un *numerus clausus*[14] de hipótesis. Así, en los casos solo se encontraba la asunción de responsabilidad por parte de los comitentes, artesanos (maestros de taller), progenitores y preceptores; esto último, en divergencia con el pensamiento de Pothier, para quien la responsabilidad que eventualmente asume el padre podría ser aplicable por analogía a otros supuestos en los que se pudiera identificar personas sujetas a la dirección de alguien.

No obstante, la idea de ampliar la responsabilidad por hecho ajeno a otros supuestos diferentes a los previstos en el artículo 1384 del *Code* fue puesta en consideración durante 1991 en la asamblea de la *Cour de cassation*, la cual se pronunció a raíz del caso Blieck[15], estableciendo que más allá de los casos previstos en el precitado artículo, la responsabilidad por hecho ajeno podía ser extendida a otros supuestos en los que se pudiera identificar una especial relación entre el responsable final y el autor material del daño.

El caso Blieck es relativo al cuidado que deben asumir los centros de salud mental en relación con las personas que, teniéndolas bajo su cuidado y sometidas a un régimen de rehabilitación[16], ocasionan algún daño a un tercero. En el caso particular, la entidad sanitaria rechazaba la imputación de la obligación resarcitoria sobre la base de la inexistencia de un supuesto normativo expreso que estableciera su asunción de responsabilidad, a causa del daño ocasionado por su paciente (Joël Weevauters) al prender fuego a un bosque de propiedad del señor Blieck. Sin embargo, la *Cour de cassation*[17] precisó que, sobre la base del artículo 1384 del *Code*, el hecho podía ser pasible de subsumirse, pues la entidad tenía el deber de vigilar y controlar a sus pacientes.

Adicionalmente, cabe referir que en Francia el proyecto del profesor Pierre Catala (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*), tomando en consideración la evolución jurisprudencial, diseñó o propuso un sistema de responsabilidad por hecho ajeno, en el cual la obligación resarcitoria es asumida, en primer lugar, (i) por la persona que cuida de otras en atención de sus especiales condiciones, o (ii) por la que en su beneficio dirige o controla la actividad y organización de otras personas[18].

(14) Así, por ejemplo, para los Mazeaud y Tunc, el indeterminismo del primer párrafo del artículo 1384 conlleva no poder identificar quiénes serían las personas por las cuales otra debe responder, a diferencia de la regla en lo concerniente a la titularidad de las cosas; *vide* MAZEAUD, Henri *et al. Traité théorique et pratique: la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Tomo I, 6ª edición, Monchrestien, París, 1965, pp. 843-844.

(15) Casación adoptada por la Asamblea Plenaria del 29 de marzo de 1991.

(16) En el caso, comprendía la libre circulación de la persona durante el día.

(17) Sobre el particular, la *Cour de cassation* estableció que: "[L]a asociación (el centro de salud) había aceptado la responsabilidad de organizar y supervisar permanentemente el estilo de vida de esta persona discapacitada, por lo que el Tribunal de Apelación decidió acertadamente en el extremo de que debía responder por él, de conformidad con el artículo 1384". La casación puede ser encontrada a través del siguiente enlace: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026394>.

(18) VINEY, Geneviève. "De la responsabilité civile (articles 1340 à 1386) Exposé des motifs". En: *Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala')*, Jhon Cartwright, Stefan Vogenauer y Simon Whittaker (cuids.). Hart Publishing. Oxford, 2009, p. 809 y ss.

Con la entrada en vigor de la *Ordonnance* N° 2016-131 del 10 febrero de 2016, la consagración de la responsabilidad por hecho ajeno se encuentra establecida en el artículo 1242 del *Code*.

Como se puede deducir, el criterio subjetivo de la culpa en el sistema francés convive con otros de tipo objetivo, como sería el que se encuentra implicado en la responsabilidad por hecho ajeno, basado en la asunción de responsabilidad por parte de una persona distinta al autor del daño en razón de los vínculos de cuidado, guarda, dependencia, control y/o dirección sobre este último.

### 2.2. El *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán: la intrincada historia de una eximente a favor del empresariado

En el caso del Derecho alemán, el BGB parece haber aceptado con total naturalidad la idea de que la culpa es el criterio normal para la imputación de la obligación resarcitoria, ello, pese a que en el citado cuerpo normativo se registra también la convivencia entre una responsabilidad por hecho propio y una por hecho ajeno en la que el autor del daño y el responsable no coinciden en una misma persona (*Haftung für Dritter*).

Sin embargo, la arraigada[19] idea de que la culpa es siempre el criterio ordinario de imputación (*keine Haftung ohne persönliches Verschulden*) hizo que el codificador alemán estableciera la posibilidad para eximir la responsabilidad por hecho ajeno en virtud de la probanza de una diligencia adecuada a quien, bajo ciertas circunstancias, debía asumirla.Así, una debida y comprobada diligencia en la selección (*culpa in eligendo*) o en la dirección y/o abastecimiento (*culpa in vigilando*) de una persona que, en el cumplimiento de una actividad, irroga daños a otras, exonera de la asunción de responsabilidad a quien se valió de esta última para realizar la actividad en su interés. Por otro extremo, se puede probar también que los daños hubiesen ocurrido de todas formas, pese a haberse tomado todas las precauciones necesarias. El supuesto de exención se prevé en la § 831 del BGB.

Por otro lado, en la § 832 del BGB, la eximente se replica en el caso de personas que asumen el deber de vigilancia o guarda en virtud de las especiales condiciones o características personales de otras (niños o personas con discapacidad). Pues, si los cuidadores demuestran haber actuado diligentemente en sus funciones, serán exonerados de toda responsabilidad por los daños que pudiesen originar los beneficiarios de las guardas y cuidados. La presencia de la posibilidad de exonerarse, cabe advertir, constituye también una expresión de la fuerza atractiva del criterio de la culpa. La jurisprudencia, por su parte, ha establecido que los cuidados y las guardas deben ser evaluados en función de las circunstancias y las necesidades específicas de los beneficiarios, ello establece los límites del deber de actuar frente a los autores del daño en estos supuestos[20].

La historia de la eximente prevista en la § 831 del BGB siempre ha registrado problemas[21] no solo en el escenario del diseño normativo, sino también en el político y el econó-

(19) BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*. Springer. Berlín, Heidelberg, 2006, pp. 120-121, expresa que la formación en derecho común de los funcionarios involucrados en el diseño de la codificación alemana determinó su preferencia, a toda costa, de la culpa como criterio ordinario de imputación.

(20) MARKESINIS, Basil y UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. 4ª edición, Oxford, 2002, p. 709.

(21) Conforme lo reportan Von Bar y Drobnig, la fórmula normativa es casi unánimemente vista hoy en día como insatisfactoria. En relación con la eximente, escriben: "The provision is, however, co-responsible for the fact that

mico[22]. La industria alemana en muchas ocasiones se opuso a un cambio que permitiera derogar la eximente en referencia. El contenido normativo del artículo grafica la asunción de responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. Un cambio a favor de suprimir la eximente es obvio que resultaría incómodo para la clase empresarial o sistema empresarial. En 1967[23], el Ministerio Federal de Justicia discutió la posibilidad de derogar la eximente en referencia sin mayor posibilidad de cambios legislativos.

Si se examina con mayor detenimiento la aplicación de la § 831 del BGB, trae un resultado nefasto para el empleado o dependiente de una empresa, pues finalmente será este último, pese a tener menores recursos, quien deberá asumir el costo por una actividad que siempre redundará en beneficio del que pueda incidir con mayor intensidad en un ciclo económico, es decir, el empresario. El argumento se refuerza si nos percatamos en las posibilidades reales de la probanza de una actuación diligente por parte del empresario, quien podría manipular la estructura de su negocio o ejercer presión de estabilidad laboral sobre otras personas con la finalidad demostrar un escenario favorable en el cual se pueda fácilmente aparentar pruebas de una debida diligencia antes de la perpetración del daño en cuestión.

Solo la praxis jurisprudencial alemana pudo palear meridianamente la situación en la que el empresario podía exonerarse fácilmente de responder por los daños de autoría de sus dependientes. La solución vino de la mano con la aplicación del régimen contractual para el resarcimiento del daño por hecho ajeno.

Por su parte, la imposibilidad de alegar prueba liberatoria de responsabilidad contractual en favor de las personas que en el cumplimiento de sus obligaciones se valen de auxiliares o terceros, establecida en la § 278[24] del BGB, fue determinante para el giro en la asunción de responsabilidad por hecho ajeno previsto en la § 831 del BGB, perteneciente al estatuto aquiliano.

Respecto a lo antes mencionado, cabe recordar el famoso caso de la caída de los rollos de linóleo[25] (*Linoleumrollenfall*) en el que, por primera vez, se considera la posibilidad de utilizar las normas contractuales del resarcimiento de daños para situaciones en los que estos son perpetrados con motivo del desenvolvimiento de una relación análoga al contrato[26] ("cuasicontractual"), así como –adicionalmente– lo injusto que resultaba (económicamente) una

German law searches for more solutions in contractual liability than almost all other European legal systems". Cfr. BAR. Otto von y DROBNIG, Ulrich. *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study*. Sellier, München, 2004, p. 142.

(22) MARKESINIS, Basil y UNBERATH, Hannes. *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*. Ob. cit., p. 694.

(23) BRÜGGEMEIER, Gert. *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*. Ob. cit. p. 177; incluso, en Berlín el *Deutsche Juristentag* expresó el carácter obsoleto de la eximente durante 1986, esto es, cien años luego de la sesión del 1886, en la que se comenzaron a plantear algunas dudas sobre la derrotabilidad de la responsabilidad objetiva del empresario o del empleador por los daños de los dependientes o empleados, las cuales influyeron en la segunda comisión diseñadora del BGB alemán, a efectos de su redacción final.

(24) **Código Civil alemán**
§ 278 Responsabilidad del deudor por los terceros
El deudor responde por la culpa de sus representantes legales o de aquellas personas de quien se vale para cumplir con su obligación. La norma prevista en el numeral 3 de la § 276 no tiene aplicación.

(25) El caso es relativo a la caída de rollos de linóleo debido a su manipulación durante la muestra de un tapete del citado material a pedido de la cliente. El suceso tiene como escenario el interior de una tienda y es el dependiente del dueño del negocio quien termina por ocasionar el daño.

(26) Se considera una "relación jurídica preparatoria de la venta entre las partes". Cfr. SCHMIDT, Jan Peter. "Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los 'rollos de linóleo'". En: *Revista de Derecho Privado*. N° 4, enero-junio de 2013, p. 333.

atribución del resarcimiento a su autor material, quien tan solo es un simple dependiente que, en el ejercicio de sus labores, ocasiona el siniestro[27].

Sin embargo, con la concepción relativa a que la obligación tiene como componente, además del deber de prestación, también –y esencialmente– al deber de protección[28], se termina por hacer un análisis de la presencia de una culpa contractual en aquellas situaciones en las que se identifica entre el autor del daño y la víctima un vínculo de intensificada confianza que permita desplazar el solo deber genérico de no dañar, y, por ende, el resarcimiento del daño eventualmente producido a través del régimen de inejecución de obligaciones. Es obvio que el valor en juego en todo esto es la confianza, principio fundamental del ordenamiento jurídico privado alemán –previsto expresamente a través de la cláusula general establecida en la famosa § 242[29] del BGB– al igual que muchos sistemas jurídicos de la tradición romanista.

Sin perjuicio del debate en torno a la posibilidad de la exoneración antes referida, perdura legislativamente en el BGB alemán. Por ende, es también pertinente indicar que ha sufrido paulatinamente los embates de las decisiones jurisprudenciales, las cuales toman en consideración que las actividades dañosas siempre se corresponden con el beneficio o interés de quien dirige las prácticas propias de un negocio o de una empresa a gran escala.

### 2.3. Responsabilidad por hecho del subordinado en la codificación peruana de 1984

Por su parte, la codificación civil peruana de 1984 aceptó también la convivencia entre la responsabilidad por hecho propio y por hecho ajeno, en lo concerniente al diseño de la responsabilidad aquiliana.

En el presente caso, el artículo bajo comentario –como es evidente– es relativo a la responsabilidad por hecho ajeno en el extremo del subordinado, por lo que las explicaciones en torno a los daños de autoría de personas como los hijos o personas inimputables no serán abordadas.

Así las cosas, debe recordarse que la estructura de una responsabilidad por el hecho de un subordinado que, en el ejercicio de sus funciones, produce algún daño a alguien, implica traer nuevamente a colación una pugna entre quien se vale del tercero para ejecutar una actividad en su beneficio económico y el dirigido y/o controlado para tal cometido. La pugna se encuentra relacionada, obviamente, en la posibilidad de no concurrir en la asunción de la obligación resarcitoria cuando media algún daño.

En el diseño de la codificación civil peruana, no existe posibilidad para exonerar de responsabilidad a quien se vale de un subordinado que, en el ejercicio de su cargo o función, produce un daño a alguien. Esto confirma que de la sola relación entre el subordinado y el agente que le encarga alguna actividad en su propio beneficio, se puede derivar una justificante para

(27) Sobre el particular, puede verse: SCHMIDT, Jan Peter. "Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los 'rollos de linóleo'". Ob. cit., p. 334.

(28) En especial, *vide* STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre". En: *Archiv für civilistische Praxis*. Tomo 136, 1932, pp. 257-320.

(29) **Código Civil alemán**
§ 242 Cumplimiento de buena fe
El deudor tiene el deber de cumplir la prestación en conformidad con los requerimientos de la buena fe, tomando en consideración los usos del tráfico.

evadir el análisis de la culpa en el momento de la imputación de la obligación resarcitoria, convirtiendo de esa manera a esta responsabilidad por hecho ajeno en una de tipo objetiva.

Sin embargo, cabe advertir que la opción por consolidar tal responsabilidad objetiva se encuentra siempre en beneficio de la víctima, ello con la finalidad de que pueda acceder al resarcimiento de los daños registrados en su esfera personal y/o patrimonial sin la difícil probanza, durante un proceso jurisdiccional, de la culpa del autor del daño. Basta recordar, al respecto, que el artículo 1979 del Código Civil prevé que la carga de la prueba para el resarcimiento del daño corresponde a quien alega haberlo sufrido. En atención a esto, puede precisarse que, en el caso de una responsabilidad objetiva, la naturaleza de la pretensión resarcitoria se traduce como reipersecutoria, antes que punitiva; por ende, la víctima tiende a ser resarcida con la sola constatación de los daños, salvo la comprobada existencia de fracturas causales.

La preferencia para imputar la obligación resarcitoria a personas que se benefician de las actividades de sus subordinados (contratados o elegidos) demuestra una elección del codificador respecto de la persona que recibe el mayor beneficio en el ciclo económico. En ese escenario, los daños producidos por la actividad (económica) podrían aparecer en función de los beneficios que concentra aquella persona que confía a sus subordinados la realización de acciones; las cuales, finalmente, son parte de un gran conjunto de órdenes o planes estructurados imputables a un negocio, empresa o una gran corporación.

Sin embargo, la regla jurídica prevista en el artículo 1983[30] del Código Civil permite una acción a favor de quien asumirá finalmente la obligación resarcitoria contra el autor del daño (su subordinado), con la sola finalidad de recuperar lo que dispuso para satisfacer la obligación resarcitoria originada. Esta regla traduce el carácter solidario de la obligación asumida tanto por quien se vale del subordinado, como por el autor material del daño.

No obstante, el referido carácter solidario de la obligación debe ser examinado por el intérprete (en especial, el juzgador) cuando se sometan los hechos a su conocimiento, de tal forma que pueda, por ejemplo, integrarse correctamente el lado pasivo de la relación procesal durante un juicio de indemnización.

Por otra parte, toda vez que la solidaridad en la asunción de la obligación resarcitoria juega en favor de la víctima, es esta la que determinará si demanda solo al autor directo o conjuntamente al indirecto, por ello será pertinente que el juzgador –en la medida que los hechos valorados se lo permitan– puede dar a conocer que existe posibilidad de convocar a quien también podría integrar la parte pasiva de la relación procesal y someter a consideración si es que se continúa el proceso contra uno solo de los autores (ya sea el directo o indirecto) o contra los dos.

En efecto, existen procesos judiciales que se tramitan fuera del ámbito normativo del artículo bajo comentario por el simple hecho de no tener en consideración a las posibles personas que podrían integrar la parte pasiva en el proceso, restando posibilidad de repetir cuando alguien ya ha asumido el pago del íntegro de la obligación resarcitoria.

(30) Código Civil peruano
"Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria
Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

Así, puede ocurrir que el demandante invoque simplemente el artículo 1969 por los daños que ha sufrido por parte de una determinada persona; sin embargo, el juez en la medida que analiza los hechos puestos en su conocimiento, si se cerciora de que estos podrían tipificarse dentro del artículo 1981, entonces, debe propender, asegurando el derecho de defensa de las partes, a que se discuta si el supuesto de hecho es o no, en realidad, uno vinculado con la responsabilidad por hecho ajeno.

Por otro lado, también en términos prácticos puede ocurrir que la víctima, al amparo del artículo 1981, demande –como frecuentemente ocurre– al subordinado, quien es normalmente la persona menos favorecida económicamente o la más expuesta y/o visible socialmente ante las autoridades, por tratarse del que ejecuta las órdenes brindadas para realizar las actividades que desembocan en daños, las cuales son emitidas en algunas ocasiones por estructuras jerárquicamente complejas (nacionales o internacionales). Asimismo, puede ocurrir que demande exclusivamente a quien se vale de sus subordinados.

En estos casos, el juzgador debe poner en consideración de las partes, en la medida que los hechos aportados al proceso lo permitan, la posibilidad de que el extremo pasivo de la relación procesal sea integrada con más personas, ya sea con el subordinado o con el autor indirecto. Esto permite una mejor elección para la víctima demandante a efectos de perseguir en juicio el resarcimiento de sus daños, sobre todo, piénsese el caso en que el subordinado no necesariamente es una persona natural, sino una persona jurídica que participa en un contrato de *joint venture* o en un *holding*, los cuales generan, respecto de cada una de las empresas integrantes, la sensación de que son las responsables finales para el resarcimiento del daño, pese a que son parte de una jerarquía construida a partir del comercio internacional, la cual es casi inexpugnable a efectos de detectar al ente matriz que toma las decisiones prevalecientes. Así, todas estas consideraciones se deben hacer en virtud de una pronta y mejor forma de viabilizar el resarcimiento para la víctima; el juzgador, al poner en consideración las posibilidades de incorporar personas en virtud de los hechos que llevan las partes al proceso, cumple un fin instructivo o de informar a estas últimas, con la finalidad de que se encuentren en mejores posibilidades para ejercer la defensa de sus derechos.

Sin desatender lo antes precisado y retornando al tema de la repetición del pago, su operatividad deja entrever la subsistencia del criterio de la culpa, la cual, si bien no tiene que ser probada por la víctima para alcanzar el resarcimiento, debería ser evaluada, por ejemplo, para una devolución proporcional, por parte del subordinado, por lo pagado a título de resarcimiento por quien se valió de este para el desarrollo de una actividad generadora del daño.

No obstante, la valoración de la culpa ocurrirá a nivel de la relación interna[31] entre el subordinado y el agente que se sirvió de este. Por ende, la restitución proporcional que debe

(31) La solidaridad entre el principal y el subordinado ha sido cuestionada al punto de afirmar que es un sinsentido la posibilidad de que el primero pueda repetir contra el segundo lo que pagó por el íntegro del valor de la obligación resarcitoria, toda vez que la responsabilidad vicaria, de cara al agente principal, buscaría "incentivarle adoptar medidas para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños similares en el futuro y a efectos de poder difundir socialmente los costos resultantes de los mismos". Cfr. PATRÓN, Carlos A. "¿Amo o sirviente? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil". En: *Thémis - Revista de Derecho*. N° 50, 2005, p. 293 y ss. Sin embargo, tal argumento se hace en total desconexión con lo que sucede en la vida real entre el agente principal y el subordinado, pues muchas veces el haber sido el autor material de los daños implica el despido intempestivo, la degradación en los puestos de la organización o la expulsión sin contemplar la posibilidad de los beneficios que el subordinado adquirió con el transcurso del tiempo. Esto último es algo con lo que empleador o agente principal podría también "jugar" y, en realidad, es en lo que se traducen las precitadas "medidas de prevención". Sin embargo, el criterio de la culpa en el análisis judicial para una posible restitución es

realizar, por ejemplo, el subordinado será el resultado de la valoración de su culpa y la de quien lo seleccionó y condujo en la realización de las actividades encomendadas, solo a efectos de la repetición.

La opción de medir la culpa del subordinado y traducirla en el monto específico que podría restituir al agente principal es un mandato implícito para el intérprete jurídico respecto de la evaluación del desarrollo del vínculo y de las cualidades personales de las partes. Esto, obviamente, no es una actividad que se agota en la dimensión del Derecho escrito, sino que implica la valoración objetiva de los hechos y de las situaciones que circundan a cada una de las personas involucradas. Este análisis ulterior de la devolución proporcional en función de la culpa, debe involucrar el análisis de las relaciones de poder que ocurren eventualmente entre el subordinado y el subordinante, así como la mayor o menor facilidad para presentar los medios probatorios respecto de las acciones que hubiesen podido evitar la producción del daño en detrimento de un tercero.

## 3. La relación de subordinación como requisito

Ahora bien, el análisis del desenvolvimiento de la relación de subordinación es importante no solo para determinar la restitución proporcional, sino que se convierte en un elemento que, al ser desacreditado, permite que la mirada del intérprete jurídico –quien se debate entre los hechos y las normas– ignore el contenido normativo previsto en el artículo 1981, es decir, que descarte la posibilidad de su aplicación.

Como consecuencia de la desacreditación de relaciones de subordinación, se podría prescindir del análisis de implícitas relaciones jerárquicas de facto o de complejas sistematizaciones entre quienes dan una orden u orientan una actividad frente a los que finalmente ejecutan las acciones en beneficio de los primeros. Esta situación tiene como correlato el énfasis en una falsa autonomía o independencia funcional de las personas jurídicas y/o naturales que indefectiblemente se encuentran al servicio de otras, y en una concepción errónea de que la subordinación prevista en el artículo 1981 queda desvirtuada cuando el subordinado tiene como fachada una estructura jerarquizada e identificable individualmente, sin la necesidad de referencia al ente que percibe un beneficio final a través de sus acciones.

Solo un caso típico de lo antes descrito es entre empresas comerciales que podrían ser parte de un mismo núcleo de accionistas, pero que son socialmente identificadas en forma diversa y tienen un objeto social análogo o distinto al del ente matriz (hasta a veces totalmente disímil o inconexo) y que, no obstante, son utilizadas por este último con fines primordiales u accesorios en relación con los bienes y los servicios que oferta en el mercado.

En la misma línea, otro caso es el de la utilización de empresas que, sin compartir una matriz accionaria común con otras, son contratadas y puestas a disposición (fáctica) de la que necesita de sus servicios. En este caso, todo un sistema complejo para la coordinación y

un criterio que ayuda a buscar una solución equitativa y evita, por sobre todas las cosas, un abuso como los que normalmente podrían ocurrir cuando, por ejemplo, el empresario reprime a su trabajador por haber ocasionado un perjuicio (meramente patrimonial) a un cliente. Por otro lado, si bien es cierto que pueden existir casos en los que el agente principal, en aplicación del artículo 1983, pueda acreditar su exención de responsabilidad y, por ende, peticionar una restitución total de lo pagado a título de resarcimiento, en modo alguno, significa un decaimiento de la responsabilidad vicaria, pues esta se encuentra sustentada siempre a favor de la víctima, en evitarle la siempre dificultosa probanza de la culpa. La relación interna entre el agente principal y el subordinado tiene como correlato el desencadenamiento de la función punitiva de la responsabilidad civil, la cual se adecúa en todo momento en virtud del criterio subjetivo de la culpa.

la ejecución de las prestaciones contratadas es puesto al servicio de la empresa subordinante, de tal modo que el hecho de que las actividades resultantes sean en beneficio de esta última queda opacado. Ante ese escenario, resta solo para la vista las acciones ejecutadas por la empresa contratada, la cual se presenta frecuentemente en la vida social sin la menor intención de revelar un nexo común que ponga en evidencia las intenciones de otras sobre sus formas actuar para realizar tareas que no son ni principal ni necesariamente en su beneficio.En todos los casos, la subordinación se traduce en la posibilidad de que una decisión pueda transparentarse en las maneras (dirección y control) en cómo el subordinado ejecuta una acción encomendada, sin importar si es que este último presenta una gran estructura jerarquizada a través de la cual pueda presentarse socialmente como autónomo en las funciones que cumple. Así, la existencia de un sistema jerarquizado o estructura compleja como cualidad del subordinado no es sinónimo de que este goce de plena autonomía frente a la ejecución de acciones que reportan rédito a otra persona y/o a entidad distinta a él, pues se encuentra sometido a un control fáctico de quien puede, en todo momento, dar por concluida su pretensión de llevar a cabo sus actividades (económicas), las cuales, bien podrían desembocar no solo en ganancias, sino en perjuicios para terceros.

### 3.1. El caso del derrame de mercurio[32]

Un ejemplo paradigmático de lo antes mencionado puede verificarse a través los hechos descritos en la sentencia del I Pleno Casatorio Civil, la cual da cuenta del conocidísimo derrame de mercurio durante el año 2000 en las localidades de San Sebastián de Choropampa, San Juan y Magdalena, ubicadas en Cajamarca. Este derrame fue ocasionado por un operario de la empresa Ransa S.A.[33], contratada, a su vez, por Yanacocha S.A. para el transporte del citado metal líquido.

Como es de amplio y público conocimiento, el derrame del metal perjudica hasta el día de hoy a decenas de pobladores de las mencionadas localidades de Cajamarca.

Conforme a un extendido conocimiento, la utilización del mercurio en el procesamiento del oro extraído de las minas ayuda a su separación de otros minerales, por lo que el interés de contar con el citado metal era latente para la citada empresa del rubro extractivo.

En este caso, Ransa S.A. es una empresa que operaba en beneficio final de empresa aurífera Yanacocha S.A. Si bien se torna explícito que el operario de Ransa S.A. es un trabajador sujeto a una relación de subordinación en la cual el control y el direccionamiento de sus actividades corren por cuenta de esta última empresa, en el caso de las empresas precitadas existe también una análoga relación que no debería pasar desapercibida.

(32) El documento puede ser encontrado a través del siguiente enlace: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/jaimedavidabantotorres/wp-content/uploads/sites/125/2017/04/PrimerPlenoCasatorioCivil.pdf>.

(33) No es la primera vez que la empresa Ransa S.A. ocasiona este tipo de sucesos que impactan perjudicialmente en el medioambiente, la salud, la propiedad y la vida de pobladores cuando es utilizada por empresas extractivas para el transporte de las mercaderías respectivas. Así, por ejemplo, en los hechos descritos en la Casación N° 1784-2017, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de enero de 2020, puede leerse lo siguiente: "[E]ste Supremo Tribunal considera además que la actividad riesgosa mencionada, que trajo como consecuencia el vertimiento del petróleo Diesel 2 (sustancia riesgosa), a la altura del Kilómetro 133 de la Carretera Pacasmayo Cajamarca el día uno de marzo de dos mil uno, produjo daños a los terrenos de cultivos y como consecuencia de ello perjuicio económico a los miembros de la Asociación demandante (184.41 hectáreas afectadas, 57.68 hectáreas perdidas de cultivo de arroz y 232 usuarios de canales de riego del Alto Jequetepeque afectadas), lo que ha sido acreditado con diversos informes (...)". En este caso se demandó a la empresa Mobil Oil del Perú S.A., subsidiaria de la transnacional Mobil, dedicada al rubro automotriz, y contratante con Ransa S.A. Sobre la precitada subsidiaria de Mobil en Perú, puede cotejarse la información almacenada en el siguiente enlace: <https://mobil.pe/quienes-somos>.

Pese a que la sentencia casatoria no versó sobre el tema de fondo (indemnización por daños y perjuicios), a través de los hechos expuestos en las instancias correspondientes, se puede constatar que, efectivamente, Ransa S.A. operaba en beneficio final de una empresa que dirigía su trabajo y podía determinar las formas a través de las cuales podía ejecutar las prestaciones contraídas (servicio de transporte).

En tal sentido, de los hechos alegados en su oportunidad, se expuso que los balones en los que se transportaba el mercurio eran de propiedad de Yanacocha S.A., y que fue esta última la encargada de su envasado.

Así, la obligación solidaria entre la empresa de transportes y la minera era evidente, por lo que la presencia de las dos personas jurídicas en el proceso era un razonamiento válido. Como era de esperarse, ambas entidades dedujeron falta de legitimidad pasiva a su favor; no obstante, el alegato de Yanacocha S.A. es indignante en la medida que pretendió eximirse de la solidaridad pasiva argumentando que "(...), como el derrame de mercurio se produjo mientras era transportado por un camión de propiedad de Comercial Ransa S.A., ella no es responsable de los daños causados".

La defensa de Yanacocha S.A., en este caso, es una síntesis de cualquier tipo de argumento basado en la sola apariencia y/o formalidad para opacar una condición fáctica como sería la relación de poder existente entre esta y Ransa S.A. En este caso, se hace menos el poderío fáctico precedente de la subordinante y se trata de deslindar con la empresa subordinada, a efectos de hacerla parecer como una persona jurídica autónoma para la realización de las actividades encomendadas, cuya organización y predisposición se encuentra fuera del alcance de cualquier otra corporación en la medida que brinda sus servicios en el mercado en forma independiente.

No obstante, lo cierto es que existen un sinnúmero de coordinaciones, condicionamientos y directrices que terminan por sacar a la luz la relación fáctica de subordinación entre las empresas antes citadas; lo que permite, a su vez, desechar los argumentos basados en meras formalidades que edifican una suerte de autonomización apócrifa de la empresa subordinada en función de elementos que, como la propiedad, enfatizan indefectiblemente su individualidad, pero que nada dicen respecto de la titularidad de los intereses precedentes y concurrentes cuando una determinada actividad genera daños, ni explican las relaciones de poder subyacentes[34] entre las personas naturales y/o jurídicas involucradas.

En relación con lo antes mencionado, no se logra comprender, por ejemplo, cómo es que Yanacocha S.A. terminó manipulando la estiba y cerciorándose del aseguramiento de los balones en la plataforma del vehículo que Ransa S.A. dispuso para realizar el servicio de transporte. Ello evidencia una injerencia[35] en las labores propias de esta última empresa.

(34) La explicación de las siempre presentes, pero ignoradas relaciones de poder en las instituciones del Derecho privado, las cuales llevan erróneamente a postularlo como un sistema libre de cualquier injerencia política, ha sido puesta en evidencia en la región por SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Del juez legal al juez constitucional". En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 4, 2000, p. 339 y ss.

(35) Igual argumento fue expuesto, sin que medie contravención alguna, en la Casación N° 3619-2015-Cajamarca, en la que uno de los afectados con el derrame de mercurio demandó indemnización contra la minera en referencia. De la precitada casación, como parte del alegato de defensa de Ransa S.A., se puede leer que el día del accidente no estaba previsto el transporte de mercurio y que, sin embargo, personal de Yanacocha habría instruido al conductor de Ransa S.A. para que llevara a cabo el transporte.

Por su parte, en el proceso, lo antes mencionado constituyó un alegato de defensa de Ransa S.A., sin que, al parecer, hubiese sido refutada por Yanacocha, la cual, conforme lo advertimos, centraliza su defensa en función de identificar la propiedad del vehículo usado para el transporte.

### 3.2. El caso de Máxima Acuña vs. Newmont[36]

Otro caso paradigmático que nos lleva a reflexionar sobre lo determinante que puede ser la valoración de la relación de subordinación en los casos de responsabilidad por hecho ajeno, en el que tiene también participación Yanacocha S.A., es el de Máxima Acuña Atalaya contra la empresa Newmont Mining Corporation (en adelante, empresa matriz) por el caso de daños contra su patrimonio y la afectación a su integridad personal y familiar (vide. Maxima Acuña-Atalaya v. Newmont Mining Corp.). Los hechos en este caso también se suscitan en Cajamarca.

En el caso de Máxima Acuña, ganadora del Premio Medioambiental Goldman, los hechos que le habrían ocasionado daños se constituirían a partir de un plan sostenido y de larga data, ejecutado a partir de una serie de actores que estarían vinculados jerárquicamente para, además de articular la extracción, el procesamiento y el comercio de oro y cobre, emitir también mandatos relativos a ejercer violencia en pos de la "defensa" de sus intereses.

Si bien el caso ha sido de conocimiento por el sistema judicial de Estados Unidos, aún no se ha podido dirimir substancialmente el asunto, debido a que se encuentra pendiente que la justicia estadounidense se pronuncie sobre la excepción del *forum non conveniens*, interpuesta por la defensa legal de la Newmont, a efectos de decidir preliminarmente si es que la pretensión de Máxima Acuña puede ser conocida y evaluada en mejores condiciones en un país distinto a donde se encuentran "las pruebas y los testigos claves", es decir, Perú.

Cabe precisar que la excepción interpuesta fue fundada en primera instancia (Corte Distrital de Delaware); sin embargo, la instancia revisora (Tercer Circuito de las Cortes de Apelación de los Estados Unidos) revocó tal decisión, argumentando que se tendría que evaluar si los acontecimientos ocurridos en julio de 2018 en Perú –como fueron las llamadas telefónicas interceptadas entre jueces y personal jurisdiccional (caso Cuellos Blancos) que desató la reforma del sistema de justica, así como un estado de emergencia para el Poder Judicial, y la desaparición y la reforma del antiguo Consejo Nacional de la Magistratura– pueden implicar alguna consideración razonable que lleve a entender a la justicia estadounidense que la pretensión de la señora Acuña no pueda ser evaluada autónomamente por la justicia nacional; esto último, en la medida que la defensora ambiental habría tenido que soportar la injerencia de empresas subsidiarias de la Newmont en procesos penales nacionales en los que ella era parte involucrada, con el objeto de que la justicia falle en su contra.

Así las cosas, hoy en día, la primera instancia judicial debe emitir aún la opinión con arreglo a la consideración de los sucesos relativos a julio de 2018 para determinar cuál será el foro judicial más adecuado para conocer la pretensión de la señora Acuña, teniendo en consideración si el sistema judicial nacional presenta características relevantes que permitan

(36) La resolución del Tercer Circuito de Cortes de Apelaciones de Estados Unidos se encuentra alojada en la siguiente enlace: <https://www.ca3.uscourts.gov/recent-not-precedential-opinions>. Asimismo, los escritos presentados por las partes procesales pueden ser encontrados a través del siguiente enlace: <https://earthrights.org/case/maxima-acuna-atalaya-v-newmont-mining-corp/#documentsff69-1a905f26-f4b6>.

concluir que es un foro autónomo en relación con los casos en los cuales Máxima Acuña es parte procesal.

Ahora bien, en relación con el tema de fondo, lo que Máxima Acuña pretende es el resarcimiento de los diversos daños que se le ha causado a ella y su familia; sin embargo, conforme se encuentra precisado, estos tienen origen en decisiones imputables a una cadena compuesta por entes corporativos, cada uno con una función propia y dependiente de otros hasta llegar, finalmente, a la empresa matriz con sede en Estados Unidos, lugar en el que finalmente la señora Acuña dedujo su pretensión.

La expresión mínima de las acciones que habrían generado daños a la demandante no proviene precisamente de empresas o entes relacionados directamente con la Newmont, esto es, a partir de su estructura o composición societaria, sino más bien serían personas jurídicas a las cuales bien podría atribuírseles la apariencia de entes independientes y autónomos frente a quien se sirve de estos para lograr sus finalidades.

Así, las entidades utilizadas por la Newmont para llevar a cabo las acciones que desencadenan daños en perjuicio de la demandante son la empresa privada de seguridad denominada Securitas AB y la Policía Nacional del Perú[37], ambas con sede en territorio nacional y con posibilidad de desplazamiento hasta Tragadero Grande, localidad específica en donde reside la señora Máxima Acuña y su familia.

A efectos de explicar la relación de este caso con la responsabilidad por hecho ajeno, es pertinente señalar que a través de sus hechos constitutivos se puede verificar toda una gama de indicios que llevan a establecer en forma indiscutible una relación de subordinación de conformidad con el artículo 1981 del Código Civil por parte de entidades que nada tienen que ver formalmente con el rubro de la empresa emisora que de las órdenes (Newmont), pero que se encontrarían implicadas a través de una estructura dominante que tienden a planificar, guiar, controlar, orientar y supervisar la ejecución de sus acciones desde la práctica.

El presente caso tomado como ejemplo tiene como demandados a la Newmont Mining Corporation y a tres de sus subsidiarias: (i) Newmont USA Limited, (ii) Newmont Second Capital Corporation y (iii) Newmont Peru Limited, las cuales trabajan con otras empresas mineras con sede nacional, tales como la Minera Yanacocha S.R.L. y la Newmont Perú S.R.L.Por su parte, cabe advertir que Newmont Second Capital Corporation tiene el 51.35 %[38] de acciones de Minera Yanacocha S.R.L., en tanto que Newmont USA Limited contrata

(37) Sobre los contratos que celebra la Policía Nacional, en virtud de la habilitación prevista por la sexta disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1267, puede consultarse el trabajo de Earthrights International, Instituto de Defensa Legal y Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. *Informe: Convenios entre la Policía Nacional y las empresas extractivas en el Perú. Análisis de las relaciones que permiten la violación de los derechos humanos y quiebran los principios del Estado democrático de derecho*. Lima, 2019. En particular, se pueden leer algunas de sus conclusiones (p. 33):

- "Del análisis cuantitativo de 138 convenios, suscritos por la Policía Nacional y empresas extractivas, se han identificado casos de posibles conflictos de interés, especialmente en las autoridades policiales. Esto les resta autonomía e imparcialidad y deslegitima la función policial a cambio de favorecer intereses personales".
- "Los convenios tienen por objeto proteger el patrimonio e intereses económicos de las empresas extractivas. El problema, sin embargo, es que para ello se les otorga un trato diferenciado y privilegiado, donde las poblaciones locales sufren las consecuencias y el costo social cuando ocurren violaciones a los derechos humanos por el abuso de la fuerza policial".

(38) Información disponible a través del siguiente enlace: <https://www.bvl.com.pe/eeff/OE1804/20090325100401/MEOE18042008AIA01.PDF>.

al director de seguridad para América, quien dirige el citado rubro en América del Sur, por lo tanto para el Perú.

A su vez, cabe referir que la Newmont Perú S.R.L. administra la Minera Yanacocha S.R.L. desde 1992 y el 99.9997 % de sus acciones son propiedad de Newmont Peru Limited.

Asimismo, Minera Yanacocha S.R.L. contrató a la Policía Nacional del Perú y a la empresa Securitas AB para que les proporcione servicios de seguridad en relación con el desarrollo del proyecto minero Conga, interés principal de Newmont Mining Corporation, que sería desarrollado a través de la empresa minera nacional antes referida en detrimento de la señora Acuña.

Así las cosas, por razones que sobrepasan el tema a tratar, es pertinente señalar que la demandante y su familia habrían sufrido menoscabos en su esfera personal y patrimonial debido a las acciones realizadas por orden de Minera Yanacocha S.R.L. al intentar desplazarlos y/o desalojarlos de la parcela de terreno ubicado en Tragadero Grande (Sorochuco, Cajamarca), que es donde se encuentran ubicados.

Las acciones relacionadas con la expulsión a la demandante y a su familia del espacio situado en Tragadero Grande habrían sucedido toda vez que se encontrarían encaminados a defender derechos reales adquiridos por la empresa del rubro extractivo para la realización del mencionado proyecto minero Conga; la resistencia por parte de los presuntos perjudicados se fundamentaría en derechos reales que también habrían adquirido.

Los daños habrían sido ocasionados por efectivos policiales y agentes de Securitas AB, todo ellos contratos por Minera Yanacocha S.R.L., y se explicitan en agresiones físicas, verbales, destrucción de cultivos, exterminio de animales destinados a la crianza y consumo, amenazas, intimidaciones, bloqueos de acceso y salida del territorio, entre otros.

Sin perder el hilo conductor, cabe advertir que en efecto existe una relación de subordinación entre la empresa matriz y sus subsidiarias conforme con lo previsto en el artículo 1981 del CC que regula la responsabilidad por hecho del subordinado.

La participación de los efectivos policiales y los agentes de la empresa de seguridad fue contratada y utilizada por Minera Yanacocha S.R.L.; sin embargo, su actuación y la aprobación de los planes de defensa a favor de sus intereses solo son posibles si existe anuencia del propietario de la citada minera nacional, es decir, de Newmont Second Capital Corporation, subsidiaria, a su vez, de la empresa matriz.

Adicionalmente, Newmont USA Limited es la empresa encargada de decidir los planes y las estrategias de seguridad de la empresa matriz en América, es decir, con incidencia en Perú y América del Sur, por lo que la aprobación de los protocolos de actuación y las estrategias a fin de garantizar derechos humanos[39] en relación con las acciones que brindan seguri-

(39) Sobre una suerte de encubrimiento de las prácticas vejatorias a derechos humanos por parte de la *Newmont Mining Corporation* en suelo peruano, *vide* ZÁRATE, Joseph. *Guerras del interior*. Debate, Lima, 2018. Adicionalmente, el autor pone en evidencia el círculo de corrupción en la cual se encontraría inserta la transnacional y la manipulación histórica del Poder Judicial para la protección de los intereses de la citada compañía, en la cual tuvo participación directa Vladimiro Montesinos Torres y el alguna vez alumno del comparatista Rudolph Schlesinger en la Universidad de Cornell, Larry Kurlander, vicepresidente y jefe del sistema administrativo de *Newmont Mining Corporation* entre 1994 y 2002, con quien Montesinos habría entablado una relación de amistad. Sobre el particular, puede verse la siguiente nota de prensa: IDEELE. "Montesinos, el amigo de toda la vida de Newmont". En: *Revista del Instituto de Defensa Legal*. N° 2014, Lima, 2011. Disponible a través del siguiente enlace: <https://revistaideele.com/ideele/content/montesinos-el-amigo-de-toda-la-vida-de-newmont>.

dad a los intereses de la empresa matriz viene por parte de esta subsidiaria, la cual fue creada específicamente para tal función.

Así, las directivas sobre seguridad son documentos que orientan, en general, todo el proceder respecto del tema en la compañía, por lo que su política de represión o defensa de sus intereses siguen una misma línea, la cual es replicada por sus subsidiarias. En todo caso, cualquier acción de protección y/o seguridad a favor de los intereses de la transnacional, si son acertadas de cara al respeto de los derechos humanos, entonces deben ser orientadoras no solo en la contratación del servicio de seguridad realizado por las subsidiarias peruanas, sino que deben traducirse, incluso, en los modos en cómo se ejecutan los servicios (de seguridad) que contrata.

Ahora bien, la administradora de Minera Yanacocha S.R.L. es Newmont Peru Limited. Esta última subsidiaria –conforme se precisó– tiene el 99.9997 % de acciones de la mencionada minera nacional, lo que en la práctica la convierte en su propietaria, por lo que Yanacocha S.R.L. está subordinada a lo que Newmont Peru Limited apruebe o implemente en el rubro de seguridad.

En la misma línea, es pertinente indicar que existen personas naturales que ocuparían cargos dirigenciales tanto en la empresa matriz como en la Newmont Second Capital Corporation y en la Newmont Peru Limited, esto refuerza una especie de transitividad entre las empresas con sede nacional y la empresa matriz en términos no solo de propiedad, sino también de poder de control y decisión sobre el rumbo y las formas de accionar para proteger los intereses del bloque económico.

Así, las acciones encomendadas a la Policía Nacional del Perú y a los agentes de la empresa de seguridad se conectan directamente con el poder de decisión y control que la empresa matriz con sede en Estados Unidos pudiera tener sobre estos. Asimismo, la aparente autonomía de cada una de las entidades comprometidas, ya sean las ejecutantes de actos materiales o las empresas con poder de decisión y control sobre esos actos, no implica una suerte de independencia funcional. Conforme se puede corroborar, existe una relación de poder fáctico, la cual en todo momento termina por hacerse visible en la medida que se pueden individualizar las posibilidades para planificar, controlar, dirigir, supervisar y cesar acciones encaminadas a la tutela de intereses en conflicto, como serían los presuntos derechos reales respecto de la parcela de terreno que ocupa la señora Máxima Acuña con su familia y que la empresa matriz pretende acaparar.

En atención a lo antes señalado, si bien el caso no se conoce en sede nacional, el ejemplo es pertinente para dilucidar la relación de subordinación como elemento que configura la responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad indirecta. Las acciones que habrían ocasionado daño, realizadas por la policía y por la empresa privada de seguridad, así como la simple formalidad de no ser parte del grupo económico, en nada interfieren si es que se comprueba una relación fáctica de poder orientada al control en la ejecución de las acciones del subordinado.

Para el último caso en referencia, si bien los actos productores de daños son imputables a alguien en la medida que es socialmente notorio –y, de ahí, una simple configuración de responsabilidad directa–, por otra parte, el intérprete jurídico debe indagar tras ese telón y descubrir cuáles son aquellos agentes que determinan en última instancia la plena realización de tales actos. De lo contrario, el análisis de relaciones de poder a través de datos fácticos quedará relegado por un simple examen de escrituras públicas que, a lo mucho, traducen una autonomía formal de la persona jurídica sin explicitar los intereses para su constitución

y su funcionalidad; o aquel análisis será también relegado cuando se concentre la atención en la titularidad formal de la propiedad[40], la cual no resuelve el problema de si es que alguien se encuentra en una relación de subordinación, pues muestra simplemente cuando una cosa se encuentran o no en haber de alguien según un sistema que prioriza el tiempo sobre los valores.

## 4. El ámbito de la acción como requisito

Por otro lado, se debe precisar que la responsabilidad por hecho ajeno, de conformidad con el artículo 1981 del Código Civil, tiene un requisito adicional a efectos de que el principal o quien encarga determinada actividad a su favor pueda verse comprometido con la asunción de una obligación resarcitoria por el daño generado. Este requisito, al cual denominaremos "ámbito de la acción", se cumple cuando el subordinado que genera el daño lo hace durante "el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio encomendado".

Este requisito se presenta también en otras codificaciones de la tradición romanista [Francia (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*) y Alemania (*in Ausführung der Verrichtung*)], así como en el desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad vicaria en el Derecho anglosajón (*in the course of employment*)[41], generando serias dudas y posiciones encontradas entre los académicos de diversas latitudes. La divergencia, como es de esperarse, se traduce en optar por una interpretación amplia o restringida en relación con este segundo requisito.

Tanto el denominado ámbito de acción como el de la relación de subordinación se encuentran implicados, en la medida que la relación de subordinación determina la configuración del ámbito de la acción, es decir, no es solo el curso de la estricta ejecución de una prestación del subordinado en beneficio del principal la que debería dar cabida a un posible daño, sino también la especial ocasión y circunstancias, facilitadas desde la esfera del principal, respecto de las cuales puede tomar ventaja el subordinado para llevar a cabo acciones que terminen simplemente generando daños a terceros.

Lo antes mencionado, por ejemplo, puede situarnos en el supuesto de que el subordinado pueda aprovechar la eventual situación de confianza a la cual ingresó como producto del posicionamiento social de quien se sirve de sus actividades y, pese a ello, haciendo mal uso de aquel posicionamiento, perjudica a un tercero. Aquí, conforme puede colegirse, cabe la opción de que no exista exactamente la ejecución de una prestación por parte del subordinado como producto de un programa contractual, tampoco se perjudica a un tercero en el estricto curso del desarrollo de las tareas encomendadas, ni el daño será producto de un ejercicio habitual de las funciones propias de un cargo al interno de una determinada organización.

Para este requisito, cabe indicar que la relación de subordinación advierte, respecto del control que se pueda ejercer sobre el subordinado, un examen cabal sobre la relación de

(40) La referencia traduce la constante pugna entre la propiedad formal urbana y la propiedad de comunidades nativas y campesinas. La resolución a favor de reconocer los modos de su adquisición y su protección dejan entrever, la mayoría de las veces, una suerte de discriminación por la formación o génesis del derecho de la propiedad, la cual se debate entre un régimen colonizador y uno colonizado, implicando serios atentados contra el principio de la igualdad no solo por parte de funcionarios de la Administración Pública, sino de la función jurisdiccional. Sobre la extirpación de costumbres y los procesos de deslegitimación en la capacidad para la producción del derecho por parte de sujetos colonizados, *vide* BAXI, Upendra. "The colonialist heritage". En: *Comparative legal studies: traditions and transitions*. Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.). Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 46 y ss.

(41) GILIKER, Paula. "Vicarious liability or liability for the acts of others in tort: a comparative perspective". En: *Journal of European Tort Law*. Enero de 2011, p. 48 y ss.

subordinación que termine por descubrir si quien se vale de las acciones del subordinado permite que este último pueda acceder a diversas posibilidades que podrían terminar en perjuicio de un tercero.

Es evidente que no se puede reducir el requisito del ámbito de la acción a la sola prestación debida[42] o al encargo que es ejecutado por el subordinado en beneficio de quien se vale de este.

Así, inherente a la relación de subordinación entre el principal y el subordinado pueden suceder dos situaciones que permiten dilucidar el denominado "ámbito de la acción". La primera está vinculada con el daño que podría surgir con la sola ejecución de la prestación o encargo, sobre la cual evidentemente el principal tiene un directo control de la situación y orienta el quehacer del ejecutante. Aquí, es importante manifestar que, independiente de que la relación de subordinación sea la prevista en el artículo 1325[43] o 1981 del Código Civil (subordinante y subordinado), esta, en modo alguno, puede ser una diversa a la de un vínculo obligatorio, pues encuentra su génesis en un contrato o en un cuasicontrato[44], el cual puede tener ocasión con el grado intensificado de confianza, toda vez que el solo hecho de aludir a una relación de subordinación traduce la idea de que la relación entre el principal (*dominus negoti*) y el ejecutante se encuentra permeada de un grado intensificado de confianza.

Por otra parte, la segunda situación está vinculada con el aprovechamiento que el subordinado podría hacer de las circunstancias particulares en función del grado mínimo o máximo de confianza que pueda haberse establecido entre el principal y la víctima.

Todo lo antes descrito se explica mejor con algunos ejemplos. Así, en la jurisprudencia del *common law* se pueden mencionar el caso Lister v. Hesley Hall Ltd[45], en el cual un personal auxiliar contratado por un internado para el cuidado y la guarda de menores escolares abusó sexualmente de algunos de ellos, alrededor de tres años. La *House of Lords* sentenció admitiendo que había responsabilidad vicaria por parte de la institución educativa porque las funciones para las cuales fue contratado su empleado se encontraban en conexión y daban cabida al abuso cometido (*the "close connection" test*).

Es claro que los menores usuarios del servicio educativo se encontraban expuestos frente a una autoridad, la cual ejercía cierto grado de dominio y, sobre todo, era el modelo a imitar en lo concerniente a la disciplina. El grado de exposición de las víctimas y las particulares circunstancias del caso, más allá de la estricta ejecución de las prestaciones para las que hubiera podido ser contratado el preceptor, determinaron el menor o mayor grado de injerencia en la esfera de los educandos, quienes resultaron drásticamente perjudicados. Por su parte, los

(42) Hacia una variable reduccionista, *vide* LEÓN HILARIO, Leysser L. "Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación". En: *Thémis - Revista de Derecho*. N° 38, Lima, 1998, pp. 93-94, para quien el quebrantamiento de los deberes de protección y conservación de una relación obligatoria por parte del auxiliar no acarrea una posible asunción de responsabilidad del deudor.

(43) **Código Civil peruano**
**Artículo 1325.- Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero**
El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario.

(44) Piénsese, por ejemplo, en quien voluntariamente se somete a las órdenes de un médico solo para ayudarlo en las labores propias de su profesión durante una situación ocasional de emergencia para intervenir a una persona que finalmente muere debido a una mala praxis.

(45) El texto de la sentencia puede encontrarse a través del siguiente enlace: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010503/lister-1.htm>.

propietarios del centro formativo se vinculan estrechamente con los deberes que debe también asumir su personal en el marco de un servicio educativo.

Otro ejemplo, desde una perspectiva hipotética, podría ser el caso del empleado que sufre una violación sexual por parte de su compañero en su centro de labores. El supuesto, a efectos de acercarnos a nuestra problemática social, podría tomar cuerpo a través del terrible suceso de 2019, en el que un trabajador del Poder Judicial, Juan Carlos Hidalgo Jara con 58 años de edad, violó a una empleada de 24 años que realizaba labores de limpieza en una de las sedes del referido poder del Estado (Corte Superior de Justicia de Lima).

Sobre los hechos registrados, a través de los medios de comunicación(46), se puede leer lo siguiente: "La joven agraviada declaró que Hidalgo Jara la agarró por el cuello, por sorpresa y a empujones la llevó a uno de los baños. Luego la tiró al suelo, rompió su ropa, la golpeó y abusó de ella. Al término del ataque, la agraviada fue con su supervisor para contarle lo ocurrido. Se dio parte a la Policía y esa misma tarde el agresor fue detenido dentro de la misma corte".

Si bien no se puede mencionar que con ocasión de la estricta ejecución de las labores se ha logrado perpetrar el detrimento antes descrito o que, en todo caso, las acciones que dieron origen al daño causado no se corresponden con las típicas funciones imputables a un determinado cargo, lo cierto es que existen circunstancias que aproximan a personas de tal forma que podrían llegar a ser proclives a incidir perjudicialmente en la esfera de otras. Un claro ejemplo de lo antes mencionado es, desde siempre, el ámbito laboral. En este caso, una responsabilidad vicaria se justifica siempre por la posibilidad que tiene el empleador de evitar cualquier menoscabo que pueda sufrir alguna persona inserta en el escenario mencionado.

Lo antes precisado tiene un correlato en todo el sistema de normas que, por ejemplo, el Estado trata de implementar en relación con el hostigamiento sexual, no solo vinculado con el sector trabajo, sino también con el educativo. La exigencia de protocolos para prevenir y atender estos casos traducen el reconocimiento de que en escenarios como la escuela o el centro de labores deben instaurar todas la medidas necesarias a efectos de evitar cualquier tipo de menoscabo debido a las relaciones interpersonales desarrolladas entre quienes que se encuentran en esos lugares, ya sea como usuarias o, en este caso, como empleados y/o servidores.

En el caso Hidalgo Jara, es obvio que el empleador a puesto a disposición de su subordinado una serie de recursos y posibilidades que le permiten incidir en la esfera de sus compañeros de trabajo, sin embargo, el empleador, en todo caso, debe controlar la conducta de estos y velar por la seguridad de sus demás empleados y servidores. No se entiende cómo es posible que el empleador no haya podido percatarse de que la víctima fue arrastrada forzosamente por su victimario desde las inmediaciones del establecimiento (**las escaleras de un séptimo piso**(47)) hasta un baño, o que no hubiera implementado alguna medida, pese a conocer que el señor Hidalgo ya había sido procesado anteriormente por agraviar la libertad sexual de otras personas.

En este caso, el denominado ámbito de acción debe ser valorado en forma amplia, no solo en función de las posibilidades a las que un subordinado podría acceder tras ostentar o ejercer determinado cargo o por la estricta ejecución de las actividades para las cuales fue

(46) La información relativa al caso fue extraída del siguiente enlace: <https://laley.pe/art/8658/ordenan-6-meses-de-prision-para-trabajador-del-pj-acusado-de-violacion> (consultado el 18 de diciembre de 2019).

(47) La información específica fue extraída del siguiente enlace: <https://www.tvperu.gob.pe/noticias/locales/dictan-prision-preventiva-para-trabajador-del-pj-por-presunta-violacion> (consultado el 18 de diciembre de 2019).

reclutado. El ámbito de acción podría implicar la oportunidad de utilizar todas las posibilidades y las circunstancias que el agente principal ha puesto objetivamente a disposición del subordinado, de las cuales, este último, se valdrá para incidir en la esfera personal de un tercero; esto tiene un correlato –conforme lo mencionamos anteriormente– en el mayor o menor grado de proximidad entre el agente principal y la potencial víctima.

## 5. ¿La teoría del dominio del hecho como fundamento totalizador de la responsabilidad por hecho ajeno?

Así las cosas, es pertinente señalar en este punto que parte de la doctrina nacional[48] ha creído conveniente identificar la determinación de la responsabilidad vicaria a través de la estructura conceptual presente en la teoría del dominio del hecho, la cual es una de las tantas teorías que permiten determinar el concepto de autor (directa, mediata o coautoría) respecto de la realización de un tipo penal de conformidad con la teoría general del delito. En este caso, como es obvio, se hace alusión al supuesto de la autoría mediata.

A tal efecto, es pertinente señalar que el dominio del hecho cuando es identificable en supuestos de autoría mediata es traducible como un determinado poder sobre alguna voluntad rectora del hecho (suceso causal). Ese poder es atribuible al autor mediato (indirecto), lo que análogamente equivale a decir al patrón, comitente, *dominus negoti* o principal en el caso del lenguaje utilizado en la tradición de las codificaciones civiles.

En la teoría del dominio del hecho aplicada a la autoría mediata, la persona instrumentalizada (ejecutante) actúa u omite en función del interés del autor mediato, el curso causal es determinado por este último. Lo antes descrito no sucede necesariamente en los supuestos de responsabilidad por el hecho del subordinado fuera del ámbito penal, debido a que el subordinado, como en el caso Hidalgo Jara, puede llegar a valerse de las especiales circunstancias que la relación de subordinación objetivamente pone a su disposición, sin que ello implique necesariamente la concurrencia del ejercicio de un determinado cargo o el estricto cumplimiento del servicio encargado que va directamente en beneficio del principal o de quien tiene el dominio del hecho.

En tal sentido, existen ocasiones en que los subordinados no ejecutan acción alguna en virtud de las decisiones del principal y, pese a ello, solo por encontrarse en su ámbito organizacional, será este último quien terminará asumiendo la responsabilidad de conformidad con el artículo 1981, ello, en virtud de una comprobada posibilidad de que puede llegar a controlar a sus subordinados en relación con los daños que pudieran ocasionar.

Así, en todo caso, la determinación de una responsabilidad por hecho de tercero sucede al comprobar fácticamente si es que el principal que se vale de un subordinado para ejecutar determinadas acciones se le puede o no exigir la evitabilidad del daño. En virtud de esto, se hace innecesario explicar, a nivel teorético, toda alusión a si el agente principal debe responder por culpa propia o por culpa ajena, o si este responde por hecho propio o por hecho ajeno, pues en la medida que ejerce un especial poder de control sobre el auxiliar o subordinado es que se le debe reputar como el sujeto más apto para evitar cualquier daño.

La teoría del dominio del hecho solo es un supuesto entre otros tantos por los cuales puede llegar a determinarse la responsabilidad del principal; sin embargo, de una lectura conjunta

(48) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 197 y ss.

de los requisitos de la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1981 del Código Civil, como serían la relación de subordinación y el referido ámbito de acción, la idea de este tipo de responsabilidad nos conduce a pensar que la posibilidad de evitar el daño por parte del principal es, en todo caso, el criterio más idóneo y hermenéuticamente más propicio para no dejar de lado una serie de aspectos que, bajo la aplicación de la teoría del dominio del hecho, pueden escapar. Por ende, no puede predicarse que la teoría del dominio del hecho es el fundamento del precitado artículo de la codificación civil.

La denominada instrumentalización del agente ejecutante, conforme a la teoría de dominio del hecho, no se presenta con todos sus matices en los casos de la responsabilidad por hecho ajeno del artículo 1981 del Código Civil, un traslado a ultranza de esta teoría para la determinación de este tipo responsabilidad evidencia solo una insuficiente comprensión de la utilidad de la teoría en mención, la cual tiene que ver, indefectiblemente, con el control de la voluntad del ejecutante, cuestión que no podría aparecer en forma constante en los supuestos relativos al artículo antes mencionado.

## DOCTRINA

BAR, Otto von y DROBNIG, Ulrich. The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A comparative Study. Sellier, München, 2004; BAXI, Upendra. "The colonialist heritage". En: Comparative legal studies: traditions and transitions. Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.). Cambridge University Press, Cambridge, 2003; BIRKS, Peter. The Roman law of obligations. Eric Descheemaeker (ed.). Oxford University Press, Oxford, 2014; BRÜGGEMEIER, Gert. Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts. Springer. Berlín, Heidelberg, 2006; CURSI, M. Floriana. "The scope and function of civil wrongs in Roman society". En: The Oxford Handbook of Roman Law and Society. Paul J. Du Plessis, Cliford Ando y Kaius Tuori (eds.). Oxford University Press, Oxford, 2016; EARTHRIGHTS INTERNATIONAL, INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL Y COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe: Convenios entre la Policía Nacional y las empresas extractivas en el Perú. Análisis de las relaciones que permiten la violación de los derechos humanos y quiebran los principios del Estado democrático de derecho. Lima, 2019; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Introducción a la responsabilidad civil. Lecciones universitarias. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019; GILIKER, Paula. "Vicarious liability or liability for the acts of others in tort: a comparative perspective". En: Journal of European Tort Law. Enero de 2011; IDEELE. "Montesinos, el amigo de toda la vida de Newmont". En: Revista del Instituto de Defensa Legal, N° 2014, 2011. Disponible a través del siguiente enlace: <https://revistaideele.com/ideele/content/montesinos-el-amigo-de-toda-la-vida-de-newmont>; JHERING, Rudolf von. Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Editorial de Emil Roth, Giessen, 1867; LEÓN HILARIO, Leysser L. "Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación". En: Thémis - Revista de Derecho, N° 38, 1998; KASER, Max. Das römischen Privatrecht. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht. Tomo I. 2.ª edición. C. H. Beck, München, 1971; MARKESINIS, Basil y UNBERATH, Hannes. The German Law of Torts. A Comparative Treatise. 4.ª edición. Oxford, 2002; MAZEAUD, Henri et al. Traité théorique et pratique: la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Monchrestien. Tomo I. 6. ª edición. París, 1965; PATRÓN, Carlos A. "¿Amo o sirviente? Consideraciones funcionales en torno a la responsabilidad vicaria a propósito del artículo 1981 del Código Civil". En: Thémis - Revista de Derecho, N° 50, 2005; POTHIER, Robert-Joseph. "Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur". En: Oeuvres complètes de Pothier. Tomo I. Lettellier, París, 1813; SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Del juez legal al juez constitucional". En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 4, 2000; SCHMIDT, Jan Peter. "Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los 'rollos de linóleo'". En: Revista de Derecho Privado, N° 4, enero-junio de 2013, p. 333; SOHM, Rudolph. Institutionen des römischen Rechts. Duncker & Humblot, Leipzig, 1884; STOLL, Heinrich. "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre" En: Archiv für civilistische. Tomo 136, Praxis, 1932; VINEY, Geneviève. "De la responsabilité civile (Articles 1340 à 1386) Exposé des motifs". En: Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projetCatala'). Jhon Cartwright, Stefan Vogenauer y Simon Whittaker (cuids.). Hart Publishing, Oxford, 2009; ZÁRATE, Joseph. Guerras del interior. Debate, Lima, 2018.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### Elementos para la configuración de la responsabilidad vicaria

*Que, la responsabilidad vicaria a que se refiere el artículo 1981 del Código Civil corresponde a aquel que tenga a otro bajos sus órdenes, y si es que el daño se produjo en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo; considerando al respecto la doctrina, como es el caso del comentario que hace el autor argentino Jorge Bustamante Alsina, que para que se configure dicha responsabilidad se requiere la concurrencia de tres elementos: a) una relación de dependencia en la que el autor del daño haya dependido para obrar de la autorización del principal; b) el ejercicio de la función, en la que se responde por los daños que cause el subordinado que tengan relación con la función encomendada; y, c) el acto ilícito del subordinado, es decir, que es necesario que el subordinado sea él mismo responsable (Cas. N° 4299-2006-Arequipa).*

### La dependencia como presupuesto de la responsabilidad vicaria

*En cuanto a la denuncia casatoria descrita en el punto iii), se debe precisar que dicho agravio deviene en inoficioso al haber sido materia de estudio y análisis por la sentencia de vista en la que se determinó la existencia de una responsabilidad vicaria en la Dirección Regional de Salud en razón a que el Centro de Salud de (...) donde prestaba servicios el accionante, así como el conductor del vehículo siniestrado, dependían administrativamente de la citada dirección regional; en consecuencia, se advierte que lo que pretende la recurrente con dicha denuncia es forzar un reexamen de lo actuado en sede de instancia, lo que resulta incongruente con la naturaleza del recurso casatorio, por cuya razón este extremo debe también desestimarse (Cas. N° 4700-2015-Amazonas).*

## Responsabilidad por denuncia calumniosa

**Artículo 1982.-** ***Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.***

Concordancias:
*C.C. art. 1321; C.P. art. 131; C.P.C. art. 4*

JORGE A. BELTRÁN PACHECO

### 1. Aspectos introductorios

El presente artículo guarda una relación directa con algunos aspectos del Derecho Penal pero en un sentido distinto, por su naturaleza civil. Se refiere a aquellos casos en los que un sujeto denuncia a otro por la comisión de un hecho ilícito penal (delito) a *sabiendas de la falsedad de este* (los hechos que respaldan la denuncia no son reales), o *cuando no hay motivo razonable para denunciar* (sea porque los hechos que son considerados delictuosos no tienen dicho carácter o cuando la razón que lleva a concluir que existe un delito y que el sujeto es quien lo cometió no se ajustan a los datos de hecho utilizados para acreditarlo).

### 2. Contenido normativo

En el presente artículo tenemos reconocidas dos normas jurídicas que tienen la siguiente estructura:

**a) Norma jurídica primera**

*Supuesto de hecho:* El sujeto que a sabiendas de la falsedad de la imputación denuncia ante autoridad competente a alguna persona atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

*Nexo causal:* Entonces.

*Consecuencia jurídica:* Deberá indemnizarla.

**b) Norma jurídica segunda**

*Supuesto de hecho:* El sujeto que a sabiendas de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

*Nexo causal:* Entonces.

*Consecuencia jurídica:* Deberá indemnizarla.

### 3. Análisis normativo

**a) Primera norma jurídica**

Esta norma jurídica reúne los elementos de la responsabilidad civil de la siguiente manera:

- Existe un daño producto de la imputación falsa de un hecho punible. Estos daños que deben ser ciertos, no indemnizados con anterioridad, dirigidos contra una víctima cierta e injustos pueden ser: patrimoniales (cuando afectan un interés patrimonial de la víctima, por ejemplo cuando un sujeto pierde clientela al haberse afectado su buena reputación), o no patrimoniales (cuando los daños son morales e incluso psicológicos).

- El evento que genera el daño o evento dañoso es la imputación falsa de un hecho punible ante una autoridad competente (el problema en este elemento recae en el aspecto probatorio, puesto que ¿cómo se puede demostrar que el sujeto conocía la falsedad de la imputación? Ello resulta complicado, casi diabólico; por otro lado, si el juez o autoridad ante quien se denuncia no es competente, es decir, no tiene la facultad de conocer el caso que se imputa, entonces ¿no hay daño? Consideramos que sí, pero que no resultará aplicable el presente supuesto, sino la norma general de responsabilidad civil: todo aquel que cause un daño a otro debe indemnizarlo.

- La relación causal. El nexo causal en el presente caso se sustenta en la teoría de la causa adecuada, según el artículo 1985 del Código Civil, por lo que será causa del daño aquel hecho que en el plano lógico y razonable produce dicha consecuencia.

- Criterio de imputación. En el caso objeto de estudio se atribuye responsabilidad civil por existir dolo (intención de denunciar un hecho punible a sabiendas de la falsedad). Si el hecho no es punible ¿se podrá aplicar la presente norma jurídica? La respuesta es negativa. Ahora bien, no debemos restringir los hechos punibles solo al campo del Derecho Penal.

**b) Segunda norma jurídica**

Esta norma jurídica reúne los elementos de la responsabilidad civil de la siguiente manera:

- Existe un daño producto de la **ausencia de motivo razonable**. ¿Qué es motivo razonable? Desde nuestro punto de vista "motivo razonable" refiere a la existencia de elementos suficientes (a partir de un análisis de los hechos y las pruebas) que permitan convencer al sujeto denunciante que el sujeto denunciado realizó la conducta punible.

- Estos daños que deben ser: ciertos, no indemnizados con anterioridad, dirigidos contra una víctima cierta e injustos; pueden ser: patrimoniales (cuando afectan un interés patrimonial de la víctima, por ejemplo cuando un sujeto pierde clientela al haberse afectado su buena reputación) o no patrimoniales (cuando los daños son morales e incluso psicológicos).

- El evento que genera el daño o evento dañoso es la imputación de un hecho punible sin motivo razonable, ante una autoridad competente (el problema en este elemento recae en el aspecto probatorio puesto que ¿cómo se puede demostrar que el sujeto no tiene un motivo razonable? Para ello se tendrán que evaluar el contexto y las pruebas que tiene el denunciante, por ejemplo: no se puede decir que es motivo razonable el denunciar basado en un anónimo o información "presunta" (el comentario oculto o chisme).

- La relación causal. El nexo causal, en el presente caso, se sustenta en la teoría de la causa adecuada, según el artículo 1985 del Código Civil, por lo que será causa del daño aquel hecho que en el plano lógico y razonable produce dicha consecuencia.

- Criterio de imputación. En el caso objeto de estudio se atribuye responsabilidad civil por no existir un motivo razonable, lo que constituye una responsabilidad objetiva.

## DOCTRINA

ALPA, Guido. Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Gaceta Jurídica, Lima, 2001. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987. DE CUPIS, Adriano. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Bosch, Barcelona, 1975. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Volumen II, Civitas, Madrid, 1996; Derecho de daños. Civitas, Madrid, 1999. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2003. GHERSI, Carlos Alberto. Teoría general de la reparación de daños. Astrea, Buenos Aires, 1997. TABOADA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 2001.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Supuestos para la procedencia de la responsabilidad por denuncia calumniosa

*{E}l artículo 1982 del Código Civil, bajo análisis, contiene dos hipótesis; la primera, se refiere a la denuncia intencional, a sabiendas, de un hecho que no se ha producido; la segunda, que se presenta en forma disyuntiva con relación a la primera, se refiere a la ausencia de motivo razonable para la denuncia, lo que necesariamente debe concordarse con los conceptos de ejercicio regular de un derecho, que exime de responsabilidad conforme al artículo 1971 del mismo Código, y el abuso del derecho, reprobado en el artículo segundo del Título Preliminar del acotado* ***(Cas. N° 1817-2010-Lima).***

## Responsabilidad solidaria

**Artículo 1983.-** *Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquél que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1183 a 1203; C.P.C. arts. 516, 622*

JOSÉ BARRETO BRAVO / NELWIN CASTRO TRIGOSO

### 1. La solidaridad en general

La norma bajo comentario regula la responsabilidad aquiliana solidaria. Es recomendable, entonces, como paso previo indispensable, el abordaje del tema de la solidaridad, siquiera en sus aspectos más elementales, para obtener elementos de juicio que puedan servir para saber cuál es su fundamento.

Debe advertirse, asimismo, que el tratamiento de la problemática que circunda lo descrito por la norma, dadas las dimensiones del trabajo y su naturaleza esencialmente informativa, no será agotado y estará centrado solo en sus aspectos más elementales.

Pues bien, según una difundida y conspicua corriente de opinión, la relación obligatoria es aquella relación jurídica intersubjetiva con contenido patrimonial en virtud de la cual el deudor, quien es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja activa denominada deuda, tiene que desplegar determinado comportamiento, positivo u omisivo, para satisfacer el interés de otro sujeto denominado acreedor, quien, por otro lado, es titular de una situación jurídica subjetiva de ventaja activa llamada crédito, la cual le permite exigir del deudor, precisamente, el despliegue de aquella conducta que debe desarrollar para satisfacer su interés (BIANCA, BRECCIA). La posición en la que se encuentra el deudor es un deber jurídico, mientras que la posición en la que se halla el acreedor es un derecho subjetivo (ESCOBAR ROZAS).

Ahora bien, fuera del esquema elemental descrito precedentemente, las relaciones obligatorias pueden tener en sus polos a uno o más sujetos. Cuando ocurre lo primero, se les denomina subjetivamente simples. Cuando, en cambio, acaece lo segundo, se les denomina subjetivamente complejas (BUSNELLI). La simpleza o la complejidad puede darse tanto en el lado pasivo cuanto en el lado activo de la relación, no siendo extraño, además, que se dé en ambos polos de la misma (PUGLIATTI).

El tipo más importante de relaciones obligatorias subjetivamente complejas está representado por las obligaciones solidarias. Se tiene solidaridad, por un lado, cuando siendo única la obligación, son varios los deudores, cada uno de los cuales está obligado frente al acreedor por el íntegro de la deuda; pudiendo, quien hubiera llevado a cabo la *solutio* y, por consiguiente, extinguido la deuda, dirigirse contra los demás para que estos le reembolsen el monto que ha egresado de su patrimonio (solidaridad pasiva); y, por otro, cuando siendo única la obligación, son varios los acreedores, pudiendo el deudor efectuar el pago a cualquiera de ellos (solidaridad activa). En ambos casos, el efecto capital del fenómeno es la determinación de la extinción de la deuda –naturalmente por la satisfacción del interés creditorio– como consecuencia de la

actividad de un solo sujeto (ya sea un deudor que ejecuta la prestación, ya sea un acreedor que exige –y obtiene– la misma, según se trate de solidaridad pasiva o activa, respectivamente).

## 2. Breve aproximación histórica al problema y antecedentes de la norma

El primer indicio de preocupación por el problema de la responsabilidad integral de los coautores de un mismo hecho dañoso, según informa una autorizada doctrina, se remonta al Derecho francés (BUSNELLI). En efecto, dado que el *Code Napoleón* de 1804 no presenta una norma expresa que se ocupe del grave problema que se suscita cuando son varios los autores de un único daño y que, además, establece, en su artículo 1202, que la solidaridad no puede presumirse en ningún caso, un sector de la doctrina de dicho país fue inducida, por razones de justicia, a establecer la necesidad de proteger a la víctima. Sin embargo, debía encontrar algún fundamento positivo para respaldar su afán. Es así que echó mano del material normativo con el que contaba y no vio mejor salida que aplicarle a estos casos la cláusula general de responsabilidad *délictuelle* (aquiliana o extracontractual) que dicho cuerpo normativo aloja en el artículo 1382 (que es el antecedente normativo más remoto de todos los sistemas de la llamada atipicidad del ilícito civil y, por lo tanto, de nuestro artículo 1969, claro está, sin la desconcertante segunda parte).

El problema es que con semejante operación, este sector de autores franceses terminó creando una nueva figura de obligación subjetivamente compleja, la cual, según sus primeros defensores –absolviendo en los hechos la misma función que las obligaciones solidarias– no hallaba su fundamento en la ley, sino en sí misma o en la "naturaleza de las cosas". Es así que nace la llamada obligación *in solidum* a la cual, por las razones anteriormente referidas, se atribuyó el valor de una obligación solidaria virtual o imperfecta (BUSNELLI).

Pero la historia no queda allí. Es sabido que la doctrina italiana contemporánea e inmediatamente posterior al *Code* fue tributaria de su par francesa. Sucede, no obstante lo expresado, que a diferencia de esta (la cual, a pesar de la presencia de algún bando crítico, ha adoptado dicha construcción doctrinal hasta el punto de poder sostener que ha pasado a formar parte de su bagaje institucional común) (BUSNELLI, DE TRAZEGNIES) en Italia se comenzó a cuestionar las bondades del concepto, de modo que, sin más, se le empezó a considerar prácticamente como una auténtica obligación solidaria. Esta circunstancia, así como la toma de conciencia de la gravedad del problema de la responsabilidad integral de los coautores de un mismo daño, indujo al legislador italiano del *Codice civile* de 1865, en un acto de puede considerarse una excepción a la regla, a apartarse de su homólogo francés, consagrando, sin ambages, una norma expresa que se ocupa del problema de la solidaridad de los responsables en estos casos: el artículo 1156.

Es importante señalar, asimismo, que el parágrafo 830 del *Bürgerliches Gesetzbuch* alemán (BGB) de 1896 (vigente desde 1900) establece la responsabilidad de todos los copartícipes de una acción común que genere daño, aun cuando resulte imposible verificar cuál de ellos lo haya provocado. Por su parte, el legislador italiano de 1942, en una norma prácticamente igual a la nuestra, el artículo 2055, se ocupa del problema.

El área cultural del *common law* no es ajena a la problemática bajo análisis. En efecto, ante este tipo de hipótesis, los responsables de un daño, (*joint* o *concurrent tortfeasors*) están sometidos a que la víctima pueda demandarlos conjunta o separadamente por la totalidad del monto del daño y obtenga un pronunciamiento que la faculte a cobrar la deudas a cualquiera de ellos (DE TRAZEGNIES).

Entre nosotros, el Código Civil de 1852, en su artículo 2204, señalaba claramente la responsabilidad solidaria de los sujetos que hayan actuado con culpa, a no ser que pueda determinarse la parte del daño causado por cada una. Por último, el Código Civil peruano de 1936 estatuía en su artículo 1147 una norma sustancialmente similar a la actual.

Antes de abordar el siguiente punto, es necesario destacar que la llamada obligación *in solidum* es, en realidad, una construcción artificiosa, cuyo nacimiento es explicable solo en un medio como el francés que, como se ha visto, presenta ciertas peculiaridades que impiden que la solidaridad se presuma y que no prevé una solución *ad hoc* para el problema del daño ocasionado por varios sujetos. Este dato decisivo debe ser tenido muy en cuenta para efectos de evitar discutir sobre problemas que no conciernen a nuestro ordenamiento. De no ser así, se incurriría en un tipo de actitud que, como ha sido bien advertido, es una de las principales fuentes de la desatención que suele existir entre nosotros por los problemas auténticamente relevantes que fluyen de la lógica de nuestro propio ordenamiento (LEÓN). Por lo tanto, en un medio como el nuestro, que no presenta ninguna de las características que movieron a la doctrina francesa a elucubrar semejante categoría, cuestionable, además, desde el punto de vista dogmático, carece de sentido discutir acerca de si en este tipo de casos se debe recurrir a la solidaridad o a la obligación *in solidum*, categoría de contornos oscuros y extraña a nuestro ordenamiento. Lo cierto, para concluir este acápite, es que en nuestro ordenamiento, para enfrentar las circunstancias que describe el artículo 1983 del Código Civil, se ha de hacer recurso, no solo por razones normativas, sino prácticas, a la solidaridad (DE TRAZEGNIES). No sucede lo mismo en España donde, ante la ausencia de una norma explícita, la doctrina y la jurisprudencia han recurrido, tanto a la fórmula de la solidaridad cuanto a la de la mancomunidad, siendo la primera tendencia la que prevalece en ambas sedes (DE ÁNGEL YÁGÜES).

## 3. La responsabilidad solidaria: análisis de sus presupuestos

Según la doctrina, son presupuestos de la responsabilidad solidaria: (a) la unidad del daño y (b) su imputabilidad a más de un sujeto (BIANCA, LEÓN BARANDIARÁN). Es menester, en consecuencia, dar cuenta del alcance y significado de cada uno de ellos.

La unidad del daño significa que el mismo debe ser indivisible, es decir, uno solo. No entran en el supuesto de hecho, entonces, los casos en los cuales, aun existiendo pluralidad de responsables, se producen varios daños a un mismo sujeto, sean estos simultáneos o sucesivos. En efecto, dado que el daño resarcible se resuelve en la lesión a un interés jurídicamente relevante (DE CUPIS), la identificación de su carácter unitario está determinada por la unidad del interés del sujeto damnificado. Existe, pues, correspondencia entre la unidad del daño experimentado por la víctima y un interés suyo único. Se puede decir, en otros términos, que la unidad del interés del damnificado califica el carácter unitario de la lesión. Por lo tanto, parece inobjetable, a tenor de cuanto se ha venido afirmando, que el requisito de marras concierne solo a la esfera del damnificado, siendo inexacto reconducirlo a la esfera de los responsables.

En lo que corresponde al presupuesto de la imputabilidad del daño a más de un sujeto, es preciso señalar que está estrechamente relacionado con las acciones u omisiones realizadas por los responsables. Tal circunstancia ha motivado que una parte de la doctrina considere que las acciones de los responsables deban darse de manera conjunta. No obstante ello, parece correcta la tesis contraria, según la cual, las acciones de los responsables no necesariamente deben colocarse en un plano unitario, esto es, que es perfectamente factible que los

responsables hayan infringido el daño actuando separadamente, pudiendo, por ejemplo, no conocerse (BIANCA, SALVI, FRANZONI).

La misma unidad del interés de la víctima que, como se ha visto, califica la unidad del daño explica satisfactoriamente tal aserto, de suerte que no parece incorrecto sostener que la norma no requiere como requisito indispensable que la actuación de los responsables deba darse de manera conjunta o que provenga de una misma fuente, siendo posible que el daño provenga de diversos hechos generadores (recuérdese que la unidad del daño es un requisito que atañe solo a la víctima). De todo cuanto se ha venido refiriendo, se desprende, consecuentemente, que la *eadem causa obligandi* de los responsables no debe ser buscada en la unidad del hecho generador porque esta puede presentarse o no puede presentarse, sino en la unidad del evento dañoso (BUSNELLI). Todo lo acotado explica por qué la norma debe considerarse aplicable cuando exista un concurso de criterios de imputación en los responsables, es decir, cuando a alguno o a algunos les sea atribuible culpa o dolo, mientras que a otro o a otros algún criterio de imputación objetivo como, por ejemplo, el riesgo (SALVI, BIANCA, JANNARELLI). La alusión que el precepto hace al término "falta" no debe hacer dudar de la veracidad de lo recientemente acotado porque, tal como se verá más adelante, ella adquiere relevancia solamente en las relaciones internas operadas entre los responsables.

## 4. La causalidad y la calificación de las acciones de los responsables

El análisis de las conductas de los responsables debe girar en torno de la causalidad porque es problema que a esta última atañe, toda vez que, ni más ni menos, mediante el expediente causal, el ordenamiento ejecuta una selección de los daños resarcibles (SALVI). En este caso, tal importancia se revela en el hecho de que solo mediante el análisis de la causalidad se podrá comprobar si el daño ha sido efectivamente producido por una pluralidad de sujetos. Este es el motivo crucial para dejar de lado la impostación teórica promovida por un sector de la doctrina (BIANCA) según la cual la reconstrucción y análisis de la responsabilidad solidaria gira en torno de la función de la solidaridad pasiva, es decir, del reforzamiento de la "garantía" del acreedor que, en el caso que concierne al comentario, es el damnificado, protegiéndolo, por ejemplo, contra la insolvencia de uno de los responsables (GALLO). Esta toma de postura, empero, no debe ser interpretada en el sentido de que, a través del artículo 1983, el legislador no haya pensado en la tutela de la víctima, todo ello en consonancia con los desarrollos modernos de la responsabilidad civil que exigen, a nivel microsistémico, que el instituto gire en torno de la tutela del damnificado y que, por tanto, han operado una inversión en su método de análisis, desviando su atención desde la esfera del dañante hacia la esfera del dañado (SCHLESINGER, RODOTÀ, FRANZONI, FERNÁNDEZ CRUZ). En efecto, lo único que se quiere significar es que la mejor manera de afrontar el problema es desde la perspectiva del nexo causal.

En términos generales, se puede decir que, en su más elemental configuración, en materia de responsabilidad civil un evento es "causa" del daño cuando sin su realización este no se hubiera producido (TORRENTE-SCHLESINGER). La causalidad o nexo de causalidad corresponde a una elección de valor del ordenamiento en función de los objetivos de fondo que con la disciplina de la responsabilidad aquiliana se intentan conseguir (JANNARELLI).

Como se sabe, nuestro ordenamiento ha consagrado expresamente la aplicabilidad de la teoría de la causalidad adecuada en materia aquiliana (por ello, la noción proporcionada líneas atrás, correspondiente a la teoría de la *conditio sine qua non*, fue calificada, por explicativa, como elemental). La búsqueda de la causalidad adecuada significa que, a través de un

juicio retrospectivo de regularidad y de probabilidad, se discrimine entre una serie de eventos implicados en el resultado lesivo, hasta constatar que uno o más de uno son normalmente idóneos para producirlo. El evento excogitado sobre la base de las consideraciones precedentes es reputado causa del daño y abre, por lo tanto, el camino para fundar la imputabilidad de la lesión a un sujeto o a varios, según sea el caso.

El supuesto de la norma *sub examine* requiere, aunque no sea formulado expresamente, que el resultado dañoso se sustente en una concurrencia de causas. En tal sentido, es preciso referir que la calificación de cada acción debe sustentarse en el análisis de la concurrencia de estas en la producción del resultado dañoso, desde luego, en función de los cánones y la lógica de la causalidad adecuada. Hay quien entiende, a propósito de esto último, que la clave para la determinación de la eficiencia causal de las acciones de los responsables, está determinada por la concurrencia de estas en la creación de un riesgo específico de daño (BIANCA) o por la violación de específicos deberes de prevención por parte de cada dañante (MONATERI). En otras palabras, cada acción (u omisión) debe presentar una eficiencia causal determinante, como factor concurrente y no meramente coadyuvante del daño. De no ser así, no estaríamos en el campo de aplicación del artículo sujeto a análisis, sino, probablemente, en el del mal ubicado artículo 1978, para cuya aplicación es suficiente la incitación o la ayuda, hecho que determina que la solidaridad no sea aplicable a este supuesto, estando el autor "directo" del daño obligado por el monto íntegro, mientras que el autor "indirecto" en proporción de su grado de participación (por incitación o ayuda) en el evento lesivo (DE TRAZEGNIES).

## 5. Relaciones internas entre los responsables

Al establecer la solidaridad entre los responsables, la norma está determinando que aquel que pagó la totalidad del monto resarcitorio tenga derecho a solicitar la repetición de lo desembolsado a los demás autores del daño. Este efecto, que es uno de los efectos normales de una obligación solidaria, demuestra que, para una mejor comprensión de la norma, es necesario, por un lado, un análisis diferenciado de los aspectos que atañen a la relación entre los dañantes con la víctima y, por otro, de las relaciones que median entre los responsables. Este último es, precisamente, lo que se conoce como las relaciones internas entre los responsables.

Ahora bien, líneas atrás se señalaba que la norma permitía la concurrencia entre criterios de imputación como, por ejemplo, la culpa y el riesgo, y que la alusión al término "falta" no era óbice para ello. En efecto, el empleo de la fórmula aludida no debe llevarnos a creeer que la aplicabilidad del dispositivo está circunscrita solo a los casos en los que se pueda imputar culpa o dolo a los responsables. Por el contrario, si la *ratio* de la norma es la protección de la víctima, no tendría sentido limitar la posibilidad de que esta obtenga un resarcimiento solo cuando la circunstancia anteriormente descrita se presente. De no ser así, no cabría resarcir a la víctima de aquel o aquellos que dañaron como consecuencia de la utilización de un bien riesgoso o realizaron una actividad riesgosa, pero esto, como se comprenderá, no parece ser la solución más adecuada. Por lo tanto, el término falta al que la norma recurre nada tiene que ver con las relaciones entre responsables y víctima. Su incidencia hay que hallarla en las relaciones internas operadas entre los responsables.

No obstante lo acotado, el recurso al término "falta", enfocado, como debe ser, en las relaciones internas entre responsables, puede suscitar más de una perplejidad en lo que corresponde al cálculo judicial de la proporción del monto que tendrían que desembolsar los responsables que no extinguieron la deuda. En efecto, las posibilidades de interpretación de la norma en esta parte son dos: (a) el responsable que pagó el resarcimiento sólo podrá repetir

contra los dañantes que hayan actuado con culpa; el término "falta" así lo impondría y (b) el responsable que pagó el resarcimiento, a pesar de la presencia del término "falta" puede repetir contra cualquiera de los dañantes, ya sea que éstos sean imputables subjetiva u objetivamente. Ahora bien, ¿cuál de las interpretaciones es la correcta? Sin duda la segunda, dado que no parece correcto ni justo negar al responsable que pagó la posibilidad de repetir contra aquellos que no han pagado pero que han contribuido de manera determinante en la producción del daño (hasta el punto que su actuación u omisión, presenta la eficiencia causal necesaria para ser considerada "concausa" del daño). En consecuencia, el responsable que efectuó el resarcimiento, podrá dirigirse contra la totalidad de los corresponsables, independientemente del hecho que estos hayan actuado con culpa o no. Es más, ello corresponde a la lógica misma de la solidaridad: repetir contra cualquiera de los codeudores. Además, si se mira bien el asunto, se caerá en la cuenta que, en realidad, el problema descrito no debe presentarse porque el término "falta" no es mencionado para supeditar el derecho de repetición a todos los responsables, sino para efectos de la fijación judicial del monto que deberá egresar de su patrimonio.

De todos modos, subsistirá un problema para el juez a la hora de determinar la proporción del monto que le corresponderá desembolsar a cada responsable porque la norma hace girar la cuestión en torno de la gravedad de la falta. La solución a semejante inconveniente, parece radicar en la consideración del aporte causal de cada responsable considerado en sí mismo, es decir, no en función de la gravedad de su culpa (que, es más, puede no presentarse), sino en el análisis de la eficiencia causal de su "aporte", sea que este se haya debido a una actuación negligente o no. Esta es una ulterior confirmación de que la manera correcta de abordar el problema es desde el punto de vista de la causalidad y no desde la óptica de la función que desenvuelve en el contexto de la norma la solidaridad. Obviamente, cuando no sea posible determinar tal aporte causal, la norma faculta al juez a presumir la igualdad de la eficiencia causal de cada acción. Esta es una cuestión que no parece registrar mayores inconveniente, de suerte que huelgan mayores comentarios.

Es preciso señalar, para concluir, que la "acción" de regreso o de repetición está disciplinada por las normas sobre la solidaridad contenidas en el Libro de Las Obligaciones y que las viscisitudes procesales que conciernan a esta no tienen conexión con las que pudieran afectar a la correspondiente al proceso de resarcimiento (MONATERI).

## DOCTRINA

ALPA, Guido. Istituzioni di Diritto Privato. 2ª ed. UTET. Turín, 1997; ID. Responsabilidad civil y daño. Traducción del italiano al cuidado de Juan ESPINOZA ESPINOZA. Gaceta Jurídica. Lima, 2001; BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Vol. IV. L'obbligazione. Giuffrè. Milán, 1991; ID. Diritto Civile. Vol. V. La responsabilità. Giuffrè. Milán, 1994; BRECCIA, Umberto. Le obbligazioni. En: Trattato di Diritto Privato al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI. Giuffrè. Milán, 1991; BUSNELLI, Francesco Donato. L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici. Giuffrè. Milán, 1974; DE ÁNGEL YAGÜES, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. 3ª ed. Civitas. Madrid, 1993; DE CUPIS, Adriano. Il danno. Teoria generale della responsabilità civile. Tomo I. 2ª ed. Giuffrè. Milán, 1966; DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Tomos I y II. En: para leer el Código Civil. 7ª ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol II. Las relaciones obligatorias. 5º ed. Civitas. Madrid, 1996; ID. Derecho de daños. Civitas. Madrid, 2000; DI MAJO, Adolfo. La tutela civile dei diritti. 3ª ed. Giuffrè. Milán, 2001; ESCOBAR ROZAS, Freddy. La estructura de la obligación. Tesis de licenciatura en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. 2ª ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica. Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law.

En: Ius et Veritas. Año XI. N° 22. Lima, 2001; FRANZONI, Massimo. I fatti illeciti. En: Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA dirigido por Francesco GALGANO. Zanichelli - Società Editrice Il Foro Italiano. Boloña-Roma, 1993; GALLO, Paolo. Diritto Privato. 3ª ed. Giappichelli. Turín, 2002; JANARELLI, Antonio. Struttura dell'atto illecito. En: Istituzioni di Diritto Privatto al cuidado de Mario BESSONE. 2ª ed. Giappichelli. Turín, 1995; LEÓN HILARIO, Leysser. L. La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Normas Legales. Trujillo, 2004; ID. El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Palestra. Lima, 2004; MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. En: Trattato di Diritto Civile dirigido por Rodolfo SACCO. UTET. Turín, 1998; MORALES HERVIAS, Rómulo. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones. En: Revista Jurídica del Perú. Año LIV. N° 55. Normas Legales. Trujillo, 2004; pp. 137 y ss.; PUGLIATTI, Salvatore. Il rapporto giuridico unisoggetivo. En: ID. Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica. Giuffrè. Milán, 1951; RODOTÀ, Stefano. Il problema della responsabilità civile. Giuffrè. Milán, 1964; SALVI, Cesare. La responsabilità civile. En: Trattato di Diritto Privatto al cuidado de Giovanni IUDICA y Paolo ZATTI. Giuffrè. Milán, 1998; SCHLESINGER, Piero. La ingiustizia del danno nell'illecito civile. En: Jus. Rivista di Scienze Giuridici della Università Cattolica del Sacro Cuore. Año XI. Milán, 1960; pp. 336 y ss.; TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Elementos de la responsabilidad civil. Grijley. Lima, 2001; TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. Manuale di Diritto Privatto. 11ª ed. Giuffrè. Milán, 1981; TRIMARCHI, Pietro. Rischio e responsabilità oggetiva. Giuffrè. Milán, 1962; VISINTINI, Giovanna. Trattato breve della responsabilità civile. CEDAM. Padua, 1996.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### Derecho de repetición en la responsabilidad solidaria

*{A}l establecer la solidaridad entre los responsables, la norma en comento (artículo 1983) ha determinado que aquel que pagó la totalidad del monto indemnizatorio tenga derecho a solicitar repetición de lo desembolsado a los demás autores del daño en la proporción que les corresponda, pretensión que solo puede hacerse valer luego de haberse hecho efectivo el pago y en un proceso distinto. De ello se colige que la repetición es un derecho que solo corresponde ejercerlo al que efectuó el pago total de la indemnización y, solo en el caso de haberse demandado, puede el juez determinar la proporción que compete asumir a cada uno de los responsables del daño según su participación en el mismo* ***(Cas. N° 5726-2007-Lima).***

#### La responsabilidad solidaria se configura por mandato expreso de la ley

*Conforme a lo dispuesto en el artículo 1983 del Código Civil, que es fundamento de la demanda, si son varios los responsables del daño, estos responderán solidariamente; tal como ocurre en el caso de autos, de donde se sigue que, en este caso, la responsabilidad de los demandados es solidaria por mandato legal, sin que sea necesario mención expresa en los pronunciamientos jurisdiccionales* ***(Cas. N° 1035-2008-Lima).***

# Indemnización del daño moral. Criterios para su valuación

**Artículo 1984.-** *El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1322, 1985*

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

## 1. Cuestiones sobre el daño moral en la responsabilidad civil extracontractual

El babel jurídico que ahora llamamos Código Civil tiene entre sus principales características el haber nacido como un conjunto de compartimientos estancos cuya unidad sigue tratando de salvarse décadas después de su puesta en vigencia. La *independencia* con que se trabajaron diversas secciones del Código ha generado una multiplicidad de contradicciones, tratos disímiles y hasta incompatibilidades que han llevado a los operadores jurídicos a reflexionar profusamente sobre un sinfín de materias.

La reflexión ha devenido en audaces interpretaciones acerca del contenido y la funcionalidad de ciertas instituciones, pasando por las modificaciones normativas y las sempiternas *propuestas* de enmienda, hasta llegar a sugerir la sustitución del Código Civil incluso antes de que este alcanzase la mayoría de edad.

La problemática relativa al daño moral en el sistema de responsabilidad civil peruano viene marcada por la inserción de la categoría *daño a la persona*, a sugerencia de Fernández Sessarego, en el artículo 1985 del Código, donde una y otra categoría se presentan en paralelo. Empero, la intención del prestigioso jurista era incorporar el daño a la persona en el Libro I del Código Civil pero esto fue rechazado por la Comisión Revisora del mismo (lo que devino en la promulgación del remedo normativo que está inserto en el artículo 17).

A pesar de ser la única mención que se hace al daño a la persona en todo el articulado del Código, la incorporación asistemática del mismo ha generado más de una cuestión a propósito, precisamente, de la preexistencia del daño moral en el texto normativo.

Si entendemos que el sistema de Derecho Civil es una unidad, natural o forzada por interpretaciones que pretendan salvar su integridad, debería haber coherencia en la materia. Si la persona, como es obvio, es el centro del ordenamiento, la protección que se le otorga debería ser la misma, independientemente de que medie o no un contrato.

Y, sin embargo, tenemos que en el artículo 1322, ubicado en el Título correspondiente a inejecución de obligaciones, se hace referencia exclusivamente a la indemnización del daño moral, mientras que en la sección correspondiente a responsabilidad extracontractual se hace referencia a la indemnización del daño moral en los artículos 1984 y 1985 conjuntamente, en este último artículo, con la correspondiente al daño a la persona, como ya hemos dicho. A esto se pueden agregar otras referencias a la indemnización del daño moral a lo largo del articulado del Código, como las que figuran en los artículos 257, 351 y 414. Entonces, la coherencia del sistema no queda tan clara.

Del daño moral se puede hablar en dos sentidos. En un sentido estricto, se considera que daño moral es aquél que afecta la esfera interna del sujeto no recayendo sobre cosas materiales

sino afectando sentimientos, valores. Daño moral sería, así, el sufrimiento que se puede generar a un sujeto, sea dolor, angustia, aflicción, humillación, etc. Por su parte, en un sentido más lato, se entiende el daño moral equiparándolo con la categoría de daño extrapatrimonial, lo que abarcaría el daño moral en sentido propio y todos los demás daños extrapatrimoniales, como la integridad física o la salud. En diversos sistemas jurídicos se entiende la figura en este último sentido. Basta la mención al sistema francés y al español (DE ÁNGEL).

La idea de daño moral que tuvo el legislador peruano parece ser aquella que lo entiende en su sentido lato. Recordemos que, como categoría de daños extrapatrimoniales, era la única originalmente planteada en la sistemática del Código. El espíritu de nuestra legislación civil, tradicional en el fondo y de raigambre francesa, insertó al daño moral como equivalente al daño extrapatrimonial. Esto resulta prístino en el caso del artículo 1322, ya que el propio ponente del tema en cuestión lo ha declarado así (OSTERLING). Con la misma tradición se elaboraron, en su momento, las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, luego de descartarse un proyecto realmente innovador (aunque sinceramente romántico).

Respecto a este contexto, sería poco lógico afirmar que el legislador se preocupó por buscar que se soliviante el dolor, la angustia o la aflicción de los sujetos, dejando de lado todas la afecciones físicas que puedan recaer sobre los mismos. También sería poco lógico considerar que en el sistema de inejecución de obligaciones se deba entender el daño moral en un sentido lato y en el sistema de responsabilidad civil extracontractual se deba entender la figura en mención en su sentido estricto.

La inserción del daño a la persona en nuestro sistema de Derecho Civil busca reiterar que el centro del ordenamiento es la propia persona, siendo que esta, y la defensa de sus derechos, debe primar sobre cualquier aspecto de índole patrimonial (FERNÁNDEZ SESSAREGO). La finalidad es indiscutiblemente encomiable aunque reiterativa dado que el ser humano es el centro del Derecho, siendo este último tan solo un medio del cual se vale el sujeto para regular su convivencia en sociedad. Explicar la inserción del daño a la persona, en este sentido, no debería traer mayores problemas, salvo la crítica a su carácter pleonástico: si ya contábamos con la categoría del daño moral, que incluía a todos los daños extrapatrimoniales, no se justifica la subdivisión (DE TRAZEGNIES).

Consideramos que el problema no se encuentra ahí. El asunto es que la inserción del daño a la persona ha traído consigo todo el bagaje teórico que aparentemente lo inspira fuera del contexto de nuestro Código Civil. Así, lo que fue una inserción coyuntural, y que ha resultado en una presencia excepcional, se viene a plantear como la regla del sistema.

Se parte de un razonamiento inverso al que inspiró al legislador. Así, se entiende el daño a la persona como el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Por ello, se considera que el daño moral es una subespecie del anterior, en cuanto se manifiesta como una lesión a uno de los aspectos psíquicos del sujeto, una afección de carácter emocional (esto es, se hace referencia al daño moral en su sentido estricto). Se concluye, entonces, que carece de objeto seguir refiriéndose al daño moral como institución autónoma del daño a la persona (FERNÁNDEZ SESSAREGO).

El esquema teórico planteado lleva, por supuesto, a resultados distintos. A partir de ese esquema se ha planteado la preocupación por el hecho de que el legislador haya contemplado, en muchos casos (en verdad, la mayoría), únicamente la indemnización del daño moral (entendido en su sentido estricto) privando de protección a las víctimas de otros daños de carácter

extrapatrimonial. Para salvar el problema, en lo que refiere a inejecución de obligaciones, se ha considerado que el legislador le ha querido dar al daño moral los mismos alcances genéricos del daño a la persona (argumentación que podría hacerse extensiva a todos los casos que en el Código únicamente se hace referencia al daño moral). En lo que refiere a la responsabilidad civil extracontractual no habría problemas dada la mención expresa del daño a la persona que, como categoría genérica, incluiría al daño moral, por lo que se entiende que todos los daños extrapatrimoniales estarían cubiertos (FERNÁNDEZ SESSAREGO). Incluso, se afirma que, asumiendo que el legislador se haya referido al daño moral en sentido estricto, fuera del ámbito extracontractual el daño a la persona también sería indemnizable a partir de una interpretación sistemática del régimen y dado que no existe razón alguna para limitar su protección (TABOADA).

## 2. Valuación del daño moral

La norma bajo comentario establece que corresponde indemnizar el daño moral considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

Resulta manifiesto el carácter genérico de la referencia normativa que, naturalmente, no puede dar una solución certera al problema de la cuantificación del daño moral (TABOADA). La evaluación de este, en todo caso, remite a apreciar la naturaleza del interés lesionado a propósito de la extrapatrimonialidad del bien jurídico (ZANNONI).

Precisamente, el problema se centra en la discusión acerca de los criterios a utilizar para la cuantificación del daño moral, tarea bastante difícil dada su naturaleza. Es claro que la solución dependerá de cada caso y de las condiciones personales de quien merece ser indemnizado, no debiendo limitarse a cálculos puramente matemáticos (GHERSI; *Cfr.* IRIBARNE).

Se pueden plantear, como ejemplo, a propósito de la valuación del daño moral, algunos criterios que han surgido en la jurisprudencia argentina. Para tal efecto seguimos a Ghersi:

a) El resarcimiento del daño moral no tiene por qué guardar proporción con la indemnización que se asigne, por ejemplo, por daño emergente. Así, si cada daño afecta bienes jurídicos distintos es natural que el resarcimiento de unos y otros no tenga por qué tener relación, más aún, cuando cabe la posibilidad de que se presente únicamente el daño extrapatrimonial.

b) Su valuación no puede estar sujeta a cánones estrictos. En todo caso, se debe tener como meta la búsqueda del resarcimiento integral cuando ello sea posible.

c) Debe valorarse, en su caso, la intensidad de la lesión física, la incertidumbre producida por la propia recuperación y los efectos en el ámbito familiar. Así, corresponderá evaluar la magnitud de los intereses extrapatrimoniales comprometidos.

d) La estimación del monto indemnizatorio queda finalmente a la libre apreciación judicial basada en las circunstancias particulares de cada caso.

Los criterios antes mencionados, son una muestra de la búsqueda por hacer objetivos los parámetros para cuantificar el daño moral. En todo caso, devienen en una muestra de lo difícil que resulta la cuantificación.

Por su parte, la norma establece que es indemnizable el menoscabo producido tanto a la víctima como a su familia. Vienen a la mente los casos de sufrimiento y dolor de los familiares que son susceptibles de ser resarcidos. Adicionalmente, se ha planteado que

el daño moral no se agota en la esfera de la familia, considerada en estricto, sino que podría llevarse a la esfera de otro tipo de relaciones como el noviazgo o el concubinato (TABOADA). Consideramos que la norma, en este punto, puede ser objeto de interpretación.

## DOCTRINA

ALPA. Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; ALPA, et al., Estudios de la responsabilidad civil. Ara Editores, Lima, 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA. Enciclopedia de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; ASÚA. La responsabilidad. En: Puig I Ferriol, et al., Manual de Derecho Civil. Marcial Pons, Madrid, 1998, Tomo II; BUERES et al., Responsabilidad por daños. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; BUSTAMANTE ALSINA. Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; DE ÁNGEL. Tratado de responsabilidad civil. Civitas. Madrid, 1993; DE CUPIS. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Bosch, Barcelona, 1975; DÍEZ-PICAZO. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Vol II, Civitas, Madrid, 1996; Derecho de daños. Civitas, Madrid, 1999; ESPINOZA ESPINOZA. Derecho de la responsabilidad civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2003; FERNÁNDEZ SESSAREGO. Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral". En: Revista Jurídica del Perú Año LIII N° 50, Lima, setiembre de 2003; Daño a la persona y daño moral en la doctrina y jurisprudencia latinoamericana actual. En: Themis. 2ª Época, N° 38, Lima, 1998; Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. En: Themis. 2ª Época, N° 34, Lima, 1996; Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas. Universidad de Lima, Lima, 1990; GHERSI. Valuación económica del daño moral y psicológico. Astrea, Buenos Aires, 2000; Teoría general de la reparación de daños. Astrea, Buenos Aires, 1997; IRIBARNE. Conocimiento y cálculo matemático en la determinación de indemnizaciones por daños a la persona. En: TRIGO REPRESAS y STIGLITZ. Derecho de daños. Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1991; LEÓN. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Derecho Civil peruano. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 4, N° 23, enero 2003; OSTERLING. Las obligaciones. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. VI, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988; PIZARRO. Daño moral. Prevención, reparación, principios. Hammurabi, Buenos Aires, 1996; SANTOS BRIZ. Derecho de daños. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; TABOADA. Elementos de la responsabilidad civil. Lima, Grijley, 2001; TAMAYO JARAMILLO. De la responsabilidad civil. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999; TOMASELLO. El daño moral en la responsabilidad contractual. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1969; DE TRAZEGNIES. La responsabilidad extracontractual. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; VENINI. Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Juris, Rosario, 1990; VICENTE. El daño. En: REGLERO et at., Tratado de responsabilidad civil. Aranzadi, Pamplona, 2002; ZANNONI. El daño en la responsabilidad civil. Astrea, Buenos Aires, 1982.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### Definición de daño moral

*En el lenguaje del Código Civil, y sobre todo en las reglas de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, el daño moral no solo es el sufrimiento, padecimiento anímico o dolor, sino también una especie lo suficientemente dúctil y amplia como para comprender las lesiones contra los derechos de la personalidad* ***(Cas. N° 4385-2015-Huancavelica).***

## Contenido de la indemnización y relación de causalidad adecuada

**Artículo 1985.-** ***La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1321, 1322*

**Alfredo Bullard González**

Quizás el artículo 1985 sea, junto con el 1969 y el 1970, una de las normas más importantes de la parte de responsabilidad extracontractual del Código Civil de 1984. La razón de su importancia suele ser perdida de vista. Si bien parecería definir el contenido de la indemnización, mencionando los rubros que pueden comprenderla (lucro cesante, daño a la persona y el daño moral), lo más importante es que la referida norma establece cómo debe entenderse el llamado nexo causal o relación de causalidad.

Así como los artículos 1969 y 1970 definen el uso del factor de atribución subjetivo y objetivo, respectivamente, el artículo 1985 define cuál es la teoría causal a la que se acoge nuestro Código. Es por ello que, sin perjuicio de la importancia de los diversos rubros que puede comprender la indemnización, concentraremos nuestro comentario en la importancia y sentido del concepto de causalidad adecuada.

Como se desprende de lo dicho, la técnica legislativa usada no es la más adecuada pues la definición causal aparece en un artículo que parecería referirse solo a los daños. Sin embargo, establece justamente que para que un daño sea indemnizable debe establecer una relación de causalidad adecuada con la acción dañosa. Así, en lugar de tratar con cuidado el tema causal, el Código establece sus alcances usando una sola palabra: adecuada.

La definición de qué consecuencias de una acción pueden considerarse daños indemnizables es tan rica como la discusión entre cuál de los factores de atribución es el más adecuado. De hecho, la definición de la relación causal comprende qué tipo de daños son indemnizables y cuál es la extensión de la indemnización.

Usualmente se suele entender que el nexo causal se define sobre la base de una relación de causa natural (relación causa-efecto), a la que usualmente la doctrina denomina causa *sine qua non*. Bajo tal concepción un daño es consecuencia de una acción, si se puede establecer como relación lógica que "de no haberse desarrollado la acción, esta consecuencia no habría ocurrido"[1].

Así, por ejemplo, afirmaciones como: "si el vehículo no hubiera estado circulando el peatón no hubiera sido atropellado" o "si no hubiera lanzado la piedra la cabeza no se hubiera roto"; reflejan esta idea. Con ello, la circulación del vehículo sería la causa del accidente y el lanzamiento de la piedra la causa de la lesión.

(1) Curiosamente en el sistema anglosajón a la causa *sine qua non* se le denomina *but for* cause que en una traducción literal sería "de no ser por (...)".

Pero resulta evidente que ese simple criterio es insuficiente, pues muchas causas naturales de una consecuencia no parecen relevantes como para hacer responsable a una persona. Llevando el tema al extremo, si un sastre se demora en entregar un terno, y como consecuencia de ello su cliente pierde un avión, y al verse forzado a tomar otro, este se estrella y causa su muerte, podría decirse que si no hubiera omitido entregar el terno su cliente no estaría muerto. También podría decirse que si los padres del conductor no lo hubieran concebido, este no hubiera atropellado al peatón, pero no parece lógico considerar a los padres causantes del daño y obligarlos a indemnizarlo.

Esto conduce a que la mera causa natural o *sine qua non* no sea una herramienta suficiente para que el sistema de responsabilidad civil cumpla sus funciones. Por ello, sobre este concepto se han elaborado en la doctrina diversas construcciones conceptuales de causalidad como las de la causa preponderante, la causa inmediata o la causa próxima, dirigidas justamente a discriminar de todas las causas posibles, aquellas que son relevantes para los fines del sistema.

Pero sin duda es la teoría de la causalidad adecuada la que mejor cumple este rol y permite identificar de todas las posibles causas de un accidente las que son realmente relevantes.

¿Cómo explicar la causalidad adecuada? La mejor manera es a través de un ejemplo de la jurisprudencia norteamericana. Un tranvía venía circulando a exceso de velocidad y en esas circunstancias pasa al lado de una casa, con tan mala suerte que un árbol cae encima del tranvía y ocasiona una serie de daños. El dueño del tranvía demanda al dueño del árbol porque no tomó las precauciones necesarias para que la vejez del mismo no hiciera que este se cayera. ¿Cómo se defendió el dueño del árbol? Señaló que el tranvía venía a exceso de velocidad. Si no hubiera venido a esa velocidad hubiera llegado al lugar en donde estaba el árbol antes de que este se haya caído. Habría encontrado el árbol en la vía, habría frenado y no habría ocurrido el accidente.

Se declaró infundada la pretensión del demandado (dueño del árbol) de exonerarse de responsabilidad alegando que el daño había sido causado por el exceso de velocidad del tranvía. Ello porque no había causalidad adecuada, pues la causa adecuada es la idónea para causar determinado tipo de daños, de tal manera que los daños sean la consecuencia normal y esperada de la conducta. Ello puede derivarse de una observación empírica. El exceso de velocidad del tranvía no incrementa las posibilidades de que ocurra un accidente de ese tipo. No es la consecuencia normal del exceso de velocidad que se caigan los árboles. Será consecuencia normal del exceso de velocidad el atropello o el descarrilamiento, pero no de caída de árboles sobre los tranvías. Por ello la acción (exceso de velocidad) y su consecuencia (daños por la caída del árbol) no están en relación de causalidad adecuada.

Otro ejemplo sería el siguiente. Imaginemos que en un lugar de la calle hay un cartel que prohíbe estacionarse dado lo estrecho de la vía. Este lugar es adyacente a un edificio en cuyo segundo piso opera un gimnasio. En esas circunstancias un vehículo, estacionado en la zona prohibida, recibe el impacto de una pesa, dejada negligentemente en la ventana por un instructor descuidado, causándole una serie de daños. Si bien es cierto que de no haberse estacionado en esa zona los daños no se habrían producido al vehículo, también es cierto que el estacionar vehículos en zonas prohibidas no incrementa el número de daños por caídas de pesas. La única excepción sería que el cartel que prohíbe estacionarse dijera "Prohibido estacionar. Caen pesas." En ese caso el conductor hubiera podido establecer la relación entre estacionarse en ese lugar y los daños que pudiera sufrir.

Como el lector podrá advertir, la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño; es decir, con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencias. De no ser así, y uno respondiera incluso por las consecuencias que no se pueden prever, se desincentivaría incluso el desarrollo de muchas actividades deseables para la sociedad.

Evidentemente la causalidad adecuada guarda relación con el factor de atribución. Por ejemplo, si el factor de atribución es la culpa, la consecuencia debe estar en relación de causalidad adecuada con el tipo de daños. Si el tranvía en lugar de recibir el impacto de la caída de un árbol se hubiera descarrilado por ir a exceso de velocidad, el descarrilamiento es un evento cuya posibilidad de ocurrencia se incrementa por los excesos de velocidad.

Por otro lado, si estuviéramos frente a un factor de atribución objetivo (como por ejemplo el riesgo) la adecuación debe darse con el tipo de riesgo generado. Si por el desarrollo de una actividad riesgosa, como volar una cantera con dinamita, alguien recibe una piedra en la cabeza, esa es una consecuencia normal de ese tipo de riesgos.

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementan las posibilidades de un tipo de accidente. La causalidad adecuada puede ayudarnos a manejar mejor el sistema de responsabilidad. En la mayoría de casos de responsabilidad civil nunca se llega a demostrar la causa en concreto, es decir la causa *sine qua non*. Es muy difícil demostrar en un accidente de tránsito, en el que un automóvil atropella a un peatón, si el conductor estaba ebrio, si efectivamente la ebriedad fue la causa del accidente. Solo se infirió que había un estado de ebriedad que muy probablemente causó el accidente. Se utiliza la causalidad adecuada de una manera distinta: se hace un "salto". Estamos en un extremo y cuando ya no nos alcanza la prueba saltamos y entonces establecemos un vínculo causal que no podemos demostrar plenamente.

Pongamos otro ejemplo de la experiencia judicial. Se encuentra una persona muerta con el cuello roto al pie de la escalera. La luz de la escalera estaba malograda. Entonces demandan al propietario del edificio, porque si hubiera habido luz no se habría caído la persona. Pero, ¿cómo se sabe que no lo empujaron o que no se tropezó o que existe otra causa distinta? Sin embargo, la Corte lo hizo responsable porque normalmente dejar las luces malogradas produce un incremento de posibilidades de que se dé ese tipo de daño, ello aunque no estemos totalmente seguros de si fue en última instancia la causa. El juez encuentra que ya no puede ir más allá en su esfuerzo probatorio, pero su intuición le indica que es muy probable que esa haya sido la causa del accidente.

Pero la pregunta es en realidad, por qué el Código, y en general casi todos los sistemas de responsabilidad civil extracontractual, exigen la existencia de un vínculo causal. Por lo tanto, cualquier respuesta no se puede limitar a lo que dice la norma positiva.

Desde una aproximación funcionalista al sistema de responsabilidad civil, la respuesta a esa pregunta pasa por definir qué función específica es desarrollada por la relación de causalidad. Esto es, definir cuál es el efecto económico y social perseguido a través de hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y no a cualquier otro. A partir de allí podemos entender a qué nos referimos cuando hablamos de causa adecuada.

Siguiendo en este punto Calabresi[2], el sistema de responsabilidad se organiza para minimizar los costos de los accidentes. Ello implica que básicamente desarrolla tres funciones. La primera es reducir el número y gravedad de los accidentes (*deterrence*). Se debe desincentivar aquellas actividades potencialmente dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que generan. La idea es que no todo accidente debe ser evitado, pues ciertas actividades generan beneficios deseables que superan el costo social que dichas actividades imanen a los demás. Así, no se prohíbe la circulación de automóviles ni aeroplanos, a pesar de que sería la mejor manera de evitar los accidentes de tránsito o de aviación. En cierta manera, las pérdidas en vidas humanas, integridad física y daños patrimoniales son el "precio" que la sociedad tiene que pagar para gozar de los beneficios que una actividad genera.

En segundo lugar, el sistema de responsabilidad puede tener como fin compensar a las víctimas, pero esta compensación solo tiene sentido socialmente si aquel llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño. Esto se logra a través de dos mecanismos. Uno es difundir socialmente el costo del daño. Para ello responde por el daño aquel que está en mejor situación para trasladar el costo al resto de la sociedad. En este sentido, y por la simple aplicación de la ley económica de los rendimientos decrecientes[3], es preferible que mil paguen uno a que uno pague mil. El sufrimiento social se minimiza haciendo que muchos soporten el costo económico del daño en lugar que sea solo uno. Esta difusión social del costo se logra a través del sistema de seguros[4] o el sistema de precios[5].

El segundo mecanismo es buscar aquella parte cuya solvencia económica le permita soportar el daño con menor sacrificio. En otras palabras, que pague el que más tiene. Esta teoría, conocida en el sistema norteamericano como el *deep pocket* (bolsillo profundo), se basa en la misma razón que justifica la difusión social del daño. Dentro de la ley de rendimientos decrecientes, el que tiene un millón "sufrirá" menos pagando mil que el que tiene solo mil, que sufrirá por pagar esos mil.

Finalmente, una tercera función es reducir los costos administrativos del propio sistema de responsabilidad civil. Trasladar el costo de un accidente de la víctima al responsable implica incurrir en nuevos costos: manejar un sistema judicial que decida quién debe responder, es de por sí costoso. No tiene sentido desarrollar un sistema de responsabilidad civil cuyo costo de implementación sea superior a los beneficios que genera al resto de la sociedad. Dentro de

(2) CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*. New Haven and London, Yale University Press, pp. 26-31.

(3) De acuerdo a esta ley económica, el rendimiento de un recurso va disminuyendo conforme vamos aumentando más unidades del recurso, si los demás factores de producción permanecen fijos o constantes. El ejemplo más conocido es el terreno agrícola en el que originalmente laboran 10 trabajadores para aumentar la producción hasta que lleguemos a un momento en que saturaremos el terreno por un exceso de mano de obra. Así, el valor marginal de cada unidad adicional de mano de obra decaerá. Llegado un punto (por ejemplo 1,000 trabajadores) al aumentar un trabajador más, la producción, en lugar de incrementarse, decaerá, pues los trabajadores se hostilizarán entre ellos. Lo mismo sucede con el dinero. Los primeros mil soles de una persona son valorizados de mayor manera que los últimos mil. Difundiendo el costo del daño entre varios habrá una tendencia a afectar los "últimos" soles de varios, en lugar de los "primeros" soles de uno solo.

(4) El seguro actúa como un ente recolector de recursos de todos los asegurados que pagan, por adelantado, la magnitud esperada de los daños que pueden causar. Cuando el accidente sucede, el seguro indemniza a la víctima del fondo creado por el pago de las primas de varios asegurados

(5) Por ejemplo, si se hace a las empresas siempre responsables por los daños que sus productos ocasionen, estas transmitirán el costo de los accidentes al precio de sus productos. Los consumidores pagarán un poco más por cada producto, pues en el costo de producción se ha incluido el costo de los accidentes. En estricto, el sistema es similar al de seguros. La empresa actúa cómo el asegurador y los consumidores se "aseguran" contra cualquier accidente pagando un poco más por el producto. Así, todos los consumidores pagan una parte del accidente que cualquiera de ellos pudiese sufrir.

la idea de costos administrativos no solo debe considerarse el costo del manejo operativo del sistema, sino los costos que un sistema que tiende al error, impone un costo por cada error que cometa por sus propias deficiencias.

Cabe preguntarse ahora qué tiene que ver la causalidad con estas funciones. Tal como se aprecia en el artículo 1985 nuestro Código Civil se acoge a la teoría de la causalidad adecuada. ¿Qué quiere decir este término? Como señala De Trazegnies[6] esta terminología fue desarrollada por J. Von Kries, partiendo de la idea que la causalidad debía determinarse sobre la base de una observación empírica para determinar si se trata de aquella causa que normalmente produce el resultado dado. No se trata, pues, de cualquier causa.

En general, cualquier accidente ha sido ocasionado por una madeja de causas imposible de desenmarañar. Como ya mencionamos, en un accidente de automovilismo se puede encontrar una relación de causalidad, en sentido amplio, entre el acto de los padres del chofer de haberlo concebido y el daño. Si el chofer no hubiese nacido el daño no se hubiese producido. Pero, jurídicamente esto no nos interesa. La concepción del chofer por sus padres no es una causa adecuada del accidente. Dentro de esta línea, Calabresi define lo que él llama el *causal link*. Este se da cuando, entre un acto o actividad y un daño, encontramos que la recurrencia del acto o actividad incrementa la posibilidad de que el daño ocurra[7].

Esto ya se vio cuando analizamos el caso del tranvía en exceso de velocidad. Cuando pasa por un predio, un árbol del mismo se cae como consecuencia de su mal mantenimiento por parte del dueño de la propiedad. El árbol cae sobre el tranvía ocasionando daños a los pasajeros. Cuando el propietario del predio es demandado este contesta que el daño fue causado por el exceso de velocidad del tranvía. Si este hubiese respetado el límite de velocidad establecido, el árbol se hubiese caído antes que el tranvía llegase a dicha zona, con lo cual no le hubiese golpeado. Pero como venía a exceso de velocidad llegó antes de lo debido. Sin embargo, no existe un vínculo de causalidad adecuada entre el exceso de velocidad y la caída del árbol. Si bien es cierto que si el tranvía no hubiese ido a exceso de velocidad el accidente no se hubiese producido, el hecho que los tranvías vayan por encima a la velocidad permitida no incrementa las posibilidades de que los árboles se caigan. El incremento en la frecuencia de actividad no guarda relación alguna con el incremento de la frecuencia del tipo de accidente, sin perjuicio que en este particular caso el accidente fue causado, en sentido amplio, por el exceso de velocidad. Si quiero desincentivar accidentes, solo haré responsable a los causantes, cuando el accidente y sus consecuencias sean predecibles. Si no la función de prevención no se daría porque nadie puede predecir lo impredecible.

Distinto sería el caso si se demuestra que el exceso de velocidad de los tranvías producen una vibración en el suelo que incrementa el riesgo de caída de los árboles.

Si analizamos la reducción de los costos secundarios como única función de la responsabilidad civil (es decir, si el punto es desarrollar mecanismos para compensar a la víctima), no existe razón atendible para establecer una relación de causalidad adecuada entre un hecho y el daño. No necesariamente el que "causó" el daño, de acuerdo con el artículo 1985, está en mejor posición para distribuir socialmente el costo del accidente ni tiene mayores recursos que la víctima. Que la actividad incremente las posibilidades de que el riesgo se dé no quiere

(6) DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual.* Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 288-289.

(7) CALABRESI, Guido. "Concerning cause and the law of torts: An essay for Harry Kalven Jr.". En: *University of Chicago Law Review.* N° 43, p. 71.

decir nada respecto de la habilidad del causante (o de la víctima) para difundir el costo social ni respecto a su solvencia económica.

Claro que, como sugiere Calabresi, uno puede plantear el problema de la causalidad adecuada de una manera diferente. La pregunta podría ser si al poner la responsabilidad en una de las partes va a incrementar las posibilidades de que pueda en el futuro (a través de la contratación de un seguro, por ejemplo) distribuir las pérdidas. Este concepto de causalidad (es causante el que más fácilmente se puede asegurar) obviamente creará incentivos para favorecer a una mejor distribución del costo. Pero esta idea de la causalidad no es la reflejada bajo la idea de causalidad adecuada[8] ni puede argumentarse que sea la que acoge nuestro Código Civil.

Tampoco se puede establecer claramente la relación entre la reducción de los costos administrativos del uso del sistema de responsabilidad civil y la idea de causalidad adecuada. Por el contrario, quizás es menos costoso atribuir responsabilidad a través de un simple sorteo o haciendo responsable a la primera persona que pase por la calle. De hecho, probar la relación causal puede ser excesivamente oneroso en varias circunstancias.

Pero donde sí se puede apreciar la razón de ser de la causalidad es en la función de desincentivar actividades que ocasionan accidentes. Obviamente, si queremos reducir el número de accidentes graves, el primer paso sería identificar aquellas actividades cuyo desarrollo incrementa las posibilidades de que se dé un accidente. En el caso que pusimos del tranvía, nada se ganará estableciendo que el exceso de velocidad es causa del accidente si este se produjo por la caída de un árbol. Obviamente tendría sentido controlar el exceso de velocidad si el tipo de accidente es de aquellos donde el exceso de velocidad es "causa adecuada" de los mismos (como por ejemplo un atropello o un descarrilamiento). Pero no lograremos que los árboles dejen de caerse haciendo responsable del accidente al tranvía.

Si una actividad incrementa las posibilidades de que un accidente se produzca, esa actividad está externalizando costos al resto de la sociedad o, en otras palabras, se está produciendo una externalidad. Como no asume este costo, el agente puede estar desarrollando una actividad ineficiente. Imaginemos un mundo en el que no hay responsabilidad civil. El dueño del viejo árbol que aplastó el tranvía pudo haber evitado el accidente podándolo a un costo de 100. Si el árbol caía, el daño esperado[9] puede ser de 1,000. En tal sentido, lo razonable sería cortar el árbol. Pero como en este mundo no hay responsabilidad civil, el propietario del árbol jamás lo cortará, pues se ahorra 100 y otro paga los 1,000 (en este caso, la víctima). Pero si se introduce un sistema de responsabilidad civil con causalidad adecuada[10], el propietario del árbol esperará pagar 1,000 en indemnizaciones[11] con lo que de cortar el árbol, se ahorraría novecientos (1,000 - 100). Lo que la indemnización estaría haciendo es

(8) Ibídem, p. 74.

(9) La idea de daño esperado difiere de la de daño real. El daño esperado se obtiene multiplicando la posibilidad porcentual de que el árbol se caiga por la magnitud absoluta del daño si el árbol efectivamente se cae. Por ejemplo, si existen 10 % de posibilidades de que el árbol se caiga, y el daño, si esto sucede, sería de 10,000, el daño esperado será de 1,000 (0.1 x 10,000 = 1,000).
En realidad estamos simplificando el cálculo para efectos prácticos. Como sugiere Christopher SCHROEDER ("Corrective justices and liability for increasing risks". *UCLA Law Review*. Vol. 37, p. 460) el daño esperado debe calcularse por la simple sumatoria de cada uno de los distintos daños que una acción pueda causar descontándoles la probabilidad de que cada daño específico pueda realmente suceder. Así, el dueño del árbol no solo debe considerar el riesgo de que se dañe un tranvía que pasa, sino a un niño que camina por la vereda o a la casa del vecino.

(10) Es decir, si se entiende que el no cortar árboles viejos incrementa las posibilidades que uno de ellos al caerse dañe a un tranvía.

(11) Nuevamente la indemnización esperada no es igual a la indemnización real, sino a la posibilidad que el accidente ocurra multiplicada por la indemnización que deberá pagarse si el daño ocurriese.

internalizar la externalidad. La idea de causalidad adecuada está íntimamente ligada con la de externalidad. Se dirá que una causa es adecuada cuando la actividad externaliza, a través de potenciales daños, parte del costo de la actividad[12]. En otras palabras, la causalidad jurídica puede ser traducida en términos económicos como externalidad.

Dentro de esta línea de razonamiento, la idea de causalidad adecuada va dirigida a identificar en quién es razonable internalizar el costo de los accidentes a fin de que los individuos tomen en cuenta, al decidir cuándo y cómo desarrollan ciertas actividades, no solo los beneficios, sino también los costos. Es ese el análisis que finalmente debe seguirse para establecer que uno es responsable por los daños que ha causado.

Un último comentario respecto a la última oración del artículo comentado, referida a que la indemnización genera intereses desde la producción del daño. Esta es una clara excepción a las reglas de mora que establecen, entre otras consecuencias, que solo luego de la constitución en mora se devengan intereses. Así, según el artículo 1334, en las obligaciones de dar una suma de dinero que requiere determinación por el órgano jurisdiccional, hay mora desde la citación con la demanda. Pero este mismo artículo justamente excluye el caso del 1985. La razón es que no es necesaria la constitución en mora en un caso de responsabilidad civil extracontractual, para que se devenguen intereses, exactamente la regla contraria a lo que ocurre con el pago por responsabilidad contractual.

## DOCTRINA

CALABRESI, Guido. "The cost of accidents". New Haven and London, Yale University Press; CALABRESI, Guido. "Concerning cause and the law of torts. An essay for Harry Kalven Jr.". University of Chicago Law Review, N° 43; SCHROEDER, Christopher. Corrective justices and liability for increasing risks. UCLA Law Review Vol. 37; DE TRAZEGNIES, Fernando. "La responsabilidad extracontractual". Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV, Tomo 1, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Daño emergente, lucro cesante y daños no patrimoniales**

*Que, la doctrina define al "daño"* –damnum– *como el perjuicio, menoscabo, molestia o dolor que como consecuencia sufre una persona o su patrimonio por culpa de otro sujeto, que puede ser generado por dolo, culpa o de manera fortuita, este puede ser de naturaleza patrimonial. Consiste en la lesión de derechos de contenido económico y estos pueden ser: daño emergente: es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, que pretende restituir la pérdida sufrida; lucro cesante: consiste en el no incremento del patrimonio del dañado, es decir aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino o aquello que hubiera podido ganar y no lo hizo por causa del daño); o extrapatrimonial: aquel que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial; por ello, comprende: daño a la persona (entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas) y daño moral (expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos)* ***(Cas. N° 2673-2010-Lima).***

(12) Los economistas dirían que existe "causalidad adecuada" cuando las funciones de utilidad de dos individuos son interdependientes. La utilidad (o beneficio) que recibe alguien no depende únicamente de sus propias decisiones de consumo, sino de las decisiones de consumo de otros. Así, si yo fumo puede ser que reciba un beneficio (el placer de fumar) pero genero una externalidad en quien se encuentra a mi lado (que ve incrementadas las posibilidades de sufrir un cáncer).

## Nulidad de los convenios de exclusión de responsabilidad

**Artículo 1986.-** *Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1328, 1969, 1970; LEY 27287 art. 123*

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

### 1. La importancia de los convenios exoneratorios de responsabilidad en la sociedad moderna

En la sociedad actual, en un mundo en que la interrelación humana se ha incrementado a todo nivel, también se han incrementado las posibilidades de que se generen daños en la esfera jurídica de los diversos sujetos de derecho.

La probabilidad de la generación de daños, en algunos casos la certeza de que estos se producirán, ha llevado a que los diversos agentes económicos evalúen la posibilidad de establecer acuerdos encaminados a regular esta situación limitando la responsabilidad del causante, agravándola o, incluso, exonerándolo de ella (DÍEZ-PICAZO).

La particularidad de estos acuerdos, entonces, es que son establecidos *ex ante*, esto es, con anterioridad a la generación del daño. Queda claro que estos supuestos son distintos a aquéllos en los que se manifiesta un convenio *ex post*, esto es, aquellos casos en que una vez generado el daño se establece un acuerdo (una transacción, una condonación, etc.) que regula la correspondiente indemnización.

Hablar de *convenios* exoneratorios de responsabilidad genera la falsa impresión de que estamos siempre en el ámbito contractual. Estos convenios ciertamente pueden formar parte de un contrato, estando encaminados a regular los casos de violación de los deberes derivados del mismo, pero cabe también la posibilidad de que no tengan un referente de esa naturaleza y que la intención de los celebrantes sea solo establecer parámetros en la eventualidad de que se viole el deber genérico de no causar un daño a otro. En ambos casos, un acuerdo exoneratorio de responsabilidad está encaminado a regular deberes preexistentes. Sin embargo, en el último supuesto, estos deberes no derivan de un contrato por lo que no podríamos decir que nos encontramos en el ámbito contractual. La diferencia entre uno y otro caso es notoria. (*Cfr.* TORRES VÁSQUEZ).

En nuestro ordenamiento, en el ámbito contractual, la regulación de las estipulaciones que excluyen o limitan la responsabilidad del deudor se encuentra en el artículo 1328 del Código Civil. En el ámbito extracontractual, la referencia a los convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad se encuentra en el artículo bajo comentario.

En el contexto antes indicado, la inserción de convenios *ex ante* resulta importante para los propios sujetos que celebran el convenio (eventual causante y eventual víctima) porque minimiza los costos que podría generar la discusión sobre las diversas cuestiones propias de la fenomenología de la responsabilidad civil (incluyendo lo correspondiente a la indemnización). El potencial causante del daño podrá realizar, con relativa tranquilidad, las potenciales conductas dañosas al haber asumido, parcial o totalmente, el costo de los perjuicios que éstas podrían ocasionar o al haberse exonerado totalmente de la asunción de los mismos. Por su parte, la potencial víctima, dependiendo del pacto, se verá resarcida de manera parcial o total

en caso que se genere el daño (pudiendo incluso haber recibido una compensación mayor al costo del mismo) y, en los casos en que este no se produzca, habrá obtenido un claro beneficio.

A lo anterior, hay que agregar los importantes beneficios que conlleva la celebración de estos convenios para toda la sociedad. Esto se puede apreciar en la potencial reducción de situaciones de conflicto. En el caso concreto, la negociación previa determina la reducción de conflictos relativos a la responsabilidad civil del sujeto. Lo anterior, influye en la reducción de los costos de la administración de justicia ya que, al reducirse el número de contiendas sobre la materia, la maquinaria jurisdiccional se concentra en dar solución a un número menor de problemas (DE TRAZEGNIES).

## 2. Los convenios de exención de responsabilidad en el ámbito extracontractual

En nuestro ordenamiento jurídico es posible la celebración en el ámbito extracontractual, de convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad. Esto se desprende apreciando, *contrario sensu*, el contenido del artículo 1986. No cabe duda que, además de los convenios antes mencionados, pueden celebrarse convenios que busquen agravar la responsabilidad de los sujetos.

Estos convenios pueden establecerse para regular la eventual responsabilidad directa del sujeto. Por supuesto, también se pueden establecer convenios de exención de responsabilidad en los casos en que el daño pueda ser generado, por ejemplo, por un dependiente en ejercicio de sus funciones.

Nótese que en el ordenamiento peruano la exención de responsabilidad puede surgir a partir de cualquier convenio lícito. Así, se entiende que no solo mediante la celebración de un contrato se puede plasmar la referida situación.

Ciertamente, la razón de la validez de estos acuerdos recae en la disponibilidad de los derechos de la eventual víctima. Queda claro que esta libertad versa sobre los derechos patrimoniales del sujeto. Respecto a los derechos de la persona (o si se prefiere, derechos de carácter extrapatrimonial) entendemos que hay que hacer una división entre aquellos sobre los que hay un determinado grado de disposición y aquellos en que esa situación no se da. En el primer caso, que incluye a derechos como el honor o la intimidad, entendemos que sería válido el acuerdo (DÍEZ-PICAZO; *Cfr.* DE ÁNGEL). Situación contraria ocurriría en el caso que nos encontremos ante derechos existenciales de la persona, como su integridad o su propia vida (ESPINOZA). Así, se entiende que estos convenios pueden celebrarse cuando la exoneración o limitación de responsabilidad pactada no sea contraria al orden público.

Se establece en el artículo bajo comentario una clara limitación a la celebración de estos convenios. Así, se indica que en el ámbito extracontractual estos serán nulos cuando se refieran a una exoneración o limitación de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable. La intención del legislador es evitar que los convenios en cuestión se conviertan en autorizaciones para dañar.

Conforme a lo indicado, el convenio será válido en los casos de exención de responsabilidad por culpa leve y en los casos en que medien factores de atribución objetivos, como es el caso del riesgo, siempre y cuando, por supuesto, no se afecten normas de orden público. Se puede así limitar la responsabilidad de un sujeto, por ejemplo, en los casos en que estemos ante una actividad riesgosa o peligrosa o ante un bien que cuente con alguna de esas cualidades.

Dada la naturaleza de los convenios exoneratorios o limitativos de responsabilidad consideramos que estos deben ser expresos. No podría entenderse que se está exonerando válidamente a un sujeto, o limitando su responsabilidad, si el convenio es establecido en términos genéricos o ambiguos. Menos aún, podemos hablar de convenios de irresponsabilidad tácitos. Resulta necesaria, así, la indicación clara de las circunstancias a las que se refiere el acuerdo, entre otras cosas, el tipo de daño, el plazo de exoneración, etc. (DE TRAZEGNIES).

A pesar que el artículo 1986 no hace referencia al requerimiento indicado en el párrafo anterior, a diferencia del proyecto original, es obvio que para que se pueda hablar de un consentimiento válido de la potencial víctima, en el sentido de exonerar o limitar la responsabilidad del causante, es necesario que el sujeto tome conciencia de cuáles son los derechos que se encuentran en juego, los riesgos que va a asumir y el nivel de su renuncia a una eventual indemnización (DÍEZ-PICAZO, ESPINOZA, DE TRAZEGNIES).

Finalmente, entendemos que estos convenios serán válidos también por vía de la adhesión cuando esta permita la identificación clara de los puntos indicados en los párrafos anteriores (*Cfr.* DE TRAZEGNIES).

## DOCTRINA

ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Lima: Gaceta Jurídica, 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, Enciclopedia de la responsabilidad civil, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996; BUERES et al., Responsabilidad por daños, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987; DE ÁNGEL, Tratado de Responsabilidad Civil, Madrid: Civitas, 1993; DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Madrid: Civitas, 1996, Vol II; Derecho de daños, Madrid: Civitas, 1999; ESPINOZA, Derecho de la responsabilidad civil, Lima: Gaceta Jurídica, 2003; PUIG I FERRIOL, et al., Manual de Derecho Civil, Madrid: Marcial Pons, 1998, Tomo II; REGLERO et al., Tratado de responsabilidad civil, Pamplona: Aranzadi, 2002; SANTOS BRIZ, Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid: 1963; TABOADA, Elementos de la responsabilidad civil, Grijley. Lima: 2001; TORRES VÁSQUEZ, Código Civil, Idemsa. Lima: 2000; DE TRAZEGNIES, La responsabilidad extracontractual, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 1990; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, Derecho de daños, Ediciones La Roca. Buenos Aires: 1991; VENINI, Responsabilidad por daños contractual y extracontractual, Juris, Rosario: 1990; YZQUIERDO, Sistema de responsabilidad Civil, contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid: 2001.

## Responsabilidad del asegurador

**Artículo 1987.-** ***La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de este.***

---

Concordancias:
*C.C. arts. 1183 y ss., 1321; LEY 29946 art. 109*

CARLOS FLORES ALFARO

## 1. Introducción

Pese a la mala redacción de este artículo, de él se pueden desprender dos disposiciones normativas básicas, una de carácter dispositivo: "se puede dirigir una acción indemnizatoria directamente contra el asegurador", y otra de carácter imperativo: "el asegurador es responsable solidario del daño, junto con el autor directo del mismo". Para un sistema de responsabilidad civil extracontractual como el nuestro, estas normas son verdaderamente novedosas.

En efecto, más allá de precisar que nuestro ordenamiento civil no contemplaba normas similares en los Códigos anteriores al de 1984, debemos decir que con este artículo se incluye un sistema de difusión del riesgo del daño en la sociedad a través del mecanismo del seguro y, con ello, se instituye una garantía de pago para la víctima, que supera la esfera patrimonial de su agresor.

Ciertamente, en palabras del ponente del artículo objeto de análisis, el doctor De Trazegnies, el propósito de este "consiste en proteger más directamente a la víctima, evitando que terceros puedan ejercer derechos preferenciales o concurrentes sobre (el dinero de) la indemnización, así como que las compañías aseguradoras utilicen a sus asegurados como biombos para ocultarse detrás de ellos y retrasar el pago de las indemnizaciones". Sobre lo último existe jurisprudencia abundante anterior a 1984.

Como se observa, para el autor del artículo, la finalidad de la responsabilidad civil ha virado desde la sanción al agresor hacia la reparación de la víctima, con una connotación eminentemente monetaria, por lo que el Derecho Civil debe esforzarse por prescribir los mecanismos que permitan aliviar a la víctima los aspectos económicos del daño, siendo las disposiciones del artículo 1987 del Código Civil los mejores ejemplos de esta tendencia en el Perú.

Para una mejor comprensión, desarrollaremos por separado los principales temas que nos sugiere esta norma, para luego integrarlos en nuestras conclusiones.

## 2. El seguro de responsabilidad civil

Antes de entrar en materia, como cuestión previa, consideramos pertinente definir a qué tipo de seguro se refiere la norma, teniendo en cuenta que el contrato asegurativo tiene por finalidad general indemnizar al asegurado frente a la producción de un siniestro previsto en la póliza, y en el presente caso, el siniestro es activado por el daño producido a un tercero, indeterminado al momento del contrato.

Es evidente entonces que estamos frente a los típicos seguros de responsabilidad civil, que tienen por finalidad indemnizar al asegurado por el daño específico que pueda sufrir en su patrimonio ante la producción de un siniestro de responsabilidad civil, vale decir, en palabras de Mazeaud-Tunc (citados por MEZA CARBAJAL) "garantizar al asegurado contra las

reclamaciones de las personas con respecto a las cuales pudiera ser exigible la responsabilidad de ese asegurado".

Como se observa, la obligación del ente asegurador no es directamente a favor de la víctima del daño provocado por el asegurado, sino a favor del propio asegurado, quien contrata el seguro con el afán egoísta de proteger su propio patrimonio ante reclamaciones de responsabilidad civil de terceros. Para la relación contractual entre el asegurado y el asegurador, el interés de la víctima es secundario, tanto así que en los procesos incoados para cobrar el seguro de responsabilidad civil el asegurador interpondrá las excepciones que le son permitidas, tratando de demostrar que la víctima no es merecedora del pago.

Por la definición del seguro de responsabilidad civil antes esbozada, parecería que el asegurador solo está obligado a indemnizar a su asegurado después que este ha sido perjudicado en su patrimonio, es decir, después que ha cumplido con la sentencia de responsabilidad civil. Pero lo cierto es que la naturaleza de este seguro es respaldar al asegurado desde la existencia del débito (sin necesariamente esperar a la determinación de la cuantía) y para lograr esto trata de relevarlo de todos los efectos derivados de su responsabilidad frente al tercero, desde que se produce el daño, con la cláusula común:

> "La compañía puede, a su opción, asumir la representación y encargarse de la defensa del asegurado en los juicios civiles que se promovieran contra este como consecuencia de un siniestro amparado por este contrato".

El límite de la cobertura de este seguro será la comprobación en el proceso de la existencia de dolo o culpa inexcusable del asegurado en la producción del daño. En este caso, el asegurador tendrá derecho de repetir contra el asegurado por la indemnización pagada a la víctima. En efecto, mantener la cobertura pese a la comprobación de este tipo de actitud, sería favorecer la producción de accidentes, disminuyendo la cautela de los asegurados. Como dice Cámara (citado por MEZA CARBAJAL) se estaría creando una *industria de los accidentes.*

A propósito de este tema, muchos autores han querido ver en los seguros de responsabilidad civil, y particularmente en los seguros obligatorios, la muerte de la responsabilidad civil, al considerar que con esta cobertura, la víctima queda satisfecha en su crédito sin necesidad de verificar los supuestos básicos de la responsabilidad del agente, sin percatarse que en el Derecho existe una cláusula moral que no ampara el abuso ni el dolo.

Ahora, si el seguro de responsabilidad civil, que generalmente es parte de una póliza con coberturas diversas, atiende a satisfacer el interés del asegurado, corresponderá a este y no a la víctima reclamar la cobertura. Al respecto, Meza Carbajal se pronuncia en el sentido que la acción directa establecida en el artículo 1987 del Código Civil es una excepción determinada por ley, que en nada afecta la naturaleza contractual de este seguro.

No obstante, por su naturaleza, la cobertura de este seguro es ejecutada como consecuencia de una respuesta del Derecho al daño producido. Me explico: las pólizas de seguro de responsabilidad civil obligan al asegurador a efectivizar la cobertura desde que se define judicial o extrajudicialmente el quantum del daño. Ello se puede lograr mediante un acuerdo extrajudicial con participación del asegurador o con una sentencia firme. En ambos casos hay un elemento común: el reclamo previo de la víctima.

La formalidad de la ejecución de la cobertura antes descrita, no debe confundirse con el deber del asegurador de proteger el patrimonio del asegurado desde la producción del daño.

Regresando a la formalidad exigida por el contrato de seguro, esta supone necesariamente un reclamo previo de la víctima, ya que si por descuido o negligencia esta nunca reclama indemnización por los daños sufridos, la cobertura tampoco se haría efectiva. Empero, el asegurador no quedaría librado de su obligación si posteriormente la víctima hace valer su derecho a la reparación. Para esto último, solo se tendría que verificar que el seguro estuvo vigente durante el tiempo que se produjo el siniestro.

## 3. La acción indemnizatoria directa

Como hemos visto, de acuerdo al contrato correspondiente, el seguro de responsabilidad civil puede ser reclamado por el asegurado al asegurador tan pronto se produzca una reclamación similar de la víctima hacia el asegurado. Sin embargo, el presente artículo permite a la víctima formular de manera directa su reclamo ante el asegurador, quien queda obligado a atenderlo.

En consecuencia, la facultad de la víctima de dirigir su acción directamente contra el asegurador nace de la ley, en tanto que la facultad del asegurado de solicitar que se efectivice la cobertura nace del contrato de seguro.

Pero, ¿a qué se refiere este artículo cuando habla de "acción directa"? ¿Se está refiriendo a la "acción" desde la óptica procesal, que es el derecho público, subjetivo, autónomo y abstracto que tiene toda persona de solicitar la tutela jurisdiccional del Estado, que se formaliza a través de una demanda ante el Poder Judicial, el que luego de verificar los presupuestos y la legitimidad de la misma, establece una relación jurídico procesal válida con el agente pasivo?; ¿o se está refiriendo al término "acción" en sentido amplio, que puede significar toda reclamación formal o fáctica dirigida contra otra persona?

Como se trata de una disposición que establece una situación excepcional a la contemplada en la relación contractual entre el asegurador y asegurado, consideramos que corresponde efectuar una interpretación restrictiva del término "acción", por lo que nos quedamos con la primera de las acepciones.

El Código Civil otorga a la víctima el derecho de establecer una relación procesal directamente con el asegurador, sin necesidad de dirigirse antes o a la vez contra el asegurado (en este caso, su agresor), aunque en la práctica, es muy probable que el juez integre al agresor como litisconsorte necesario, toda vez que sobre sus actos versará el litigio. Como afirma el doctor De Trazegnies "la obligación del responsable directo y la obligación del asegurador no constituye dos obligaciones diferentes sino dos caras de la misma obligación de reparar, que a su vez es el correlato del derecho de la víctima a ser reparada".

Sin perjuicio de lo anterior, la víctima también podrá emplazar conjuntamente al asegurado y al asegurador, en uso de su derecho de acumulación subjetiva pasiva, para que respondan por los daños causados, pese a que, por la experiencia de la compañía de seguros y por lo previsto en el contrato, esta empresa se encarga casi siempre de patrocinar ambas defensas.

Si bien el asegurado y el asegurador pueden ser emplazados singular o conjuntamente por la víctima, dichos sujetos procesales pasivos no cuentan con la posibilidad de proponer las mismas excepciones, siendo que el autor directo puede oponer las excepciones derivadas de sus propios actos, las circunstancias de los hechos, o la conducta de la víctima, en tanto que el asegurador puede además proponer las excepciones derivadas de su relación contractual con el asegurado: la previsión del siniestro, el monto de cobertura, el pago de las primas,

etc., y como aclara el doctor Ferrero Diez-Canseco en su conocida tesis sobre el tema, las excepciones que proponga el asegurador deben estar fundamentadas en situaciones anteriores a la producción del daño.

## 4. Alcances de la responsabilidad del asegurador

Las normas sobre responsabilidad civil, sean subjetivas u objetivas, permiten distinguir perfectamente a las personas que soportarán el peso de la reparación económica. En materia de daños ocasionados en el marco extracontractual, los sujetos intervinientes son generalmente la víctima y el agresor y, en casos especiales, un tercero debidamente identificado. Pues bien, el artículo que comentamos postula un caso especial no de responsabilidad propiamente dicho, sino de asunción del costo de la reparación.

Este artículo supone que bajo circunstancias especiales, como la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil a favor del agresor en que el daño esté previsto como siniestro, el asegurador está obligado a reparar directamente a la víctima. En otras palabras, este artículo 1987 del Código Civil resulta inútil para la víctima si su agresor no se encuentra asegurado, o si el seguro no es por responsabilidad civil, ya que no será posible emplazar a ningún asegurador. Inclusive, pese a existir un contrato de seguro de responsabilidad civil y la facultad de emplazar al asegurador, la acción carecerá de sustento si el daño no ha sido previsto como siniestro o el asegurado no estuvo al día en el pago de las cuotas de la prima antes que suceda el perjuicio.

Como se observa, la situación especial que se requiere para permitir la acción directa de la víctima contra el asegurador está necesariamente ligada a la preexistencia y vigencia de un contrato de seguro de responsabilidad civil; por tanto, este mismo instrumento será el referente para la atención del reclamo de la víctima por parte del asegurador.

De Trazegnies precisa "si la fuente (por mandato legal) del compromiso del asegurador frente a la víctima es la existencia de un contrato de seguro entre el asegurador y el responsable del daño, entonces la responsabilidad del asegurador frente a la víctima no puede rebasar los límites y términos de tal contrato de seguro".

Entonces, si el contrato de seguro marca las condiciones de la actuación del asegurador como agente reparador de la víctima, el monto de la cobertura pactada será el límite de la cuantía de la indemnización.

Lo anterior resulta tan lógico que no nos detendremos a analizar las (pocas) posturas que insisten en interpretar el artículo 1987 del Código Civil de manera literal, viciando su sentido.

También nos queda claro hasta aquí que la intención de este artículo no fue considerar al asegurador como un nuevo responsable extracontractual sino, acorde con su naturaleza, proponerlo como un agente reparador de la víctima, con una vinculación estrictamente económica.

Sin embargo, más adelante, el propio artículo asigna al asegurador la calidad de responsable solidario, sin que ello se justifique en términos de responsabilidad subjetiva, donde el responsable es el sujeto culpable del daño, ni en la objetiva, donde el nuevo responsable es propuesto por la ley en mérito de sus relaciones con el causante directo. En este caso, la propia fuente de esta relación (el contrato de seguro) precisa la participación del asegurador en caso de un siniestro producido por responsabilidad civil, pero de ninguna manera prescribe o supone el compartir la responsabilidad.

## 5. Responsabilidad solidaria

Con una pretensión objetiva que consideramos innecesaria, el artículo 1987 del Código Civil establece la responsabilidad solidaria del asegurador y asegurado frente a la víctima. Solidaridad que ha generado una serie de discusiones en la doctrina.

Al respecto, Ferrero Diez-Canseco dice que "si bien la acción directa se encuentra difundida con matices propios en diversas legislaciones del mundo, en ninguna de estas se establece la solidaridad asegurador-asegurado".

De Trazegnies nos explica que la intención de proponer la solidaridad en el pago de la reparación entre el asegurado y el asegurador fue favorecer a la víctima con un crédito único a cargo de dos obligados, de modo que su acción sea más eficaz. Sin embargo, más adelante advierte sobre posiciones que obligan a que la solidaridad se justifique por la *unidad de la prestación*, lo que implicaría necesariamente una unidad en la cuantía, lo cual, por las características señaladas en el acápite anterior, no resulta jurídicamente factible siempre, ya que existirán daños que superen la cuantía de la cobertura pactada en el contrato de seguro de responsabilidad civil.

Ante estas posiciones el ponente del artículo responde que si las normas sobre solidaridad no excluyen a la obligación porque pacta por modalidades diferentes, también debería permitirse cuantías diferentes, por lo que no ve inconveniente para que el asegurador responda hasta por el monto de la póliza. Al respecto, consideramos que esta razón puede ser válida en nuestro ordenamiento civil sustantivo ya que, al margen del artículo 1184 del Código Civil en que se sustenta la posición del informante, nuestro Código vigente, en materia de solidaridad, no excluye la posibilidad de diferenciar la cuantía por la que responde cada deudor solidario e, incluso, acepta la misma, cuando por ejemplo, en su artículo 1191 admite la consolidación parcial operada con la obligación de uno de los acreedores.

Con una postura más categórica, Ferrero Diez-Canseco asegura que "para que se cumpla con el elemento de unidad de prestación, hay que hacer coincidir la responsabilidad extracontractual del asegurador y la ejecución contractual del asegurado, esto se logra limitando la solidaridad hasta el monto del contrato, de forma tal que hasta dicha suma, el asegurador y el asegurado deban una sola y misma cosa. Sobre el monto del daño que exceda la cobertura del seguro, el único responsable será el asegurado o causante directo del daño".

Aunque por caminos distintos ambos juristas llegan a la misma conclusión, la cual resulta categórica: en la especial solidaridad planteada por el artículo 1987 del Código Civil, el asegurador está obligado a responder hasta por la cobertura pactada en la póliza.

Más allá de las falencias de nuestro ordenamiento civil, que generan interpretaciones como las señaladas, debemos precisar que para la doctrina mayoritaria la solidaridad supone una identidad prestacional identificada no por el monto de la cuantía sino por la eficacia liberatoria de la prestación. En palabras de Palacios Martínez "se debe aclarar que las prestaciones pueden objetivamente ser distintas, pero deben guardar por lo menos equivalencia, ya que cuando la doctrina se refiere a la identidad de prestaciones, como ya se dejó entrever, hace alusión al fenómeno de la *identidad satisfactiva*, en el sentido de que cualquiera de ellas (prestaciones) puede satisfacer el interés del acreedor y extinguir la obligación". Como se observa, bajo esta concepción la responsabilidad solidaria que pretende plantear el articulo bajo comentario no tendría sustento, ya que la prestación que corresponden al asegurador no extingue necesariamente la obligación.

## 6. A modo de conclusión

El artículo 1987 del Código Civil es una norma aplicable a las situaciones derivadas de daños de naturaleza extracontractual, que contempla un contexto especial como la vigencia de un seguro de responsabilidad civil a favor del causante. En este sentido, la póliza del seguro de responsabilidad civil determinará los alcances de la responsabilidad extracontractual del asegurador.

Por esta norma, bajo las circunstancias anteriores, la víctima puede dirigir directamente su acción procesal contra el asegurador, a fin de que este pague la reparación de los daños y perjuicios sufridos. En este sentido el asegurador, sin ser responsable del daño (quien debe responder), es el obligado a cubrir el siniestro, por estar previsto así en el respectivo contrato de seguro. Asimismo, si bien la obligación del asegurador de coberturar el siniestro existe desde la producción del mismo, esta no se ejecuta sino hasta que medie una determinación judicial o extrajudicial de la cuantía del daño, de modo que, en esencia, la eficacia de la reparación está sujeta a una inicial reclamación de la víctima.

En la práctica, el otorgamiento de esta legitimidad para obrar otorgada a la víctima contra el asegurador procesaliza una relación que antes de la norma se observaba, cuando el autor del daño estaba asegurado, ya que en esos casos el asegurador participaba directamente en la defensa procesal del agente y estaba interesado en el seguimiento del proceso, sin ser parte procesal.

Empero, tanto antes como ahora, pese a la acción indemnizatoria directa que tiene la víctima, la reparación a cargo del asegurador no excederá del monto coberturado en la póliza, correspondiendo al autor directo asumir con su propio patrimonio el exceso no reparado por el asegurador.

Finalmente, creemos que la llamada *responsabilidad solidaria* planteada en este artículo no es ni "responsabilidad" ni mucho menos "solidaria", toda vez que el deber del asegurador es de índole patrimonial a favor de su asegurado, y si el pago se realiza directamente a la víctima es por que así lo permite la norma en cuestión, y no porque exista una responsabilidad (subjetiva u objetiva) en el daño causado. Asimismo, tampoco se observa solidaridad en las prestaciones del asegurador y el asegurado frente a la víctima, ya que este instituto atiende a la satisfacción total del interés reparatorio de esta última, lo que no coincide con el contexto especial en el que se desarrolla este supuesto normativo, que tiene como referencia indemnizatoria básica y determinante a la póliza de seguro.

## DOCTRINA

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Vol. IV, Tomos I y II. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Codigo Civil, IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Okura, Lima; MEZA CARBAJAL, Luis Alberto. El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil. Grijley, Lima, 1995, p. 253; OLAVARRIA VIVIAN, Juan. Límites de la responsabilidad del asegurador en el llamado seguro de la culpa, a propósito del artículo 1987 del Código Civil. En: Advocatus, Año N° 4, N° 6, 1994; TORRES FERNÁNDEZ-CASTRO, José. Principales acciones en el contrato de seguro. Tesis de grado. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1980, pp. 137; MARTINEZ, Hernán. Citación en garantía del asegurado (Ley 17.148, art. 118). La Rosa, Buenos Aires, 1990; BALBIN GUADALUPE, Augusto. La responsabilidad extracontractual (artículos 1969 al 1988 del nuevo Código Civil de 1984) Inkari, Lima, 1985.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### Alcances de la solidaridad de la empresa aseguradora en los casos de responsabilidad extracontractual

*Nuestra legislación nacional ha establecido la solidaridad del asegurador, conjuntamente con el asegurado, en los términos que refiere el artículo 1987 del Código Civil, pero dicha solidaridad, como se tiene especificado, nace de la existencia de un contrato de seguro y se encuentra limitada por lo pactado en tal contrato; por lo tanto, no puede exigírsele a la compañía aseguradora cubrir sumas superiores a los máximos por los cuales se ha obligado frente a su asegurada (Cas. N° 3886-2007-Piura).*

### Función del contrato de seguro en la responsabilidad extracontractual

*{R}esulta pertinente señalar que la finalidad de un contrato de seguro es la de indemnizar al asegurado ante la producción de un siniestro o daño previsto en la póliza, así como la de reparar a la víctima ante el acaecimiento de un daño producido por el asegurado –dependiendo de los términos en que se pacte–, por lo que se trata de un contrato que contiene reparaciones de naturaleza civil ante supuestos especialmente acordados entre el asegurador y el asegurado, de tal manera que el primero se convierte en una especie de fiador solidario del segundo por disposición de la ley (Cas. N° 4144-2008-Lima).*

## Remisión a los regímenes de seguro obligatorio

**Artículo 1988.-** *La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.*

Concordancias:
*C.C. art. 1987; LEY 27181 art. 30; D.S. 024-2002-MTC arts. 2. 3. 4. 7. 28*

JAVIER PAZOS HAYASHIDA

### 1. La remisión a los regímenes especiales de seguro obligatorio

El escueto contenido del artículo 1988 del Código Civil establece que es mediante la creación de regímenes normativos especiales que se implementará el seguro obligatorio. Finalmente, el legislador peruano de la materia ha optado por escindir de la normativa común la problemática en cuestión.

Es por lo anterior que en el régimen general de responsabilidad extracontractual no hay referencia alguna a las líneas directrices de todo régimen de seguro obligatorio, los lineamientos que se deben seguir para su instauración, sus límites generales y demás aspectos comunes. Queda, por supuesto, fuera de la discusión el contenido del artículo 1987 que ha sido elaborado para un supuesto diferente.

Se aprecia entonces que, más allá de los meros efectos declarativos del artículo bajo comentario, este no dice absolutamente nada. Podría afirmarse, lindando con la demagogia, que el artículo manifiesta la clara preocupación del legislador peruano por la instauración de regímenes de seguro obligatorio. Sin embargo esto queda mediatizado dado que la norma en cuestión se presenta como una mera recomendación, una posibilidad que puede surgir o no.

La idea de incorporación de las líneas directrices del régimen de seguro obligatorio tiene su génesis en el Proyecto de la Comisión Reformadora. Este era un proyecto que se cimentaba en la idea de la distribución social del riesgo y en el que la dilución de los costos generados por el daño era efectuada mediante dos mecanismos: el sistema de precios y el seguro. En este contexto, se le otorgó un papel determinante al seguro obligatorio sin perjuicio, por supuesto, de la normativa especial para cada caso (DE TRAZEGNIES).

Nótese la diferencia entre el mentado proyecto y la norma que actualmente nos rige. En el primer caso, el seguro obligatorio se presentaba como una pieza fundamental del sistema. Actualmente, el artículo 1988 lo presenta como algo meramente coyuntural.

### 2. A modo de ejemplo: el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito

Conscientes de que no es este el lugar para efectuar un estudio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito pretendemos, tan solo, hacer una referencia al mismo a propósito de la remisión efectuada por el Código Civil a los regímenes de seguro obligatorio.

Dada la manifiesta insuficiencia de los regímenes tradicionales de responsabilidad civil, desde hace mucho tiempo se ha discutido la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de diversos mecanismos que busquen resarcir a las víctimas de accidentes de tránsito, más

aún, cuando estadísticamente se prevé que estos últimos finalmente se ocasionarán (PINTOS AGER).

El seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) fue instituido en 1999. El artículo 30 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, estableció que todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debía contar con una póliza vigente de dicho seguro a fin de cubrir los daños generados a las personas, ocupantes o no de un vehículo, y que se produzcan por un accidente de circulación. Dicha norma fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 049-2000-MTC el cual fue modificado por los Decretos Supremos N° 036-2001-MTC, N° 044-2001-MTC y N° 014-2002-MTC. El Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios fue aprobado por Decreto Supremo N° 024-2002-MTC.

El legislador de la materia ha entendido que el referido Reglamento establece las disposiciones referentes a la responsabilidad civil derivada de accidentes de tránsito terrestre así como el régimen del SOAT.

El seguro en cuestión, según el artículo 28 del Reglamento, se ha configurado como un seguro de accidentes personales que cubre las lesiones corporales o la muerte de los sujetos ocupantes o no del vehículo que medió en el accidente de tránsito. Se ha establecido que todo vehículo automotor que circula en territorio peruano debe contar con una póliza del SOAT, obligación que recaerá sobre el propietario del vehículo o el prestador del servicio de transporte, conforme a los artículos 3 y 7 del Reglamento.

Sobre la base anterior, se ha señalado que para efectuar el pago de la indemnización a la víctima no se requiere investigación de ninguna naturaleza ni pronunciamiento de autoridad alguna. El SOAT se hace efectivo una vez que se ha demostrado el accidente y que con motivo de este se hayan generado lesiones a las personas o su muerte. Así se infiere del artículo 14 del Reglamento. La cobertura está limitada a los montos previstos en el mismo los cuales se calculan por cada víctima, lo que está determinado en el artículo 8.

Por otro lado, el Reglamento indica que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores se regula por lo dispuesto en el Código Civil y las normas del propio Reglamento. En este entendido se establece, en el artículo 2 de este último, que el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños personales y materiales, así como los perjuicios, causados a los ocupantes y terceros no ocupantes de vehículos automotor. La intención del legislador es que aquellos que devengan en responsables solidarios del accidente respondan, en la vía ordinaria, por todo tipo de daño generado, sea patrimonial o extrapatrimonial, sin perjuicio de la cobertura limitada del SOAT.

Se efectúan, entonces, ciertas precisiones.

Se señala en el artículo 19 del Reglamento que el derecho que corresponde a las víctimas, resultante de la cobertura del SOAT, se otorga sin perjuicio de aquel que se pueda tener, conforme a las normas del Derecho común, para obtener la indemnización correspondiente. Al respecto, no olvidemos que el seguro en cuestión solo cubre los daños que la normativa denomina personales, categoría que se refiere a daños en la esfera física de la persona, no abarcando otro tipo de daños morales excluyendo, obviamente, a los daños patrimoniales. Asimismo, el baremo del SOAT no hace distinciones en lo que refiere a la profesión de la víctima ni a otros factores que podrían llevarnos a establecer indemnizaciones diferenciadas.

La indemnización de los daños que la normativa especial no contempla, el estudio de situaciones que generen discusión y la valoración de factores no contemplados en la referida normativa, por tanto, se analizarán conforme a las reglas contempladas en el Código Civil. Por supuesto, el monto entregado en virtud del seguro se imputará o deducirá de la indemnización total a la que pudiesen estar obligados los responsables solidarios (dado que esta indemnización incluiría a todos los daños patrimoniales y extrapatrimoniales generados).

Por su parte, el segundo párrafo del artículo referido líneas arriba aclara que el pago otorgado a la víctima del accidente generado como consecuencia de la aplicación del SOAT, no determina ni reconocimiento ni presunción de culpabilidad alguna no sirviendo, ni siquiera, como prueba en tal sentido. Así, se entiende que el hecho de que el seguro en cuestión sea de ejecución inmediata no afecta el análisis de responsabilidad. Esto, en abstracto, es cierto. Sin embargo, los términos en que se efectúa la aclaración son una muestra de la todavía obtusa visión del legislador que sigue considerando que el análisis de responsabilidad, en estos casos, se limita a un estudio de la culpa (¿qué pasó con la responsabilidad objetiva a la que se refiere la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre? ¿qué paso con el hecho de considerar al automóvil un bien riesgoso?).

Lo anterior se reafirma al apreciar el artículo 20 del Reglamento que contempla el derecho de la compañía aseguradora, que pagó la indemnización, de repetir contra quienes resulten responsables del accidente, incluyendo al tomador del seguro, *cuando* estos hayan actuado con dolo o culpa inexcusable. El legislador, en este caso, vuelve a optar por referirse al factor subjetivo estableciendo incluso una presunción de culpa inexcusable en los casos en que el tomador del seguro hubiera permitido la conducción del vehículo a menores de edad, mayores de edad sin licencia o en estado de ebriedad, drogadicción o grave perturbación de sus facultades físicas o mentales.

Además de los casos anteriores, el legislador entiende que la compañía de seguros podrá repetir cuando el tomador haya incumplido con pagar la prima de seguros de acuerdo a lo pactado con la correspondiente compañía, cuando hubiere permitido un uso del vehículo distinto al declarado y consignado en el certificado de seguro y, finalmente, cuando hubiere permitido o facilitado la percepción fraudulenta de los beneficios del seguro por parte de terceros no beneficiarios del mismo.

De lo indicado podemos inferir que se ha limitado el derecho de repetición de la compañía de seguros a los casos en que medie dolo o culpa inexcusable por parte de los responsables, además de los casos que, como excepción, se contemplan en el artículo en cuestión. Aparentemente, el legislador ha tenido en cuenta la verdadera función de un régimen de seguro de carácter obligatorio: la distribución del costo del daño entre toda la colectividad, antes que la búsqueda de un culpable. En este entendido, el hecho de que finalmente se determine que en determinados supuestos el causante asuma el costo del daño cumple, aparentemente, una función desincentivadora de conductas negativas. Si no fuese así, la mención seguiría entendiéndose como un rezago de la culpa en su faceta crudamente sancionadora.

Se establece, por otro lado, que el derecho a solicitar de la compañía de seguros el pago de la indemnización que deriva del SOAT prescribe a los dos años a partir de la fecha en que ocurrió el accidente, aclarándose que este plazo no afecta los plazos contenidos en el Código Civil para obtener la indemnización que corresponda de los que devengan en responsables solidarios.

El baremo del SOAT se basa en una cobertura determinada para los casos de muerte, invalidez, incapacidad, gastos médicos y de sepelio (art. 29 del Reglamento). Sobre los montos establecidos se fija la tabla encaminada a asignar un porcentaje de la cobertura establecida para los casos de invalidez permanente total o parcial.

No cabe discutir la utilidad o, más bien, la necesidad de un sistema de seguro de accidentes de tránsito. Sin embargo, ya se discute si el SOAT verdaderamente logra resarcir a las víctimas siquiera respecto de los daños personales que pretende cubrir (independientemente de que se pueda acudir a la vía ordinaria, porque, finalmente, el seguro en cuestión se ha creado para que los que menos tienen no tengan que incurrir en los costos propios del acceso a la justicia) o que sea útil para incentivar la diligencia de los automovilistas. Los mínimos montos indemnizatorios establecidos pueden haber sido planteados considerando la realidad económica de nuestro país. Empero, no deja de llamar la atención que la vida de un peruano valga tan solo cuatro UIT. ¿En otro sector de nuestro ordenamiento no se valoriza la vida de un animal, digamos un perro, en una UIT? Saquen sus propias conclusiones.

## DOCTRINA

ALPA, Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones. Gaceta Jurídica, Lima: 2001; ALPA, et al., Estudios de la responsabilidad civil. Ara Editores, Lima: 2001; ALTERINI y LÓPEZ CABANA, Enciclopedia de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1996; BENÍTES DE LUGO, El seguro obligatorio de vehículos de motor y su proyección indemnizatoria. Madrid, 1965; BUERES et al., Responsabilidad por daños, Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1990; BULLARD, Estudios de Análisis Económico del Derecho. Ara Editores, Lima: 1996; BUSTAMANTE ALSINA, Teoría general de la responsabilidad civil. Abeledo-Perrot, Buenos Aires: 1987; DE ÁNGEL, Tratado de responsabilidad civil, Civitas, Madrid: 1993; DÍEZ-PICAZO, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Civitas, 1996. Vol II; Derecho de daños, Civitas, Madrid: 1999; ESPINOZA, Derecho de la responsabilidad civil, Gaceta Jurídica, Lima: 2003; MEDINA CRESPO, Responsabilidad civil automovilística. De las culpas absueltas a las inocencias condenadas, Comares, Granada: 1996; MONTERROSO, Responsabilidad civil por accidentes de circulación, Aranzadi, Pamplona: 2001; PINTOS AGER, Baremos, seguros y responsabilidad civil. Civitas, Madrid: 2000; PUIG I FERRIOL, et al., Manual de Derecho Civil, Marcial Pons, Madrid: 1998, Tomo II; POSNER, El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica, México: 1998; REGLERO et al., Tratado de responsabilidad civil. Aranzadi, Pamplona: 2002; SANTOS BRIZ, Derecho de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid: 1963; TABOADA, Elementos de la responsabilidad civil. Grijley, Lima: 2001; TRAZEGNIES, La responsabilidad extracontractual, En: Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 1990; TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, Derecho de daños, Ediciones La Roca, Buenos Aires: 1991; VEGA, Responsabilidad civil y accidentes de tránsito En: Derecho Privado. Grijley, Lima: 1996; VENINI, Responsabilidad por daños contractual y extracontractual. Juris, Rosario: 1990; YZQUIERDO, Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual , Dykinson, Madrid: 2001.

# LIBRO VIII

# PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

# TÍTULO I
# PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

## Definición

**Artículo 1989.-** *La prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo.*

Concordancias:
*C.C. art. 2003; C.P.C. art. 446 inc. 12)*

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

### 1. La prescripción extintiva

El tratamiento de la prescripción extintiva, diferenciada de la prescripción adquisitiva, mantiene el que le dispensó el Código Civil de 1936 y que vino a innovar el que le había dado el Código Civil de 1852, que las legislaba de manera unitaria siguiendo el modelo napoleónico.

La prescripción es una institución jurídica de raigambre romana y de origen procesal, fundada en el transcurso del tiempo. Históricamente la prescripción adquisitiva o usucupativa precedió a la extintiva, pues apareció con la *praescriptio longi temporis,* que era oponible a la *usucapio,* como medio de defensa del poseedor al permitirle rechazar la *actio in rem* que se pretendiera hacer valer contra él cuando su posesión venía de largo tiempo y que, por eso, el poseedor adquiría la propiedad frente al no uso por el propietario que vería extinguirse su derecho. Según los romanistas, la *praescriptio* fue llamada así porque aparecía en el encabezamiento de la fórmula como una excepción que podía ser invocada por el poseedor contra la *rei reinvidicatio* del *dominus.*

El transcurso del tiempo para la consolidación de un derecho determinó que en el mismo Derecho romano se hiciera necesario precisar la duración de la posesión para hacer procedente la *usucapio,* esto es, la adquisición del derecho. Fue así como apareció la prescripción treintañal y que se fueran fijando plazos prescriptorios según la naturaleza de las acciones a las cuales fueran oponibles la *praescriptio temporis* o excepción de prescripción.

Con estos antecedentes fue perfilándose la prescripción extintiva. Sin embargo, con la recepción del Derecho romano y siempre con el fundamento del transcurso del tiempo, la prescripción continuó siendo considerada para designar la pérdida o la adquisición de derechos y sin diferenciarse una de otra, receptándose en la codificación civil del siglo XIX como una sola institución jurídica y proyectándose en su tratamiento unitario bajo la poderosa influencia del Código Napoleón.

En base, pues, al tratamiento unitario que el Código Civil francés de 1804 le dio a la prescripción, la doctrina francesa formuló la idea general de la prescripción extintiva, que también denominó liberatoria, pues al producir la extinción del derecho de crédito por el transcurso del tiempo, el deudor quedaba liberado de su obligación. La misma doctrina francesa llegó a sostener que la prescripción extintiva no extinguía el derecho sino la acción judicial correlativa, ya que el acreedor que dejaba transcurrir un plazo determinado por la ley perdía la acción para hacer efectivo su crédito frente a su deudor.

Nuestro Código Civil de 1852, como los demás Códigos del siglo XIX, no pudo sustraerse a la influencia de los textos napoleónicos y dio un tratamiento unitario a la prescripción legislando sobre la que llamó de dominio (usucupativa) y de acciones (la extintiva), siguiendo, respecto de esta última, a la doctrina francesa posterior al Code Napoleón.

Fue la Escuela Pandectista que surgió en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX la que planteó el tratamiento dual de la prescripción, separando la usucupativa de la extintiva, y así la acogió el Código Civil que inició su vigencia en 1900. Pero, además, introdujo la idea de la pretensión como indesligable del derecho subjetivo, pues venía a ser la expresión de su exigibilidad como derivación de toda relación jurídica, cualquiera que fuera su naturaleza. De este planteamiento surge el concepto de pretensión ligado al de la prescripción extintiva, en sustitución del derecho subjetivo, excluyendo también el de la acción entendida como el derecho subjetivo de recurrir a las instancias jurisdiccionales.

Nuestro Código Civil de 1936, siguiendo la corriente iniciada por el BGB, superó el tratamiento unitarista del Código de 1852 pero, como su antecedente, consideró la prescripción extintiva referida exclusivamente a la extinción de las acciones, legislándola en el Libro Quinto dedicado a las Obligaciones y Contratos, pues a la prescripción usucupativa la legisló en el Libro de los Derechos Reales como un modo de adquirir la propiedad de las cosas. El maestro León Barandiarán dejó sentada la doctrina según la cual la prescripción extintiva funcionaba contra el sujeto pretensor y le paralizaba el ejercicio de la acción, pero no destruía el derecho que le generaba la pretensión.

Pese a la posición asumida por nuestra codificación civil, en cuanto a que la prescripción extintiva solo afectaba el ejercicio de la acción, tanto en el Código de 1852 como en el de 1936, no podemos dejar de citar el Código Civil italiano de 1942, de gravitante influencia a partir de su entrada en vigor pero que, sin embargo, vincula la prescripción extintiva a la extinción del derecho, lo que ha llevado a la doctrina italiana a interpretar que lo que se extingue es la acción que garantiza el ejercicio del derecho.

En resumen, y a manera de premisa al comentario del artículo 1989, la prescripción extintiva no extingue el derecho subjetivo ni a la acción, entendida esta como el derecho subjetivo o poder jurídico que faculta recurrir a los órganos jurisdiccionales para lograr la tutela jurisdiccional efectiva, sino a la pretensión, entendida como el ejercicio de la facultad que el derecho otorga a su titular y que se hace valer mediante la acción.

## 2. Comentario al artículo 1989

La norma no tiene antecedente en nuestra codificación civil y postula la distinción de la acción del derecho, al preceptuar que no es este el que prescribe sino la acción. De este modo, el vigente Código ha adoptado un postulado que debe interpretarse en el sentido de que lo que prescribe es la acción, pero entendida como la pretensión mediante la cual se ejercita el derecho para alcanzar su tutela jurisdiccional.

La interpretación del postulado no debe estar referida, pues, a la acción entendida como derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales, ya que careciéndose de derecho sustantivo o material puede plantearse una pretensión aunque posteriormente sea declarada infundada, o que existiendo un derecho sustantivo o material, a la pretensión se le oponga la prescripción y esta sea declarada fundada en razón del tiempo transcurrido desde que se podía ejercitar la correspondiente acción.

La prescripción es, en esencia, y desde su origen románico, una excepción oponible a la pretensión para enervarla o neutralizarla. Por eso, es acertada la doctrina que ve en la prescripción no una causa de extinción de la pretensión, sino el fundamento de un medio de defensa, como es la excepción.

Es preciso, por lo que queda expuesto, delimitar el ámbito de aplicación de la prescripción para la mejor interpretación del postulado bajo comentario, pues ella opera en el ámbito de las pretensiones de naturaleza patrimonial y contra los titulares de tales derechos, sean reales o creditorios o de cualquier otra clase en tanto tengan naturaleza patrimonial. Pero, además, el ámbito de aplicación de la prescripción queda delimitado por todas aquellas pretensiones susceptibles de prescribir y para cuyas acciones la ley ha establecido un plazo para su ejercicio.

Por último, la prescripción se fundamenta en consideraciones de orden público, por lo que si el titular de un derecho durante el plazo establecido por la ley no ejercita la acción para hacer efectiva la pretensión, el tiempo transcurrido permite la oponibilidad de la excepción.

No obstante, debe precisarse que si bien el fundamento básico de la prescripción es el orden público, este mismo fundamento no inspira a su normativa, pues en ella se conjugan el orden público y el interés privado.

## DOCTRINA

ALZAMORA VALDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Lib. Studium, Lima; ARAUZ CASTEX, Manuel y LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Ejea, Buenos Aires, 1967; CÓDIGO CIVIL PERUANO (1852). Anotado y concordado por Miguel Antonio de la Lama, Lib. e Imp. Gil, Lima, 1905; COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Uteha, México, 1949; COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Depalma. Buenos Aires, 1981; FERRERO, Augusto. La prescripción extintiva. Tesis doctoral, Lima, 1974; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. T. II. Ejea, Buenos Aires, 1950; LARENZ, Karl. Derecho Civil. Parte General. Edersa. Madrid, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. T. VIII. Gaceta Jurídica, Lima; MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ejea, Buenos Aires, 1976; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ejea, Buenos Aires, 1979; MONROY GÁLVEZ, Juan. Introducción al Derecho Procesal Civil, Temis, Bogotá, 1997; OLAECHEA, Manuel Augusto. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil, Lima, 1936; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Ed. Selectas, México, 1982; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**La prescripción como fenómeno extintivo y sancionatorio**

*Debemos decir que la prescripción constituye una institución jurídica, según la cual el transcurso del tiempo extingue la acción del sujeto para recurrir ante un órgano jurisdiccional para exigir un derecho; asimismo, tiene por finalidad contribuir con la seguridad jurídica y sancionar la inactividad del titular de la acción una vez transcurrido el plazo prescriptorio (**Cas. N° 13025-2014-Lima**).*

**La prescripción goza de naturaleza procesal**

*{R}especto a la excepción de prescripción extintiva es de carácter procesal, tiene como fin inmediato la conclusión del proceso; pero, como fin mediato, el evitar que el juez emita pronunciamiento de la pretensión postulada por el actor, debido que lo pretendido se encuentra afectado de forma irremediable por el transcurso del tiempo, por tanto, resulta inviable. De ahí que rescatamos la naturaleza procesal –y no sustancial– de esta excepción, que cuestiona la falta de cuidado y diligencia del actor, por no haber postulado en tiempo útil su pretensión, la cual está afectada por vencimiento excesivo de lo expresado en la norma sustantiva para su exigibilidad (**Cas. N° 2971-2017-Lima**).*

## Imperatividad de las normas sobre la prescripción

**Artículo 1990.-** ***El derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1991, 2000, 2095, 2099; LEY 27287 arts. 55, 116*

EUGENIA ARIANO DEHO

# 1. Premisa

La idea obvia que nutre la disciplina legal de la prescripción es que los intereses tutelados por el ordenamiento no lo sean (como regla) eternamente, porque todo en esta vida (hasta las relaciones jurídicas) debe tener un inicio, una evolución y un fin. De allí que no sorprende que el artículo 1989, siguiendo una larga tradición, haya establecido que objeto de la extinción por prescripción sea la "acción" y no (directamente) la relación jurídica sustancial, queriéndose evidenciar que el fenómeno prescriptorio opera, en definitiva, privando de concreta "tutelabilidad" a aquellas situaciones jurídicas subjetivas sustanciales que han permanecido inactuadas durante un determinado período de tiempo.

Ahora bien, el que el propio ordenamiento pueda privar de "tutelabilidad" a los intereses que él mismo resguarda, se suele justificar invocando el "interés público" a la **certeza de las relaciones jurídicas**, en el sentido de que si una relación jurídica permanece inactuada durante un determinado período de tiempo bueno es (para todos) que simplemente se extinga, o que, como lo deja entrever nuestro Código Civil al discurrir de "acción", las situaciones subjetivas de ellas nacientes no sean ya (entera y coactivamente) "tutelables".

Ergo, tras la disciplina legal de la prescripción habrían razones de "orden público" y justamente estas "razones" parecerían ser las que inspiran el artículo 1990 que establece, por un lado, la irrenunciabilidad del "derecho de prescribir" (*rectius*, ineficacia jurídica de la renuncia preventiva) y, por el otro, la nulidad de cualquier pacto enderezado a "impedir los efectos de la prescripción", dos proposiciones que se resumen en una: la imperatividad de la regulación legal de la prescripción.

Pero, para entender el ámbito de lo inderogable, es preciso tener en cuenta que la prescripción es un fenómeno jurídico complejo, en el sentido de que para que opere se requiere de la concurrencia de un conjunto de elementos, deducibles de la ley, los cuales una vez verificados, producirán recién el efecto legal: el (correcta o incorrectamente) indicado en el artículo 1989.

En tal sentido, en el fenómeno prescriptivo son identificables al menos dos "fases" muy marcadas:

a) Una, que podemos llamar "preliminar", que va desde el surgimiento de la relación jurídica (y de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del período de tiempo señalado por la ley. Una fase marcada por la no actuación de la relación, que provoca una situación modificativa de aquella (eficazmente llamada por Troisi de mera "prescriptibilidad") en la que la situación subjetiva activa pasa de la plena "tutelabilidad" a una "atenuada", pues surge en el sujeto pasivo de la relación (prescribiente o, también, en quienes tengan legítimo interés) una situación de ventaja (poder-carga) de completar con su actuar el fenómeno prescriptorio.

b) Una segunda que podemos llamar "constitutiva" en la que el fenómeno prescriptorio se perfecciona por el actuar de quién se beneficia con él, pasándose así de la mera "prescriptibilidad" (modificativa) a la "prescripción" (extintiva) propiamente dicha, con la consiguiente "liberación" del sujeto pasivo de la relación.

## 2. Ámbito de la imperatividad

Teniendo en cuenta estas dos "fases" del fenómeno prescriptivo, lo inderogable por acto unilateral (la "renuncia") o por acuerdo entre las partes serían aquellas normas que regulan el fenómeno desde su *dies a quo* (art. 1993) hasta su *dies ad quem* legal (art. 2002), incluyendo obviamente las normas relativas a los plazos mismos (art. 2001), de aquellas relativas a todos los eventos que pueden determinar que tal plazo se suspenda (art. 1994) o se interrumpa (arts. 1996-1997), así como en cuanto al momento de reanudación (art. 1995) o de reinicio del decurso del plazo (art. 1998).

Así, en la "fase preliminar" no sería jurídicamente eficaz no solo la renuncia *in toto* a beneficiarse en el futuro de la prescripción, sino además, una declaración (unilateral o pacticia) que estableciera que no operan determinados supuestos de suspensión o de interrupción del plazo mismo, o el supuesto obvio (impedido expresamente por el art. 2000) del establecimiento de plazos convencionales de prescripción (abreviándolos o alargándolos). En suma, lo que el artículo 1990 (al igual que el art. 2000) proscribe es la posibilidad de una **prescripción convencional** que se superponga a la regulación legal.

## 3. La *ratio* de la imperatividad de las normas sobre la prescripción y el interés tutelado

Colocada cronológica y lógicamente la previsión del artículo 1990 dentro de la "fase preliminar" de nuestro fenómeno, es fácil encontrar su *ratio*: mientras esta fase no haya concluido, la ley no quiere que a través de una disciplina pacticia o de una (por lo general impuesta) renuncia, se "impida" que esta llegue a su conclusión. Y no lo quiere por la misma razón por la cual establece normas imperativas en el ámbito del Derecho Privado (por ejemplo, en lo relativo al derecho a provocar la anulación de un acto jurídico, o la resolución del contrato o el reequilibrio entre las prestaciones en los supuestos de una sobrevenida excesiva onerosidad de las prestaciones o en cuanto al derecho a la rescisión del contrato en el supuesto de lesión): para prevenir que el pacto (o la imposición de una renuncia) se transforme en un instrumento de abuso para la parte más débil de la relación.

Pero justamente el que nuestra ley sancione con la nulidad a aquél pacto "impeditivo" de los efectos de la prescripción pone en evidencia el interés tutelado por nuestro instituto: no tutela de un (abstracto) "interés público" a la certeza de las relaciones jurídicas, sino, como ha sido evidenciado (Vitucci –y también Grasso– sobre la huella de Auricchio) en tutela de un (concreto) interés individual: el interés de aquel que en eficaz –aunque técnicamente quizá no muy correcta– expresión de nuestra ley tendría el "derecho (¿potestativo?) de prescribir", o sea de aquel que (en su momento y si querrá) podrá aventajarse del "efecto de la prescripción" o sea del efecto extintivo (o "liberatorio").

Ergo, el artículo 1990 contiene una norma de "protección", en consecuencia de la cual cualquier **renuncia preventiva** (o sea anterior al vencimiento del plazo legalmente establecido) por parte del sujeto que por ley puede aventajarse con la prescripción o cualquier pacto tendiente a impedir la adquisición de tal "ventaja", resultará del todo ineficaz y, como consecuencia, funcionará la regulación legal.

## 4. Posibilidad de sometimiento a otro ordenamiento jurídico

Lo apenas dicho, sin embargo, no significa que las partes de una determinada relación jurídica no puedan someterla a un ordenamiento jurídico distinto del peruano. De hecho, en particular en materia de obligaciones y contratos, conforme a lo dispuesto en el artículo 2095 (v) las partes pueden libremente escoger la ley aplicable y, con ello, someterse a una disciplina legal distinta (y quizá más liberal) en cuanto a la prescripción (art. 2099). Lo propio puede ocurrir en materia de títulos valores (arts. 55 y 116 LTV).

## DOCTRINA

AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil, T. I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino, 1996; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO, Alfio; STELLA RICHTER, Giorgio y STELLA RICHTER, Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; MAGRI, Geo. "La prescrizione in Europa tra ordine pubblico e tutela del debitore". Rivista di diritto civile N° 5, 2017; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino, 1996; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires, 1959; TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di Diritto Privato, Giuffrè, Milano; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Esi, Napoli, 1980; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4. ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, La prescrizione, T. I, en Il Codice Civile. Commentario dirigido por Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

## Renuncia a la prescripción

**Artículo 1991.-** *Puede renunciarse expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada. Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.*

---

Concordancias:
*C.C. arts. 1181, 1198, 1251, 1252, 1257, 1275, 1990*

EUGENIA ARIANO DEHO

### 1. La "renuncia a la prescripción ya ganada" como abdicación del perfeccionamiento del fenómeno prescriptivo

Aclarado cuál es el interés tutelado con la imperatividad de las normas relativas a la "fase preliminar" del fenómeno prescriptivo, será más fácil entender cómo así una vez vencido el plazo, aquél que podría aventajarse con la prescripción puede ya (del todo libremente) renunciar a tal ventaja.

Ahora bien, parecería una antinomia que antes del vencimiento del plazo legal de prescripción no sea posible renunciar, y, en cambio, una vez vencido sí se pueda. Para justificar la (aparente) contradicción, los que consideran que la prescripción se funda en el "interés público" (o también "social") a la certidumbre de las relaciones jurídicas, suelen razonar así: durante el período de maduración de la prescripción (nuestra "fase preliminar") existe ese interés público, pero luego, una vez vencido el plazo, el interés "público" muta a mero "interés privado" (o "individual"), por lo cual el que podría beneficiarse con la prescripción puede ahora sí disponer libremente del "efecto de la prescripción".

En realidad justificar la posibilidad de la renuncia una vez "ganada" la prescripción con una "mutación" o "degradación" del interés en juego suena bastante artificioso, máxime si consideramos que tanto "interés público" a la certeza de las relaciones jurídicas inactuadas durante un determinado período de tiempo habría antes como después del vencimiento del plazo legal. El interés protegido, antes o después de vencido el plazo, en mi concepto, es siempre el mismo, solo que "antes" el "interés de la ley" está en que no se retuerce la posibilidad misma del fenómeno prescriptorio, mientras que "después", a condiciones dadas, la propia ley deja en la disponibilidad del sujeto beneficiario el que la prescripción opere o no.

La llamada "renuncia a la prescripción ya ganada" implica una conducta abdicativa del beneficio que **la ley** quiere darle al sujeto pasivo de la relación jurídica. En sustancia, que pese a darse todos los elementos para que pueda producirse el fenómeno prescriptivo, este no se complete justamente porque quienes podrían completarlo no lo hacen y más bien ponen en acto un comportamiento de signo opuesto.

### 2. Renuncia expresa y tácita. Sus consecuencias

El artículo 1991 señala que tal comportamiento abdicativo puede manifestarse en forma expresa o tácita.

Ciertamente sobre la "renuncia expresa", como acto unilateral abdicativo, hay poco que decir: el que puede beneficiarse de la prescripción "declara" que no desea valerse de ella. La ley no exige ninguna forma específica por lo cual será válida cualquiera que se emplee. Siendo así,

de ser necesaria la prueba de la existencia de la renuncia (por ejemplo, frente al planteamiento en juicio de la excepción de prescripción por parte del demandado, el actor sostenga que hubo renuncia a la misma) serán utilizables todos los medios de prueba pertinentes, sin limitación.

Sobre la capacidad para renunciar el Código Civil vigente no ha reproducido la disposición del artículo 1150 del Código de 1936 en el sentido de que para renunciar se requería contar con "capacidad para obligarse". Naturalmente, siendo la renuncia un acto de disposición de una "ventaja" es por demás obvio que se requiere de capacidad para obrar ("de ejercicio", en la terminología del Código Civil).

Mucho más complejo es determinar los supuestos de renuncia tácita, o sea aquellos que se manifiestan por la ejecución de un acto incompatible con "la voluntad" de favorecerse de ella.

Tradicionalmente se ha considerado al pago como paradigma de la llamada renuncia tácita. Buena muestra de ello es que el artículo 1151 del Código Civil de 1936 indicaba como supuesto en el cual se "entendía" renunciada la prescripción el del pago "total" de la deuda. Sin embargo, es discutible la utilidad práctica de considerar al pago "total" como supuesto de renuncia tácita. Y ello porque el pago posvencimiento del plazo legal es un pago a secas, extintivo de la relación obligatoria y como tal sujeto a las reglas propias del mismo. Lo relevante de establecer cuál comportamiento es incompatible con la voluntad de favorecerse de la prescripción, es que aquél, haga pensar al acreedor que pueda intentar (con éxito) la satisfacción de su derecho. Ello no ocurre cuando se ha extinguido la obligación como efecto del cumplimiento íntegro de la prestación debida, pues el acreedor ya está satisfecho en su interés y el deudor liberado del vínculo. Y lo propio debería considerarse frente a cualquier otro evento extintivo (en particular si es satisfactivo) de la relación obligatoria acaecido posvencimiento del plazo legal de prescripción.

Contrariamente, siempre en el ámbito de las obligaciones, puede ser considerado un comportamiento que implique una renuncia a "favorecerse" de la prescripción el pago parcial, el pedido del deudor de aplazamiento, la inclusión del crédito en la solicitud del deudor de apertura del procedimiento concursal, un mero ofrecimiento de pago (judicial o extrajudicial) no seguido de consignación liberatoria, entre otros.

Como fuere, lo importante es que como consecuencia del comportamiento del prescribiente quede evidenciada la vitalidad de la relación jurídica, a tal grado que el titular del derecho pueda del todo legítimamente pensar que al pretender la satisfacción de su interés la prescripción no será alegada y justamente, de ocurrir ello en el proceso, podrá oponer la ("contraexcepción" de) renuncia.

Se discute si tras la renuncia (expresa o tácita que sea) comience a correr un nuevo plazo de prescripción. Yo creo que la respuesta deba ser positiva, pues lo contrario haría que la relación jurídica se volviera "eterna".

## 3. La no alegación de la prescripción en juicio. Reenvío

Mayor problema se presenta cuando se quiera deducir del comportamiento procesal del prescribiente un supuesto de renuncia tácita.

En particular hay que preguntarse si comportamientos procesales tales como el allanamiento *ex* artículo 330 del Código Procesal Civil (CPC) o la no contestación de la demanda con el consiguiente efecto de tener por ciertos los hechos expuestos en ella *ex* artículo 461 CPC, impliquen o no una renuncia tácita a valerse de la prescripción. En principio, me parece

que la respuesta deba ser positiva, y ello en atención a que tanto el allanamiento como la no contestación son comportamientos voluntarios (uno explícito, el otro omisivo) de "no resistencia" a la pretensión actora que conducen a la emisión de una sentencia estimatoria de la demanda. Ergo, tras el allanamiento o la declaración de rebeldía del demandado, habrá irreversiblemente precluido la posibilidad de completar el fenómeno prescriptorio.

Mucho más problemático es ver hoy en el no planteamiento de la específica excepción de prescripción un tácito comportamiento abdicativo de "valerse de la prescripción". Y ello, pese a que la no alegación de la prescripción en juicio (al igual que el pago "total") es por lo común indicado como uno de los tradicionales supuestos de renuncia "tácita". Sin embargo, dado que nuestra actual regulación procesal ha hecho caer a la excepción de prescripción (art. 446 inc. 12 CPC) dentro de su feroz régimen de preclusiones, su no alegación en el momento previsto por la ley procesal no creo que responda siempre a una real voluntad abdicativa del prescribiente y más bien puede constituir una impuesta (y del todo contraproducente) forma de volver inoperante al fenómeno prescriptorio mismo (sobre este punto regresaremos *sub* art. 1992).

## 4. Los límites a la posibilidad de renunciar y su ineficacia frente a determinados terceros

Ahora bien, la posibilidad de una válida renuncia a la alegación de la prescripción (o sea una renuncia al perfeccionamiento del fenómeno extintivo) encuentra algunos límites, en particular cuando esa renuncia pueda afectar intereses de sujetos ajenos a la relación jurídica a prescribirse.

Así, pese a que el Código Civil vigente no ha reproducido la disposición del artículo 1152 del Código de 1936 que habilitaba a los terceros que tuvieran interés en el perfeccionamiento de la prescripción a "oponerla" aunque el deudor no la hubiera opuesto o hubiere renunciado a ella (con lo cual se dejaba inferir que tal renuncia era ineficaz frente a determinados terceros), existen disposiciones específicas del Código Civil que hacen inferir que la renuncia (expresa o tácita) por parte del prescribiente es ineficaz frente a determinados sujetos.

Tal es el caso de los codeudores solidarios (art. 1198) y de los codeudores en las obligaciones indivisibles (art. 1181). Es así que en ambos casos la renuncia a la prescripción del codeudor "no surte efectos respecto de los demás", los que podrían hacer valer la prescripción en su favor, perdiendo incluso el deudor el derecho de repetir "contra los codeudores liberados por la prescripción". Igualmente, es el caso del fiador, que podría oponer (de ser demandado) del todo válidamente la excepción de prescripción aunque el deudor hubiera renunciado a la misma (artículo 1885). Más discutible, dada la lagunosidad de la disciplina, es que lo propio pueda ocurrir en el supuesto del tercero propietario de los bienes hipotecados o dados en garantía mobiliaria, aunque en mi concepto la respuesta debe ser positiva.

## DOCTRINA

AZZARITI, Gaetano SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil, T. I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; DI PAOLA, Luigi, Brevi note in tema di pagamento parziale del debito prescritto e di rinuncia tacita alla prescrizione, en Rivista del Diritto Commerciale, 2000; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO, Alfio; STELLA RICHTER, Giorgio y

STELLA RICHTER, Paolo. Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; MESSINEO, Francesco, Variazioni sul concetto di "rinunzia alla prescrizione" (art. 2937, comma 1, C.C.), en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; ROSELLI, Federico y VITUCCI, Paolo, La prescrizione e la decadenza, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, UTET, Torino; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine Generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires,1959; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Esi, Napoli, 1980, passim; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, voz Prescrizione. Diritto Civile, en Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXIV, Istituto Treccani, Roma, 1991; VITUCCI, Paolo, La prescrizione, T. I, en Il Codice Civile. Commentario dirigido por Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

## Alegación de querer valerse de la prescripción

**Artículo 1992.-** ***El juez no puede fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada.***

Concordancias:
*C.C. art. 1991; C.P.C. arts. VII, 97, 98, 101, 446 inc. 12), 451 inc. 5); C.T. art. 4*

EUGENIA ARIANO DEHO

### 1. La alegación de querer valerse de la prescripción como elemento constitutivo del fenómeno prescriptivo

El que el juez no pueda "fundar sus fallos" en la prescripción que no ha sido alegada es el mejor indicio de que el fenómeno prescriptivo no se consuma al vencimiento del plazo fijado en la ley (art. 2002), pues si así fuera no se ve cómo así aquel podría emitir una sentencia que prescindiera de considerar que el actor carece del derecho de "perseguir en juicio aquello que se le debe" (noción civilista de "acción") o de actualidad en su "interés para obrar" o de falta de "voluntad de la ley" (para quienes consideran que con la prescripción está en juego una "condición de la acción"), vale decir, que pueda emitir una sentencia con prescindencia de una circunstancia que está palmariamente bajo sus ojos.

En realidad, y como ya lo hemos reiteradamente señalado (en particular *sub* art. 1990), la alegación de la prescripción (en principio, por parte del prescribiente) es el elemento final constitutivo de la prescripción, cuya ausencia determina que el fenómeno no se perfeccione, por lo cual, mal podría el juez tomar en cuenta un evento extintivo no perfeccionado.

### 2. ¿"Procesalidad" de la prescripción?

Así pues, para que se produzca el efecto final (extintivo) se precisa que aquel que se puede beneficiar con la prescripción manifieste su voluntad de favorecerse con ella.

Ahora, debido a que tal manifestación (por lo común) ocurre en el proceso a través de la relativa excepción, algunos piensan que la prescripción es, en estricto, un fenómeno procesal.

Ello no parece ser correcto, máxime si se piensa que todo el conjunto de elementos que integran (lo que hemos llamado *sub* art. 1990) la "fase preliminar" del fenómeno prescriptorio ocurre a nivel extrajudicial, vale decir, antes y fuera del proceso. En realidad, la prescripción es tan procesal como cualquier otro evento extintivo sustancial que se introduzca al proceso, solo que su modo de operar es tan particular que la hace prácticamente única.

En efecto, lo que hace a la prescripción del todo particular (un cierto símil existe con la compensación *ex* art. 1288) es que su alegación no lo es respecto de un hecho (extintivo) acaecido con anterioridad al proceso (como podría ser el pago, la novación, la condonación, entre otros), sino que aquella es en sí misma fuente del efecto extintivo, vale decir, que es el modo de ejercicio del poder de provocar la consumación del fenómeno extintivo, circunstancia esta que por sí sola no la convierte en un fenómeno procesal, sino más bien en un fenómeno sustancial que se perfecciona (repito, por lo común) a nivel procesal.

### 3. El dónde, el cómo y el cuándo

Ahora bien, el problema comienza cuando uno se pregunta el dónde, el cómo y el cuándo se debe producir la alegación de querer valerse de la prescripción. La respuesta parece obvia:

el dónde es en el proceso, el cómo es a través de la específica excepción de prescripción y el cuándo es el momento establecido en la normativa procesal.

Sin embargo, en cuanto al "dónde", hay quienes (y yo me enlisto entre ellos) consideran que no necesariamente la prescripción debe ser alegada en el proceso, sino que esta pueda perfeccionarse extrajudicialmente con un acto que manifieste esa intención del sujeto interesado de perfeccionar el evento extintivo (tal como –permítaseme el símil– la resolución extrajudicial de un contrato).

Pero sin duda el mayor problema lo presenta el **cómo** y el **cuándo** se pueda perfeccionar nuestro fenómeno dentro del proceso. Y es un grave problema desde que entró en vigor el Código Procesal Civil (CPC) de 1993.

En efecto, el CPC de 1993 establece que la excepción de prescripción debe ser planteada (al igual que las otras del art. 446) "dentro del plazo previsto en cada procedimiento" (art. 447) y que una vez vencido ese plazo todos los hechos que configuran excepciones "no podrán ser alegados como causal de nulidad por el demandado que pudo proponerlas como excepciones" (art. 454), o sea, zanja una preclusión de alegación en virtud de la cual pasado el "momento" previsto por la ley procesal, esta no podrá ser alegada nunca más (y como tal nuestro fenómeno no podrá ya más perfeccionarse).

Ello hoy nos parece del todo normal. Sin embargo, no siempre fue así.

En efecto, en nuestro primer Código Procesal, o sea el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, siguiendo la línea del Derecho común, colocaba a nuestra prescripción entre la lista de "las *más comunes*" **excepciones perentorias** (art. 619), las que debían ser propuestas por el demandado al contestar la demanda y se resolvían en la sentencia. En dicho Código, es bueno precisarlo, estaba clara la contraposición entre excepciones "dilatorias" y las "perentorias", en cuanto las primeras tenían por objeto solo "suspender o dilatar el curso del litigio" mientras que en las segundas lo era "extinguir el juicio o acción" (temporal o definitivamente).

El Código de 1912 trató de simplificar el tratamiento de las excepciones haciendo mención solo a las **dilatorias**, las que quedaron reducidas a la alegación de la incompetencia, pleito pendiente, falta de personería, inoficiosidad de la demanda, naturaleza de juicio, transacción y cosa juzgada, sin mencionar, por cierto, a nuestra prescripción. Lo que parecía claro es que la referencia al carácter "dilatorio" de las mismas, era meramente procesal (o mejor procedimental): una vez propuestas, se suspendía el "juicio", y el demandado no tenía que contestar la demanda (en ese sentido, "dilataban" el momento para contestar la demanda).

La no inclusión de la prescripción en la lista de excepciones "dilatorias" fue, en su momento, objeto de viva crítica, en cuanto se impedía al demandado el acogerse a los beneficios de la prescripción, poniendo fin rápidamente al juicio. De allí que en el proyecto de reforma de 1949 se pretendió, sin éxito, incluir a nuestra prescripción en la lista de excepciones "dilatorias".

En el *interim* sobrevino el Código Civil de 1936, que colocó la regulación de la prescripción dentro de la Sección Primera (De los actos jurídicos) del Libro Quinto (Del derecho de obligaciones), estableciendo, por un lado, que "el Juez no [podía] fundar sus fallos en la prescripción si no [había] sido alegada" (art. 1154), y por el otro, que esta podía oponerse "en cualquier estado de la causa" (art. 1153). Ergo, como podía ser hecha valer "en cualquier estado de la causa", no existía momento procesal específico para oponerla (por parte del "deudor"

demandado o de cualquiera "que tenga interés en ella": art. 1152). Y cualquier momento era, efectivamente, cualquier momento: al contestar la demanda, o más allá, en segunda instancia, incluso (tema discutido y discutible) ante la Corte Suprema, o sea, en buena cuenta hasta que el proceso no hubiera concluido.

Es así que recién en 1977 sobrevino la primera "gran revolución" en el tratamiento procesal de nuestra "excepción": en efecto, mediante el Decreto Ley Nº 21773, se colocó a la prescripción en la lista de "excepciones" (art. 312 nueva redacción, las que perdieron el calificativo de "dilatorias", que quedó solo en el epígrafe) y se le dio a todas las excepciones un tratamiento incidental autónomo: se podían interponer en escrito aparte, dentro de los cinco días de notificada la demanda, sustanciándose como los incidentes, sin interrumpir la tramitación del principal. Ergo, las tradicionales "dilatorias" dejaron, desde 1977, de ser "dilatorias", pues su interposición, no "interrumpía" ya el "principal" (o sea, que debía de todas maneras contestarse la demanda). Igualmente, se estableció que una vez vencido el plazo de cinco días podían ser propuestas dentro del principal, sin dar lugar a incidente y debían resolverse en la sentencia (así el art. 318, redacción D. L. Nº 21773). Ello significa que si no se planteaban separadamente (dentro del plazo de cinco días de notificada la demanda) no había **preclusión** alguna: lo único que no se lograba era un pronunciamiento previo a la sentencia sobre las excepciones planteadas, por lo cual el demandado tenía que padecer todo el "juicio" antes de ver resueltas sus excepciones. Además, hay que tener en cuenta que conforme al artículo 1103 del viejo Código (que quedó invariado) en segunda instancia podían "las partes deducir excepciones no alegadas en primera instancia". Ergo, antes del CPC de 1993 no existía respecto a nuestra prescripción ninguna preclusión ni en primera ni en segunda instancia.

Al Decreto Ley Nº 21773 le siguió el Decreto Legislativo Nº 127 de 1981 que, confirmando a nuestra prescripción como "excepción", así como su tramitación incidental autónoma, agregó que "en ningún caso se podrá deducir excepciones ante la Corte Suprema" (art. 318, nuevo texto), y le dedicó unas palabras particulares a nuestra excepción. Es así que en consonancia con el artículo 1153 del Código Civil de 1936 los legisladores se sintieron en la necesidad de establecer que "la excepción de prescripción [podía] ser deducida en cualquier estado de la causa" (art. 318). Además, se estableció que en el supuesto en que se hubiera planteado (incidentalmente) la excepción de prescripción el juez podía "reservar su resolución para la sentencia".

Poco después sobrevino el Código Civil de 1984, que suprimió la regla contenida en el artículo 1153 del Código que derogaba, o sea, el que la prescripción pudiera oponerse en "cualquier estado de la causa". Como consecuencia, la suerte de nuestra "excepción" quedó expuesta a lo que regulara el Código Procesal.

Y así llegamos al CPC de 1993 que, como ya se dijo, (re)colocó entre las excepciones a nuestra prescripción. Pero a diferencia del CPC derogado (conforme al D. Leg. Nº 127) no se le dedicó ni media palabra para diferenciarla de las demás "excepciones". Como consecuencia, nuestra prescripción de ser una excepción "privilegiadísima" –en cuanto podía ser opuesta "en cualquier estado de la causa"– terminó reducida a ser tratada de la misma forma que las demás.

Ergo, hoy o se plantea nuestra "excepción" en el momento previsto por la ley procesal o no podrá plantearse nunca más. Lo cual, si se piensa resulta de lo más paradójico, pues el CPC de 1993 dice ser un Código "publicístico" y, sin embargo, con sus preclusiones impide que la prescripción pueda cumplir los "publicísticos" fines de "orden público" de dar "certeza a las relaciones jurídicas" (e impide que los procesos puedan terminar rápidamente).

Vistas así las cosas, resulta curioso que el "liberal" Código Civil de 1936 haya establecido que la prescripción podía ser opuesta "en cualquier estado de la causa" y, en cambio, el "publicístico" (*rectius*, autoritario) CPC de 1993 haya amarrado al prescribiente dentro de sus angustiosas preclusiones.

## 4. Prescripción y cosa juzgada

Pero allí no queda todo. Lo más grave se presenta cuando la excepción es efectivamente planteada y estimada. Como se lee en el inciso 5 del artículo 451 del CPC, su estimación determina que se declare "nulo todo lo actuado y concluido el proceso" (art. 451, inc. 5), con la consecuencia de que el proceso efectivamente concluye, pero con una resolución de mera *absolutio ab instancia*. ¿*Quid* de la *res in iudicium deducta*? ¿Se formará *res iudicata* sobre ella?

Quizá convenga siempre recordar que hasta antes del Decreto Ley Nº 21773 de 1977, la prescripción no se "oponía" a través de lo que podemos llamar "acto-excepción", sino que tenía el tratamiento de una cuestión de fondo privilegiadísima, pues podía oponerse en cualquier momento de la "causa" y cuya estimación conducía, a su vez, a la desestimación de la demanda, o sea, a la emisión de la resolución de fondo.

Pero adviértase que en 1977 se introduce a la prescripción entre la lista de excepciones de "previo pronunciamiento", no por considerarla una "cuestión procesal", sino solo para favorecer al demandado, es decir, para que en el supuesto que se verificaran los extremos de la prescripción pudiera obtener mucho más rápidamente una resolución desestimatoria de la demanda, pues caso contrario, tendría que esperar hasta la sentencia, mientras que en el CPC de 1993 se le (re)introduce como "excepción" (procesal) bajo el entendido de que lo que estaba en juego con ella era una "condición de la acción", cuya estimación da lugar simplemente a la anulación de todo lo actuado y consiguiente conclusión del proceso, o sea a una resolución meramente absolutoria de instancia, sin que exista —aparentemente— una declaración sobre el fondo, cuando, como toda excepción (verdadera) a lo único que debería conducir es a la emisión de una sentencia desestimatoria (o sea de fondo) por haberse, en el caso de la prescripción, extinguido, el derecho alegado por el actor, y como tal apta, a pleno título para adquirir la calidad de cosa juzgada.

Luego, como con la denominada "excepción de prescripción" no se denuncia ni la "invalidez de la relación procesal" ni el impedimento de pronunciarse sobre el fondo por omisión o defecto en una "condición de la acción", constituye un abierto desacierto el que el CPC le haya dado el tratamiento que le ha dado. En realidad, como bien lo señala Troisi, la excepción de prescripción "tiene una doble función, una de naturaleza sustancial y otra de naturaleza procesal: por un lado completa el supuesto de hecho [*fattispecie*] de prescripción, por el otro, como acto (procesal) normativo, desencadena el deber del juez de determinar, con sentencia declarativa, los efectos ya producidos por el supuesto de hecho [*fattispecie*] ya completada". Y sobre ello, es por demás lógico, debe formarse cosa juzgada.

## 5. La oposición de la prescripción por parte de terceros

En el paso del Código Civil de 1936 al de 1984 se produjo otra merma: la no precisión de quién puede oponer la prescripción (*rectius*, quien puede completar el fenómeno).

En efecto, como el ya recordado *sub* artículo 1991, el artículo 1152 del Código Civil de 1936 disponía que podían oponer la prescripción tanto los acreedores del deudor como

cualquiera que tuviera interés en ella, aunque el deudor no la opusiera o la renunciara. Ello ha desaparecido del todo en la actual regulación.

Sin embargo, hay que considerar que si la renuncia a la prescripción no es oponible a ciertos sujetos, esos mismos podrán, en defecto del prescribiente, del todo legítimamente deducir, de ser el caso, la correspondiente "excepción" de prescripción, ya sea que ellos mismos sean partes en un proceso o decidan intervenir en uno *inter alios* para hacer valer la prescripción (y repito, completar el fenómeno) que (directa o indirectamente) le favorece.

Así, legitimado para oponer la prescripción será el acreedor del deudor; el tercero propietario de los bienes hipotecados o prendados en garantía de deudas ajenas; el codeudor solidario, el causahabiente de aquel que ha adquirido en virtud de un negocio anulable, respecto de la acción de anulación del negocio mismo. Por no decir de aquellos terceros interesados en la reexpansión del derecho de propiedad cuando la prescripción esté referida a un derecho real *in re aliena* (usufructo, uso y habitación, servidumbre, entre otros).

Naturalmente, si el tercero pretende intervenir (*ad adiuvandum* o como *litisconsorcial*) en el proceso *inter alios* para hacer valer la prescripción se enfrentará con un problema suscitado por la tan severa regulación procesal: el artículo 101 *in fine* CPC establece que "los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que este se halle al momento de la intervención", con la consecuencia de que si en aquel proceso ya se maduró la preclusión para el planteamiento de las excepciones, podrán hacer muy poco para hacer valer la prescripción.

## 6. La prescripción en "vía de acción"

Es opinión corriente, aunque negada por no pocos, que el fenómeno prescriptorio puede ser completado en un proceso no solo con el planteamiento de la relativa excepción, sino además planteándola directamente como demanda. En lo personal considero que no hay disposición alguna que lo impida. A lo más se podría dudar de la existencia de un concreto interés para obrar por parte del prescribiente (o de tercero interesado), por lo cual será de la concreta *causa petendi* la que determinará la viabilidad de una demanda con tal objeto.

Ahora, la posibilidad del planteamiento "vía acción" podría ser un camino para superar las barreras preclusivas del CPC de 1993, en particular si es planteada como reconvención. Naturalmente, también aquí, cuando el CPC la permita (*vide* arts. 445, 490 y 559 CPC).

## DOCTRINA

ALLORIO, Enrico, El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial, EJEA, Buenos Aires, 1958; ALZAMORA VALDEZ, Mario, Derecho Procesal Civil. Teoría del proceso ordinario, 2.ª ed., Lima, 1968; ARIANO DEHO, Eugenia, Prescripción, "cuestiones" declarables de oficio y cosa juzgada, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 36, setiembre 2001; ARIANO DEHO, Eugenia, La prescripción "entrampada" entre las normas del Código Procesal Civil, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 61, octubre 2003; ARIANO DEHO, Eugenia, Sobre el poder del juez de "declarar" de oficio la nulidad ex art. 220 CC, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 52, enero 2003; AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil, T. I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CAPPELLETTI, Mauro, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, I, Giuffrè, Milano, 1962; CAPPELLETTI, Mauro, L'eccezione come contradiritto del convenuto, en Rivista di Diritto Processuale, 1961; CAPPELLETTI, Mauro, Nuovi fatti giuridici ed eccezioni nel giudizio di rinvio, en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1959; CARNELUTTI, Francesco, Eccezione ed analisi dell'esperienza, en Rivista di Diritto Processuale, 1960; CARNELUTTI, Francesco, ¿Un lapsus evidente?, en Rivista di Diritto Processuale, 1960; CHIOVENDA, Giuseppe,

Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, Editorial Revista de Derecho Privado N° 38 Madrid, 1948; CHIOVENDA, Giuseppe, Sulla "eccezione", (1927), en Saggi di Diritto Processuale Civile, al cuidado de Proto Pisani, I, Giuffrè, Milano, 1993; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; COLESANTI, Vittorio, Eccezione (dir. proc. civ.), voz de la Enciclopedia del Diritto, XIV, Giuffrè, Milano, 1965; CUEVA GARCÍA, Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva, en Ius et Veritas N° 21; DENTI, Vittorio, L'eccezione nel processo civile, (1961), en Dall'azione al giudicato, Cedam, Padova, 1983; RICCI, Edoardo F., Il limite dell'attività di parte nel giudizio di rinvio, en Rivista di Diritto Processuale, 1960; FABBRINI, Giovanni, L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione, en Scritti giuridici, I, Giuffrè, Milano, 1989; FERRERO, Augusto, Derecho Procesal Civil. Excepciones, 3.ª ed., Lima, 1980; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO Alfio, STELLA RICHTER, Giorgio y STELLA RICHTER, Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; GRASSO, Edoardo, La pronuncia d'ufficio. I. La pronuncia di merito, Giuffrè, Milano, 1967; LIEBMAN, Enrico Tullio, Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione, en Rivista di Diritto Processuale, 1960; LIEBMAN, Enrico Tullio, Ordine delle questioni e eccezione di prescrizione, en Rivista di Diritto Processuale, 1967; MONROY GÁLVEZ, Juan, Apuntes para un estudio sobre la excepción, en Temas de proceso civil, Lima, 1987; MONTERO AROCA, Juan, Derecho Jurisdiccional. II. El proceso civil, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MONTERO AROCA, Juan, El nuevo proceso civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; PROTO PISANI, Andrea, La tutela c.d. costitutiva, en Le tutele giurisdizionali dei diritti, Jovene, Napoli, 2003; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires, 1959; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Esi, Napoli, 1980; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, La prescrizione, T. I, en Il Codice Civile. Commentario dirigido por Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### No procede declarar de oficio la prescripción extintiva

*La sala superior confirma la impugnada aplicando indebidamente el artículo 1992 del Código Civil y estableciendo que la excepción de prescripción extintiva debe ser invocada por la parte emplazada vía excepción, sin tener en cuenta que la misma debe ser atendida al momento de calificar la demanda por mandato imperativo del artículo 921 del Código Civil, debiendo compulsar debidamente para tal efecto los medios probatorios aportados al proceso como la resolución expedida en el proceso penal y el trámite procedimental de conciliación extrajudicial* ***(Cas. N° 3073-2017-Lima Este).***

## Momento inicial del fenómeno prescriptorio

**Artículo 1993.-** ***La prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción y continúa contra los sucesores del titular del derecho.***

Concordancias:
*C.C. arts. 173, 178, 182, 432, 561, 562, 660, 1206, 1218, 1240, 1260, 1262, 1277, 1985; C. de C. arts. 578, 957, 963, 964, 965; C.P. art. 100; C.T. art. 44.*

EUGENIA ARIANO DEHO

### 1. Las incertidumbres del momento inicial

La disposición contenida en el artículo 1993 resulta por demás obvia si tenemos en cuenta que, según el artículo 1989, la prescripción provocaría el efecto de "extinguir" la acción. En tal sentido, recayendo la prescripción sobre la "acción", solo podrá comenzar a "correr" **su** plazo desde que puede ejercitarse aquella (y pese a ello no se ejercita). Con ello nuestro legislador parece haber traducido (al castellano y en positivo) la vieja máxima *actioni nondum natae non praescribitur*, solo que la ley no hace referencia al **nacimiento** de la "acción", sino a la **posibilidad** de que ella pueda ejercitarse, o sea que "nacida" esta no debe haber un impedimento para su "ejercicio".

Ergo, son dos los aspectos que entran a tallar: el "nacimiento" de la "acción", por un lado, y, por el otro, sus posibles "impedimentos".

Ahora bien, la pregunta obvia es ¿cuándo "nace" la "acción"? Y la pregunta no es retórica, pues uno de los grandes problemas a los que nos enfrenta la teoría de la *actio nata* está justamente en saber si esta "nace" en el momento de la violación del derecho (teoría de la lesión o violación) o en el momento en el que más simplemente podría realizarse el derecho prescindiéndose del todo de la lesión (teoría de la realización), momentos temporales no necesariamente coincidentes.

Naturalmente el problema está todo en que la prescripción ha sido mayormente concebida en referencia a las relaciones obligatorias (en particular las positivas de dar y de fuente contractual), prescindiendo de considerar otro tipo de relaciones jurídicas como podría ser el caso de las relaciones a que da lugar la constitución de derechos reales *in re aliena*. Es más, la referencia a la "acción" parece excluir que las relaciones jurídicas a que dan lugar la constitución de derechos reales *in re aliena* estén sujetas a la prescripción *ex* artículo 1989 y ss., y ello pese a que el inciso 2 del artículo 1021 para el usufructo (pero aplicable al derecho de uso y habitación) indique que aquel está sujeto a prescripción derivada de su "no uso" por el plazo de cinco años. Es por demás obvio que en el usufructo el *dies a quo* de la prescripción está constituido por el momento en el cual el usufructuario deje de ejercitar el derecho, algo que nada tiene que ver con la lesión o violación del derecho mismo. Y lo mismo puede repetirse en relación a las servidumbres (por lo menos las aparentes) que según el artículo 1050 se extinguen "en todos los casos" (¿también las no aparentes?) "por no uso" durante cinco años.

Pero, prescindiendo de los derechos reales *in re aliena*, en donde claramente es el **no ejercicio del derecho** el que abre la puerta de su extinción (digámoslo: por prescripción), lo previsto en el artículo 1993 hace bastante incierto determinar el momento inicial del decurso prescriptorio también en el ámbito de los derechos de obligación. ¿*Quid* en el depósito voluntario o el comodato sin plazo? ¿Cuándo iniciará el decurso prescriptorio del derecho a obtener la

devolución del bien? ¿Será desde el momento de la constitución del derecho o en el momento de la negativa de entrega? Igualmente, *¿quid*, tratándose del derecho a provocar la anulación de un negocio jurídico resultante de un vicio de la voluntad? ¿La prescripción comenzará a correr desde que se descubre el error o el dolo, o cesó la violencia o desde la celebración del negocio?

Ese tipo de preguntas quedan sin certera respuesta cuando se acogen reglas tan vagas como las expresadas en el artículo 1993, que bajo el cariz de ser una clara norma general no hace sino recrear viejos problemas, dando incertidumbre a la certidumbre que debería reinar en materia de prescripción, pues no cabe duda de que si no se sabe bien desde cuál momento se debe computar el *dies a quo* del plazo legal simplemente no podrá establecerse, a ciencia cierta, cuál será su *dies ad quem*.

Por otro lado, hay que tener muy presente que el término "acción" empleado en el artículo 1993, hace referencia (indirecta) al derecho (o en general a la situación jurídica de ventaja), lo cual implica que para determinar el *dies a quo* del plazo prescriptorio debe atenderse necesariamente al derecho en concreto y a su igualmente concreta posibilidad de ejercicio, vale decir, a los posibles impedimentos (inclusive de hecho) en los que podría encontrarse el titular de la situación jurídica activa.

## 2. Casos particulares

El Código Civil de 1936, siguiendo una técnica legislativa distinta a la seguida por el Código Civil vigente, había consagrado algunos supuestos típicos de *dies a quo* (arts. 1158 a 1162). Sin duda tal técnica tiene el mérito de dar certeza al *dies a quo* del plazo de prescripción, pero, a su vez, tiene el demérito de no cubrir toda la diversidad de situaciones sujetas a prescripción.

El Código Civil vigente pese a recurrir a la (vaga) "fórmula general" del artículo 1993 ha, sin embargo, dejado vivos algunos supuestos "especiales" de *dies a quo*. Así tenemos el artículo 432 (respecto de las "acciones" que recíprocamente asistan a los padres y al hijo por el ejercicio de la patria potestad, cuyo *dies a quo* es el día de aprobación de la cuenta); el artículo 537 (respecto a la "acción" del menor para anular los actos celebrados por su tutor, que se cuenta a partir del día en que cesó la incapacidad); el artículo 561 (que hace aplicable el artículo 432 a las relaciones entre tutor y menor); el artículo 1277 (respecto del derecho de repetición por pago indebido, que parte desde el momento en que se efectuó el pago).

Por su lado el viejo Código de Comercio tiene todo un banco de *dies a quo* especiales. Así el artículo 578 (respecto al derecho de solicitar "el arreglo de la cuenta corriente" –y otros supuestos–, se computa desde que se "pasó" la cuenta o aceptado el saldo de ella), así como todos los supuestos en materia de comercio marítimo indicados en los tres incisos del artículo 963, los artículos 964 y 965.

De todos estos supuestos típicos se puede inferir que el *dies a quo* del decurso prescriptorio no está constituido por la lesión o violación del derecho sino ya sea por el momento de surgimiento del derecho mismo o por la cesación de un impedimento para el ejercicio del mismo, por lo que debemos entender que en nuestro ordenamiento se encuentra acogida la "teoría" de la realización.

## 3. La *accessio temporis*

Señala la última parte del artículo 1993 que el plazo continúa a correr "contra los suce-
 sores del titular del derecho", norma esta no muy útil en materia de prescripción extintiva y,

en cambio, en extremo útil en la prescripción adquisitiva (*rectius*, usucapión). Y no es muy útil porque es de lo más obvio en el caso que haya habido una sucesión (a cualquier título) en la titularidad del derecho, a la inercia del titular actual deba sumarse la inercia del precedente titular (o los precedentes titulares) del derecho. Nótese, sin embargo, que el legislador hace referencia a la titularidad "del derecho", prueba probada de que lo que está en juego es siempre la situación sustancial y no ciertamente una procesal.

La norma en rigor poco tiene que ver con el momento inicial del decurso prescriptorio y a lo más debió estar en el artículo 2002 referente al *dies ad quem* del mismo.

## DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia, La prescripción "entrampada" entre las normas del Código Procesal Civil, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 61, octubre 2003; AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil, T.I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CHIOVENDA, Giuseppe, Azione, (1901), en Saggi di Diritto Processuale Civile, al cuidado de Proto Pisani, vol. III, Giuffrè, Milano, 1993; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino, 1996; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI. Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO, Alfio; STELLA RICHTER, Giorgio; STELLA RICHTER, Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GIANTURCO, Emanuele, Istituzioni di diritto civile italiano, Barbera, Firenze, 1921 (reimpresión 1998); GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; GUARNERI, Attilio, L'exordium praescriptionis, en Rivista di diritto civile. 2013; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino, 1996; PUGLIATTI, Salvatore, Esercizio del diritto, en Enciclopedia del Diritto, XV, Giuffrè, Milano, 1966; ROSELLI, Federico y VITUCCI Paolo, La prescrizione e la decadenza, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, Utet, Torino; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; RUPERTO, Saverio, Compimento della prescrizione e computo dei termini di prescrizione, en La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci, t. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires, 1959; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Esi, Napoli, 1980; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, La prescrizione, T. I, en Il Codice Civile. Commentario dirigido por Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1990.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

*Dies a quo* de la acción de nulidad negocial

*(E)sta Sala Suprema ha establecido en reiterada jurisprudencia que el artículo 1993 del Código Civil debe interpretarse en el sentido que el plazo de prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción* –dies a quo–, *lo que ocurre cuando se toma conocimiento de la existencia del acto jurídico que se trata de impugnar, pues es evidente que es solo a partir de dicha fecha en que se está en posibilidad de actuar* **(Cas. N° 18-2015-Lambayeque).**

*Dies a quo* de la acción de resarcimiento de daños

*(S)iendo que en el caso de autos el actor recién tuvo certeza de la enfermedad de neumoconiosis desde el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis, cuando a través del certificado médico de invalidez se precisó expresamente "insuficiencia respiratoria, fibrosis pulmonar, silicosis", señalándose recién en esta oportunidad un menoscabo del 80 % de la salud del demandante con una incapacidad permanente para el trabajo, debiéndose precisar que los anteriores exámenes como los que obran de fojas veintiuno a veintitrés solo señalan sospechas de procesos neumónicos. Por lo tanto, es desde el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y seis que debe computarse el plazo de prescripción, por cuanto desde tal oportunidad el actor tuvo la certeza de la enfermedad que padece* **(Cas. N° 2352-2012-Moquegua).**

## Causas de suspensión del decurso prescriptorio

**Artículo 1994.-** *Se suspende la prescripción:*

1.- *Cuando las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 incisos del 1 al 8 no cuentan con sus representantes legales(*).*

2.- *Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.*

3.- *Entre las personas comprendidas en el artículo 326.*

4.- *Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.*

5.- *Entre las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9 y las personas que le prestan apoyos necesarios, durante el ejercicio del apoyo brindado(**).*

6.- *Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.*

7.- *Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo.*

8.- *Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.*

Concordancias:
*C.C. arts. 43, 44, 47, 318, 319, 326, 461, 549, 597 y ss., 1181, 1197, 1995, 2057 y ss.; C.P.C. art. 182; C.T. art. 46; LEY 26872 art. 15, 19*

## Reanudación del decurso prescriptorio

**Artículo 1995.-** *Desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente.*

Concordancias:
*C.C. art. 1994; D.S. 001-2008-JUS art. 23*

**Eugenia Ariano Deho**

### 1. El plazo de prescripción como plazo "elástico"

El plazo de prescripción, como todo plazo, tiene un momento inicial *(dies a quo)* y un momento final *(dies ad quem)*. Sin embargo, una de las notas características del plazo prescriptorio es el de ser "elástico", en el sentido de que una vez que arranca a correr no está dicho que su *dies ad quem* sea fatalmente el del vencimiento de los plazos indicados en el artículo 2001, por cuanto, entre su *dies a quo* y el *dies ad quem* prefijado por la ley, pueden producirse determinadas circunstancias que comporten ya sea un nuevo *dies a quo* (interrupción) o una pausa en el decurso del plazo (suspensión) lo que comporta inevitablemente la postergación del *dies ad quem*. Esta "elasticidad" del plazo prescriptorio conduce a considerar que el momento del perfeccionamiento de la "fase preliminar" del fenómeno prescriptorio puede presentarse bastante complejo e incierto.

Ahora bien, teniendo siempre presente que el fenómeno prescriptorio está ligado a la no actuación de una concreta relación jurídica por un determinado periodo de tiempo legal, el

(*) Texto del inciso 1 según modificatoria efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.
(**) Texto del inciso 5 según modificatoria efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

que la propia ley establezca que ese periodo de tiempo pueda "estirarse" responde a la consideración de que en determinadas circunstancias la permanencia del estado de inactuación de la relación está justificada y así siéndolo tal periodo de inactividad no se tome en cuenta a los efectos del cómputo del plazo legal.

De allí que no exista mejor palabra para indicar esta pausa en el devenir del plazo que "suspensión", en cuanto nos rinde la idea de algo que, por el verificarse de determinadas circunstancias, momentáneamente se detiene, para luego, una vez cesadas aquellas reemprender su marcha.

## 2. Los supuestos legales de suspensión

La doctrina discute si el decurso prescriptorio se pueda suspender solo por las causas indicadas en la ley o pueda considerarse también suspendido por otras circunstancias análogas no tipificadas, vale decir, se discute si los supuestos de suspensión son taxativos o no. En mi concepto, la respuesta va por la taxatividad y ello en atención a que las normas sobre suspensión son excepcionales y como tales no aplicables por analogía (art. IV T.P.).

Los supuestos legales de suspensión de decurso prescriptorio importan la objetivización normativa de circunstancias que hacen difícil e incluso imposible la actuación de las situaciones jurídicas nacientes de determinada relación jurídica. Tales circunstancias son bastante heterogéneas, pero queriendo agruparlas se podían distinguir entre aquellas atinentes a las relaciones entre las partes (incs. 2, 3, 4, 5 y 7), a las condiciones del titular (incs. 1 y 6) y, en soledad, aquella atinente a la imposibilidad de demandar ante juez peruano (inc. 8).

## 3. La suspensión por las relaciones entre las partes

Como hemos indicado, los supuestos de los incisos 2, 3, 4, 5 y 7 tienen como denominador común el atender a las particulares relaciones existentes entre determinados sujetos que hacen justificado que no se ejerciten los derechos que podrían tener los unos frente a los otros. De allí que sea razonable que todo el periodo de tiempo en que la circunstancia persista no corra el plazo de prescripción.

El primer supuesto se da entre los cónyuges. El Código Civil vigente, a diferencia del de 1936 (art. 1157, inc. 2), no hace derivar la suspensión de la mera relación matrimonial, sino del particular régimen patrimonial bajo el que se encuentren los cónyuges. En tal sentido, se señala que solo se producirá la suspensión cuando los cónyuges estén bajo el régimen de sociedad de gananciales. Ergo, si están bajo el régimen de separación de patrimonios el plazo de prescripción corre del todo normalmente. En mi concepto, ello es un error por cuanto la suspensión de la prescripción respecto de las relaciones jurídicas *inter* cónyuges no debería depender del régimen patrimonial, sino de la particular relación (*in primis*, afectiva) en las que se encuentran aquellos, pues de correr la prescripción podría inducirlos a entrar en un conflicto, que podría poner en riesgo las normales relaciones conyugales.

Ergo, según nuestra ley durante toda la vigencia de la sociedad de gananciales (y no del matrimonio) el decurso prescriptorio se considera suspendido. Ello significa que como regla el *dies a quo* de la suspensión será el de la celebración del matrimonio y el *dies ad quem* será el del fenecimiento de la sociedad de bienes, para cuya determinación entra a tallar el artículo 319 que establece el momento en que jurídicamente se considera fenecida la sociedad de gananciales. Particularmente importante para determinar el *dies ad quem* de la suspensión es el supuesto de fenecimiento de la sociedad de bienes como consecuencia del proceso

de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos, de divorcio o de separación judicial de patrimonios. En tales supuestos, el fenecimiento de la sociedad de gananciales no se considera producido desde el momento en que la sentencia estimatoria de la demanda queda firme, sino que lo retrotrae al momento de la notificación de la respectiva demanda.

El segundo supuesto se refiere a la relación de convivencia conforme a lo regulado en el artículo 326. La lógica es la misma que nutre el inciso 2 del artículo 1994, vale decir, que la suspensión se produzca en atención a que la unión de hecho "origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales". Pero aquella, a diferencia de la que genera la "unión" matrimonial no se produce desde el inicio de la convivencia, sino que está condicionada a que la "unión" haya durado por lo menos dos años continuos. Estas circunstancias hacen bastante incierto tanto el *dies a quo* de la suspensión como su *dies ad quem*, en cuanto, salvo en el caso de muerte o ausencia de uno de los convivientes, el momento preciso de los demás supuestos de terminación de la unión de hecho (mutuo acuerdo o decisión unilateral) pueden ser de difícil prueba.

Los incisos 4 y 5 contienen dos supuestos que se reconducen a uno solo: el decurso de la prescripción se suspende entre los menores de edad o los sujetos con capacidad de ejercicio restringida con sus representantes legales (padres o tutores) o apoyos, respectivamente. Debe entenderse que tal supuesto que es bilateral, vale decir, que opera en beneficio tanto del menor de edad o de los sujetos con capacidad de ejercicio restringida como de sus representantes legales o sus apoyos según el caso. La razón de la suspensión es obvia: estos tiene que obrar en interés (y no en contra) de aquellos; el menor de edad o el sujeto con capacidad de ejercicio restringida, debido a su condición, no pueden obrar sino a través de su representante o apoyo. Ergo, a fin de evitar el conflicto de intereses (que implique, por ejemplo, una suspensión de la patria potestad, la sustitución del tutor o del apoyo) el ordenamiento opta por suspender el decurso prescriptorio respecto de cualquier relación jurídica que podría existir entre los involucrados.

El último supuesto relativo a las particulares relaciones entre las partes es el contenido en el inciso 7 y atiende a la particular relación que se establece entre las personas jurídicas y sus administradores. En tal sentido, el Código Civil establece que se suspende el decurso prescriptorio mientras los administradores de la persona jurídica se encuentren en el ejercicio del cargo. Parecería que también en este caso la suspensión fuera recíproca, o sea, que valga tanto para la persona jurídica como para el administrador, aunque es probable que el legislador haya más bien pensado en los derechos que podría tener la persona jurídica en relación con sus administradores y, en particular, en la responsabilidad de aquellos por *mala gestio*. Y sobre este aspecto hay que decir que se ha reducido el ámbito operativo de este supuesto de suspensión en cuanto la Ley General de Sociedades ha sometido a un plazo de caducidad (y ya no de prescripción) a la "pretensión" social de responsabilidad de los administradores (arts. 184 y 197). Como consecuencia, el inciso 8 operará solo en relación con personas jurídicas que no se organicen como sociedades. No está de más decir que, dada la taxatividad de los supuestos de suspensión, ella no funciona tratándose de entes no personalizados (como la asociación, la fundación y los comités no inscritos).

## 4. La suspensión por las condiciones del titular

Los supuestos indicados en los incisos 1 y 6 atienden a la particular circunstancia en la que se encuentra el titular del derecho que carece de quién pueda hacerlo valer por él. El actual inciso 1 es claro al respecto: mientras el sujeto con capacidad restringida comprendido

entre los incisos 1 al 8 (cabe recordar que los incs. 2 y 3 han sido derogados) del artículo 44 no cuente con representante el decurso de la prescripción no corre. Algo distinto es el supuesto del inciso 6, pues este hace referencia al periodo entre el pedido y el nombramiento de curador de bienes, "en los casos que procede" (cfr. las heterogéneas circunstancias establecidas en los artículos 597, 598 y 599).

## 5. Suspensión por imposibilidad de reclamar ante tribunal peruano

El inciso 8 establece un supuesto de suspensión bastante sui géneris y responde a la idea de que objeto de la prescripción sea la "acción". Así resulta, *prima facie*, asaz razonable que, si el juez peruano es el competente para conocer de la "acción" y esta no pueda ejercitarse por algún motivo ante tal juez (porque, por ejemplo, no existe "atención" de la dependencia judicial) el decurso prescriptorio no corra. El legislador, al parecer, pensó en el caso extremo de una imposibilidad de "reclamar ante tribunal peruano" debida a invasión del territorio nacional por fuerzas extranjeras. Sin embargo, es mucho más razonable pensar en casos más comunes como el que tal imposibilidad se produzca debido a calamidades naturales (inundaciones, terremotos, incendios, entre otros) o eventos de otra naturaleza (como, por ejemplo, huelga de los empleados judiciales o el cierre de las dependencias tal como ocurrió tras el golpe de Estado del 5 de abril de 1992) en donde es muy sensato que el titular del derecho no se vea perjudicado con la maduración de la "fase preliminar" del fenómeno prescriptorio.

Ahora, yo creo que el legislador no ha encuadrado correctamente tal supuesto de "imposibilidad" y hubiera sido más razonable encuadrarlo como una excepción a la regla del artículo 2002, o sea, no como supuesto de suspensión del decurso prescriptorio (que es por lo general una pausa *medio termine*), sino como prórroga del *dies ad quem* por todo el periodo en que las dependencias judiciales no pudieran "atender" normalmente. En tal sentido, la "suspensión" no debería ser del **decurso** del plazo prescriptorio sino del **vencimiento** del plazo, vale decir, solo cuando el *dies ad quem* ocurriera cuando las dependencias judiciales peruanas no pudieran funcionar.

El haber establecido como supuesto de suspensión la "imposibilidad de reclamar ante tribunal peruano" conlleva que el cómputo del mismo se puede volver bastante complejo, en cuanto determina que se deban tomar en cuenta todas las "pausas" (obviamente, si alegadas y probadas) que hubieran podido ocurrir en su transcurso.

## 6. El supuesto impropio de suspensión del artículo 19 de la Ley de Conciliación y el artículo 182 CPC

Si todos los supuestos de suspensión atienden, mal que bien, a particulares dificultades en las que se encuentran las partes de una relación jurídica, dificultades que hacen legítimo el no ejercicio de las situaciones de ventaja de ellas nacientes, con el artículo 19 de la Ley de Conciliación se desnaturaliza la institución de la suspensión.

En efecto, el artículo 19 de la Ley N° 26872 (conforme a la reforma del D. Leg. N° 1070) establece que: "Los plazos de prescripción establecidos en la normativa vigente se suspenden a partir de la fecha de presentación de la solicitud de Conciliación Extrajudicial hasta la conclusión del proceso conciliatorio". La disposición es discutible, pues es contraria a la *ratio* de la suspensión del decurso prescriptorio, pues la imposición de la obligatoriedad del intento de conciliación previa al proceso judicial en relación con "derechos disponibles" (art. 7, Ley de Conciliación) no representa para el "solicitante" una "dificultad" o "impedimento" a la

actuación de la relación jurídica. Lo correcto hubiera sido establecer como efecto de la notificación de la solicitud de conciliación la interrupción del decurso prescriptorio (o mejor de "interrupción-suspensión", como se verá *sub* artículo 1998) y el reinicio de su decurso tras la conclusión del procedimiento.

Otro supuesto bastante sui géneris de suspensión se encuentra en el artículo 182 CPC respecto de la solicitud de obtener auxilio judicial (o sea, del beneficio de litigar sin gastos). Tal artículo establece que "el pedido de auxilio antes de la demanda suspende la prescripción, salvo que concediéndose transcurran treinta (30) días de notificado sin que se interponga la demanda".

## 7. Ineficacia de la suspensión frente a determinados sujetos

Al fundarse la suspensión del decurso prescriptorio en las particulares circunstancias en que se encuentran ciertos sujetos, es obvio que aquella se produzca solo en relación con tales sujetos. Ello resulta evidente en las relaciones jurídicas plurisubjetivas y, en particular, en los supuestos de obligaciones indivisibles y en las solidarias.

Es así que el artículo 1197 en cuanto a las obligaciones solidarias (aplicable *ex* artículo 1181 también a las obligaciones indivisibles) establece que "la suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores o acreedores solidarios no surte efecto para los demás". Sin embargo, agrega que, por un lado, "el deudor constreñido a pagar puede repetir contra los codeudores, aun cuando estos hayan sido liberados por prescripción" y, por el otro, que "el acreedor que cobra, respecto al cual se hubiera suspendido responde ante sus coacreedores de la parte que les corresponde en la obligación". Con ello, el legislador pone en evidencia que en el caso de obligaciones plurisubjetivas aun cuando los supuestos de suspensión no operen sino en la específica relación entre coacreedor-deudor y acreedor-codeudor, una vez extinguida la obligación, funcionan las reglas de la solidaridad como si la prescripción no hubiera estado en juego, o sea, que el acreedor que reciba el íntegro de la prestación deberá atribuir a cada uno de sus coacreedores la parte que les corresponde aun cuando contra ellos sea oponible la prescripción (lo que significa que el coacreedor no puede hacer valer contra los coacreedores la prescripción) y el deudor que pagó tendrá el derecho de repetir contra sus demás codeudores (lo que significa que los codeudores no le pueden oponer al que pagó la prescripción "ya ganada"), incluso cuando se hayan ya liberado frente al acreedor común (lo que presupone la alegación frente a él de "querer valerse de la prescripción"). Ergo, la suspensión de la prescripción opera (relativamente) solo en la relación externa, mas no tiene ningún efecto en las relaciones internas entre coacreedores o codeudores.

## 8. Reanudación del decurso prescriptorio

Conforme al artículo 1995, "desaparecida la causa de suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido". Con esta disposición se pone en evidencia que la suspensión es un paréntesis, una pausa transitoria en el devenir del plazo prescriptorio que se coloca *medio tempore* entre el *dies a quo* y el que sería el *dies ad quem* si es que no operara una causa de suspensión. Cuando así ocurre el plazo que corrió desde el *dies a quo* del decurso prescriptorio hasta el *dies a quo* de la causa de suspensión se "adiciona" al plazo que corre desde que cesa la causa de suspensión. Por ello se habla, con toda corrección, de "reanudación" del curso de la prescripción.

Ahora, ese es el caso "normal" para computar el plazo de prescripción frente a un evento suspensivo, pero que no excluye que la suspensión comience a operar desde el que debería ser

el *dies a quo* mismo del decurso prescriptorio, lo que puede producirse cuando la relación jurídica nazca mientras la o las partes se encuentren en algunos de los supuestos del artículo 1994.

En el caso de la suspensión impropia *ex* artículo 19 de la Ley de Conciliación, el plazo se reanuda a la conclusión del proceso conciliatorio de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la misma Ley, salvo que el logro de un acuerdo se deba a la inasistencia de una parte a dos sesiones, a la inasistencia de ambas partes a una sesión o por decisión del Conciliador "por advertir violación a los principios de la Conciliación, por retirarse alguna de las partes antes de la conclusión de la Audiencia o por negarse a firmar el Acta de Conciliación", en que simplemente no se considera suspendido el plazo de prescripción.

## DOCTRINA

AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo; BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil, T. I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO, Alfio; STELLA RICHTER, Giorgio; STELLA RICHTER, Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; IANACCONE, Attilio, Sospensione per la condizione del titolare, en La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci, t. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; IANACCONE, Attilio, Sospensione per rapporti tra le parti, en La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci, t. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, Torino, 1996; ROSELLI, Federico-Vitucci Paolo, La prescrizione e la decadenza, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, Utet, Torino; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires, 1959; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4.ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, voz Prescrizione. Diritto Civile, en Enciclopedia giuridica Treccani, Vol. XXIV, Istituto Treccani, Roma, 1991.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Efecto jurídico de la suspensión del plazo de prescripción**

*{E}l artículo 1994 del Código Civil regula la figura de la suspensión, la cual debe entenderse como aquel paréntesis en el transcurso del plazo, es decir que mientras subsista la causal de suspensión, el plazo no corre; sin embargo, concluida dicha causal, el plazo retoma su avance sumándose al tiempo acumulado antes que la suspensión tuviera lugar (Cas. Nº 5383-2009-Lima).*

**Reanudación del plazo prescriptorio**

*{E}l transcurso del plazo de prescripción puede ser materia de suspensión o interrupción. El primero de los casos se funda en la incapacidad de las personas o en las relaciones que median entre ellas por lo que durante ese lapso se suspende el término hasta que desaparezca la causa, reanudándose su curso adicionando el tiempo transcurrido anteriormente conforme lo señala el artículo 1995 del Código Civil (Cas. Nº 2026-01-Lima).*

## Interrupción de la prescripción

**Artículo 1996.-** *Se interrumpe la prescripción por:*

*1.- Reconocimiento de la obligación.*

*2.- Intimación para constituir en mora al deudor.*

*3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.*

*4.- Oponer judicialmente la compensación.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1181, 1196, 1199, 1205, 1288, 1333, 1997; C.P.C. arts. 35, 168, 292, 294, 296 incs. 1) y 3), 430, 438, 442, 637, 802; C. de C. art. 955; C.T. art. 45; D.LEG. 1071 9ª disp. comp.; D.LEG. 1049 art. 154*

EUGENIA ARIANO DEHO

### 1. Interrupción del decurso prescriptorio

Como ya se ha dicho, una de las características del plazo de prescripción es su "elasticidad", en el sentido de que entre su *dies a quo* y su *dies ad quem* legal pueden producirse ciertos eventos que determinan que el momento final termine "estirándose". Y si el sobrevenir de eventos suspensivos determina que el plazo deje de correr (o simplemente no corra *ab initio*) hasta el cese de tales eventos, puede ocurrir que con el sobrevenir de otras circunstancias, el tiempo ya transcurrido sea privado de toda relevancia a los efectos de la formación del fenómeno prescriptorio, reiniciando el plazo a correr *ex novo*.

### 2. La *ratio* de la interrupción

La *ratio* de la interrupción del decurso del plazo legal de prescripción es profundamente distinta de aquella de la suspensión, pues si esta última se funda en la justificación de la inactuación de la relación jurídica frente a la existencia de determinadas circunstancias que rodean a las partes, la primera más bien atiende al sobrevenir de determinados eventos que evidencian la ausencia de la *ratio* misma del fenómeno prescriptorio: la vitalidad de la relación jurídica.

En efecto, si la prescripción encuentra su razón en no dejar eternamente vivas relaciones jurídicas "aletargadas" por determinado periodo de tiempo, cuando, dentro de tal periodo, las partes de la relación salen del letargo, el instituto de la prescripción pierde su razón concreta y resulta por demás obvio que comience de nuevo, siempre que, es bueno aclararlo, la actividad que realizan las partes de la relación no conlleve la extinción de la relación misma pues, caso contrario, sería del todo inútil pensar siquiera en la prescripción en cuanto a una relación jurídica agotada.

### 3. Interrupción por reconocimiento

Si se revisan los supuestos de interrupción previstos en el artículo 1996, se podrá fácilmente advertir que el legislador pensó solo en un tipo de relación jurídica: la obligatoria. Ello se aprecia demasiado claramente en su inciso 1 que establece como evento interruptivo del decurso prescriptorio el del "reconocimiento de la obligación".

El que el legislador le haya dado a este acto (que es privativo del deudor) efecto interruptivo induce a considerar la inutilidad de seguir insistiendo que los efectos (extintivos) de la prescripción recaen sobre la vieja "acción" (o su palabra subrogada: "pretensión"), pues si el reconocimiento del derecho por parte del sujeto del deber interrumpe la prescripción, es del todo evidente que nos movemos en el más puro plano sustancial y nada de procesal está en juego.

Por otro lado, el inciso 1 pone en evidencia que el fenómeno prescriptorio está ligado a la no actuación de la relación jurídica, bastando que uno de los sujetos vinculados por ella ponga en acto un comportamiento que denote la vitalidad de la misma para que la prescripción se "corte" y retome un nuevo curso.

Yendo al supuesto interruptivo mismo quizá lo primero que haya que aclarar es que el inciso 1 no debe leerse restrictivamente en el sentido de que el acto de reconocimiento de la obligación al que la ley reconecta el efecto interruptivo sea necesaria y exclusivamente el reconocimiento formal *ex* artículo 1205, es decir, el que puede realizarse o "por testamento" o "por acto intervivos" y con la forma prevista (si es que está prevista) para el acto constitutivo de la obligación.

En realidad, así como puede haber una renuncia tácita de la "prescripción ya ganada" por ejecutarse un acto incompatible con la voluntad de favorecerse de ella (art. 1991), a los efectos de considerar interrumpida la prescripción puede haber también un reconocimiento implícito de la obligación por parte del deudor. Así, en actos tales como el pago parcial, en el pedido de prórroga para el pago o que este se haga en cuotas periódicas, la inclusión del crédito en la solicitud de apertura del procedimiento concursal por parte del propio deudor, en el ofrecimiento de pago *ex* artículo 1252, en la oposición de la compensación por parte del deudor (en cuanto implica admitir el crédito), entre otros. De igual forma, siempre a los efectos de considerar interrumpido el decurso prescriptorio, puede encontrarse un (inducido) reconocimiento de la obligación (expreso o tácito) cuando este se obtenga en una absolución de posiciones en la (mal) llamada prueba anticipada *ex* artículo 294 del CPC, en el propio reconocimiento de documentos privados *ex* artículo 292 del CPC obtenido en la misma vía, así como un reconocimiento que se desprenda de un escrito o actuación judicial *ex* artículo 221 del CPC. La propia "renuncia preventiva", o sea antes del *dies ad quem* del decurso prescriptorio, ineficaz como renuncia, debe considerarse como un reconocimiento implícito y como tal interruptivo del decurso prescriptorio.

Lo importante es que se trate de actos voluntarios (espontáneos o inducidos) que impliquen la admisión de la deuda y cuya fecha pueda establecerse con certeza.

Ahora bien, dado que la ley circunscribe este supuesto de interrupción solo al ámbito de las relaciones obligatorias, la pregunta es si el reconocimiento del derecho ajeno (o, según como se mire, del deber propio), puede operar como supuesto de interrupción más allá de aquellas. Se siente la tentación de decir que sí, en particular en relación con los derechos reales *in re aliena*, en donde el reconocimiento de la existencia del usufructo, de derecho de uso, de habitación o de servidumbre por parte del propietario debería ser suficiente para interrumpir el decurso del plazo de prescripción derivada del "no uso" por parte de su titular.

En donde parece que se deba excluir la posibilidad de que el reconocimiento del derecho ajeno pueda interrumpir la prescripción es en el ámbito de los derechos potestativos (nulidad, anulación o revocación de un acto fraudulento, entre otros), dada la total irrelevancia del comportamiento del sujeto pasivo en este tipo de situaciones jurídicas de ventaja.

## 4. La interrupción por actos del titular de la situación de ventaja. La "intimación para constituir en mora"

El inciso 2 consagra otro acto interruptivo propio de las relaciones obligatorias como lo es "la intimación para constituir en mora". Obviamente, lo trascendente de este supuesto no está tanto en la "constitución en mora" (que es un efecto de la intimación), sino la intimación para cumplir que dirige el acreedor a su deudor, que es la que revela la vitalidad de la relación jurídica. De allí que también en los supuestos de mora *ex re* (por pacto o por ley) debe considerarse que la intimación para cumplir interrumpe la prescripción.

Como fuere, estamos ante un supuesto interruptivo que puede operar solo en cuanto a relaciones obligatorias y a nivel extrajudicial (sin límite de veces).

## 5. Sigue. La "citación con la demanda"

El inciso 3 contiene el acto interruptivo por excelencia, aquel que llena de serenidad a los que sostienen que el objeto de la prescripción es la "acción" (o la "pretensión"): la citación con la demanda. En rigor, este es el único supuesto "general" (al menos en su primera parte) previsto por el legislador en cuanto aplicable sea cual fuere la relación jurídica de que se trate y que, más que ninguna, pone en evidencia la vitalidad de la relación en cuanto implica llevar a su sujeto pasivo ante el juez.

Ahora, lo importante de esta causa interruptiva no está en el acto de interposición de la demanda *per se*, sino en la "citación" con ella, vale decir, en el que el demandado tome conocimiento de la existencia de la demanda en su contra. En tal sentido, "citación" equivale a "notificación" de la demanda (el "traslado" al que alude el art. 430 CPC). Ergo, en nuestro sistema no es la mera interposición de la demanda la que interrumpe el decurso prescriptorio, sino la notificación que se hace al demandado. Cualquier duda que puede suscitar la palabra "citación" se resuelve, con base (como se verá) en lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 1997 y en el inciso 4 del artículo 438 del CPC (que establece que el "emplazamiento válido con la demanda" interrumpe la prescripción), pero sobre todo en consideración a que no es el mero acto del titular del derecho el que interrumpe la prescripción, sino el conocimiento de tal acto por parte del titular del deber.

Sobre el particular quizá convenga aclarar que, siguiendo una larga tradición del proceso común medieval, nuestra demanda como acto escrito de inicio de un proceso (art. 424 CPC) no es un acto directamente dirigido al demandado (como lo es la "citación" franco-italiana), sino uno que *in primis* se dirige al juez (inc. 1 del art. 424 CPC), el que se vuelve una suerte de intermediario entre el actor y el demandado, pues la demanda para iniciar el proceso debe previamente ser "admitida". Esta función intermediaria del juez propia de los ordenamientos procesales de inspiración medieval ha sido en exceso fortalecida con el CPC de 1993, que (ni más ni menos) ha transformado al juez en un auténtico "filtro" de toda demanda (arts. 426 y 427 CPC), con la consecuencia de que no toda demanda llega siempre a conocimiento del demandado, pues esta puede bien ser "rechazada" *in limine* sin que su "destinatario final" tome siquiera conocimiento de ello (art. 427 *in fine* CPC). Ello conlleva que el efecto interruptivo *ex* inciso 3 del artículo 1996 simplemente no se produzca, sin dejar de decir que el propio "filtraje" *ex* artículos 426 y 427 del CPC hace que se demore el momento de la llamada "admisión" de la demanda y, como consecuencia, el momento de su notificación.

Obviamente, la notificación debe dirigirse al sujeto pasivo de la relación, pero conforme al artículo 436 del CPC, igual efecto se produce cuando se notifica al apoderado "siempre

que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de la competencia territorial del Juzgado".

Más problemático se presenta el efecto interruptivo cuando el demandado deba, en los supuestos del artículo 435 del CPC (demandado incierto o desconocido; demandado con domicilio desconocido), ser notificado por vía edictal. Dado que conforme al tercer párrafo del artículo 168 del CPC, "la resolución se tendrá por notificada el tercer día de la última publicación", parecería inevitable considerar que desde ese momento se ha producido la interrupción de la prescripción. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los casos del artículo 435 del CPC no es la "demanda" la que se notifica por vía edictal, sino el emplazamiento, que en esos casos, lo es para que el sujeto emplazado se apersone al proceso. De apersonarse a tiempo el emplazado por vía edictal, recién se le notificará la demanda. Será recién en ese momento que se producirá el efecto interruptivo. Por el contrario, si el emplazado no se apersona oportunamente, se le designará un curador procesal, el cual, una vez aceptado el cargo, será notificado con la demanda. Será recién con la notificación de la demanda al curador que se producirá, en relación con el demandado, la interrupción de la prescripción.

Como fuere, resulta claro que es, *in primis*, la notificación de la demanda (como acto de puesta en conocimiento) la que produce el efecto interruptivo. Ciertamente, desde el momento que la notificación es un acto realizado por "el funcionario o empleado encargado de practicarlas" (art. 160 CPC), debido a las disfunciones del servicio judicial el actor puede verse perjudicado notablemente por la demora en la entrega de las notificaciones, poniendo en riesgo (en particular en relación con plazos de prescripción breves) la posibilidad misma de la interrupción, en cuanto la demanda puede bien haberse planteado antes del *dies ad quem* prescriptorio, pero la notificación sea entregada con posteridad a tal momento.

## 6. Sigue. Otro acto "con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente"

Particularmente importante es la segunda parte del inciso 3 que establece que la prescripción se interrumpe además con otro acto "con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente", pues pone en evidencia que para nuestra ley no es el acto del titular del derecho el que interrumpe la prescripción, sino el conocimiento de tal acto por parte del sujeto pasivo de la relación.

Ciertamente, la pregunta es a cuáles actos hace referencia la ley. Obviamente, deben ser actos que pongan en evidencia (al deudor) que el acreedor ha salido de su inercia. Así, fuera del ámbito del proceso declarativo en donde la regla es que la notificación de la demanda interrumpa la prescripción, entrarían dentro de la "categoría" de "otro acto" la notificación del mandato emitido en el procesos de ejecución (art. 690-C CPC), que es actos de intimación de cumplimiento del juez y no del acreedor, así como la notificación de la resolución concesoria de una medida cautelar (en particular del embargo) *ex* artículo 636 del CPC (esto es, la medida otorgada antes del inicio del proceso principal). También se debe considerar interrumpida la prescripción con la notificación de la resolución firme que declara improcedente la ejecución *ex* artículo 690-F y el penúltimo párrafo del artículo 720 del CPC. Discutible, en el ámbito de los procesos declarativos, es si el efecto interruptivo se produce cuando se notifica al demandado la resolución que concede la apelación en contra de la resolución que declara la improcedencia de la demanda *in limine,* conforme lo dispone el artículo 427 *in fine* del CPC, pues lo que se notifica al demandado no es la demanda, sino la apelación. Fuera del ámbito judicial, produce el efecto interruptivo el emplazamiento al deudor por parte de la

Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi (o sus delegadas) *ex* artículo 27 de la Ley General del Sistema Concursal, así como la notificación *ex* artículo 38.1 de la misma Ley.

Ahora, quizá lo más importante de la segunda parte del inciso 3 esté en la irrelevancia de la incompetencia del juez (o autoridad) ante el cual el titular del derecho se dirigió, a los efectos de considerar interrumpida la prescripción. Sobre ello retornaremos *sub* artículo 1997.

Por lo que atañe al arbitraje, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en el primer párrafo de su novena disposición complementaria establece que "comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral", con lo cual queda claro que no es la presentación de la solicitud de arbitraje la que interrumpe la prescripción, sino su comunicación a la otra parte.

## 7. Sigue. La oposición judicial de la compensación

La oposición de la compensación por parte del deudor a su acreedor constituye una forma de manifestar la vitalidad del derecho de crédito que pudiera tener el deudor hacia su acreedor.

De allí que no sorprende que el inciso 4 lo considere como un supuesto de interrupción. Naturalmente, el Código Civil circunscribe la "oposición de la compensación" a nivel judicial. Ello puede ocurrir de dos formas: como excepción sustancial en la contestación de la demanda (art. 442, inc. 4, CPC) o como reconvención *ex* artículo 445 del CPC (cuando según la ley procesal proceda). En ambos casos, la interrupción se produce con la notificación del escrito de contestación de la demanda (que es el "lugar" en donde se reconviene).

## 8. Efecto expansivo de la interrupción en las relaciones obligatorias plurisubjetivas

Conforme al artículo 1196 en las obligaciones solidarias (y en las indivisibles *ex* artículo 1181), "los actos mediante los cuales el acreedor interrumpe la prescripción contra uno de los codeudores solidarios, o uno de los acreedores solidarios interrumpe la prescripción contra el deudor común, surten efecto respecto de los demás deudores o acreedores", lo que significa que el acto de interrupción expande sus efectos a todos los sujetos de la relación jurídica, haciendo excepción a la regla (al menos en la solidaridad pasiva) de que solo lo favorable se expande hacia lo demás.

Alguna duda puede suscitar el reconocimiento de la obligación por parte de uno de los codeudores como acto que produce el efecto interruptivo *ex* inc. 1 del artículo 1996, pues según el artículo 1199 tal reconocimiento "no produce efecto respecto a los demás codeudores". Ergo, conteniendo el artículo 1199 una *lex specialis*, podría considerarse que en el caso de reconocimiento de la obligación no operaría el artículo 1196.

## DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia, ¿Diez años de "eugenesia" procesal? (los arts. 426 y 427 CPC), en Derecho Procesal Civil. Congreso Internacional, Fondo de Desarrollo Editorial. Universidad de Lima, Lima, 2003; ARIANO DEHO, Eugenia, La prescripción "entrampada" entre las normas del Código Procesal Civil, en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 61, octubre 2003; AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano, Prescrizione e decadenza, en Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco, Derecho Civil, T.I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; CIMMA, Maria Rosa, Prescrizione e decadenza, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino,

1996; FERRUCCI, Romeo, Della prescrizione e della decadenza, en Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO, Alfio; STELLA RICHTER, Giorgio; STELLA RICHTER, Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; GRASSO, Biagio, voz Prescrizione (Diritto Privato), en Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986; MURO ROJO, Manuel, Discrepancia en cuanto al cómputo del plazo en la prescripción extintiva, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 13, octubre, 1999; PANZA, Giuseppe, voz Prescrizione, en Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile, XVI, UTET, Torino, 1996; ROSELLI, Federico, Interruzione da parte del titolare, en La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci, t. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; ROSELLI, Federico, Interruzione per efetto di riconoscimento, en La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci, t. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; ROSELLI, Federico y VITUCCI, Paolo, La prescrizione e la decadenza, en Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, Utet, Torino; RUBIO CORREA, Marcial, Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SANTORO PASSARELLI, Francesco, Dottrine generali del Diritto Civile, Jovene, Napoli, 1954; SPOTA, Alberto, Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Vol. 3 (10), Depalma, Buenos Aires, 1959; TROISI, Bruno, La prescrizione come procedimento, Esi, Napoli, 1980; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4. ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo, voz Prescrizione. Diritto Civile, en Enciclopedia giuridica Treccani, Vol. XXIV, Istituto Treccani, Roma, 1991.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**La simple presentación de la demanda no interrumpe el decurso prescriptorio**

*{E}l decurso del plazo prescriptorio puede ser materia de suspensión o interrupción solo por las causas establecidas en la ley. En el caso de la interrupción, el artículo 1996 del aludido Código Civil ha establecido los casos en los cuales hay interrupción de la prescripción, siendo que el inciso 3 dispone que la prescripción se interrumpe por: "Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aún cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente", por tanto, no se puede alegar que la sola presentación de la demanda interrumpe el plazo de prescripción extintiva, sino que es preciso además que se haya verificado el emplazamiento con la demanda, pues de otro modo no es posible determinar que el demandado haya tomado conocimiento cierto de la acción que se promueve en su contra* ***(Cas. N° 131-2010-La Libertad).***

### PLENOS JURISDICCIONALES

**La interrupción de la prescripción no opera con la notificación sino con la presentación de la demanda**

*En el caso de interposición de la demanda dentro del plazo prescriptorio que establece la ley, pero notificada después de transcurrido el mismo, no se produce la prescripción de la acción* ***(Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil 2016. Tema N° 2).***

## Ineficacia de la interrupción

**Artículo 1997.-** *Queda sin efecto la interrupción cuando:*

*1.- Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996, inciso 3.*

*2.- El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvención o de la excepción con la que ha opuesto la compensación.*

*3.- El proceso fenece por abandono.*

Concordancias:
*C.C. art. 1996 incs. 3) y 4); C.P.C. arts. 343 a 354, 439; D.LEG. 1071 9ª disp. comp.*

EUGENIA ARIANO DEHO

### 1. Ineficacia de interrupción del decurso prescriptorio

El artículo 1997 establece en cuales supuestos la interrupción de la prescripción *ex* incs. 3 y 4 del artículo 1996 es ineficaz, vale decir, es como si no se hubiera producido.

Luego, la ley no se ocupa ni de la ineficacia de la interrupción por causa de reconocimiento ni de aquella provocada por la intimación para constituir en mora al deudor.

### 2. Ineficacia por no haberse citado al deudor o por no haberse realizado la notificación de "los otros actos"

Es regla de Derecho Procesal que para que un acto del proceso sea válido no basta que haya respetado todas las reglas formales, sino que además debe haber cumplido su finalidad (art. 171 CPC); y cuando de notificaciones se trata la finalidad es la de poner en conocimiento de las partes el contenido de una determinada resolución judicial (art. 155 CPC). Cuando se trata de la primera notificación al demandado lo que está en juego es mucho más: no puede haber proceso válido si es que lo que el Código Civil llama "citación con la demanda" está viciada.

A esta situación hace referencia el inciso 1, lo que pone en absoluta evidencia que el efecto interruptivo se produce con (y en el momento de) la notificación al sujeto pasivo de la relación (para el proceso: el demandado) y no ciertamente con la mera interposición de la demanda, pues caso contrario poco importaría que aquel no hubiera sido "citado".

Ahora bien, el inciso 1 presenta algunos problemas de comprensión, pues parecería que "la prueba" de la "no citación" del deudor (*rectius*, del demandado, no solo deudor) es la que borra el efecto interruptivo de la prescripción. Lo que no queda claro es el cuándo deba producirse tal "prueba". Así, en mi concepto, las situaciones que pueden presentarse son dos: o el proceso está pendiente o el proceso ya terminó. Si el proceso está pendiente y el demandado no ha sido notificado no es que se "borre" el efecto interruptivo, sino que tal efecto no podrá considerarse producido en el momento en que aparecía como producido (momento de la notificación viciada), sino en el momento en que el demandado toma conocimiento de la existencia del proceso (más que probablemente posterior al *dies ad quem* del decurso prescriptorio). En tales casos, el interés del demandado estará en la declaración de la nulidad de todo el proceso a los efectos de poder defenderse y (como es probable) interponer la relativa excepción de prescripción. De allí que "la prueba" de que no se le "citó", por lo general

ocurrirá al deducirse la nulidad de todo el proceso. Si el proceso ya ha concluido (a espaldas del demandado) se habrá formado cosa juzgada y no podrá, empero, acudir a la figura del artículo 178 del CPC para tentar de obtener la nulidad de la sentencia y la *restitutio in integrum* correspondiente. Si la obtiene uno de los efectos de la sentencia *ex* artículo 178 del CPC será el que se borre el efecto interruptivo que había provocado la "citación con la (primigenia) demanda". De volver a ser demandado podrá del todo legítimamente plantear la correspondiente excepción de prescripción.

Me parece que así debe entenderse el inciso 1; y lo propio vale para "los otros" actos a los que alude el inciso 3 del artículo 1996.

## 3. Ineficacia por desistimiento

El inciso 2 establece que queda sin efecto la interrupción si es que el demandante se desiste "de la demanda" o "de los actos que se haya notificado al deudor". Sobre el particular hay que tener presente que en el lenguaje del Código Civil el desistimiento "de la demanda" equivale a lo que hoy el CPC denomina "desistimiento del proceso" (art. 343 CPC) y no ciertamente la otra figura de desistimiento prevista por el CPC con el nombre de "desistimiento de la pretensión" (art. 344 CPC). Y ello no solo porque el inciso 1 del artículo 439 del CPC lo establezca así, sino además porque cuando se produce un desistimiento de la pretensión, si el juez lo aprueba, es como si se hubiera declarado infundada la demanda con sentencia firme. Ergo, es por demás obvio que frente a una demanda que se tiene por infundada (con efectos irreversibles) la prescripción ya nada cuenta.

Como consecuencia, nos movemos en estricto en el terreno del desistimiento del proceso *ex* artículo 343 del CPC y me parece de lo más obvio y correcto que si el actor se desiste del proceso (y para que ello sea posible requiere de la aceptación, por lo menos tácita, del demandado: art. 343 CPC), el efecto interruptivo de la notificación de la demanda se borre, por el simple motivo de que el proceso que lo provocó ya no existe. Con la consecuencia de que si se vuelve a plantear la misma demanda, el demandado podrá plantear (si ya se venció el plazo legal de prescripción ya no interrumpido) la relativa excepción de prescripción.

De igual manera, respecto al desistimiento "de la reconvención" en la que el demandado ha hecho valer la compensación. Como el planteamiento de la reconvención da lugar a una acumulación objetiva que implica (por su sustancia) una acumulación de procesos en un único procedimiento, el desistimiento del demandado respecto de la reconvención no es (necesariamente) un desistimiento de la "pretensión" reconvenida, sino del proceso al que da lugar la reconvención. Ergo, vale lo dicho respecto del desistimiento del proceso por parte del actor. Algún problema puede presentar el desistimiento de "la excepción con la que se ha opuesto la compensación", pues en tales casos la compensación no se hace valer a través de un acto procesal del cual pueda el demandado "desistirse" sino que es alegado por aquél como supuesto extintivo (o parcialmente extintivo) del derecho de crédito alegado por el actor (como podría ser el pago o la novación) por lo que integra (como *causa excipiendi*) la *res in iudicium deducta*.

## 4. Ineficacia por abandono del proceso

El llamado "abandono" es un modo de conclusión del proceso debido a la inactividad de las partes (*rectius*, del demandante) por el periodo establecido en la ley procesal (art. 346 CPC). Normalmente, se ve en la institución del abandono una suerte de sanción por la desidia del actor de no impulsar el proceso (cuando debe hacerlo).

En realidad, la circunstancia de que un proceso no puede concluir por "abandono" si es que lo que se "contiende" son "pretensiones imprescriptibles" (así, el inc. 3 del art. 350 CPC) está a demostrar la íntima ligazón entre el abandono y la prescripción.

En efecto, es ya mi convicción que el ordenamiento permite que un proceso se extinga por inactividad imputable a la parte actora para justamente permitir que la prescripción se perfeccione. De allí que (por partida triple) nuestro ordenamiento establezca que si se declara el abandono se produce la ineficacia de la interrupción de la prescripción (así, no solo el inc. 4 del art. 1997, sino también el art. 354 y el inc. 2 del art. 439 CPC). Ergo, si se vuelve a plantear la demanda (lo que puede hacer el actor tras que pase un año de firme la resolución que declaró el abandono del proceso: art. 341 CPC) el demandado más que probablemente podrá plantear (y con éxito) la excepción de prescripción.

## 5. Otros supuestos de ineficacia/eficacia de la interrupción

Hasta aquí los supuestos de ineficacia de la interrupción de la prescripción del Código Civil (en parte "repetidos" en el art. 439 CPC). Pero el CPC ha agregado uno en extremo peligroso y contrastante con la "filosofía" del CC: el del inciso 3 del artículo 439. En efecto, el inciso 3 del artículo 439 del CPC establece que también se producirá la ineficacia de la interrupción cuando "la nulidad del proceso que se declare, incluye la notificación del admisorio de la demanda". Al parecer, este inciso haría referencia a la situación a la que alude el inciso 1 del artículo 1997, si no fuera porque su ámbito puede ser mayor, si tenemos presente que el CPC ha establecido varios supuestos que dan lugar a la nulidad "de todo lo actuado y la conclusión del proceso", nulidad que, obviamente, incluye también a la "notificación del admisorio de la demanda".

Así tenemos que es nulo todo lo actuado:

a) Cuando queda firme la resolución que declara fundada alguna de las excepciones indicadas en inciso 5 del artículo 451 del CPC (incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral) o bien, habiéndose declarado fundadas alguna de las excepciones indicadas en los incisos 1 a 4 del artículo 451 del CPC, no se subsana oportunamente el defecto que dio lugar a su estimación.

b) Cuando, conforme al artículo 465 del CPC, en el auto de saneamiento, se declara que existe "invalidez insubsanable de la relación" (inc. 2), o cuando siendo subsanable, no se subsana oportunamente (inc. 3).

Sobre estos supuestos, es discutible el que pese a que a la nulidad de todo lo actuado se borre también el efecto interruptivo de la prescripción pues, en todo caso, la notificación de la demanda debería ser equiparada a una constitución en mora, con la consecuencia de que el reinicio del plazo debería producirse considerarse producido con la notificación de la demanda (*vide* comentario al art. 1998).

Otro caso dudoso de ineficacia de la interrupción es el atinente a la estimación de la excepción de incompetencia conforme al nuevo texto del inciso 6 del 451 del CPC (debido a la Ley N° 30293). No se presenta ya ningún problema cuando la excepción de incompetencia se ha estimado por razones territoriales, pues en tal caso todo lo actuado mantiene su validez. En cambio, cuando la excepción de incompetencia se estima por otros motivos

(materia, cuantía, territorio improrrogable) el juez ante el cual se remite los "actuados" debe "proceder a emplazar nuevamente con la demanda", que es como decir, que todo lo actuado ante el juez incompetente es nulo. Sin embargo, al estar en el inciso 3 del artículo 1996, esta circunstancia no le puede quitar efecto interruptivo a la notificación de la demanda realizada por el juez incompetente, recomenzando a correr conforme a lo dispuesto en el artículo 1998.

Pero hay un supuesto más en el CPC, no ciertamente de ineficacia del efecto interruptivo de la notificación de la demanda, sino todo lo contrario. Me refiero a la conclusión del proceso por no asistencia a la audiencia de pruebas (art. 203 último párrafo CPC). Aquí el legislador procesal pecó por omisión: el proceso muere (al igual que por abandono) pero del todo inútilmente pues la interrupción de la prescripción provocada por la notificación de la demanda se mantiene.

Por último, la novena disposición final del Decreto Legislativo N° 1071 (que norma el arbitraje), establece tres supuestos de ineficacia de la interrupción de la prescripción: i) cuando no llega a constituirse el tribunal arbitral (novena disposición final, primer párrafo); ii) cuando se declara nulo un laudo (novena disposición final, segundo párrafo) y iii) cuando de cualquier manera prevista en dicho Decreto Legislativo se ordena la terminación de las actuaciones arbitrales (novena disposición final, segundo párrafo). Respecto de estas "ineficacias", habría que repetir lo dicho respecto a los supuestos en que se declara la nulidad de todo lo actuado en un proceso judicial: la interrupción producida por la comunicación de la solicitud de arbitraje, debería valer como una constitución en mora y no, simplemente, que se borre el efecto interruptivo.

## DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. Conclusión del proceso por inactividad de las partes y prescripción. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 64, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2004; AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. Prescrizione e decadenza. En: Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI, Della tutela dei Diritti, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil. T. I, Vol. 1, Universidad Externado de Colombia; FERRUCCI, Romeo. Della prescrizione e della decadenza. En: Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei Diritti, UTET, Torino, 1964; ROSELLI, Federico. Effetti e durata della interruzione. En: La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci. T. II, en Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; ROSELLI, Federico-VITUCCI Paolo. La prescrizione e la decadenza. En: Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, Utet, Torino; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; SATTA, Salvatore. L'estizione del processo. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VITUCCI, Paolo. Voz Prescrizione. Diritto Civile. En: Enciclopedia giuridica Treccani. Vol. XXIV, Istituto Treccani, Roma, 1991.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Tipicidad de la ineficacia de la interrupción de la prescripción**

*{E}n el caso de autos, el* Ad quem *ha declarado fundada la demanda al considerar que la interrupción de la prescripción ha quedado sin efecto cuando se declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso {...} sobre cumplimiento de pago de mejoras, sin embargo dicho supuesto no se encuentra previsto en el citado artículo 1997 del Código Sustantivo como se ha precisado, siendo así la sala superior ha incorporado un nuevo supuesto de ineficacia de la interrupción, al señalar que la decisión judicial que declara la nulidad de todo lo actuado constituye una causal de ineficacia de la interrupción, motivo por el cual se ha incurrido en la causal de infracción normativa denunciada (Cas. N° 5199-2009-Cusco).*

## Reinicio del decurso prescriptorio

**Artículo 1998.-** ***Si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1996 incs. 3) y 4), 1997; C.P.C. arts. 35, 123, 203, 321, 322, 451, 465; D.LEG. 1071 9ª disp. comp.*

**Eugenia Ariano Deho**

### 1. La interrupción instantánea

La sola lectura del artículo 1998 nos revela que contiene una norma que podemos calificar de "trunca", pues ha omitido indicar el desde cuándo se reinicia, como regla, la prescripción una vez producido el evento interruptivo y más bien regula el supuesto especial del reinicio del decurso prescriptorio solo cuando el evento interruptivo sea el previsto en el inciso 3 o en el inciso 4 del artículo 1996. Ergo, surge la pregunta: *¿quid*, en los demás casos?

Ahora bien, si la esencia de la interrupción está en que la puesta en acto de una conducta que revela la vitalidad de la relación jurídica deje en la nada el periodo transcurrido bajo el signo de la inactividad, la regla sería que al sobrevenir del evento la prescripción instantáneamente reinicie (pero *ex novo*, vale decir, con un nuevo *dies a quo*) su curso.

Y eso es lo que debemos considerar que ocurra cuando se produce un reconocimiento por parte del sujeto pasivo de la relación jurídica o la intimación (extrajudicial) para cumplir por parte del acreedor. Es así que, aunque la ley no lo diga, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 1996 el momento de la interrupción coincide, sin solución de continuidad, con el momento del reinicio del decurso prescriptorio. Un "reinicio" que puede sucederse cuantas veces se produzca alguna de las conductas indicadas en los incisos 1 y 2 del artículo 1996, por lo que, en buena cuenta (clarísimo en las relaciones obligatorias) está en las manos de los sujetos de la relación jurídica el que el perfeccionamiento de primera fase del fenómeno prescriptorio (art. 2002) se prorrogue sucesivamente.

Un muy sui géneris caso de "interrupción instantánea" se produce en aquellos supuestos (ya vistos en el comentario al art. 1996) en los cuales, pese a tratarse de uno de "los otros casos en los que se notifica (judicialmente) al deudor", la interrupción y el reinicio del decurso prescriptorio se producen al mismo tiempo: me refiero a la notificación de las resoluciones que declaran *ex* artículo 690-F y último párrafo del artículo 720 del CPC improcedente la ejecución, pues la notificación al ejecutado (*rectius*, al que pudo ser ejecutado) se produce recién cuando aquellas quedan firmes.

### 2. La llamada "interrupción-suspensión" (o con efectos "permanentes")

Distinto es el caso de los incisos 3 y 4 del artículo 1996, al que la ley le ha dedicado justamente el artículo 1998.

Según lo allí previsto, cuando el evento interruptivo sea la consecuencia de la "citación con la demanda" (o acto equiparado) o la "oposición judicial de la compensación", la prescripción no reinicia su curso en el momento mismo del evento interruptivo, sino que "permanece" hasta la fecha "en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada". Ergo, estamos ante un fenómeno que ha sido descriptivamente rotulado como de "interrupción-suspensión",

en cuanto el decurso prescriptorio efectivamente se "corta", pero su reinicio queda "suspendido" hasta que el proceso no acabe. Lo que revela, en primer lugar, que entre prescripción y proceso existe un clarísimo antagonismo, en el sentido de que mientras esté pendiente el proceso no hay posibilidad de que la primera fase del fenómeno prescriptivo llegue a su conclusión. Quienes consideran a la prescripción como un fenómeno "procesal" harían bien en tomar debida nota de este dato del derecho positivo.

## 3. Problemas de la normativa procesal. Las resoluciones de fondo

El que durante el proceso, el (nuevo) plazo de prescripción no corra sino hasta que la resolución que le pone fin no quede firme, parece no ofrecer problema alguno, pero sí lo hay, pues está todo por verse a cuáles resoluciones que "ponen fin al proceso" hace referencia el artículo 1998.

De hecho, se suele pensar que el proceso termina con sentencia. Tanto es así que el CPC en su artículo 121, último párrafo, considera a la sentencia como aquella resolución "que pone fin al proceso o a la instancia". Sin embargo, el proceso no solo termina por sentencia, sino que existe una multitud de supuestos en que termina por auto.

Ahora bien, prescindiendo de la forma de la resolución (auto o sentencia), lo trascendente a nuestros efectos es si la resolución que pone punto final al proceso implica o no un pronunciamiento de fondo, o sea, si sobre la *res in iudicium deducta* se ha formado o no *res iudicata ex* artículo 123 del CPC.

El CPC ha tratado de resolver el problema en un par de disposiciones (por lo demás tomadas parcialmente de la legislación brasileña), cuales son los artículos 321 y 322, los que desde las respectivas sumillas parecen indicarnos en qué supuestos el proceso concluye con "declaración sobre el fondo" (art. 322 CPC) y cuándo no (art. 321 CPC). La utilidad de tal distinción (que se reconduce a una conocida teoría elaborada por E.T. Liebman) estaría en determinar en cuáles supuestos se forma cosa juzgada sustancial (o sea sobre la *res in iudicum deducta*) y en cuáles no.

Ahora bien, los supuestos en los cuales el proceso termina con decisión sobre el fondo según el artículo 322 son:

a) Cuando el juez declara en definitiva fundada o infundada la demanda, lo que puede ocurrir solo por sentencia *ex* artículo 121, último párrafo, del CPC, jamás por auto.

b) Cuando las partes concilian, lo que puede ocurrir dentro o fuera del proceso *ex* artículo 324 del CPC, y que implica la emisión de un auto que pone fin al proceso *ex* artículo 327 del CPC, en cuyo caso la conciliación "surte el mismo efecto que la sentencia que tiene autoridad de cosa juzgada" (art. 328 CPC).

c) Cuando las partes transigen, lo que puede ocurrir cuando el juez apruebe (u "homologue", el CPC no se decide) por auto la transacción misma, en cuyo caso tal transacción "tiene la autoridad de la cosa juzgada" (art. 337 CPC).

d) Cuando el demandado "reconoce" la demanda o se allana al petitorio (supuesto, el primero, del todo inútil, pues se subsume en el segundo) que conducen a la emisión de la respectiva sentencia de fondo estimatoria de la demanda (art. 333 CPC).

e) Cuando el demandante "renuncia al derecho que sustenta su pretensión", supuesto extraño y al parecer distinto del desistimiento de la pretensión, figura esta última que,

demostrando una lógica por demás ilógica, el CPC considera que determina una conclusión del proceso "sin declaración sobre el fondo" (así, inc. 6 del art. 321 CPC), casi como si la ficción del artículo 344 del CPC (o sea, de considerar que se ha declarado infundada la demanda) no diera lugar a cosa juzgada sustancial.

Ciertamente que a los efectos del artículo 1998 solo nos interesa la sentencia que declara fundada la demanda, la conciliación y la transacción judiciales, pues la que declara infundada la demanda (y la absurda figura del inc. 5 del art. 322 CPC) implicando que el proceso se cierra con un pronunciamiento desfavorable al demandante (o al reconviniente) la prescripción ya no entra para nada en juego, por lo que nada puede "reiniciar".

En cambio, tratándose de una sentencia estimatoria de la demanda, de una conciliación o de una transacción judiciales, desde el momento en que queda firme la sentencia o el auto que declara la conclusión del proceso por conciliación o transacción judiciales, efectivamente "reinicia" a correr el plazo de prescripción, pero el plazo a tomar en cuenta ya no será el plazo relativo al derecho respectivo (las "acciones" del art. 2001), sino, en caso de ser distinto, el plazo indicado en el inciso 1 del artículo 2001, o sea el de diez años, pues estamos ante la enigmática figura de la "acción que nace de una ejecutoria". Cabe señalar que el que se aplique el nuevo plazo (repito, el del inc. 1 del art. 2001) también a las situaciones jurídicas que se deriven de la conciliación y transacción se debe a la equiparación (que hace el CPC) de estos dos actos a una sentencia de fondo firme.

Dudoso se presenta hoy el momento del reinicio de la prescripción cuando se haya llevado un arbitraje, pues el Decreto Legislativo N° 1071 (que regula el arbitraje) a diferencia de la anterior Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) –que disponía en el inciso 3 de su sétima disposición complementaria que "la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que lo resuelto en el laudo es exigible"– ya no establece nada al respecto. Sin embargo, hay que considerar que aunque la ley arbitral nada diga, el momento del reinicio es: a) si no se ha planteado recurso de anulación, cuando el laudo es notificado a las partes; b) si se ha planteado recurso de anulación, cuando se notifica la resolución que lo declara infundado. Esto último, hay que precisarlo, se interpreta de lo dispuesto en el segundo párrafo de la novena disposición complementaria de la ley arbitral que establece que si se declara nulo el laudo (es decir, se declara fundado el recurso de anulación) "queda sin efecto la interrupción de la prescripción", por lo que se infiere que durante todo el desarrollo del procedimiento del recurso, la prescripción seguía interrumpida, reiniciándose, justamente, cuando se notifica la resolución que lo desestima.

## 4. Sigue. Las resoluciones procesales (de *absolutio ab instantia*)

Más problemática se presenta la determinación del momento del reinicio del plazo de prescripción en relación a aquellas resoluciones que ponen fin al proceso sin que se resuelva el fondo, vale decir, aquellas resoluciones (sentencias o autos) que se limitan a poner fin al proceso con un mero pronunciamiento de *absolutio ab instantia*.

Y ello puede ocurrir en no pocas ocasiones. Vamos al detalle.

*In primis*, respecto de los autos finales que se expidan conforme al artículo 321 del CPC hay que aclarar que no es realmente cierto que en todos ellos pueda verse un pronunciamiento de mera absolución de instancia (o sea, que no haya un pronunciamiento de fondo). Así, en cuanto a: a) la "sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional" (inc. 1); b) que "por disposición legal el conflicto deja de ser un caso justiciable" (inc. 2); c) que se "declare" la

caducidad del derecho (inc. 5); d) el "desistimiento de la pretensión" (inc. 6); e) la "consolidación en los derechos de los litigantes" (inc. 7), es altamente discutible que tras la emisión del auto respectivo (*ex* art. 474 CPC) pueda volverse a plantear la misma demanda y, como consecuencia, quede realmente algo susceptible de "prescribirse", a los efectos de la aplicación del artículo 1998.

Por lo que atañe, luego, a los supuestos indicados en los incisos 3 (abandono del proceso) y 6 (en cuanto al "desistimiento del proceso"), ya hemos visto *sub* artículo 1997 que su ocurrencia determina, *ex lege*, la ineficacia de la interrupción de la prescripción.

En cambio, el supuesto del inciso 4 del artículo 321 del CPC, relativo a la estimación de las excepciones indicadas en los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 451 del CPC y conclusión del proceso por no subsanación dentro del plazo indicado por el juez, dado que anula todo, hay que considerar que el acto de notificación de la demanda debería valer como acto de constitución en mora (inc. 2 del art. 1996), esto es, que valga como un supuesto de "interrupción instantánea". Igual efecto debería producirse cuando se estiman las excepciones del inciso 5 del artículo 451 CPC y se declare la conclusión del proceso *ex* incisos 2 y 3 del artículo 465 del CPC.

Idéntica consecuencia, esto es que el acto de notificación de la demanda deba valer como acto de constitución en mora, se debería producir cuando conforme al párrafo final del artículo 121 del CPC, se permite que el juez se pronuncie (¡"excepcionalmente"!) con sentencia sobre la llamada "validez de la relación procesal", o sea, aquel supuesto en que al final del proceso (y repito, con sentencia) se declara improcedente la demanda y cuando *ex* segundo párrafo del artículo 426 y artículo 427 del CPC se declara improcedente la demanda *in limine*, obviamente, siempre que se notifique al "demandado" (*rectius*, el que pudo ser demandado), lo que ocurre solo cuando el auto de improcedencia es impugnado (así, art. 427, *in fine*, CPC). En estos casos la prescripción "reinicia" su curso tras la notificación de la demanda. Entra también dentro de los supuestos de "interrupción automática" y no de "interrupción-suspensión", el de conclusión de proceso por no asistencia de las partes a la audiencia de pruebas (último párrafo, *in fine*, del art. 203 CPC), por lo que, el plazo de prescripción reinicia su curso tras la notificación de la demanda.

Hay que aclarar en todos estos casos el plazo que se "reinicia" no es el del inciso 1 del artículo 2001, que vale para las sentencias estimatorias de fondo (y sus actos equiparados), sino el mismo plazo que se "interrumpió" con la notificación al demandado.

## DOCTRINA

AZZARITI, Gaetano y SCARPELLO, Gaetano. "Prescrizione e decadenza". En: Commentario del Codice Civile. Al cuidado de Scialoja-Branca, Libro VI. Della tutela dei diritti, Zanichelli, Foro Italiano, Bologna-Roma, 1953; BRECCIA, Umberto; BIGLIAZZI GERI, Lina; NATOLI, Ugo y BUSNELLI, Francesco. Derecho Civil. Tomo I Vol. I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1991; FERRUCCI, Romeo. "Della prescrizione e della decadenza". En: Commentario del Codice Civile. Libro VI, Della tutela dei diritti, UTET, Torino, 1964; FINOCCHIARO Alfio; STELLA RICHTER Giorgio y STELLA RICHTER Paolo, Rassegna di giurisprudenza sul Codice Civile. Libro Sesto, Giuffrè, Milano, 1972; LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. EJEA, Buenos Aires, 1980; ROSELLI, Federico. "Effetti e durata della interruzione". En: La prescrizione, al cuidado de Paolo Vitucci. T. II, en: Il Codice Civile. Commentario, dirigido por Piero Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1999; ROSELLI, Federico y VITUCCI, Paolo. "La prescrizione e la decadenza". En: Trattato di Diritto Privato dirigido por Rescigno, Vol. 20, T. 2, UTET, Torino; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989; VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Prescripción extintiva y caducidad, 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### Inicio del decurso prescriptorio luego de la interrupción

*{E}l artículo 1998 del Código Civil establece que si la prescripción se interrumpe por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3) y 4), la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada, norma que aplicada al presente caso se refiere a la resolución que pone fin efectivamente a la serie de procesos legales iniciados con la denuncia ante el Indecopi (Cas. N°. 3991-2009-Lima).*

## Legitimidad para invocar la suspensión e interrupción

**Artículo 1999.-** *La suspensión y la interrupción pueden ser alegadas por cualquiera que tenga un legítimo interés.*

Concordancia:
*C.C. art. VI*

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI / MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

### 1. Sobre las vicisitudes en general en torno al plazo prescriptorio

La suspensión y la interrupción son vicisitudes del decurso prescriptorio. Se tratan de situaciones en las que el plazo no fluye. Rodríguez Alves (2008, p. 581) las denomina como **inmunidades a la prescripción**, entendido como cierto privilegio de las personas naturales o jurídicas que, si no fuera eso, tendrían contra sí la influencia del plazo prescriptorio. Valencia Zea (2015) las llama **obstáculos** al impedir que el tiempo sea tenido en cuenta, permitiendo que el corrido se pierda (p. 554).

La suspensión y la interrupción son las interferencias, alteraciones o factores que afectan al plazo, el flujo normal de la prescripción. Para que opere la prescripción el tiempo debe correr de forma constante, perenne. Un tiempo continuo, sin pausas, de porrazo, de una sola vez.

Sin embargo, el decurso prescriptorio no es perentorio ni fatal, puede estar sujeto a vicisitudes (entiéndase sucesos) como la suspensión e interrupción (Vidal Ramírez, 2011, p. 93). Precisa Ariano (2007, p. 213) que el plazo de prescripción tiene un momento inicial (*dies a quo*) y uno final (*dies a quem*), pero este plazo puede ser **elástico**, *i.e.* empezado a correr el plazo no necesariamente su *dies a quem* sea fatalmente el del vencimiento por cuanto entre el plazo inicial y el final fijado por ley (art. 2001) pueden darse determinadas circunstancias que comporten un nuevo *dies a quo* (interrupción) o una pausa en el decurso (suspensión) que implica la postergación del *dies a quem*. Entre el *dies a quo* y su *dies a quem* pueden producirse ciertos eventos que generen que el momento final termine "estirándose" (Ariano Deho, 2007, p. 219), de allí que el Código Europeo de Contratos la denomina *Extension of Period.*

La suspensión e interrupción son términos jurídicos distintos, pero que producen igual efecto jurídico (Nader, 2018, p. 571), ambos implican una prolongación del término de la prescripción (Hinestrosa, 2006, p. 141). La suspensión e interrupción conllevan que el día previsto como el *dies ad quem* no sea tal, extendiéndose en atención a las circunstancias concretas del caso.

El continuado silencio de la relación jurídica conlleva la prescripción, si algún acontecimiento rompe ese silencio, la prescripción no se produce, al no darse el presupuesto que justificaba la defensa del sujeto pasivo contra la pretensión contra él ejercitada; "si algo anuncia que el derecho sigue vivo, que va a ser ejercitado o que puede serlo, la pretensión del titular del derecho no es ya intempestiva, ni por ello inadmisible" (Díez-Picazo y Ponce de León, 2003, p. 137).

### 2. Sobre la suspensión del plazo prescriptorio

Del latín *suspendere*, es la *suspensionis temporis*. La suspensión implica una paralización temporal (Borda, 2008, p. 35), el fenómeno suspensivo duerme el cómputo del plazo (Orozco Pardo, 1995, p. 122), *praescriptio quiescit dormit* o *praescriptio dormiens.*

Moisset de Espanés (2004) indica que el acreedor "no puede desplegar la actividad necesaria para mantener vivo su derecho, siempre y cuando considere que esa inactividad encuentra justificativos suficientes" (p. 270). Es inactividad.

El plazo prescriptorio se detiene en tanto subsista la causal, sin afectar el tiempo transcurrido, por causas sobrevinientes al nacimiento de la acción independiente de la voluntad de sujetos y siempre que estén prevista en la ley[1]. Desaparecida la causal se reanuda el decurso, como dice Monteiro (2003), retoma su curso natural (p. 343). Prácticamente, es una detención. Ejemplifica Moisset de Espanés (2004, p. 39) que "[e]s ni más ni menos que si se produjera el estancamiento de una corriente de agua y desaparecido el obstáculo, la corriente continuará su curso".

El plazo se detiene para luego continuar. El fundamento de la suspensión radica en que busca cuida la situación jurídica. La suspensión de la prescripción tiene su fundamento en la especial situación jurídica de las partes.

La suspensión del plazo prescriptorio implica el valorar la situación jurídica de las partes vinculadas jurídicamente a efectos de hacer cesar el plazo prescriptorio y que no se vean afectados intereses. Es una figura tutelar de los sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias singulares, lo que conlleva que sean tratadas de forma especial (Hinestrosa, 2006, p. 141).

En atención a lo previsto en el artículo 1994 del Código Civil, las causales de suspensión son taxativas, solo aquellas que la ley consagra. La virtualidad suspensiva está dirigida a proteger situaciones especiales (indefensión, complejidad y especialidad). Se da por la relación jurídica de las partes. Precisamente, según el referido artículo la prescripción se suspende:

1. Cuando las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44, incisos del 1 al 8, no cuentan con sus representantes legales[2].
2. Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
3. Entre las personas comprendidas en el artículo 326.
4. Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
5. Entre las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9 y las personas que le prestan apoyos necesarios, durante el ejercicio del apoyo brindado[3].
6. Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.
7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo.
8. Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

(1) Casación N° 2704-2008-Piura.
(2) Decreto Legislativo N° 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, del 04/09/18.
(3) Ibídem.

La suspensión genera la paralización del plazo, se frena temporalmente, es una detención transitoria. Un paréntesis al flujo de prescripción como puntualiza Gallo (2018, p. 493) y Gomes (2001, p. 503). El curso prescriptorio se halla en reposo, o mejor dicho, en una especie de letargo (León Barandiarán, 1997, p. 100), se duerme, *Praescriptio dormit.* Impide que el tiempo siga corriendo mientras dura la causa de suspensión, al cesar la causa se puede agregar el tiempo transcurrido con anterioridad para completarlo (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1991, p. 150).

El lapso transcurrido permanece vivo, intacto, al desaparecer la causal de suspensión continuará computándose el plazo, se suma el periodo anterior y el posterior hasta completar el plazo (Moisset de Espanés, 2004, p. 191). Hinestroza (2006) manifiesta que la suspensión no tiene efecto retroactivo (p. 157), *ex nunc*, no ataca el pasado, el efecto del tiempo permanece. Hay continuación del plazo.

## 3. Sobre la interrupción del plazo prescriptorio

Es la *interruptio temporis*. Moisset de Espanés (2004) indica que la interrupción "es una consecuencia directa de la actividad de las partes, cuya conducta pone de relieve la subsistencia del vínculo que las une" (p. 271). Es actividad. La prescripción es inactividad (causa negativa), la interrupción actividad (causa positiva).

La interrupción del plazo prescriptorio es la acción del prescrito, de aquel contra quien se quiere hacer valer la prescripción; este deja la inactividad, sale del silencio, abandona su quietud, llevando a cabo el ejercicio de su derecho, afectando el plazo transcurrido. Implica un efecto más radical que la suspensión, borra el término transcurrido y la prescripción vuelve a correr (Borda, 2008, p. 35). La interrupción envuelve un comportamiento activo del acreedor, supone una iniciativa de parte, demostrando que se mantiene alerta el interesado de la preservación del derecho (Rodrigues, 2002, p. 336), en la interrupción subyace la voluntad positiva del sujeto que tiene como finalidad ejercitar o conservar su derecho (Orozco Pardo, 1995, p. 45).

El fundamento de la suspensión consiste en valorar la acción de las partes. La interrupción de la prescripción se funda en una actividad de las partes, que ponen de manifiesto la subsistencia de la relación jurídica (Moisset de Espanés, 1972, p. 6).

Las causales previstas en el artículo 1996 del Código Civil son enunciativas, no taxativas[4], esto en la medida que las causales de interrupción coadyuvan a impedir la prescripción cuando el obligado manifiesta su intención de cumplir o el sujeto pretensor se comporta de tal modo que la ley tiende a la preservación del derecho (Vidal Ramírez, 2011, p. 112).

A diferencia de la suspensión, las causales de interrupción son la manifestación de la voluntad emanada del prescribiente reconociendo el derecho de aquel contra quien prescribe o una manifestación de voluntad del propio titular de la pretensión que origina su derecho para hacerla valer contra el prescribiente (Vidal Ramírez, 2011, p. 111). Se da por un comportamiento activo del deudor o acreedor.

(4) La Casación N° 1822-2013-La Libertad establece que el artículo 100 del Código Penal prevé un supuesto de interrupción de la prescripción al indicar que la acción civil derivada de hecho punible no se extingue mientras subsiste la acción penal: "Inextinguibilidad de la acción civil. CP. Artículo 100.- La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal".

La interrupción, en tal sentido, conlleva un nuevo término, un nuevo plazo. Es la inutilización del plazo[5], se acaba. Es un punto final al flujo de prescripción.

Borra, elimina el plazo prescriptorio hasta que desaparezca la causa que ocasionó, momento en que el plazo se reinicia; comienza a correr de nuevo, como si antes no hubiera existido (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1991, p. 150), de allí que Hinestroza exprese que la interrupción tiene efecto retroactivo (2006, p. 157), *ex tunc*, ataca el pasado, dejando sin efecto ese tiempo. No hay continuación del plazo. La interrupción es la aparición de una causal que inutiliza el tiempo transcurrido para efectos del cómputo del plazo prescriptorio (Vidal Ramírez, 2011, p. 110).

La interrupción produce efecto en el pasado y en el futuro; en el pasado, inutiliza el plazo transcurrido, respecto del futuro, determina el reinicio de la prescripción (Gomes, 2001, p. 500). La interrupción da muerte totalmente al plazo, cuando comienza a correr de nuevo se computará en forma total a partir del momento que desaparece la causal interruptiva (Moisset de Espanés, 2004, p. 191).

El acto interruptivo borra por completo el término transcurrido y el plazo debe comenzar a contarse de nuevo y por entero (Díez-Picazo y Ponce de León, 2003, p. 144). El tiempo que pasó, pasado fue. Se comienza de cero, desde el momento que apareció la causa de interrupción. El contador se reinicia, hay que volver a contar (desde el principio), *ut vulgum dicitur*, borrón y cuenta nueva, desde cero, *reset*.

## 4. Sobre el legítimo interés para invocar la suspensión o interrupción del plazo prescriptorio

La legitimidad es un tema que comparte la suspensión y la interrupción; esto es, resulta común a ambas instituciones relacionadas a las vicisitudes del decurso prescriptorio. De esa manera, el artículo 1999 del Código Civil se refiere a quienes tienen la posibilidad, en atención a un legítimo interés, para invocar o alegar la suspensión o interrupción del decurso prescriptorio. El artículo 1999 del Código Civil no tuvo antecedente en el Código Civil de 1936, ni en el 1852.

El legítimo interés, a efectos de invocar la suspensión o interrupción de la prescripción no ostenta un carácter personalísimo. Según Vidal Ramírez, "el derecho de alegar u oponer la suspensión no es *intuito personae*, por lo que pueden hacerlo todos los que tengan un legítimo interés, sea que se trate de un interés moral o de un interés económico, como lo requiere el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil" (Vidal Ramírez, 2011, p. 144).

Por su parte, Morales Godo indicaba que "no se trata de un derecho personalísimo que solo lo pueda invocar aquel a quien favorece la suspensión o la interrupción de la prescripción directamente, sino que pueden hacerla todos aquellos que esgriman un legítimo interés en hacer valer dichos derechos, porque existe alguna relación jurídica o situación jurídica de por medio que lo justifique y lo legitime" (Morales Godo, 2005, p. 238).

En consecuencia, en atención a las causales de suspensión e interrupción (artículo 1194 y 1196 del Código Civil, respectivamente), podrán alegar tales instituciones aquellos sujetos directamente interesados, tales como los apoyos o representantes de las personas con discapacidad, los cónyuges, los convivientes, los menores o sus padres o tutores, los curadores,



(5) Casación N° 2704-2008-Piura.

el peticionario de curatela de bienes o el propio curador, las personas jurídicas y sus administradores y el que no esté en la posibilidad de acudir a la jurisdicción peruana, así como al Ministerio Público en el caso de los menores e incapaces, sus parientes y, en general, cualquiera con un legítimo interés.

La interrupción y la suspensión de la prescripción, entonces, solo será eficaz (oponible) cuando dicho acto proceda de la persona titular de la pretensión o de una tercera persona, que actúe en defensa de un interés legítimo (conforme lo exige el artículo 1999 del Código Civil) y que tenga capacidad suficiente.

Finalmente, "la suspensión —así como la interrupción— podrá ser opuesta en vía de excepción y nada obsta para que pueda hacerse valer en vía de acción. La causal debe ser probada por quien la alegue: *onus probandi incumbit actori*" (Vidal Ramírez, 2011, p. 144).

## DOCTRINA

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M. & VODANOVIC, A. Derecho civil. Parte preliminar y parte general, Vol. 2, 7ª edición, Ediar, Santiago de Chile, 1991; ARIANO DEHO, E. Causas de suspensión del decurso prescriptorio. Reanudación del decurso prescriptorio. En: Código Civil Comentado, Vol. X, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; BORDA, G. A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Vol. II, 9ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008; BRECCIA, U., BIGLIAZZI GERI, L., NATOLI, U. & BUSNELLI D., F. (1992). Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica, Vol. 1, traducción de F. Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992; CALDERÓN, M. R. & MÁRQUEZ, J. F. "La prescripción liberatoria. Una posible agenda de debate". En: Ley (1290), 05/08/09, 1-18; CARBONNIER, J. Derecho Civil, Vols. III, Tomo II. Bosch, Barcelona, 1971; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Civitas, Madrid, 2003; GALLO, P. Trattato di diritto civile. L'Impresa e le società, la tutela dei diritti, la prescrizioni.Vol. VIII, G. Giappicheli, Torino, Italia, 2018; GOMES, O. Introdução ao Direito Civil. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001; GRASSO, B. "Prescrizione (C. Diritto privato)". En: F. Calasso, Enciclopedia del Diritto, Vol. XXXV, Giuffrè, Varese, Italia, 1986; HINESTROSA, F. Prescripción extintiva. 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; LAMARCA I MARQUÈS, A. "Entra en vigor la llei de modernització el dret alemany d'obligacions". InDret: Revista para el Análisis del Derecho(1), 1-10, Barcelona, 2002; LEÓN BARANDIARÁN, J. Tratado de Derecho Civil, Vol. VIII. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; MOISSET DE ESPANÉS, L. "Interrupción y suspensión. Sus distintos fundamentos". En: Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, XXXVI(1-5), 1972; MOISSET DE ESPANÉS, L. Prescripción. Advocatus, Córdoba, 2004; MONTEIRO, W. B. Curso de Direito Civil. Parte general, Vol. 1, 39ª edición, Saraiva, São Paulo, 2003; MORALES GODO, J. "Alegación de la suspensión e interrupción". En: Código Civil comentado, Vol. X, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; NADER, P. Curso de Direito Civil, Vol. 1, 11.ª ed. Forense, Río de Janeiro, 2018; OROZCO PARDO, G. De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil. Comares, Granada, España, 1995; PEREIRA, C. M. Instituições de Direito Civil. Vol. I, 20.ª ed. Forense, Río de Janeiro, 2004; RODRIGUES, S. Direito civil. Parte general. Vol. 1, 32ª edición, Saraiva, São Paulo, 2002; RODRIGUEZ ALVES, V. Da prescrição e da decadencia no Código civil de 2002, 4ª edición, Servanda, Campinas, SP, 2008; RUBIO CORREA, M. La extinción de acciones y derechos en el Código civil. Vol. VII, 3ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990; SPOTA, A. G. Instituciones de Derecho Civil: prescripción y caducidad. Vol. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009; TERRA DE MIRANDA VALVERDE, A. & BUCAR, D. "Autonomia privada e prazos prescricionais". En: M. C. Moraes Bodin de, G. S. Guedes da Cruz, & E. Souza Nunes de, A juízo do tempo. Estudos actuais sobre prescrição. Processo, Río de Janeiro, 2019; VALENCIA ZEA, A., & ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil. De las obligaciones, 10ª edición, Temis, Bogotá, 2015; VIDAL RAMÍREZ, F. Prescripción extintiva y caducidad. 6ª edición, Idemsa, Lima, 2011.

## Tipicidad de los plazos prescriptorios

**Artículo 2000.-** ***Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción.***

Concordancias:
*C. arts. 41, 139; C.C. arts. 562, 2001, 2091, 2099, 2122; C.P.C. art. 60; C. de C. art. 49; LEY 27287 arts. 96, 97 TUO LEY 27444 art. 252; LEY 27261 art. 164*

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI / MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

### 1. Sobre la fijación de los plazos prescriptorios por la ley

Los plazos actúan como límites temporales de los derechos subjetivos o de su posible ejercicio (Díez-Picazo y Ponce de León, 2003, p. 66). Los plazos se fijan respecto de hechos en general, *in abstracto, i.e.* sin tener en cuenta un caso en especial. El plazo opera en el momento que manda la ley, que ostenta un carácter vinculante y obligatorio (*ius cogens*), dado que se sustenta en un asunto de orden público.

De ese modo, según Vidal Ramírez, "los plazos prescriptorios los fija la ley, pues se fundamenta en las mismas consideraciones de orden público que sirven de sustento a la prescripción extintiva. El plazo prescriptorio tiene un carácter legalista, por lo que no pueden ser alterados convencionalmente" (Vidal Ramírez, 2011, p. 166).

Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción, en virtud de lo previsto en el artículo 2000 del Código Civil. Existe una reserva legal respecto de ellos (tipicidad), no caben ser pactados (liberalidad); como dice Rubio (1990), la prescripción debe ser cierta, no puede quedar librada a acuerdos privados entre partes, acreedor y deudor, ello perjudicaría a terceros (p. 63).

No cabe duda respecto de que solo la ley puede establecer los plazos prescriptorios y solo esta establecerá los efectos extintivos, connotado el tiempo para dicho fin, en las relaciones jurídicas. Es de orden público, en tanto que conviene al interés social liquidar situaciones pendientes y favorecer su consolidación, sustentándose, por tanto, en el principio de seguridad jurídica. La mención a la seguridad jurídica implica que los plazos de la institución que se harán efectivos sobre las relaciones jurídicas, tanto entre los sujetos de la misma y los terceros que existan, van a estar establecidos únicamente por la ley (Molina Vásquez, 2005, p. 239).

### 2. Sobre la posibilidad de acordar los plazos prescriptorios (prescripción convencional)

El artículo 2000 limita la modificación de los plazos al indicar que: "Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción"; sin embargo, algunos autores se plantean la posibilidad de tutelar la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, reconocer la autonomía de la voluntad, definiendo plazos legales mínimos y máximos dentro de los cuales los contratantes puedan escoger aquel que mejor promueva sus intereses privados patrimoniales (Terra de Miranda Valverde & Bucar, p. 301).

Terra de Miranda Valverde & Bucar (2019) sugiere que la autonomía privada no está proscrita en la disciplina de la prescripción, siendo posible reconocer aspectos privatistas sin afectar su connotación pública; los intereses privados patrimoniales pueden convivir en armonía con las normas de prescripción sin importar una amenaza a la seguridad jurídica (p. 301), en ese sentido se han formulado las reformas de los códigos de Alemania (2001) y Francia (2008).

De *lege lata* la posibilidad de modificar los plazos prescripcionales por las partes está vedado, cabe al intérprete buscar soluciones, dentro de la legalidad constitucional que reconozcan la autonomía privada legítimamente ejercida, *v.g.* permitir la dilación del plazo prescripcional, después del término *a quo*, hasta el doble del plazo legal o acordar la interrupción del plazo (Terra de Miranda Valverde & Bucar, p. 303), esto nos lleva a plantear que la tendencia va de la rigidez a la laxitud de los plazos prescripcionales.

Sin embargo, debemos reiterar que, dado el tratamiento de la prescripción, y atendiendo a su carácter de orden público, a la fecha, no resulta posible que las partes puedan convenir o acordar la alteración (aumento o reducción) de los plazos de prescripción.

## 3. Sobre la clasificación de los plazos prescriptorios previstos en el Código Civil

Los plazos en la prescripción liberatoria, a diferencia de la adquisitiva, son más cortos que largos. En una adquiero y en otra pierdo. El ganar un derecho real requiere más tiempo que para liberarse de un derecho personal. En relación con la caducidad los plazos en la prescripción son más largos (quince años) y no tan cortos (dos meses).

Están sistemáticamente tratados en el Libro VIII del Código Civil y, de forma asistemática, en ciertas instituciones dispersas en el Código (Familia, Reales, Obligaciones y Fuente de las Obligaciones). Así, tenemos un tratamiento sistemático por regla y asistemático por excepción. Podemos decir que se trata de un tratamiento mixto, sistemático y asistemático.

### 3.1. Sobre los plazos prescriptorios sistemáticamente tratados

Son aquellos plazos considerados en el artículo 2001 del Código Civil. Así, prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

| Prescripción en el Libro VIII | | |
|---|---|---|
| **Plazo años** | **Inc.** | **Acción** |
| **10** | 1 | - La acción personal.<br>- La acción real.<br>- La acción que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. |
| 7 | 2 | - La acción de daños derivados para las partes de la violación de un acto simulado. |
| **3** | 3 | - La acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral. |
| **2** | 4 | - La acción de anulabilidad.<br>- La acción revocatoria[1].<br>- La acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual.<br>- La acción que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo. |
| **15** | 5 | - La acción que proviene de pensión alimentaria. |

Como se puede apreciar, son cinco plazos orgánicamente tratados. Se tratan diez acciones y se centralizan dentro de cinco grupos de plazos. El plazo prescriptorio que tiene mayor

(1) Acá se incluye la ineficacia de los actos en fraude de los acreedores.

cantidad de acciones es el de dos años con cinco acciones, seguido por el de diez años con tres acciones. Tres, siete y quince años solo tratan de una acción.

De esta manera, podemos clasificar a la prescripción de acuerdo a la extensión del plazo:

- La **prescripción ordinaria** o **común** (plazo decenal)[2]
- La **prescripción especial** o **breve**, la norma establece plazos más exiguos para permitir el ejercicio de ciertos derechos.

En el Derecho comparado, pero más en doctrina, existe la denominada:

- **Prescripción presuntiva:** Se aplica para obligaciones sencillas y de rápido cumplimiento (comerciantes, peluquero, bodeguero), pero no por ello menos importantes, en las que el monto de la contraprestación no justifica un complejo tratamiento ni un tiempo tan extenso para que la prescripción genere el efecto extintivo. Se apoya en una presunción de pago (Carbonnier, 1971, p. 227) y (Gallo, 2018, p. 779), de allí que se diga que más que una prescripción se trata de una presunción.

  Como dice Carbonnier (1971, p. 230), las deudas que afectan este tipo de prescripción suelen cumplirse con celeridad, de forma que "si el acreedor tarda en reclamarlas demasiado tiempo, se presume legalmente que ha sido pagado, aunque el acreedor ha extraviado la prueba de la obligación". Busca, como sugiere Breccia *et al.* (1992), "evitar litigios al cabo de tiempo sobre relaciones obligatorias, todo lo más inherentes al comercio detallista cotidiano, que se suelen liquidar de manera solícita e informal, como que de ellas no queda prueba documental" (p. 350). Es una categoría particular de la prescripción breve que se caracteriza por el hecho de que no determina la extinción de la obligación, sino más bien una presunción no *iuris tantum*, sino mixta, considerando las limitaciones relativas a la prueba contraria de pago (Grasso, 1986, p. 75).

  En nuestro Código, podríamos decir está consagrada en el inciso 3 del artículo 2001 (en el Código del 36, en el inc. 4 del art. 1168 y en el Código del 52 en el inc. 1 del art. 560). En el Derecho comparado, está tratada en los artículos 2271 y 2273 del *Code*, en el 2954 y 1961 del *Codice*, así como en el 2521 y 2522 del Código chileno, por mencionar algunos.

### 3.2. Sobre los plazos prescriptorios asistemáticamente tratados

En nuestro ordenamiento jurídico, no solo el Libro VIII del Código Civil trata y considera los plazos prescriptorios, otras normas del Código en diversos ámbitos también refieren a ellos, veamos:

| Prescripción en otros artículos del Código | |
|---|---|
| **Años** | **Artículo** |
| 5 | 1274.- La acción para recuperar lo indebidamente pagado prescribe a los cinco años de efectuado el pago. |



(2) Ex prescripción treintenal.

| | |
|---|---|
| 3 | 432.- Las acciones que recíprocamente asistan a los padres y al hijo por razón del ejercicio de la patria potestad se extinguen a los tres años de aprobada la cuenta final.<br><br>Este artículo no es aplicable a la acción relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta, la cual prescribe dentro del plazo señalado para la acción personal. |
| 2 | 537.- La acción del menor para anular los actos celebrados por el tutor sin las formalidades legales prescribe a los dos años. Este plazo se cuenta a partir del día en que cesó la incapacidad.<br><br>568.- Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo. |
| 1 | 1783.- El comitente puede solicitar, a su elección, que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista, o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente, sin perjuicio del resarcimiento del daño.<br><br>Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios.<br><br>El comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recepcionada la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra.<br><br>668.- La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado. |
| **Meses** | **Artículo** |
| 6 | 562.- Las acciones de responsabilidad subsidiaria contra el juez prescriben a los seis meses contados desde el día en que se hubieran podido interponer. |
| 3 | 676.- Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores del renunciante, éstos 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 trasmite a los herederos a quienes favorezca la renuncia.<br><br>La demanda de impugnación se tramita como proceso sumarísimo. |
| 2 | 919.- Restituido el bien, se pierde el derecho de separación, y transcurridos dos meses prescribe la acción de reembolso. |

Son siete plazos inorgánicamente tratados, distribuidos en nueve normas jurídicas.

Se tratan nueve acciones y se centralizan dentro de siete grupos de plazos. El plazo prescriptorio que tiene mayor cantidad de acciones es el de dos y un año con dos acciones.

Si consolidamos los cuadros antes señalados, tendremos:

**Son diez plazos, distribuidos en catorce normas jurídicas: cinco plazos orgánicamente tratados (art. 2001) y cinco plazos inorgánicamente tratados a través de nueve artículos.**

Lo curioso del tratamiento de la prescripción es que aumenta el plazo por meses, rompiendo la regla de que los plazos de prescripción son más largos que los de caducidad siendo, normalmente, en años.

La prescripción es nuestro sistema, de acuerdo a los plazos tratados, es:

| Tiempo | Periodo |
|---|---|
| 15 años | **Quindenial** |
| 10 años | **Decenal** |
| 7 años | **Septenal** |
| 5 años | **Quinquenal o lustro** |
| 3 años | **Trienal** |
| 2 años | **Bienal** |
| 1 año | **Anual** |
| 6 meses | **Semestral** |
| 3 meses | **Trimestral** |
| 2 meses | **Bimestral** |

Como se puede apreciar, los plazos prescriptorios requieren del mandato legal. La regulación del artículo 2000 del Código Civil "tiene como propósito dar relevancia al principio legalista, de modo que solo por ley o norma con rango de ley puedan establecerse plazos de prescripción" (Molina Vásquez, 2005, p. 241). La ley tiene una especial importancia en la creación de los plazos prescriptorios.

## DOCTRINA

BRECCIA, U., BIGLIAZZI GERI, L., NATOLI, U. & BUSNELLI D., F. Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica. Vol. 1, trad. de F. Hinestroza. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1992; CARBONNIER, J. Derecho Civil. Vols. III, Tomo II. Bosch, Barcelona, 1971; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. La prescripción extintiva. En el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Civitas, Madrid, 2003; GALLO, P. Trattato di diritto civile. L'Impresa e le società, la tutela dei diritti, la prescrizioni. Vol. VIII, G. Giappicheli. Torino, Italia, 2018; GOMES, O. Introdução ao Direito Civil. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001; GRASSO, B. "Prescrizione (C. Diritto privato)". En: F. Calasso, Enciclopedia del Diritto (Vol. XXXV). Giuffrè, Varese, Italia, 1986; HINESTROSA, F. Prescripción extintiva. 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; MOLINA VÁSQUEZ, W. "Fijación legal de los plazos prescriptorios". En: Código Civil comentado. Vol. X, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; PEREIRA, C. M. Instituições de Direito Civil. Vol. I. 20ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2004; RUBIO CORREA, M. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil. Vol. VII, 3ª edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1990; SPOTA, A. G. Instituciones de Derecho Civil: prescripción y caducidad. Vol. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009; TERRA DE MIRANDA VALVERDE, A. & BUCAR, D. "Autonomia privada e prazos prescricionais". En: M. C. Moraes Bodin de, G. S. Guedes da Cruz, y E. Souza Nunes de. A juízo do tempo. Estudos actuais sobre prescrição. Processo, Río de Janeiro, 2019; VIDAL RAMÍREZ, F. Prescripción extintiva y caducidad. 6ª edición, Idemsa, Lima, 2011.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Es permitido el uso de la analogía para establecer plazos de prescripción**

*(S)e debe tomar en cuenta que los plazos de prescripción son fijados por ley, conforme al artículo 2000 del Código Civil; sin embargo, ante una situación excepcional como la falta de regulación respecto del plazo prescriptorio de los actos jurídicos ineficaces, con excepción del artículo 2001 inciso 4 que se refiere la acción pauliana, cuyo plazo de prescripción es de dos años, resultando válido en el presente caso recurrir a los métodos de integración normativa, por lo que deberá aplicarse el plazo de prescripción de dos años, dado que tal pretensión presenta efectos menos gravosos (Cas. Nº 4302-2016-Tacna).*

## Plazos de prescripción

**Artículo 2001.-** *Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*

*1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*

*2.- A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*

*3.- A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.*

*4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo(*).*

*5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia(**).*

Concordancias:
*C.C. arts. 432, 927, 1117; C.T. art. 43 D.LEG. 1049 art. 154; LEY 27287 art. 96*

JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO / JOHALY CRISTINA CÓRDOVA RIVERA

## 1. Introducción

'Plazo' es un vocablo que utilizamos, normalmente, para aludir al transcurso de un determinado periodo de tiempo, lo cual no significa que su importancia se agote allí. En efecto, el cómputo del plazo adquiere relevancia en razón de que su observancia o inobservancia genera efectos jurídicos que determinarán el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas; así como también puede afectar el derecho de una persona a accionar, ya sea en la vía administrativa o judicial, como en el caso de la prescripción extintiva.

La prescripción extintiva se inspira en el principio de legalidad, pues únicamente por mandato de la ley se puede restringir el ejercicio del derecho de acción cuando ha transcurrido el plazo previsto expresamente en la norma; así lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema en sus diversos fallos. Esa es la esencia del artículo 2000 del Código Civil que establece que la ley fija los plazos de prescripción, puesto que en la prescripción extintiva hay consideraciones de interés público (en cuanto las partes no pueden fijar plazos prescriptorios por cuenta propia) y privado (debido a que las partes no pueden modificar los plazos prescriptorios establecidos por ley).

Es en esa línea que nuestro Código Civil contiene una serie de disposiciones de contenido procesal, sea porque fija plazos y/o contiene precisiones con implicancia procesal, como ocurre en el artículo 2001 del mismo cuerpo legal, cuya totalidad de sus cinco incisos establecen plazos prescriptorios para diversas clases de situaciones jurídicas.

No obstante, debe considerarse que el propio Código, más allá de los plazos generales contenidos en el artículo bajo comentario, también regula otros dos supuestos de plazos de prescripción extintiva, los cuales están contenidos en los artículos 432 y 1274.

(*) Texto del inciso 4 según modificatoria efectuada por la Ley N° 30179 del 06/04/2014.
(**) Inciso 5 incorporado por la Ley N° 30179 del 06/04/2014.

En efecto, por una parte, tenemos que el artículo 432 prevé el plazo prescriptorio de las acciones de pago que resulten de la administración legal de los bienes de un menor por parte de sus padres, otorgándose un plazo de diez años, específicamente, para la acción relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta. Mientras que, por otro lado, el artículo 1274 establece el plazo prescriptorio para recuperar lo indebidamente pagado, el cual prescribe a los cinco años de efectuado el pago.

En suma, podemos advertir que los plazos prescriptorios son medianos o largos por naturaleza, ya que van desde los quince años hasta los dos años. Sobre el particular, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema sostiene en la Casación N° 4478-2016-Junín que el artículo 2001 del Código Civil señala que las pretensiones prescriben en un tiempo que va de dos a quince años, según el interés sea de orden particular (como en el caso de las pensiones alimentarias) o de asuntos que interesen al Estado, dada la gravedad de la infracción (como en el caso de las nulidades de los actos jurídicos).

En nuestra opinión, los plazos de prescripción extintiva tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica, pues debemos tener presente que en principio todo prescribe. Es cierto, la prescripción extintiva y, por consiguiente, los plazos de prescripción son una manifestación de la seguridad jurídica que debe brindar todo ordenamiento, pues de lo contrario quedaría abierta la posibilidad de cuestionar judicial o arbitralmente cualquier acto o contrato indefinidamente, lo cual aumentaría los costos de transacción y afectaría el tráfico comercial de los bienes y los derechos.

La seguridad jurídica, en palabras de Luna Serrano, es "un valor esencial o exigencia fundamental del derecho que se expresa como principio fundamental o básico del ordenamiento (...) cuya trascendencia se cifra en informar el ordenamiento jurídico y presidir la conducta de los poderes públicos y que se articula sobre y se manifiesta en un conjunto de varios principios, como son, entre otros, los de legalidad, jerarquía normativa, publicidad e irretroactividad de las normas y responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, con los cuales se conjuga y de los cuales a la vez se compone".(1) Por su parte, Pérez Silva sostiene que "si entendemos por seguridad jurídica el conocimiento que todos tienen sobre las consecuencias de un acto realizado en relación con el derecho vigente; y los efectos, ámbito y límites de la esfera de actuación de una norma, debemos encontrar los mecanismos que usa el derecho para efectivizar esta seguridad, así tenemos: a) irretroactividad de la Ley; b) inexcusabilidad por ignorancia de la Ley; c) la fuerza de la cosa juzgada; d) la prescripción extintiva y la prescripción adquisitiva de dominio; e) la publicidad jurídica y f) la aplicación uniforme de la ley todos los casos previstos en la norma"(2).

En tal sentido, es claro que los plazos de prescripción extintiva garantizan la seguridad jurídica; no obstante, la ley puede establecer algunas excepciones a la prescripción extintiva dependiendo de la naturaleza del derecho. Así tenemos que son imprescriptibles la acción de filiación, la acción petitoria de herencia, la acción de nulidad de partición por preterición, la acción reivindicatoria y la acción de partición entre copropietarios, conforme a los artículos 373, 664, 865, 927 y 985 del Código, respectivamente.

(1) LUNA SERRANO, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 43-45.

(2) PÉREZ SILVA, Rafael. "La seguridad jurídica como fundamento de la actividad notarial en una economía de mercado". Recuperado el 07/06/2020 de: <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/la-seguridad-juridica-como-fundamento.html>.

Del mismo modo, la jurisprudencia también ha interpretado que determinadas pretensiones son imprescriptibles cubriendo de esta forma los vacíos de la ley. Así tenemos que la Corte Suprema ha establecido que las pretensiones de mejor derecho de propiedad y la de otorgamiento de escritura pública son imprescriptibles.

En cuanto al mejor derecho de propiedad, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 1458-2007-Lima, ha señalado que:

> "Desde que la declaración de mejor derecho de propiedad importa en sí el ejercicio de un derecho de reivindicación que ejerce el propietario contra un tercero que se arroga igual derecho de propiedad, los efectos del artículo 927 del Código Civil que regula la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria se extienden a esta".

Asimismo, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 2689-2009-Callao, estableció que:

> "Como la interposición de una demanda de mejor derecho de propiedad comporta el ejercicio del derecho de propiedad, el carácter imprescriptible de la pretensión reivindicatoria se extiende también a la pretensión bajo análisis; por lo tanto, esta pretensión no se encuentra sujeta a ninguno de los plazos de prescripción".

Por su parte, los jueces superiores en el Pleno Jurisdiccional Civil de 1998 adoptaron como acuerdo que:

> "El ejercicio de la acción de otorgamiento de escritura pública se orienta a dar formalidad a los actos jurídicos, con la finalidad de otorgarles seguridad y afianzamiento, consecuentemente, no es aplicable el plazo de prescripción extintiva porque el ejercicio de la acción de otorgamiento de escritura pública constituye una formalidad para la comprobación de la realidad del acto que permitirá la inscripción en el Registro correspondiente a efecto de hacer imponible el derecho frente a tercero".

Ahora bien, el decurso prescriptorio se inicia el día en que puede ejercitarse la acción, es decir, a partir del día siguiente de producido el incumplimiento de la obligación o deber. Y finalizará, dando por extinguida la acción, el último día del plazo legal (por ejemplo, para el caso de las acciones personales o reales, vencerá el último día del décimo año). La situación planteada no siempre se presenta así, pues el Código Civil regula también (en el art. 1996) supuestos en los que se interrumpe el decurso prescriptorio. Uno de ellos es, por ejemplo, cuando se cita con la demanda al demandado; lo cual implica que una persona que desee accionar no deberá esperar el último día, sino que deberá tomar en cuenta el tiempo que se demora el órgano jurisdiccional para efectuar las notificaciones respectivas y descontarlo del plazo prescriptorio; lo cual significa que, en la práctica, el decurso prescriptorio se reduce en semanas, meses o más, dependiendo de lo que demore el acto de la notificación, razón por la cual existen pronunciamientos de la Corte Suprema en la que se interpreta que el plazo de prescripción no debe tomar en consideración el tiempo que el órgano jurisdiccional se demora en notificar la demanda.

Es importante mencionar que para que opere el efecto extintivo propio de la prescripción, además del plazo, este debe ser requerido voluntariamente por quien pretende favorecerse con él. Es decir, una vez vencido el plazo legal, de acuerdo al artículo 2002 del Código Civil y en función a los tipos de situaciones jurídicas tuteladas en el artículo 2001, no basta con que el tiempo haya transcurrido, sino que es imprescindible que esta prescripción ganada sea alegada por la parte interesada para que la extinción misma opere.

Lo que hace especial a esta institución jurídica es que su alegación no lo es respecto de un hecho (extintivo) acaecido con anterioridad al proceso, sino que aquella es en sí misma fuente del efecto extintivo, vale decir, que es el modo usual de ejercicio del poder de provocar la consumación del fenómeno prescriptorio, circunstancia esta que por sí sola no la convierte en un fenómeno procesal, sino más bien en un fenómeno sustancial que se perfecciona (repito, por lo común) a nivel procesal[3], la cual se hace efectiva a través de la deducción de la excepción de prescripción a que se refiere el inciso 12 del artículo 446 del Código Procesal Civil.

A continuación, analizaremos brevemente cada uno de los supuestos identificados en el articulado del Código Civil: i) la prescripción de la acción personal, real y la que nace de una ejecutoria (considerado en el numeral 1 de este artículo); ii) la prescripción de la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado (considerado en el numeral 2 de este artículo); iii) la prescripción de la acción para el pago por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral (considerado en el numeral 3); iv) la prescripción de la acción de anulabilidad, revocatoria e indemnizatoria por responsabilidad extracontractual (considerado en el numeral 4); y v) la acción que proviene de la pensión de alimentos (considerado en el numeral 4 de este artículo).

## 2. La prescripción de la acción personal, real y la que nace de una ejecutoria (la *actio iudicati*)

El inciso primero del artículo 2001 establece que, salvo disposición diversa de la ley, prescriben a los diez años la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico. Por supuesto, hay que tener en cuenta que el plazo de prescripción se inicia desde el día en que es posible hacer valer la pretensión mediante el ejercicio de la acción, y este puede estar sometido a las vicisitudes determinadas por las causales de suspensión o de interrupción.

Con relación al plazo de prescripción de diez años, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N° 1227-2012-Lima, ha señalado que:

> "Cuando el **artículo 2001 del Código Civil** establece una escala para fijar el tiempo de prescripción de los actos jurídicos, tiene en cuenta para su graduación: la naturaleza del acto que se pretende cautelar; así, a mayor importancia mayor tiempo para la prescripción y a menor importancia menor tiempo. Es por eso que las acciones personales, reales, las que nacen de una ejecutoria y la nulidad del acto jurídico tienen como plazo de prescripción diez años, el más largo de los que contempla el Código Sustantivo. Ello se debe a que en estos casos se protegen relaciones obligacionales, o se defiende al titular de un derecho real, o la obligación surge de la intervención del ente jurisdiccional o el vicio compromete la estructura del propio acto jurídico".

Como podemos advertir, el inciso 1 del artículo en comentario hace referencia a la acción personal y a la acción real. Al respecto, Vidal Ramírez nos dice que "las acciones personales son aquellas que dimanan de las acciones personales (...) vienen a ser con las que se pretende hacer efectivo el poder jurídico del que están dotadas las personas, porque lo son y en cuanto lo son. Por eso no comprenden únicamente 'los derechos de la persona', sino todos aquellos que (...) constituyen atributos de la persona y, por eso, también abarcan derechos familiares,

(3) ARIANO DEHO, Eugenia. "Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil". Recuperado el 08/06/2020 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12351>.

hereditarios, autorales y participatorios"[4]. Por su parte, en cuanto a la acción real, el citado autor nos refiere que: "la acción real mantiene el concepto romanista originario y su ámbito es el que corresponde a los derechos reales (...) y, en general, a los derechos que atribuyen a su titular un poder jurídico sobre bienes".

La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N° 2564-2003-Lima, al referirse sobre la aplicación del artículo 1117 del Código señaló que:

> "[L]a acción personal es el ejercicio del acreedor que se dirige contra el deudor de la obligación garantizada, para que este cumpla con la prestación a que se comprometió, para lo cual el accionante podrá optar entre solicitar ella en un proceso de ejecución de garantías en que responderá el bien hipotecado o en un proceso de conocimiento en el que puede solicitar el embargo de los bienes que posea su deudor. Se trata, como su nombre indica, de una figura de carácter personal. A diferencia de la anterior, la acción real es la que goza el acreedor hipotecario sobre el inmueble gravado con relación al tercero propietario del mismo"[5].

Cabe agregar que el Pleno Jurisdiccional Civil del 2000 determinó que la pretensión de desalojo prescribe a los diez años. En efecto, en dicho pleno, los jueces superiores señalaron que:

> "El demandado en un proceso de desalojo por ocupación precaria puede demandar válidamente la excepción de prescripción extintiva de la acción, pues al ser una pretensión que proviene de un derecho real de propiedad, esta prescribe a los diez años, conforme lo dispone el artículo 2001, inciso 1, del Código Civil".

Somos de la opinión de que, en su oportunidad, dicho acuerdo tenía sentido en la medida que en los procesos de desalojo por ocupación precario era común que el demandado generalmente alegara que había adquirido el bien sublitis por prescripción, por tal motivo es que estimó que era viable que se deduzca la excepción de prescripción; no obstante, actualmente, con la sentencia del IV Pleno Casatorio Civil (Casación N° 2195-2011-Ucayali), ello ya no es viable porque se ha establecido que en el proceso de desalojo el juez siempre deberá pronunciarse sobre el desalojo o no, dejando a salvo el derecho del demandando de demandar la prescripción adquisitiva.

Por otro lado, como precisa Vidal Ramírez, "la *actio iudicati* no es propiamente una acción. La actio iudicati se distingue de la acción en que es consecuencia de ella, pues acudir a los órganos jurisdiccionales no puede tener otra finalidad que la de obtener un fallo favorable o, como precisa Coviello, una sentencia de condena para la parte contraria, pues de una simple declaración no deriva en favor del vencedor una actio iudicati. Esta no es, entonces, consecuencia de toda acción, sino de aquellas que persiguen una condena para la parte contraria, esto es, una ejecutoria condenatoria y no una declaratoria o una constitutiva del derecho. Entre la acción y la actio iudicati debe mediar una ejecutoria de condena y no una declarativa, que solo constata o declara la existencia del derecho, y tampoco una constitutiva, que solo da lugar a la creación, modificación o extinción de un derecho"[6].

En suma, la acción que nace de una ejecutoria o *actio iudicati* es aquella que nace de una acción derivada del juicio. En el proceso de ejecución de sentencia o resoluciones judiciales, se

(4) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 171.
(5) Ob. cit., p. 196.
(6) VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. "Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad". En: *Lex*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. N° 11, Lima, 2013, p. 126.

refiere a la acción que se plantea contra el demandado que, luego de ser condenado en juicio, no ejecuta ni cumple voluntariamente con lo resuelto por el órgano jurisdiccional.

Al respecto, León Barandiarán refiere que "la acción (pretensión) emanada del correlativo derecho reconocido judicialmente al titular no se sustentará ya en la ley o en la manifestación de voluntad, sino en un nuevo título: la propia ejecutoria"[7]; por lo que coincidimos con Palmadera y Huanco, quienes señalan que la acción dirigida a exigir la ejecución de la obligación no se justificará más en el título en virtud del cual se demandó, sino en el fallo ejecutoriado que amparó el derecho[8].

La jurisprudencia también se ha pronunciado sobre la prescripción derivada de una sentencia, en particular, sobre las pensiones alimentarias devengadas; a pesar de que, lamentablemente, no existe un criterio uniforme, pues por una parte señalan que dichas pensiones devengadas prescriben a los diez años, pero otros señalan que no prescriben. Como muestra de tal discrepancia, podemos citar los siguientes acuerdos plenarios:

- Pleno Jurisdiccional Distrital Familia y Civil, 2011, Huánuco. Acuerdo 1:

  Las pensiones alimentarias devengadas son consecuencia de una ejecutoria, por lo tanto el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, precisando que en caso de solicitarse la suspensión de la prescripción tratándose de personas menores de edad debe aplicarse lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 1994 del Código Civil que establece que se suspende la prescripción, entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.

- Pleno Jurisdiccional Distrital Familia, 2010, Callao Norte. Acuerdo 1, tema 2:

  El juez, considerando la naturaleza de la pensión alimentaria, no puede declarar prescrita la obligación alimentaria devengada.

- Pleno Jurisdiccional Distrital Constitucional y Familia, 2009, Huancavelica. Acuerdo 1:

  No opera la prescripción de las pensiones alimentarias devengadas.

- Pleno Jurisdiccional Distrital Familia, 2007, La Libertad. Acuerdo 8:

  En principio, el derecho alimentario no prescribe por ser un derecho humano fundamental que tiene que ver directamente con el derecho a la vida. Distinta situación es la de la pensión alimentaria, en este último caso, tratándose de una prescripción extintiva, debe necesariamente hacerse valer en vía de acción, siempre y cuando no se presenten los supuestos de suspensión previstos en el artículo 1994 o de interrupción previstos en el artículo 1996, ambos del Código Civil; en todo caso, la prescripción a los dos años en vía de acción se aplica para acciones o procesos derivados y no para el originario de alimentos.

Como advertimos, aún no existe una postura definida respecto a si las pensiones de alimentos devengadas prescriben; no obstante, nos adherimos a la postura de que de que tales pensiones prescriben a los diez años de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada,

(7) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 135.
(8) PALMADERA ROMERO, Doris y HUANCO PISCOCHE, Henry. "Plazos prescriptorios". En: *Código Civil comentado*. Tomo X, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 244.

pero dicho plazo quedará suspendido mientras que el favorecido con la pensión devengada no esté sujeto a patria potestad o tutela.

## 3. La prescripción de la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado

Este supuesto de prescripción extintiva es bien particular, ya que tiene como premisa la celebración de un acto que ambas partes convienen y, por consiguiente, conocen que es simulado, pues la causa o fin del acto es ajeno al objeto establecido por la ley. Esto es, como sabemos, el objeto de una compraventa es transferir el bien a cambio del pago de un precio, pero puede darse el caso de que dicho acto se celebre con el fin de esconder el patrimonio en perjuicio de los acreedores.

En efecto, es común que cuando los deudores ya no pueden cumplir con pagar su deuda simulen la celebración de contratos de transferencia de sus bienes con el propósito de disminuir falsamente su patrimonio evitando que sus acreedores puedan afectarlos y hacerse cobro de sus acreencias con ellos. Pero ¿qué sucede si el adquirente del bien adquirido simuladamente sin conocimiento del deudor decide disponer del bien ya sea otorgándolo en garantía o transfiriéndolo a un tercero?

Es en dicho supuesto que se aplican los plazos de prescripción contenidos en el inciso 2 del artículo bajo comentario, ya que el adquirente simulado del bien le habría causado un daño al deudor (propietario originario) al transferirlo sin consentimiento, por lo que este tendrá siete años para demandar los daños y los perjuicios por la violación del acto simulado.

## 4. La prescripción de la acción para el pago por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral

El inciso 3 del artículo bajo comentario contiene una terminología que no está acorde con la legislación laboral, puesto que hace referencia al pago de remuneraciones, cuando dicho concepto solo es aplicable por la prestación de servicios brindados bajo subordinación y dependencia como consecuencia de una relación laboral.

En efecto, según el artículo 6 del TUO de la Ley de Productiva y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, "constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa".

Ahora bien, respecto al mencionado inciso 3, cuando hace referencia a la remuneración, debe entenderse al pago de la retribución por los servicios prestados de forma independiente como consecuencia de la celebración de un contrato de prestación de servicios, ya sea bajo la modalidad de los contratos de locación de servicios, mandato, depósito y secuestro regulado en el Título IX de la Sección segunda del Libro VII de este Código.

Cabe agregar que cuando el servicio es prestado por una persona natural sin negocio, el documento que se le debe entregar al comitente será un recibo por honorarios; en cambio, si el servicio es brindado por una persona natural con negocio o por una persona jurídica, entonces

estas tendrán que emitir una boleta de venta o factura, esto en aplicación del Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 007-99-SUNAT.

Es una costumbre comercial que primero se brinde el servicio y luego de que se produzca su conformidad se proceda al pago, pero previa entrega del comprobante; sin embargo, debemos tener presente que cuando el servicio se brinda a empresas el pago no se realiza de manera inmediata, debido a que algunas empresas tienen como política efectuar los pagos a 30, 60 u 90 días de recibido el comprobante. El plazo de pago está relacionado con el plazo de cobro que otorgan las empresas a sus clientes. Usualmente, el tiempo del crédito que otorgan las empresas a sus clientes es menor al tiempo de pago de sus obligaciones, por lo que mientras cobren las empresas, entonces tampoco pagan.

Ante tales circunstancias, la Ley N° 29623, Ley que promueve el financiamiento a través de la factura comercial, otorgó a los recibos de honorarios y facturas el carácter de negociabilidad. Así dispuso que los mencionados comprobantes de pago tuvieran mérito ejecutivo, lo que facilita su cobro, ya que en vez exigir su pago en un proceso de conocimiento ahora se realizará a través del proceso único de ejecución dentro del plazo contenido en el inciso 3 del presente artículo (tres años) computados desde su fecha de vencimiento consignado en el comprobante o en su defecto a los 30 días de emitido.

Además, para que el comprobante adquiera mérito ejecutivo, debe cumplir con las formalidades establecidas en la referida ley, lo que implica que debe constar en el documento la recepción por parte del comitente y no existir disconformidad por escrito del servicio dentro de los 8 días hábiles de entregado.

## 5. La prescripción de acción de anulabilidad, revocatoria e indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo

El plazo de prescripción para accionar la anulabilidad y la revocatoria de un acto jurídico a los que hacen referencia los artículos 195 y 221 de este Código es de dos años computados desde el momento en que toma conocimiento del acto. Dicho plazo también es aplicable para demandar la indemnización por daño emergente, daño al proyecto de vida, daño moral y lucro por un hecho que no deriva de la relación contractual, así como para accionar contra los representantes de los menores de 16 años derivados del ejercicio del cargo.

Como advertimos, está totalmente clara la aplicación del plazo de prescripción respecto a los actos contenidos en el inciso 4 del artículo en comentario.

No obstante, existen acciones contra algunos actos jurídicos cuyo plazo de prescripción no está encuadrado expresamente ni en el inciso 1 como en el inciso 4 de este Código, tal como es el caso de la acción de ineficacia de acto jurídico celebrado por un *falsus procurator*; es decir, por quien no tiene facultades de representación o teniéndolas se excede en su ejercicio. Esta pretensión está contenida en el artículo 161 del presente Código. Al respecto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema ha tenido posturas contradictorias.

Así podemos referirnos a la Casación N° 1227-2012-Lima, en la que consideró que el plazo de prescripción de la acción de ineficacia de acto jurídico es de 2 años. En esa oportunidad, la Sala Suprema estableció que:

"La relación de semejanza que debe establecerse es la que existe entre la ineficacia del acto jurídico y la señalada en el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil, ya que hay

una identidad de razón entre el caso no regulado con el caso normado, que atiende: (I) A que allí se regula un supuesto de ineficacia (el de la acción pauliana o revocatoria) y no hay razón para considerar que los otros supuestos de ineficacia deban regirse por plazo prescriptorio distinto; y, (II) A que allí se regula la anulabilidad del acto jurídico que puede confirmarse tal como la ineficacia puede ratificarse. Es verdad que no cabe confundir confirmación con ratificación, pero no es menos cierto que ambos tienen el mismo fin: la conservación del acto jurídico".

En dicha casación el juez supremo ponente fue Calderón Puertas.

En cambio, posteriormente, la misma Sala Suprema, con otra composición de jueces, pero con Calderón Puertas como su integrante, se apartó del criterio adoptado en la Casación N° 4989-2017-Lima Norte, dejando entrever que el plazo aplicable es el de 10 años por considerar que no es viable aplicar por analogía una norma que restringe derechos. En dicha oportunidad la Sala Suprema señaló que:

[E]ste Tribunal Supremo considera que el *Ad quem* ha infringido lo estipulado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues al momento de resolver la excepción de prescripción extintiva planteada por el demandado, contra la pretensión de ineficacia del acto jurídico, al no regular nuestra normatividad plazo prescriptorio en este tipo de pretensiones, ha aplicado el plazo establecido en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil (...) norma que regula materias distintas a la presente, sin tomar en cuenta que es un dispositivo que se le está restringiendo a la recurrente su derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues no se le está permitiendo acceder a los Tribunales de Justicia con el fin de reclamar un derecho que a su entender considera justo; además de no ponderar la razonabilidad y la proporcionalidad al momento de aplicar esa norma. Más aún si, el artículo 2000 del Código Civil señala que: "Solo la ley puede fijar los plazos de prescripción", esto tiene su razón de ser en que la institución jurídica de la prescripción se funda en consideraciones de orden público y de seguridad jurídica (...). La mención a la seguridad jurídica implica que los plazos de la institución que se harán efectivos sobre las relaciones jurídicas, tanto entre los sujetos de la misma y los terceros que existan, van a estar establecidos únicamente por la ley. Por tanto, las partes no pueden establecer plazos de prescripción y no pueden modificarlos –ya sea extendiéndolos o reduciéndolos–. De permitirse esto, conllevaría la desventaja de los terceros interesados; siendo que esta institución se justifica en función de la tutela preferencial de intereses individuales contrapuestos a los del titular del derecho que omite ejercerlo. Por lo demás, es la justificación más sobresaliente de la institución y sirve para dar cuenta de situaciones imprescriptibles.

La Casación N° 4989-2017-Lima Norte cuenta con el voto singular del juez supremo Calderón Puertas, en el cual señala que el plazo de prescripción de la acción de ineficacia de acto jurídico es de 10 años. Expresamente, en su voto singular dice:

"De conformidad con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial me aparto de criterio formulado anteriormente, en el sentido [de] que los casos de ineficacia prescriben en todos los casos a los dos años. Debo enmendar mi opinión. No es posible aceptar esta tesis por varias razones, entre las que se encuentra que la ley que restringe derechos no es posible aplicarla por analogía (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil), a lo que debe añadirse que solo por ley se establecen los plazos de prescripción, conforme lo manda el artículo 2000 del Código Civil. En tal virtud, dado que los casos en los que no existe prescripción están expresamente estipulados en el Código Civil y

que las demandas de ineficacia son acciones personales, resulta de aplicación el artículo 2001.1 del Código Civil que establece como plazo prescriptorio el de diez años".

Convenimos con este último criterio jurisprudencial, pero lamentamos que, por una falta de análisis adecuado respecto a la figura de prescripción extinta y de sus plazos, se haya perjudicado en su oportunidad el derecho de tutela jurisdiccional efectiva del demandante a quien se le aplicó el anterior criterio; sin duda, los jueces tienen derecho a cambiar de criterio, pero ello no impide que asuman su responsabilidad por sus errores, más aún si es que dejaron de aplicar normas expresas.

Por otro lado, en cuanto al plazo de prescripción extintiva por responsabilidad extracontractual, se debe considerar que tal plazo se ve afectado por lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal, el cual dispone que: "La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal".

Sobre el particular, el Pleno Jurisdiccional Civil de 1999 se pronunció sobre el tema señalando que:

> "El plazo de prescripción extintiva de la acción en materia civil, se afecta por lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal[,] pues mientras subsista la acción penal puede extenderse más allá de los dos años que prevé la ley civil. El artículo 2001 del Código Civil de manera general regula el plazo de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual. Sin embargo, de manera especial, el artículo 100 del Código Penal prescribe que la acción civil no se extingue mientras subsista la acción penal, lo cual no quiere decir que prescrita la acción penal se compute a partir de ahí el plazo de 2 años de la prescripción de la acción civil".

## 6. La prescripción de la acción que proviene de la pensión alimentaria

El plazo de prescripción de las pensiones alimentarias es actualmente de 15 años, pero su plazo original era solo de 2 años. La modificación del plazo de prescripción de la acción que proviene de la pensión alimentaria tiene como origen el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 02132-2008-PA/TC, en la cual se ordenó dejar sin efecto resoluciones de un juzgado que ordenaba la prescripción de la ejecución de sentencia de las pensiones alimentarias y de aumento de alimentos de una menor.

En ese fallo, el Tribunal se pronunció sobre la improcedencia del abandono de la instancia en los procesos de alimentos (fijación, aumento, reducción, extinción o prorrateo), aplicando el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente, y promoviendo la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad. Así lo muestra el fundamento 40 que establece lo siguiente:

> En suma, la aludida medida estatal examinada (norma el sentido interpretativo del artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, que establece que **prescribe a los 2 años la acción que proviene de aquella pensión alimenticia a favor de menores de edad fijada en una sentencia**), al no superar los exámenes de necesidad y ponderación resulta incompatible con la Norma Fundamental, existiendo otras medidas tales como aquella contenida en el inciso 1) del mencionado artículo 2001 del Código Civil –que establece la prescripción de la acción que nace de una ejecutoria en un plazo de 10 años–, que logra el mismo fin constitucional (impedir situaciones de indefinición respecto del cobro de pensiones fijadas en tal sentencia ante la inacción de quien se encuentra

legitimado para exigir tal cobro), pero con una menor restricción de los derechos de los niños y adolescentes a la efectividad de las resoluciones judiciales y a percibir alimentos.

Dicho fundamento determinó que la norma contenida en el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, en la cual se establecía que prescribía a los dos años la acción que provenía de aquella pensión alimentaria a favor de menores de edad fijada en un fallo, no superaba los exámenes de necesidad y ponderación, resultando incompatible con la Constitución.

Asimismo, debido a que el plazo de 2 años limitaba el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y el derecho de los menores a percibir alimentos, determinados en una sentencia, siendo restrictivo de dicho derecho fundamental, se consideró necesario establecer un plazo mayor para la prescripción.

Es así que, en 2014, mediante la Ley N° 30179, se modificó el artículo 2001 del Código Civil (específicamente, el inciso 4) y se adicionó un nuevo inciso 5, en el cual se amplió de 2 a 15 años el plazo de prescripción con el objetivo de proteger el derecho de los menores de edad a recibir una pensión alimentaria de sus padres y, sobre todo, considerando el interés superior del menor.

## DOCTRINA

ARIANO DEHO, Eugenia. Renuncia y alegación de la prescripción entre el Código Civil y el Código Procesal Civil. Recuperado el 08/06/2020 de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12351>; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 1997; LUNA SERRANO, Agustín. La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho. Dykinson, Madrid, 2015; PALMADERA ROMERO, Doris y HUANCO PISCOCHE, Henry. "Plazos prescriptorios". En: Código Civil comentado. Tomo X. 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010. PÉREZ SILVA, Rafael. La seguridad jurídica como fundamento de la actividad notarial en una economía de mercado. Recuperado el 07/06/2020 de: <http://derechogeneral.blogspot.com/2012/02/la-seguridad-juridica-como-fundamento.html>; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Precisiones en torno a la prescripción extintiva y a la caducidad". En: Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. N° 11, Lima, 2013.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### Imprescriptibilidad de la acción de mejor derecho de propiedad

*Atendiendo a que la excepción de prescripción planteada tanto por los demandados como por la litisconsorte necesaria se fundamenta en la aplicación del plazo prescriptorio previsto en el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, y habiendo determinado esta sede casatoria que la declaración del mejor derecho de propiedad importa el ejercicio de la atribución reivindicativa que consagra el artículo 923 del Código antes mencionado, la pretensión planteada por {...} resulta imprescriptible, a tenor de lo normado en el artículo 927 del mismo Código, por lo que la excepción así planteada no puede prosperar, deviniendo en infundada, correspondiendo a las instancias de mérito, específicamente al juez de la causa, emitir el pronunciamiento que corresponda respecto de las demás excepciones planteadas por la parte demandada, para efectos de establecer la validez de la relación jurídica procesal* ***(Cas. N° 1458-2007-Lima).***

#### Plazos de prescripción especiales en materia societaria

*Respecto a la denuncia de inaplicación de los artículos 219 inciso 1 y 2001 inciso 1 del Código Civil, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto, en principio, son aplicables a los acuerdos societarios tomados en la junta general cuestionada en la demanda, en cuanto actos jurídicos, no es menos cierto que al existir normas especiales de Derecho Comercial se debe preferir estas últimas, por la naturaleza de la materia controvertida en el caso de autos. En tal sentido, se advierte que existen normas especiales que regulan la nulidad de los acuerdos societarios tomados en las juntas generales, entre ellas los artículos ciento cincuenta y ciento cincuenta y uno de la Ley General de Sociedades, las cuales prevalecen sobre las normas del Código Civil* ***(Cas. N° 2412-2009-Lima).***

## Cumplimiento del decurso prescriptorio

**Artículo 2002.-** *La prescripción se produce vencido el último día del plazo.*

Concordancias:
*C.C. arts. 183, 184*

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI / MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

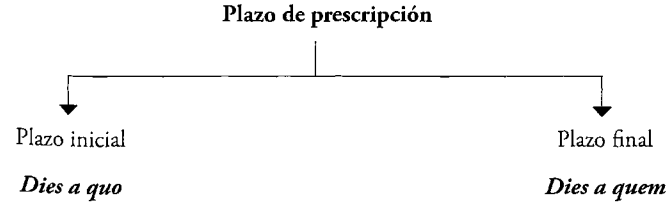
### 1. Sobre el decurso prescriptorio

El decurso prescriptorio es el devenir. El paso del tiempo, su transcurso. Spota (2009) indica que:

> El término de la prescripción requiere un punto de partida, desde el cual se comienza a computar, y un punto final, momento en que se considera cumplido. El tiempo que transcurre entre un punto y el otro, se denomina "curso de la prescripción", sobre el cual pueden impactar las consecuencias de determinados hechos o actos jurídicos que conllevan a su suspensión o interrupción (p. 260).

Según Bussi, citado por Hinestroza (2006, págs. 14, nota 11), el decurso del tiempo es el elemento más importante de la prescripción. Determina momentos. El plazo de prescripción es el espacio de tiempo que transcurre entre el plazo inicial y el plazo final (Gomes, 2001, p. 504). El derecho subjetivo se ve afectado por el tiempo, mejor dicho su eficacia opera en función de él y está sometida a su decurso (Hinestrosa, 2006, p. 14).

Resultando la prescripción del decurso del tiempo, tiene que ser fijado el momento inicial y el momento final de su curso. Hay un día en que la prescripción comienza y un día que opera, el tiempo que media entre uno y otro término es el plazo de prescripción (Pereira, 2004, p. 692).




Da a conocer Vidal (2011) que el decurso prescriptorio "es la sucesión continuada y acumulada del tiempo que debe transcurrir para que pueda oponerse con éxito la prescripción y se cumpla el interés social que la inspira" (p. 93).

### 2. Sobre el término del plazo prescriptorio

El plazo de prescripción vencerá indefectiblemente –cualquiera sea la naturaleza del derecho– el último día del plazo fijado por ley. Debe entenderse que ese último día es íntegro, esto es, vencerá a la hora 24 o 12 de la noche, en punto. Se trata de una disposición de orden público, pues no está sujeto de la voluntad de las partes, ya que es una determinación legislativa. La forma cómo se computan los plazos también está determinado por ley (Morales Godo, 2005, p. 254).

En el cómputo del decurso prescriptorio priman los días hábiles. De conformidad con el artículo 2002 del Código Civil, la prescripción se produce vencido el último día del plazo, si éste es inhábil, vencerá el primer día hábil siguiente (inc. 5, art. 183).

Dice Vidal Ramírez (2011, p. 98) que el día que puede ejercitarse la acción debe ser día hábil y a partir del día siguiente (art. 1993), aplicando la *computatio civilis*, hasta el día del vencimiento del plazo (art. 2002) así, a contrario del día de inicio, el último día del plazo debe estar vencido, haber transcurrido las 24 horas; si el último día es inhábil se correrá para el día hábil siguiente (inc. 5, art. 183).

En consecuencia, consideramos que corresponde una interpretación sistemática del artículo 2002 del Código Civil, en conjunto con lo previsto en el inciso 5 del artículo 183 del Código Civil, de modo que, en caso el vencimiento del plazo prescriptorio tenga como última día uno inhábil, el término correrá al día hábil siguiente.

## DOCTRINA

GOMES, O. Introdução ao Direito Civil. 18ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2001; HINESTROSA, F. Prescripción extintiva. 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006; MORALES GODO, J. "Cumplimiento del decurso prescriptorio". En: Código Civil Comentado. Vol. X, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; PEREIRA, C. M. Instituições de Direito Civil . Vol. I, 20ª edición, Forense, Río de Janeiro, 2004; SPOTA, A. G. Instituciones de Derecho Civil: prescripción y caducidad. Vol. I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009; VIDAL RAMÍREZ, F. Prescripción extintiva y caducidad. 6ª edición, Idemsa, Lima, 2011.

# TÍTULO II
# CADUCIDAD

## Definición

**Artículo 2003.-** *La caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.*

Concordancias:
*C.C. art. 1989; C.P.C. arts. 427 inc. 3), 446 inc. 11), 522 inc. 1), 531*

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

## 1. La caducidad

El Código Civil vigente ha plasmado legislativamente el deslinde conceptual entre la prescripción extintiva y la caducidad, como resulta del artículo 1989, del que ya nos hemos ocupado, y del artículo 2003, del que nos ocuparemos más adelante. La caducidad, como la prescripción extintiva, produce su efecto por el mero transcurso del tiempo y ello era lo que producía la confusión. Este deslinde, por eso, tiene una especial significación pues la doctrina le había prestado poca atención a la caducidad y la codificación civil no le había dado relevancia a su tratamiento.

El vocablo caducidad tiene su origen etimológico en las locuciones latinas *caducus* y *cadere*, cuyas acepciones son, entre otras, las de dejar de ser, desaparecer, acabar la vida, la de terminar, extinguirse. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua le da, atendiendo a su origen etimológico, el significado de perder su fuerza una ley, un testamento o un contrato, y el de extinguirse un derecho, una facultad, una instancia o un recurso, entre otras. De ahí, entonces, que llevado el vocablo a su significado jurídico sea el de un anuncio o advertencia de una futura e inexorable extinción de los derechos por el transcurso del tiempo.

El origen histórico de la caducidad es materia de divergencias. Para unos, particularmente los romanistas, la remontan a la *Lex Caducarias*, que alentaban las nupcias y la procreación de hijos legítimos e imponían a los casados y a los célibes la privación de las liberalidades que les hubieran sido otorgadas por no haber procreado o no haber celebrado nupcias. Para otros, no tiene un origen tan remoto, aunque sí le reconocen antecedentes en el Derecho Romano, en el que se distinguía la *actio perpetuae*, sometida a la prescripción extintiva, de la *actio temporalis*, que por depender de un tiempo previamente determinado devenían en nulas *ipso jure* por el simple transcurso del tiempo.

Al respecto, somos del parecer, entonces, que el origen remoto de la noción de caducidad incorporada al artículo 2003 puede tener su antecedente en la *actio temporalis*, pues la expresión caducidad es indicativa de la pérdida o extinción de un derecho, como sanción a su falta de ejercicio, ya que las *actio temporalis* en el Derecho romano debían ejercitarse dentro de un plazo prefijado para no periclitar.

## 2. Comentario al artículo 2003

Como puede apreciarse, la norma precisa que la caducidad, al extinguir el derecho, extingue también la acción que genera o, para mayor claridad, la pretensión que ha debido

hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley. Ya al comentar el artículo 1989 hemos dejado expuesto que la acción es el derecho de recurrir a la instancia jurisdiccional y que, por ello, es un derecho subjetivo. Por ello, la norma debe entenderse no referida propiamente a la acción sino a la pretensión, que es la expresión de la exigibilidad del derecho que se quiere hacer valer mediante el ejercicio de la acción.

La norma del artículo 2003 da contenido a un postulado que por su claridad, y con la salvedad que ya ha sido planteada, nos exime de mayor comentario. Sin embargo, para concluir nos resta afirmar que en la caducidad el orden público está más acentuado que en la prescripción extintiva, pues el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica se aprecia con mayor rotundidad, haciéndolo prontamente mediante sus plazos prefijados.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX Y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1979. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982. PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Diferencia entre prescripción y caducidad**

*{Si} se trata del instituto de la caducidad, a diferencia de la prescripción, basta con el ejercicio de la acción dentro del término establecido, aun cuando no se notifique con posterioridad, para que se considere oportuno, lo que es consecuente con la brevedad del plazo establecido para la impugnación (Cas. Nº 3017-2003-Callao).*

## Principio de legalidad en el plazo de caducidad

**Artículo 2004.-** *Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.*

Concordancias:
*C.C. arts. 264, 339, 355, 410, 812, 1445, 1454, 1500 inc. 5), 1514, 1579, 1639, 1725, 1753, 1754, 1949; C.P.C. art. 625; LEY 26887 arts. 35, 49, 142, 184, 197. 219, 232, 289, 343, 422; LEY 27287 art. 98; D.S. 009-99-MTC art. 17*

**FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**

La norma es la expresión del orden público que gobierna la institución de la caducidad, pues solo la ley puede fijar sus plazos sin que haya lugar a su fijación por pacto.

Los plazos, como se sabe, están indesligablemente vinculados al transcurso del tiempo. Pero pueden tener su origen en la autonomía de la voluntad de quienes los pactan o en el imperativo de la ley.

Si el plazo se origina en la autonomía de la voluntad privada, es el plazo voluntario que se constituye como una modalidad del acto jurídico y determina una limitación deliberada puesta a la eficacia del que han celebrado y que sustenta su relación jurídica, ya que, si ha sido pactado como resolutorio o extintivo, a su vencimiento deja sin efecto la eficacia del acto jurídico y extingue la relación jurídica creada, con el derecho integrado a ella.

Pero si el plazo se origina en el imperativo de la ley, que lo establece como un genuino plazo extintivo es, por ello, un plazo de caducidad. Su efecto es extintivo respecto de un derecho existente que, para hacer efectiva su pretensión, debió ejercitarse la acción correspondiente antes de su vencimiento. Este es el plazo al que se refiere el artículo 2004 y que se diferencia del plazo voluntario, en cuanto a sus efectos, pues el plazo voluntario, salvo pacto en contrario, opera *ex nunc*, es decir, sin efecto retroactivo, y solo para el futuro el derecho deja recién de existir. El plazo de caducidad, por el contrario, opera necesariamente *ex tunc*, es decir, con efecto retroactivo para extinguir el derecho como si nunca hubiera existido. Debe tratarse, desde luego, de un derecho caducible pues ha nacido para ser ejercitado dentro del plazo prefijado por la ley.

La diferenciación que queda trazada, repensada, me lleva a rectificar lo que he afirmado en mi libro Prescripción Extintiva y Caducidad[1] en cuanto a la posibilidad de establecerse plazos de caducidad por pacto. El plazo extintivo o resolutorio que resulta del pacto produce una caducidad del derecho pero no es, propiamente, un plazo de caducidad si se atiende la diferenciación que hemos dejado trazada.

Los plazos de caducidad, al contrario de los plazos de prescripción que la ley fija de manera abstracta, se establecen de manera específica en relación a una situación jurídica concreta que ha dado lugar al nacimiento del derecho, momento desde el cual comienza a computarse el plazo para su ejercicio. Por ello, son plazos disímiles, fijados legalmente para cada caso, por lo que el Código no ha podido establecer plazos ordinarios o generales, como ocurre con los de la prescripción extintiva.

(1) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Prescripción extintiva y caducidad.* Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 245 y ss.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX Y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1979. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982. PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

Finalidad de la caducidad en el ordenamiento jurídico

*En el caso de la caducidad, su función busca inducir el ejercicio de un derecho dentro de un término perentorio, de manera que, de no ejercitarse el derecho, este se extinguirá; así, la caducidad pone fin a un estado de incertidumbre, enlazado con situaciones jurídico subjetivas que no son susceptibles de un ejercicio repetido, sino que se agotan en el cumplimiento de un acto singular (Cas. N° 1237-2006-La Libertad).*

## Continuidad de la caducidad

**Artículo 2005.-** *La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994, inciso 8.*

Concordancias:
*C.C. art. 1994 inc. 8)*

**FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**

El plazo de caducidad se caracteriza por su perentoriedad y su fatalidad, pues es único y concluyente y es inevitable e improrrogable. Comienza su decurso desde que existe el derecho, esto es, desde que nace con la relación jurídica o desde que emerge de ella o a partir del hecho que lo origina. Se trata, obviamente, de derechos con plazo prefijado por la ley para su ejercicio.

El cómputo de los plazos de caducidad supone considerar su curso desde su inicio hasta su vencimiento, siendo computables todos los días, sean hábiles o inhábiles, pues por la característica de la perentoriedad y de la fatalidad su transcurso es indetenible, sin que pueda ser suspendido ni interrumpido.

Sin embargo, el Código ha considerado una excepción consistente en la imposibilidad de recurrirse a un tribunal peruano, pues la norma bajo comentario se remite al inciso 8 del artículo 1994, lo que constituye una única causal de suspensión aplicable al plazo de caducidad. En virtud de ella, no se computan los días en que no sea posible acudir a la jurisdicción peruana para alcanzar la tutela efectiva del derecho caducible, el que no se extinguirá mientras subsista la aplicabilidad de esta causal de suspensión.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX Y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1979. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982. PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

**Suspensión del plazo de prescripción por huelga al interior del Poder Judicial**

*Estando a que la parte demandante alega que se vio imposibilitada de interponer su demanda con anterioridad, por causa de la huelga nacional de los trabajadores del Poder Judicial, que se realizó los días 24 y 30 de octubre, 6, 7 y 13 de noviembre, y del 15 de noviembre al 5 de diciembre de 2012, aspecto que determina la suspensión del cómputo del plazo de caducidad en aplicación del artículo 2005 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1994 inciso 8) del mismo Código Sustantivo acotado, puesto que durante dicho período esta se vio imposibilitada de reclamar el derecho ante un tribunal peruano. Criterio que coincide con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04135-2011-PA/TC (Cas. N° 4408-2015-Lima).*

## Declaración de la caducidad

**Artículo 2006.-** ***La caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte.***

Concordancias:
*C.C. art. 1992; C.P.C. arts. 427 inc. 3), 446 inc. 11), 522 inc. 1), 531, 625; C.T. art. 47*

**FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**

La característica del plazo de caducidad de ser de orden público, determina que la norma autorice al órgano jurisdiccional a declararla de oficio o a petición de parte, contrario a lo que ocurre con la prescripción, respecto de la cual el órgano jurisdiccional no puede declararla si no ha sido invocada (artículo 1992).

El órgano jurisdiccional está, pues, autorizado a declarar de oficio la caducidad, obviamente cuando el plazo ha transcurrido y se encuentra manifiestamente vencido. La parte perjudicada por la declaración podrá impugnar la declaración si es que puede sustentar el *onus probandi* en el ya acotado inciso 8 del artículo 1994.

La norma franquea también que a petición de parte sea declarada la caducidad, petición que debe hacerse valer en vía de excepción conforme a lo previsto en el inciso 11 del artículo 446 del Código Procesal Civil. Al peticionante solo le bastará alegar el transcurso del plazo mientras que la parte perjudicada tendrá la carga probatoria que le permita evidenciar la aplicación de la causal de suspensión.

En ambos casos, sea que se declare de oficio o a petición de parte, el órgano jurisdiccional deberá dar por concluído el proceso, anulando todo lo actuado, conforme al inciso 5 del artículo 451 del mismo Código Procesal Civil.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX Y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1979. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982. PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**La caducidad puede ser declarada de oficio**

*(E)xaminada la causal del error in procedendo, se advierte que el rechazo* in limine *de la demanda por un supuesto de caducidad es atribución del juez, conforme al artículo 2006 del Código Civil, concordante con el artículo 427 inciso 3 del Código Procesal Civil, careciendo de base real que se necesite que la contraparte deduzca la excepción correspondiente o que sea dictada recién en la sentencia, y, con ello tampoco se vulneran los principios de tutela jurisdiccional efectiva e igualdad procesal (Cas. N° 5051-2008-Lima).*

## Cumplimiento del decurso en la caducidad

**Artículo 2007.-** *La caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este sea inhábil.*

Concordancias:
*C.C. arts. 183, 184*

**FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**

Los plazos de caducidad, como ya se ha indicado, tienen la duración que les fija la ley a partir del nacimiento del derecho cuando es un derecho caducible, el que se caracteriza, precisamente, porque la ley le fija el plazo para su ejercicio.

El Código, al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva a la que le fija como oportunidad para el inicio del plazo prescriptorio desde que la acción puede ejercitarse (artículo 1993), no lo ha hecho con la caducidad, a la que, además, con la salvedad tantas veces ya expuesta, le fija un plazo perentorio y fatal que significa que el cómputo se haga considerándose los días como naturales, esto es, que se computan días hábiles e inhábiles.

La norma precisa el día de vencimiento del plazo de caducidad, el que se entiende cumplido aun en el caso de que se trate de día inhábil, introduciendo una excepción a la norma general contenida en el artículo 183, inciso 5 del Código Civil.

Por último, al precisar la misma norma que la caducidad se produce transcurrido el último día del plazo, está indicando que el día de vencimiento debe considerarse luego de transcurridas las 24 horas, por cuanto el criterio adoptado es el de la computatio civilis, esto es, que el cómputo del plazo es por días enteros y no de momento a momento.

### DOCTRINA

ARAUZ CASTEX Y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte General. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Edersa, Madrid, 1979. GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982. PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

# LIBRO IX

# REGISTROS PÚBLICOS

# TÍTULO I
# DISPOSICIONES GENERALES

## Clases de Registros

**Artículo 2008.-** *Los registros públicos de que trata este Libro son los siguientes:*

*1.- Registro de la propiedad inmueble.*

*2.- Registro de personas jurídicas.*

*3.- Registro de mandatos y poderes.*

*4.- Registro personal.*

*5.- Registro de testamentos.*

*6.- Registro de sucesiones intestadas.(*)*

*7.- Registro de bienes muebles.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2018 y ss., 2024 y ss., 2030 y ss., 2036 y ss., 2039 y ss., 2041 y ss.; LEY 26366 art. 2; LEY 26887 art. 5 R.G.R.P. art. 1 y ss.; R.INS. art. 128 y ss.; R.I.R.P. art. 1 y ss.*

**JORGE LUIS GONZALES LOLI**

## 1. Introducción

Este artículo contiene una enumeración de los Registros Públicos comprendidos dentro del libro IX del Código Civil. Sin embargo, actualmente, el Sistema Nacional de los Registros Públicos comprende un gran número de Registros Públicos que, en adición a los previstos en el Código Civil, también producen los efectos de publicidad "efecto" con relevancia sustantiva, propia de los Registros Jurídicos, en contraposición a los Registros Administrativos, que solo otorgan publicidad "noticia". Consideramos que, a propósito de lo establecido en el artículo bajo comentario, es pertinente establecer una idea general del sistema registral adoptado por el Derecho peruano.

## 2. Ubicación del Derecho Registral peruano en el Derecho comparado

Una primera observación en el Derecho comparado permite afirmar que el grado de potencia y calidad de los efectos del sistema elegido está en función directa de la calidad (e intensidad) de las barreras de entrada del mismo. Mientras menos barreras de entrada tenga un sistema registral, le corresponderán efectos más débiles y, por consiguiente, para lograr el mínimo de seguridad requerida, se adoptarán mecanismos complementarios (como el seguro). En cambio, en los sistemas registrales de efectos fuertes y, por consiguiente, con severas barreras de ingreso, la institución registral, por sí misma y sin necesidad de otros mecanismos complementarios, permitirá la seguridad del tráfico inmobiliario.

En esta perspectiva, siguiendo a Méndez González y sin perjuicio de existir otras muchas clasificaciones posibles, esencialmente, existen tres tipos de sistemas registrales:

(*) Texto del inciso 6 según modificatoria efectuada por la Ley N° 26707 del 12/12/1996.

a) Aquellos que facilitan la labor de búsqueda de la información, en los que la información que brinda el Registro solo coadyuva a la investigación personal, proporcionando datos para determinar titularidades, facultades dispositivas, existencia de otros derechos, entre otros. Sin embargo, la publicidad que brindan es meramente informativa, sin que existan sólidas barreras de acceso, por lo que la seguridad jurídica debe lograrse a través de mecanismos complementarios como, por ejemplo, los seguros de títulos. Esta organización registral es propia de los países de tradición anglosajona.

b) Aquellos que delimitan o acotan el área de la investigación. Estos sistemas no garantizan quién es el dueño del derecho, pero sí proporcionan información relevante: que el dueño es necesariamente uno de los varios que el Registro publica. A esto se le denomina "inoponibilidad de lo no inscrito" y es propio del sistema francés. Sus requisitos de entrada son mayores y la incertidumbre se reduce en mayor grado. Como quiera que no existe impedimento en registrar titularidades diferentes y no compatibles respecto al mismo inmueble, sus efectos se limitarán a indicar el grupo dentro del cual está el titular. Por ello, atendiendo a que la incertidumbre es menor, pero aún existe, dentro de este sistema también debe recurrirse a mecanismos complementarios como la contratación de un seguro de mercado o acudir al procedimiento de purga.

c) Aquellos que, sin solución de continuidad, proporcionan de forma inmediata y autosuficiente la información deseada: titularidad, delimitación del derecho, cargas que lo gravan, entre otros. Estos sistemas requieren altas barreras de entrada, generando un alto grado de seguridad jurídica, sin necesidad de mecanismos complementarios. Admiten diversas variantes, como el sistema alemán, en el que el único derecho existente es el publicado o el sistema español, en el que el derecho publicado es el único que requiere conocer quien pretende contratar. En ambos, no obstante, las diferencias del consentimiento abstracto alemán y el causal español, bastará al adquirente verificar la publicidad del Registro e inscribir su derecho para gozar de la seguridad de la firmeza de su adquisición, a través de los principios de legitimación, fe pública registral, tracto sucesivo, especialidad y cierre, entre otros. Por ello, la inscripción del derecho en estos sistemas constituye un mecanismo de protección que ahorra costes de vigilancia, al sustituir vigilancia por protección, reduciendo al mínimo los costes de información y, por ende, el conjunto de costos de transacción.

La anterior clasificación resulta sumamente ilustrativa, en cuanto nos permite apreciar cómo, de acuerdo al sistema registral que se adopte, variarán también los requisitos de acceso, efectos y grado de seguridad jurídica que proporcionan. Así, refiriéndose al primer tipo de registros, Lacruz Berdejo, siguiendo a Puig Brutau, señala que: "El seguro se hizo necesario en Norteamérica, a causa de la extrema imperfección de los sistemas de publicidad allí en vigor. En ellos los terceros quedan protegidos frente al fraude de su autor, pero no se les concede igual protección contra los defectos de los documentos inscritos. Los libros del récord se limitan a publicar actos otorgados muchas veces sin la intervención de personas conocedoras del Derecho y tampoco está encargado del Registro un funcionario especialmente competente". Obviamente, la seguridad que proporcionará un seguro de título (*tittle assurance*) no será propiamente seguridad jurídica, sino seguridad económica, en el sentido de que el adquirente de un derecho afectado por vicios y defectos podrá, eventualmente, perder el bien materia de la transacción, obteniendo solo un resarcimiento patrimonial por el perjuicio que se le ha ocasionado.

Encontrándose el Registro de Propiedad Inmueble dentro del ámbito de influencia del sistema registral español, resulta relevante lo expresado por Pardo Núñez, quien señala que: "La singularidad del sistema español radica en que, con un procedimiento registral sencillo, más propio de sistemas de tipo latino en el que el asiento tiene una eficacia limitada, consigue proporcionar a la inscripción una fuerza parangonable al sistema germánico, a saber: las declaraciones del último asiento practicado, aunque inexacto, en beneficio del tercero de buena fe, se imponen no solo a cualquier derecho no inscrito, sino también a todos los contradictorios inscritos con anterioridad. El riesgo, añejo a cualquier sistema de seguridad, de que los titulares originarios, como consecuencia de las inscripciones improcedentes, sufran daños en sus derechos no trata de prevenirse en el Derecho español haciendo que la confección del asiento sea una responsabilidad compartida por todos los posibles perjudicados. Razones de índole dogmática, pero también de naturaleza práctica, hacen inviable esta fórmula. La defensa de los derechos adquiridos se consigue responsabilizando de la legalidad del asiento al registrador, un modo ingenioso de hacer indirectamente presentes en el proceso de inscripción los intereses de los posibles perjudicados por su práctica". Estas afirmaciones resultan, dada la gran influencia del sistema español, absolutamente aplicables al Derecho Registral Inmobiliario peruano.

Efectivamente, a similitud del Derecho español, nuestro sistema registral prescinde de los consentimientos formales y adopta un modelo causalista, en el cual el consentimiento es material. De igual modo, se asienta sobre el principio de especialidad (plasmado en el sistema de folio real) y sus corolarios: principios de tracto sucesivo (art. 2015 del C.C.) y de prioridad excluyente o cierre (art. 2017 del C.C.) No existe, entonces (cuando menos teóricamente), posibilidad de publicidades contradictorias. La protección del tercero adquirente, tanto en la forma latina de inoponibilidad de lo no inscrito (art. 2022 del C.C.), como en la forma germánica de la fe pública registral (art. 2014 del C.C.), garantizan adecuadamente la seguridad del tráfico. En cuanto a la eficacia de los asientos registrales, esta encuentra su apoyo en las presunciones de publicidad (art. 2012 del C.C.), legitimación y revisión solo en sede judicial, salvo en los supuestos de cancelación por falsedad o suplantación introducidos por la Ley N° 30313 (art. 2013 del C.C.). En cuanto a las denominadas "barreras de acceso" para la incorporación del derecho al Registro, tiene dos requisitos esenciales: la exigencia de documentación auténtica o pública (art. 2010 del C.C.) y una amplia calificación registral (art. 2011 del C.C.), efectuada en forma autónoma por el registrador y el Tribunal Registral (art. 3, inc. a) de la Ley N° 26366). Solo a través de estas exigencias puede garantizarse que los derechos incorporados al Registro sean merecedores de los efectos sustantivos que proporciona la inscripción.

## 3. Clases de registros existentes en el sistema registral peruano

Mediante la Ley N° 26366 del 17 de octubre de 1994, se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. El Sistema Nacional de los Registros Públicos vincula en lo jurídico registral a los registros de todos los sectores públicos. Obviamente, nos referimos a Registros Jurídicos y no a Registros Administrativos.

Entre las normas anteriores a la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, pero relacionadas a la organización de los Registros Públicos, merecen mencionarse, en orden de su vigencia, las siguientes:

a) Ley del 2 de enero de 1888: creación del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, acogiendo el sistema del folio real.

b) Resolución de la Corte Suprema del 22/08/1888: Reglamento Orgánico y Reglamento Interno.

c) Código de Comercio de 1902: Registro Mercantil.

d) Ley N° 2402: Registro de la Propiedad Inmueble y de la Prenda Agrícola.

e) Código Civil de 1936: Registros Públicos.

f) Reglamento de las Inscripciones: aprobado por la Junta de Vigilancia el 07/12/1936.

g) Reglamento General de los Registros Públicos: aprobado por la Corte Suprema el 18/07/1940.

h) Reglamento General de los Registros Públicos: aprobado por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 16/05/1968.

i) Reglamento del Registro de Testamentos: aprobado por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 22/01/1970.

j) Reglamento del Registro Mercantil: aprobado por acuerdo de Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia el 15/05/1969.

k) Código Civil de 1984: Libro IX, Registros Públicos.

l) Decreto Legislativo N° 119 (1981): crea la Oficina Nacional de los Registros Públicos (Onarp), como institución pública descentralizada del sector justicia.

m) Ley N° 25993 (1992): crea la Dirección Nacional de los Registros Públicos y Civiles, como órgano conformante de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia.

Es decir, hasta la creación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, en 1994, los Registros Públicos eran una dependencia más del Ministerio de Justicia, en la cual solo funcionaban algunos Registros Jurídicos, encontrándose otros bajo la dependencia de otros ministerios (por ejemplo: el Registro Predial, Registro Vehicular y el Registro de Aeronaves a cargo del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción; el Registro de Embarcaciones Pesqueras a cargo del Ministerio de Pesquería; el Registro Público de Minería a cargo del Ministerio de Energía y Minas; entre otros). Es con la creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos que se integran bajo el ámbito de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos a todos los Registros Jurídicos existentes en el ámbito nacional, en un proceso de transferencia de competencias de otros sectores ya ha concluido con la integración del Registro Predial Urbano, de acuerdo con la Ley N° 27755.

Así tenemos que, conforme al artículo 2 de la Ley N° 26366 y sus normas modificatorias posteriores, integran el Sistema Nacional de los Registros Públicos los siguientes registros, dentro de cuatro grandes registros:

a) **Registro de Personas Naturales**, que unifica los siguientes registros: el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes (de acuerdo con la modificación aprobada por el artículo 4 de la Ley N° 26707, publicada el 12/12/96).

b) **Registro de Personas Jurídicas**, que unifica los siguientes registros: el Registro de Personas Jurídicas, el Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Mineras, el Registro de Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, el Registro de Sociedades Pesqueras,

el Registro de Sociedades Mercantiles, el Registro de Personas Jurídicas creadas por Ley y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

c) **Registro de Propiedad Inmueble**, que comprende los siguientes registros: Registro de Predios (de acuerdo con la modificación aprobada por el artículo 1 de la Ley N° 27755, publicada el 15/06/2002), Registro de Derechos Mineros y el Registro de Concesiones para la Explotación de los Servicios Públicos (de acuerdo con la modificación aprobada por el quinta disposición final de la Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria, publicada el 01/03/2006) y el Registro de Áreas Naturales Protegidas.

   Es necesario señalar que, desde el día hábil siguiente del funcionamiento de la base de datos del denominado Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM), entrará en vigor la cuarta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1400, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, publicado el 10/09/2018, según el cual al Registro de Propiedad Inmueble se incorporará el Registros de Naves y Embarcaciones Pesqueras, dado que el citado Decreto Legislativo las ha regulado como bienes inmuebles.

d) **Registro de Bienes Muebles**, que unifica los siguientes registros: el Registro de Bienes Muebles, el Registro de Propiedad Vehicular y el Registro de Aeronaves (de acuerdo con la modificación establecida por la Cuarta disposición complementaria modificatoria del Decreto Legislativo N° 1400, Decreto Legislativo que aprueba el Régimen de Garantía Mobiliaria, publicado el 10/09/2018).

La Sunarp es un organismo descentralizado y autónomo del sector justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos. Tiene personería jurídica de Derecho Público, patrimonio propio, autonomía funcional, jurídico-registral, técnica, económica, financiera y administrativa. Entre otras funciones, se encuentra encargada de dictar las políticas y las normas técnico-registrales de los Registros Públicos, así como de la inscripción y la publicidad de actos y contratos en los Registros que conforman el sistema nacional.

## 4. Registro de la Propiedad Inmueble

Es el encargado de la inscripción y la publicidad de los actos, los hechos y los contratos sobre bienes inmuebles. Actualmente, comprende:

a) **Registro de Predios** (que comprende el Registro de Propiedad Inmueble, el Registro Predial Urbano y la Sección Especial de Predios Rurales): en este Registro se inscriben las transferencias de propiedad, declaratorias de fábrica, urbanizaciones, hipotecas, primeras de dominio, embargos y demandas sobre predios urbanos y rurales; incluyéndose también por la unificación la inscripción de propiedad y otros actos relacionados con predios de pueblos jóvenes, urbanizaciones populares, así como la inscripción del derecho de posesión de predios rurales, entre otros. Se rige por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN, publicada el 4 de mayo de 2013.

b) **Registro de Derechos Mineros** (que se encuentra relacionado con las inscripciones de derechos mineros y denuncios, entre otros): Se rige por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 052-2004-SUNARP/SN, publicada el 12 de febrero de 2004.

c) **Registro de Concesiones para la Explotación de los Servicios Públicos:** Por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 129-2011-SUNARP-SA, publicada el 26 de noviembre de 2011, se aprobó la Directiva N° 006-2011-SUNARP/SA, que regula los actos inscribibles en el Registro Público de Concesiones, según esta directiva en el Registro de Concesiones para la explotación de servicios públicos a que se refiere la Ley N° 26366, se inscribirán las siguientes concesiones: i) concesiones de obras públicas de infraestructura; ii) concesiones para la explotación de servicios públicos; y iii) otras concesiones que no sean inscribibles en registros especiales.

d) **Registro de Áreas Naturales Protegidas:** Implementado en aplicación de la quinta disposición transitoria, complementaria y final de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, en el cual, conforme a la Directiva N° 01-2012-SUNARP-SA, aprobada por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 028-2012-SUNARP-SA de 30 de enero de 2012, se inscribe la creación o establecimiento del Área Natural Protegida, la categorización definitiva de las zonas reservadas, derechos de uso y aprovechamiento de dichas áreas otorgadas a terceros, medidas cautelares, resoluciones judiciales y administrativas, limitaciones al ejercicio de la propiedad y demás derechos reales en los predios ubicados al interior de las áreas naturales protegidas, entre otros enumerados en la mencionada Directiva.

En el Registro de Predios, normalmente, la inscripción no es obligatoria ni constitutiva, sino que, siendo declarativa, genera oponibilidad frente a terceros, conforme al artículo 2022 del Código Civil. Sin embargo, existen excepciones, como el caso de la constitución del derecho real de hipoteca, para la cual el Código Civil peruano de 1984 consagra como requisito de validez de la misma su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Del mismo modo ocurre en el Registro de Derechos Mineros. En cuanto a la técnica de inscripción se utiliza, normalmente, el sistema de folio real.

## 5. Registro de Personas Jurídicas

Es el Registro encargado de la inscripción y la publicidad de los actos y los contratos referidos a personas jurídicas. Sus principales Registros son:

a) **Registro de Personas Jurídicas:** Se inscriben asociaciones, fundaciones, comités, cooperativas, comunidades campesinas y nativas, personas jurídicas creadas por ley, así como cualquier otra persona jurídica distinta a las sociedades y a las empresas individuales de responsabilidad limitada. Su funcionamiento y sus inscripciones, además de lo establecido en las leyes especiales que rigen a cada clase de persona jurídica, se sujetan al Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 038-2013-SUNARP/SN publicada el 19 de febrero de 2013.

b) **Registro de Sociedades:** Se inscriben sociedades anónimas, sociedades comerciales de responsabilidad limitada, sucursales, personas jurídicas mineras, entre otras. Se regula por el Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP/SN, publicada el 27 de julio de 2001.

c) **Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada:** en este registro se inscribe la constitución de estas empresas y nombramiento de gerentes, entre otros actos. Carece de un reglamento registral específico.

En todos estos registros, la inscripción de la persona jurídica es normalmente constitutiva de la misma, siendo que la inscripción de los actos posteriores es voluntaria, declarativa y de mera oponibilidad frente a terceros. Se organizan sobre la base del folio personal, abriendo partidas por cada persona jurídica, sociedad, empresa individual de responsabilidad limitada o sucursal que se inscriba; excepto en el caso de los poderes de sociedades constituidas o sucursales establecidas en el extranjero, en el cual es el poder el que da lugar a la apertura de una partida registral, con la salvedad de que en esa misma partida deberán inscribirse todos los poderes otorgados por esa sociedad o sucursal.

## 6. Registro de Personas Naturales

Es el Registro responsable de la inscripción y la publicidad de actos y contratos referidos a personas naturales, por lo que unifica a los siguientes registros:

a) **Registro de Mandatos y Poderes:** Se inscriben los mandatos y los poderes otorgados por personas naturales, sus modificaciones, sus extinciones, entre otros actos. Se regula, básicamente, por las normas contenidas en los artículos 2036 al 2039 del Código Civil. Es un registro declarativo, no obligatorio y de oponibilidad frente a terceros.

b) **Registro de Testamentos:** Se inscriben los otorgamientos de testamentos, sus modificaciones, sus ampliaciones, sus revocaciones y otros actos. Se regula por los artículos 2039 y 2040 del Código Civil y también por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 156-2012-SUNARP/SN, publicada el 20 de junio de 2012. La inscripción es obligatoria, pero no constitutiva.

c) **Registro de Sucesiones Intestadas:** Se inscriben las anotaciones preventivas de las solicitudes o demandas de sucesión intestada, así como las actas notariales y sentencias que las declaran. Se regula por los artículos 2041 y 2042 del Código Civil y por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 156-2012-SUNARP/SN, publicada el 20 de junio de 2012. Su inscripción es obligatoria, pero no constitutiva.

d) **Registro Personal:** Se inscriben divorcios, separación de patrimonios y sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, declaraciones de insolvencia, declaraciones de unión de hecho, designación de apoyos, entre otros actos. Regulado por los artículos 2030 al 2035 del Código Civil. Su inscripción es obligatoria, pero no constitutiva.

e) **Registro de Comerciantes:** Se inscriben a las personas naturales que se desempeñan como comerciantes. Se rige por las normas aún vigentes del Reglamento del Registro Mercantil (título II) aprobado por la Junta de Vigilancia de los Registros Públicos y puesto en vigor el 17 de junio de 1969. La inscripción es potestativa y declarativa. En la actualidad, se encuentra en total desuso, pues no constituye exigencia ni genera efecto alguno para los que se registran como "comerciantes"

En el Registro de Personas Naturales se utiliza la técnica del folio personal para los Registros de Mandatos y Poderes y Personal, en la medida que cada poder o resolución judicial, aun otorgado por la misma persona, dará lugar a la apertura de una partida registral, aunque los actos modificatorios o extintivos de dicho poder o resolución se inscribirán en la misma partida. En el Registro de Sucesiones Intestadas y de Testamentos se organiza la partida por el

causante, siendo aplicable el folio personal. En el Registro de Comerciantes se aplica el folio personal sobre la base del comerciante inscrito.

Cabe mencionar que también formó parte del Registro de Personas Naturales, el denominado Registro Público de Gestión de Intereses en la Administración Pública creado por la Ley N° 28204, publicada el 11 de julio de 2003, al ser incorporado por la Directiva N° 001-2004-SUNARP/SN, aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 013-2004-SUNARP/SN, publicada el 19 de enero de 2004. Ello, aparte de antitécnico, pues dicho Registro no tenía la naturaleza de un registro jurídico con publicidad "efecto", sino un mero registro administrativo, destinado a cautelar el correcto y transparente ejercicio de la gestión de intereses (comúnmente denominada *lobby*), fue superado por la modificación establecida por el Decreto Legislativo N° 1353, que derogó las normas que lo regulaban, estableciendo, más bien, un régimen de registro de visitas, que fue más ampliamente desarrollado por el nuevo Reglamento de la Ley N° 28204, aprobado por el Decreto Supremo N° 120-2019-PCM, que determina con mayor claridad la eliminación del requisito de inscripción registral para el ejercicio de la gestión de intereses.

## 7. Registro de Bienes Muebles

Que, actualmente, comprende a los siguientes registros mobiliarios:

a) **Registro de Propiedad Vehicular:** Se inscriben primeras de dominio, transferencias de propiedad, anotaciones o cancelaciones de embargos, cambios de características y otros, de vehículos automotores, así como la prenda vehicular. Se rige, básicamente, por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 039-2013-SUNARP/SN, publicada el 20 de febrero de 2013. Es un registro obligatorio, no constitutivo, pero de oponibilidad frente a terceros.

b) **Registro de Aeronaves:** Se inscriben aeronaves, contratos de arrendamiento, hipotecas, entre otros. Se rige por el Reglamento de Inscripciones del Registro Público de Aeronaves, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 360-2002-SUNARP/SN, publicada el 11 de setiembre de 2002, así como por la Ley N° 27261 de Aeronáutica Civil del Perú y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 050-2001-MTC.

b) **Registro de Buques:** Se inscriben los buques, sus transferencias y sus cargas, entre otros. Fue creado por el Código de Comercio y se rige por Reglamento de Inscripciones del Registro de Buques, de Embarcaciones Pesqueras y de Naves aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 022-2012-SUNARP/SN, publicada el 28 de enero de 2012.

c) **Registro de Embarcaciones Pesqueras:** Se inscriben las embarcaciones de pesca, sus transferencias y sus cargas, entre otros. Se regula por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Buques, de Embarcaciones Pesqueras y de Naves aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 022-2012-SUNARP/SN, publicada el 28 de enero de 2012.

e) **Registro Mobiliario de Contratos:** En este registro, a la fecha, aún se inscriben las garantías mobiliarias, acto o contrato que afecte un bien mueble registrado o no registrado, salvo aquellos que expresamente se excluyan. Se regula por el Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con los Registros

Jurídicos de Bienes Muebles aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 142-2006-SUNARP/SN, publicada el 26 de mayo de 2006.

Sin embargo, en el Registro de Propiedad Vehicular, Buques, Embarcaciones Pesqueras, el Registro de Aeronaves y el Registro Mobiliario de Contratos, la inscripción es declarativa y de oponibilidad; sin embargo, en el Registro de Aeronaves, la inscripción es requisito para la obtención de la matrícula peruana. Respecto a los vehículos automotores, el buque, la embarcación, la aeronave, la técnica de inscripción es la de folio real. Sin embargo, en el Registro de Aeronaves, para el registro de contratos de utilización de aeronaves, se utiliza el folio causal (contratos), pero organizados todos los contratos respecto a la misma nave no inscrita al igual que en el Registro Mobiliario de Contratos.

Como se ha dicho anteriormente, con la plena vigencia del Decreto Legislativo Nº 1400, conforme a su cuarta disposición complementaria modificatoria, desde el día hábil siguiente del funcionamiento de la base de datos del denominado Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM), los Registros de Buques y Embarcaciones Pesqueras dejarán de formar parte del Registro de Bienes Muebles y se integrarán al Registro de Propiedad Inmueble, en el denominado Registro de Naves y Embarcaciones. Y, a partir de la misma fecha, desaparecerá el Registro Mobiliario de Contratos siendo sustituido por el SIGM, definido por el artículo 19 del Decreto Legislativo Nº 1400 como la plataforma única donde se inscriben voluntariamente los avisos electrónicos para publicitar las garantías mobiliarias y otros contratos mobiliarios, con efectos de prelación, publicidad y oponibilidad frente a terceros. Este nuevo "sistema" no constituye propiamente un registro, siendo que la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos tiene una función administradora de la plataforma.

Personalmente, consideramos que este SIGM constituye un retroceso en la debida publicidad, con legitimación y efectos jurídicos eficientes de las garantías mobiliarias, que, en apariencia podrán aumentar sus "inscripciones", pero que en la práctica constituirán instrumentos de débil conformación e insegura ejecución, por carecer de instrumentación fehaciente y calificación registral. Y su implementación determinará, en la práctica, la total imposibilidad del funcionamiento de un verdadero Registro de Bienes Muebles, previsto en los artículos 2043 al 2045 del Código Civil, que tenía como finalidad lograr un registro integral y con plenos efectos jurídicos de los bienes muebles que, por su característica y su valor, podrían tener la calidad de bienes registrables.

## DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de Derecho Civil III: Derecho Registral Inmobiliario. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1994; MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando. "La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del Derecho". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (ed.). La calificación registral (estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral). Tomo I, Colegio de los Registradores Civiles y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996; PARDO NÚÑEZ, Celestino. "La organización del tráfico inmobiliario en el sistema español ante el Derecho comparado". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (ed.). La calificación registral (estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral). Tomo I, Colegio de los Registradores Civiles y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996.

## Régimen legal de los Registros Públicos

**Artículo 2009.-** *Los Registros Públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales.*

*Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.*

Concordancias:
*C.C. art. 2008; LEY 26366 art. 2; LEY 27261 art.1 y ss.; LEY 26887 art. 5; R.G.R.P. art. 1 y ss.; R.INS. art. 128 y ss.; R.I.R.P. art. 1 y ss.*

ÓSCAR HUERTA AYALA

# 1. Antecedentes

Con anterioridad a la Ley peruana de 1888, se tenía en España la Ley Hipotecaria de 1861[1] que, a decir de Álvarez Caperochipi, construye el moderno sistema registral español[2]. Dicho autor señala como principales innovaciones respecto del sistema de contadurías de hipotecas los siguientes: en el aspecto procedimental y organizativo, la mejora consiste en tomar la finca como el elemento ordenador de los libros de propiedad; se organizó, a partir de la finca, el tracto sucesivo; se pretendió que el registro otorgue una publicidad universal de todos los actos con trascendencia jurídico-real en la propiedad inmobiliaria; la publicidad registral, como efecto de la inscripción, es en el orden de la eficacia de la inscripción; y, finalmente, de esta norma procede el nombre de anotación preventiva.

Con posterioridad en España se dicta la Ley de 1869 que suprime los libros de hipotecas y refunden las inscripciones de hipotecas en un único libro de propiedad y se encomienda el Registro a un cuerpo técnico especializado (los registradores de la propiedad) e impone la eficacia radical del registro frente a terceros. También esta ley establece la presunción de propiedad y posesión del titular inscrito (legitimación registral), facilitando el ejercicio de los derechos por el titular inscrito[3].

En nuestro país el Registro de Propiedad Inmueble fue el primero en crearse por la Ley de 28/01/1888[4], siendo firmado por el presidente Andrés Avelino Cáceres, señalándose en su artículo primero que: "Se establece en la República el Registro de la Propiedad Inmueble, bajo la dirección del Poder Judicial".

En tal sentido, se advierte que el Poder Judicial ha tenido una labor de importancia en los Registros Públicos. Tal es el caso que la Corte Suprema aprobó mediante el Oficio N° 1053-68 el Reglamento General de los Registros Públicos de 1968[5], derogando así el aprobado el 18 de julio de 1940.

En el artículo 2 de la Ley de 1888 se indicó que en Lima se iba a llevar un registro general de las propiedades radicadas en la República y de los derechos que en ella se graven, también

(1) http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5313834101;view=1up;seq=11.
(2) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral.* 3ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2012, p. 152.
(3) Ibídem, pp. 154-161.
(4) http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/LeyesXIX/1888001.pdf.
(5) http://derechoregistral.informaccion.com/leyes/reglamento_rp.htm#OFICIO N° 1053-68.

que habría registros particulares en todas las capitales de departamento, y en las provincias que según la Corte Suprema sea conveniente su establecimiento.

Actualmente, los Registros Públicos está administrado por la Sunarp y existen catorce zonas registrales con diversas oficinas a nivel nacional[6], siendo la última en crearse la Zona Registral N° XIV-Sede Ayacucho, mediante la Resolución N° 283-2013-SUNARP/SN de 16/10/2013[7].

Si bien ahora en Lima ya no existe un registro general de las propiedades y tampoco dependemos del Poder Judicial, es notable la influencia que este ha tenido y tiene en los Registros Públicos. Tal como lo señala Benito Arruñada, frente al problema del registro de derechos incompletos, "que suele estar motivado por la existencia tanto de disposiciones legales como de resoluciones judiciales que imponen la eficacia real de derechos que no están inscritos. (...) La solución del problema se enfrenta no solo a barreras legislativas, sino también a la resistencia judicial y de los profesionales dedicados a facilitar las transmisiones inmobiliarias. Estos profesionales tratan con ello de proteger su mercado: cuanto más débiles sean los efectos del registro de derechos, mayor será la demanda de sus servicios. El registro de derechos limita también el monopolio de los tribunales al resolver todo tipo de asuntos. Si la inscripción registral tiene carácter definitivo e inatacable, los tribunales no pueden adjudicar derechos reales, sino únicamente derechos y obligaciones, y esto puede limitar su libertad para resolver sobre la base de la equidad. Resulta comprensible que los tribunales tiendan a defender su monopolio, sobre todo cuando los registros no forman parte del sistema judicial, lo que sucede habitualmente, habida cuenta de que el mal funcionamiento de los tribunales ha sido quizá el principal motivo de que muchos registros de la propiedad se creasen fuera del sistema judicial. Aun cuando los registros no yerran a menudo, los jueces tienden a negar el carácter definitivo de la inscripción registral, degradando de esta forma el sistema"[8].

El artículo 3 de la Ley de 1888 señalaba que se inscribirá en el registro correspondiente a la circunscripción territorial en que se halle radicado el inmueble. Y cabe notar que hasta la actualidad se mantiene dicha situación, pues la competencia de una oficina registral dependerá de la ubicación física de un inmueble. Sin embargo, hay que hacer una distinción: actualmente no se necesita ir a la oficina registral competente para solicitar alguna inscripción o publicidad registral en alguna oficina registral del país, en la medida que se puede usar el servicio de oficina registral receptora y oficina de destino a que hacen referencia los artículos 21 y 22 del Reglamento General de los Registros Públicos[9], pero en dicho caso el registrador

(6) http://www.sunarp.gob.pe/oficinas.asp?mnuid=2&mnusubid=10.

(7) http://www.sunarp.gob.pe/Avisos/Central%20Resolución%20283-2013-SN.pdf.

(8) ARUÑADA, Benito. *Sistemas de titulación de la propiedad*. Palestra, Lima, 2004, p. 138.

(9) **Reglamento General de los Registros Públicos**

**Artículo 21.- Presentación de solicitudes de inscripción o publicidad en Oficinas Registrales no competentes**

Cuando las solicitudes de inscripción se formulen en Oficinas Registrales no competentes para la inscripción del acto o derecho y dicha inscripción sea de competencia de otra Oficina Registral, aquellas actuarán como Oficinas Receptoras, salvo que la Oficina de Destino se encuentre en la misma provincia que la Oficina Receptora.

Lo dispuesto en el párrafo anterior también se aplica, cuando las solicitudes de publicidad se formulen en Oficinas Registrales distintas a aquellas que conservan en su archivo la información solicitada.

**Artículo 22.- Trámite entre Oficina Receptora y Oficina de Destino**

Recibida una solicitud de inscripción por la oficina receptora, se generará, en forma remota, el asiento de presentación correspondiente en el Diario de la Oficina de Destino, salvo que dicho Diario se encuentre cerrado. La remisión de documentos y demás actos necesarios en la tramitación de dicha solicitud se realizará de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Directiva N° 009-2004-SUNARP-SN, aprobada por Resolución N° 330-2004-SUNARP-SN.

no extiende su competencia. Pero ello podría cambiar, pues la Sunarp ha presentado el proyecto de Inscripción Registral con Competencia Nacional[10] que tiene como objetivo la prestación de servicios homogéneos en todo el país, con lo cual se establecería la competencia del registrador a nivel nacional, tal como ahora ocurre en el Registro Mobiliario de Contratos.

El artículo 3 de la Ley de 1888 señalaba los actos inscribibles del Registro de Propiedad Inmueble como los contratos de enajenación y los demás títulos traslativos de dominio.

Se debe tener en cuenta que la citada norma usaba el término genérico de contratos de enajenación, sin enumerar cuáles son dichos contratos, y añade además los demás títulos de dominio que no sean contratos, como por ejemplo una sentencia de prescripción adquisitiva.

También el citado artículo 3 hace referencia a la enfiteusis, censos, servidumbres, hipotecas legales, judiciales y convencionales, las medidas precautorias y los embargos, las demandas y todas las providencias o resolución ejecutoriada que destruya o limite el derecho de libre disposición del propietario.

Tanto la enfiteusis y los censos como las hipotecas judiciales no se encuentran contempladas en nuestro actual Código Civil de 1984. Habría que precisar que, tal como refiere Eleodoro Romero Romaña, los legisladores peruanos del Código Civil de 1852, siguiendo a la legislación española, regularon al lado de las servidumbres, los censos y las capellanías[11].

Los censos se regularon en dicho Código en el Libro de las Obligaciones y Contratos (Libro 3°, Sección 4°, Título 4°), entre el mandato y el depósito. Se comprendían tres clases de censos: 1) enfiteusis; 2) reservativos y 3) consignativo. La denominación general de censo comprendía a todos estos gravámenes, llamándose censualista y censatario a los dos sujetos que entraban en la relación jurídica; es decir, al que recibía y al que pagaba el canon, respectivamente.

La enfiteusis, que era el censo que tenía mayor importancia, consistía en el derecho de recibir o exigir el pago de un canon por la cesión que se había hecho del aprovechamiento del inmueble. Una persona, propietaria absoluta de un inmueble, cedía a otra persona su aprovechamiento (dominio útil), a cambio de un pago periódico (canon), que se le debía hacer en reconocimiento del señorío (dominio directo), que conservaba. En su origen fue a perpetuidad y después se pactó a largo plazo (50, 100 o 150 años).

El censo conservativo consistía en el derecho a cobrar un canon, no por la cesión del aprovechamiento del dominio útil sino por la cesión total del inmueble. Este censo se utilizaba principalmente por los conventos y otras instituciones que no tenían facilidad para la explotación de sus inmuebles. El propietario los cedía a perpetuidad, a cambio de recibir, también a perpetuidad, él y sus herederos, determinada cantidad de dinero, o sea el canon estipulado.

El censo consignativo no se remonta al Derecho romano, sino que es de época posterior. Nació durante la Edad Media como una forma de orillar la prohibición impuesta por el Derecho canónico y por la Iglesia de cobrar intereses con el fin de combatir la usura. Se

(10) http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDkQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.sunarp.gob.pe%2Fviewdocument.asp%3FRutaFile%3DTransparencia_Documentos%255CDOCUMENTO_TRANSPARENCIA%255C642_1790%26NombreFile%3Dfactibilidad%2Bcompleto.pdf&ei=CODuUqDxOMK-sQTFvoLwDw&usg=AFQjCNEhEW8Afjgse1dsjzs8G6G_4I0Oiw&sig2=ZXqns8RnFHHQAyw8fMOIEQ&bvm=bv.60444564,d.cWc.

(11) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho Civil. Los Derechos Reales*. PTCM, Lima, 1947, p. 309.

estableció por él una especie de venta, con lo cual una persona en lugar de adquirir un inmueble adquiría el derecho de cobrar perpetuamente un canon, por una cantidad de dinero, que constituía el precio que recibía el propietario del inmueble.

En el censo reservativo, el propietario se desprendía completamente de la propiedad, mientras que el consignativo era el propietario que recibía el dinero quien la conservaba, pero con la obligación de un canon. Prácticamente no había diferencia entre ambas clases de censos, porque los dos están caracterizados por el pago de un canon hecho, generalmente a perpetuidad(12).

El Código Civil de 1936 ya no contempló a las hipotecas judiciales, debiendo considerarse como una institución vieja que ya no tiene defensores(13).

Con relación a la enfiteusis, censos e hipotecas judiciales, cabe señalar que actualmente ya no constituyen actos inscribibles, al no estar contemplados en nuestra legislación actual, habiéndose mantenido algunas instituciones, como las servidumbres, hipotecas legales y convencionales, anticresis, etc.

Asimismo, si bien con la Ley de 1888 solamente se hacía referencia a las distintas medidas judiciales, actualmente se inscriben las medidas administrativas, como los embargos coactivos y la medida cautelar previa de embargo(14), etc.

Según Romero Romaña, la ley del 2 de enero de 1888 contenía muy pocos artículos, siendo las principales características de sus disposiciones las siguientes:

a) Inscripción facultativa, a tenor del artículo 15 de la misma. Sin embargo, la inscripción de las hipotecas se hizo obligatoria.

b) Inscripción simplemente transcriptoria del derecho, sin que ella bonifique ni sanee el título, como ocurre en otros sistemas. Así lo estableció el artículo 16 en su segunda parte, al consignar que si se inscribiesen actos nulos no quedaba subsanada la nulidad. Consecuencia de ello es la necesidad de estudiar íntegramente los títulos de dominio, además de las inscripciones en el registro.

c) Inscripción en beneficio de terceros, que caracteriza el sistema y que señalaba el artículo 7. Para los terceros, la inscripción tiene valor absoluto, contratando bien si lo hacen amparados en lo que aparece del Registro(15).

Asimismo, señala el citado autor, que: "Nuestro sistema establecido por la ley de 1888 era defectuoso. Ha seguido el sistema francés, que es simplemente transcriptorio del derecho; solo tiene en mira la publicidad en beneficio de terceros; pero la inscripción no bonifica ni sanea el título, lo que obliga a hacer el estudio independiente de este"(16).

(12) Ibídem, pp. 309-310.
(13) Ibídem, p. 394.
(14) Mediante resolución del presidente del Tribunal Registral N° 283-2013-SUNARP/PT, publicada en *El Peruano* el 23/10/2013, se dispuso publicar el precedente de observancia obligatoria referido a la cancelación por caducidad de medida cautelar previa de embargo en forma de inscripción, aprobado en la sesión extraordinaria del Centésimo Treceavo Pleno del Tribunal Registral de la Sunarp: "Para cancelar por caducidad una medida cautelar previa de embargo en forma de inscripción no es exigible la resolución de levantamiento emitida por la Sunat. Para ello es suficiente que el Registrador verifique el cumplimiento del plazo de caducidad de un año o tres años si fue prorrogada, conforme con la fecha de su inscripción en el Registro".
(15) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Ob. cit., p. 425.
(16) Ibídem, p. 426.

No obstante, no comparto la posición del citado autor en lo referente a que la Ley de 1888 haya establecido un sistema transcriptorio, toda vez que conforme lo establecía el artículo 9, la inscripción contiene un resumen del título inscrito. Sería un sistema transcriptorio si es que se transcribía toda la información que se archiva, lo cual no ocurrió con la Ley de 1888, si bien es cierto que el último párrafo del artículo 16 señalaba: "Si se inscribiese actos o contratos que son títulos por la ley, no se subsana la nulidad con el hecho la nulidad con el hecho de la inscripción". Cabe señalar que dicha norma se refiere a un sistema no convalidante, tal como lo señala actualmente el segundo párrafo del artículo 46 del vigente Reglamento General de los Registros Públicos[17], pero no a un sistema transcriptorio.

Asimismo, en la Ley de 1888 se permitía la inscripción de las promesas de los contratos; sin embargo, actualmente en el numeral 2 del artículo 2019 del Código Civil de 1984 solo se permite la inscripción del contrato de opción pero no el compromiso de contratar.

El Código Civil de 1936, a diferencia del Código Civil de 1852, "destina la sección 5° del Libro 4°, que trata de los derechos reales, a los Registros Públicos, (..) explica la Exposición de Motivos que todos los registros se han agrupado bajo la denominación de Registros Públicos, con el objeto de unificar su régimen administrativo. Señala también algo importante y es que con las disposiciones del código ha quedado abrogada la ley de 1888, que trata sobre el Registro de la Propiedad Inmueble, mientras que subsisten las disposiciones del Código de Comercio y de la ley de prenda agrícola sobre los registros mercantil y de prenda agrícola"[18].

Según el citado autor, los bienes y actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, conforme el artículo 1042 del Código Civil de 1936, "son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble". Estos actos eran:

"1) Los actos y contratos sobre constitución, declaración, transmisión, extinción o modificación del derecho de propiedad y de los derechos reales sobre inmuebles. Todos los derechos reales sobre inmuebles y los actos o contratos que se celebren sobre ellos son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

2) Las promesas de venta. Son inscribibles por constituir una limitación en el ejercicio de uno de los atributos del derecho de propiedad; porque si se celebra una promesa de venta, el dueño del inmueble no puede vender a otra persona lo prometido.

3) Los derechos de retroventa y su transmisión y renuncia.

4) El cumplimiento total o parcial de los actos registrados o de las condiciones de que ellos dependen. (Son los asientos de cancelación).

5) Las restricciones y limitaciones en las facultades del propietario, derivadas de los contratos, testamentos y sentencias.

6) Las protestas de hipoteca (que en realidad no existen, como lo hemos expresado al estudiar la hipoteca).

(17) **Reglamento General de los Registros Públicos**
**Artículo 46.- Referencia obligatoria del acto causal e inscripción no convalidante**
El asiento registral expresará necesariamente el acto jurídico de donde emana directa o inmediatamente el derecho inscrito, el mismo que deberá constar en el correspondiente título.
La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

(18) ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Ob. cit., pp. 421-422.

7) Los embargos preventivos y definitivos. (El embargo, como ya vimos, es una medida de precaución que dicta el juez a solicitud de un acreedor u otra persona, para el cumplimiento de una obligación que no está debidamente garantizada).

8) Las demandas, a juicio del juez, que se refieran a actos inscribibles. Tal, por ejemplo, un juicio sobre propiedad o una acción reivindicatoria del dominio.

9) Los arrendamientos de duración determinada y los de plazo indeterminado si tienen pacto de pago de mejoras o de adelanto de la merced conductiva, lo mismo que los subarrendamientos y los traspasos de arrendamiento de las indicadas clases. (Ya hemos hecho mención también al derecho real que significan tales arrendamientos inscritos en el registro de la propiedad).

10) Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre el inmueble"[19].

El Reglamento de Inscripciones de 1936 señaló en su artículo 1 que son inscribibles todos los bienes y derechos sobre inmuebles conforme al Código Civil. También eran inscribibles los actos y contratos que modifiquen o extingan esos derechos[20].

Es decir, el citado Reglamento se refería a los actos inscribibles señalados en el artículo 1042 del Código Civil de 1936.

Ahora bien, con la dación del Código Civil de 1984 se estableció en el artículo 2019 los actos y derechos inscribibles en los siguientes términos:

"**Artículo 2019.-** Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

1.- Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

2.- Los contratos de opción.

3.- Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.

4.- El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

5.- Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

6.- Los contratos de arrendamiento.

7.- Los embargos y demandas verosímilmente acreditados.

8.- Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

9.- Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles".

Es decir, nuestro actual Código Civil, a diferencia del Código de 1936, no hace referencia a las protestas de hipoteca, tampoco a las promesas de venta, por lo que no es acto

(19) Ibídem, pp. 430-431.
(20) http://derechoregistral.informaccion.com/leyes/regla_inscrip.htm.

inscribible el compromiso de contratar, pero sí el contrato de opción; ya no hace referencia a los distintos tipos de arrendamiento, y además incorpora a los pactos de reserva de propiedad y de retroventa. Asimismo, no hace referencia a los embargos preventivos, no obstante, sí es un acto inscribible la medida cautelar previa de embargo.

Igualmente, el artículo 2020 del Código Civil de 1984 señala en el caso de anotación preventiva: "El reglamento indica los casos en que los actos o contratos a que refiere el artículo 2019 son materia de anotación preventiva".

Y en el artículo 2021 el Código Civil señala: "Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles".

Posteriormente, con la Ley N° 26366 de 1994 se creó la Sunarp y el Sinarp, señalándose en el artículo 1 lo siguiente: "Créase el Sistema Nacional de los Registros Públicos con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran".

En su artículo 2, modificado por el artículo 4 de la Ley N° 26707, publicada el 12 de diciembre de 1996, se señaló:

> "**Artículo 2.-** El Sistema Nacional de los Registros Públicos vincula en lo jurídico registral a los Registros de todos los Sectores Públicos y está conformado por los siguientes Registros:
>
> a) Registro de Personas Naturales, que unifica los siguientes registros: el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes;
>
> b) Registro de Personas Jurídicas, que unifica los siguientes registros: el Registro de Personas Jurídicas, el Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Mineras, el Registro de Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, el Registro de Sociedades Pesqueras, el Registro de Sociedades Mercantiles, el Registro de Personas Jurídicas creadas por Ley y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada;
>
> c) Registro de Propiedad Inmueble, que unifica los siguientes registros: el Registro de Propiedad Inmueble, el Registro de Buques, el Registro de Embarcaciones Pesqueras, el Registro de Aeronaves, el Registro de Naves, el Registro de Derechos Mineros y el Registro de Concesiones para la explotación de los Servicios Públicos".

Posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1400 se modificaron los literales c) y d) del artículo 2 de la Ley N° 26366, el cual quedó con el siguiente texto:

> "**Artículo 2.-** El Sistema Nacional de los Registros Públicos vincula en lo jurídico registral a los Registros de todos los Sectores Públicos y está conformado por los siguientes Registros:
>
> a) Registro de Personas Naturales, que unifica los siguientes registros: el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes;
>
> b) Registro de Personas Jurídicas, que unifica los siguientes registros: el Registro de Personas Jurídicas, el Registro Mercantil, el Registro de Sociedades Mineras, el Registro de Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, el Registro de Sociedades Pesqueras,

el Registro de Sociedades Mercantiles, el Registro de Personas Jurídicas creadas por Ley y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada;

c) Registro de Propiedad Inmueble, que comprende los siguientes registros:

- Registro de predios,

- Registro de naves y embarcaciones,

- Registro de concesiones para la explotación de servicios públicos,

- Registro de Áreas Naturales Protegidas,

- Registro de derechos mineros.

d) Registro de bienes muebles, que comprende los siguientes registros:

- Registro de bienes muebles,

- Registro de propiedad vehicular,

- Registro de aeronaves.

e) Los demás registros de carácter jurídico creados o por crearse.

No están comprendidos en la presente ley los registros administrativos y los registros normados por las Decisiones N°s 291, 345, 351 y 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena".

Al respecto, según la Carta de Buenos Aires, aprobada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, llevado a cabo del 27 de noviembre al 2 de diciembre en 1972 en dicha ciudad argentina, se acordó: "El derecho registral integra el sistema jurídico con normas y principios propios de derecho público y privado, que coexisten y funcionan armónicamente constituyendo una disciplina independiente de la cual el derecho registral inmobiliario es una de sus principales ramas"[21].

En tal sentido, una de las razones de la autonomía del Derecho Registral es que la misma tiene su propio cuerpo normativo, tal como señala García Coni, quien expone tres niveles de autonomía del Derecho Registral, siendo estos:

1. Autonomía pedagógica: su estudio se aparta de otras nociones jurídicas y es esencial la formación de especialistas en este tema.

2. Autonomía normativa: el Derecho Registral tiene un ordenamiento propio.

3. Autonomía doctrinal: este reúne todos los elementos que le dieron autonomía a otras ramas del Derecho[22].

Por lo que, desde mi punto de vista, si bien es cierto que se aplica cada vez más la Ley N° 27444 al procedimiento registral, la misma deber debe ser supletoria, al ser el procedimiento registral de carácter especial, tal como lo señala el artículo 2 de la Ley de oposición

(21) Recuperado en: https://cursoregistral2.files.wordpress.com/2015/02/carta-de-buenos-aires.pdf.

(22) Citado por FUENTES PACAY, Pedro Emilio. "Derecho Registral". Tesis de Grado. Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala de la Asunción, noviembre de 2015. Recuperado en: http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2015/07/01/Fuentes-Pedro.pdf.

al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación, Ley N° 30313[23].

Ahora bien, para finalizar nuestro comentario, podemos señalar que existe una gran cantidad de normativa registral en nuestro país. Solo a manera de ejemplo podemos citar las siguientes:

## 2. Normas generales

- Código Civil.
- Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y de la Superintendencia de los Registros Públicos.
- Ley N° 26639, Precisan aplicación de plazo de caducidad previsto en el artículo 625 del Código Procesal Civil.
- Ley N° 30065, Ley del Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
- Ley N° 30313, Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación y modificatoria de los artículos 2013 y 2014 del Código Civil y de los artículos 4 y 55 y la quinta y sexta disposiciones complementarias.
- Decreto Supremo N° 012-2013-JUS, Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.
- Decreto Supremo N° 009-2016-JUS, Reglamento de la Ley de Fortalecimiento de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.
- Decreto Supremo N° 010-2016-JUS, Reglamento de la Ley N° 30313, Ley de Oposición al Procedimiento de Inscripción Registral en Trámite y Cancelación del Asiento Registral por Suplantación de Identidad o Falsificación de Documentación.
- Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN, Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos.
- Resolución N° 281-2015-SUNARP/SN, Reglamento del Servicio de Publicidad Registral.
- Resolución N° 037-2016-SUNARP/SN, Directiva que regula la expedición de los documentos electrónicos con firma digital para brindar el servicio de publicidad registral.

(23) **Ley N° 30313, Ley de oposición al procedimiento de inscripción registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación de documentación**
**Art. 2.- Naturaleza del procedimiento de inscripción registral**
El procedimiento de inscripción registral de un título es especial y de naturaleza no contenciosa, con las excepciones previstas en la presente Ley.
Únicamente cabe admitir el apersonamiento de autoridades o funcionarios al procedimiento de inscripción en trámite para plantear su oposición por suplantación de identidad o falsificación de documentos, conforme a lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley.
La persona que presenta una solicitud de oposición sin arreglo a lo previsto en la presente Ley no forma parte del procedimiento, debiendo el registrador rechazar de plano dicha oposición, en decisión irrecurrible en sede administrativa.

- Resolución N° 038-2016-SUNARP/SN, Directiva que regula la atención y expedición de información registral que no forma parte del archivo registral.
- Resolución N° 027-2018-SUNARP/SN, Directiva que regula los servicios de alerta registral y aprueban nuevo servicio gratuito denominado "Alerta de Publicidad".

## 3. Normativa sobre el Registro de Personas Naturales

- Reglamento de las Inscripciones, aprobado por la Corte Suprema el 17 de diciembre de 1936.
- Resolución N° 156-2012-SUNARP/SN, Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas.
- Resolución N° 088-2011-SUNARP/SA, Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA que establece los criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese
- y otros actos inscribibles directamente vinculados.

## 4. Normativa sobre el Registro de Personas Jurídicas

- Decreto Supremo N° 002-96-JUS, Índice Nacional de Reserva de Preferencia Registral de Nombre, Denominación o Razón Social.
- Resolución N° 075-2009-SUNARP/SN, Directiva que regula el Índice Nacional del Registro de Personas Jurídicas.
- Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN, Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas.
- Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN, Reglamento del Registro de Sociedades.

## 5. Normativa sobre el Registro de Propiedad Inmueble

- Resolución N° 097-2013-SUNARP/SN, Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de la Sunarp.
- Ley N° 27755, Ley que crea el Registro de Predios a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

## 6. Normativa sobre el Registro de Bienes Muebles

- Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria.
- Resolución N° 142-2006-SUNARP/SN, Reglamento de inscripciones del registro mobiliario de contratos y su vinculación con los registros jurídicos de bienes muebles.
- Resolución N° 091-2013-SUNARP/SN, Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal en el Registro de Bienes Muebles e incorporan Título IX en el Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación en los Registros Jurídicos de Bienes Muebles.
- Resolución N° 039-2013-SUNARP/SN (EP, 20-02-2013), Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular.

## DOCTRINA

ACEVEDO Y CRIADO, Ismael. La institución del Registro de la Propiedad Inmueble en el Perú, sus antecedentes legales y formas más urgentes. Tesis para optar el grado de doctor en Derecho Privado. UNMSM, Lima, 1959; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. 3ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2012; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; ARUÑADA, Benito. Sistemas de titulación de la propiedad. Palestra, Lima, 2004; AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. Apuntes de Derecho Registral. En: Revista Derecho. N° 19. Pontificia Universidad Católica, Lima; BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. Comentarios al Reglamento del Registro de Sociedades. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. Exposición de Motivos Oficial del Código Civil - Registros Públicos. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998; FUENTES PACAY, Pedro Emilio. Derecho Registral. Tesis de grado. Universidad Rafael Landívar, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala de la Asunción, noviembre de 2015; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Civitas, Madrid, 1988; GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2004; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; Notarius, N° 11. Revista del Colegio de Notarios de Lima; ORIHUELA IBERICO, Jorge. "Comentarios. Registros Públicos". En: Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil de 1984. Tomo VI, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; PARDO MÁRQUEZ, Bernardo. Derecho Registral Inmobiliario en el Perú. Tomo I. Lima, Litografía Huascarán, Lima, 1966; ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. Derecho Civil. Los Derechos Reales. Editorial PTCM. Lima, 1947; SORIA ALARCÓN, Manuel. Comentarios a la legislación registral. Palestra, Lima, 2001.

## Título que da mérito a la inscripción

**Artículo 2010.-** *La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria(*).*

Concordancias:
*C.P.C. art. 235; R.G.R.P. arts. III T.P. 7; LEY N° 27269 art. 1 y ss.; D. LEG. N° 1049 art. 81 y ss.*

JORGE LUIS GONZALES LOLI

### 1. El principio de titulación auténtica o pública

Respecto a este artículo, el mismo regula el denominado principio de titulación auténtica o titulación pública. La exposición de motivos del Código Civil señala, en relación con los instrumentos públicos que son materia de inscripción, que:

Dichos instrumentos son de tres tipos, dependiendo de la naturaleza de la función de quien los expida:

- Instrumento público notarial, como los partes notariales.
- Instrumento público judicial, como los partes judiciales y las copias certificadas de actuados judiciales.
- Instrumento público administrativo, como las resoluciones administrativas con carácter de cosa juzgada, las copias certificadas de las partidas de los Registros del Estado Civil.

Cualquiera de estos instrumentos son los requeridos para la inscripción correspondiente, salvo disposición contraria, la misma que no tiene necesariamente que ser una ley, exigencia que sí contenía el Código derogado".

En el Reglamento General de los Registros Públicos, el artículo III de su Título Preliminar ha desarrollado este principio, regulándolo conjuntamente con el principio de rogación o instancia. Es a la instrumentación pública a la que denomina la reglamentación vigente como "titulación auténtica"; siendo que las excepciones a dicho principio no requerirán ser autorizadas por ley (como sí lo exigía el artículo 1041 del Código Civil de 1936), sino también mediante disposiciones de inferior categoría (como, por ejemplo, normas reglamentarias aprobadas por decreto supremo).

Entonces, este principio de titulación auténtica no es diferente al que normalmente se ha denominado de instrumentación pública, como una clase de principio que constituye requisito de la extensión de los asientos de inscripción. La expresión "titulación auténtica" es frecuentemente utilizada por los comentaristas de la legislación hipotecaria española, habida cuenta de que constituye la expresión empleada por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria española. Sin embargo, documento público o documento auténtico tienen el mismo significado registral, pues como acertadamente precisa Roca Sastre: "La única diferencia es que el primero

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 26741 del 11/01/1997, que derogando el Decreto Legislativo N° 836 del 27/07/1996, modificatorio de este artículo, retorna al texto original del mismo, eliminando la referencia al "formulario registral" como título que da mérito a la inscripción.

alude más al origen o formalización pública y el segundo se refiere más al resultado de hacer fe o autenticidad; pero, en el fondo, son conceptos análogos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros así lo entiende. No obstante, en el Código Civil e incluso en la Ley de Enjuiciamiento Civil se emplea prevalentemente el concepto de documento público, el cual goza de más modernidad".

A este principio se refiere Manzano Solano, quien expresa que: "No basta, sin embargo, cualquier título o documento, sino que, además, ha de ser documento público y auténtico. Esta sería la segunda nota básica del procedimiento registral en nuestro sistema: principio de documentación pública frente al principio de documentación privada. Es insuficiente, pues, que los documentos que contengan derechos inscribibles estén solamente suscritos por los interesados; precisa que en su creación haya intervenido una persona dotada por el Estado de facultades legales para conferirles carácter de públicos y auténticos".

Cabe indicar que la mayor parte de los autores españoles no considera a la titulación auténtica o pública como un principio registral autónomo. Así, por ejemplo, García García se refiere a él como una modalidad del principio de legalidad, pues asevera que: "Con la titulación auténtica, el sistema hipotecario consigue que los documentos tengan una primera garantía de legalidad, por haber sido autorizados o expedidos por un funcionario público". De manera similar, Manzano Solano lo desarrolla dentro del principio de especialidad.

Cabe efectuar una precisión adicional, en el artículo III del Anteproyecto del Reglamento General de los Registros Públicos se consignó que los asientos registrales se practicaban en virtud de título que por lo menos conste en "documentos fehacientes". Dicha redacción fue sustituida por la Comisión Revisora por la de "instrumento público", en el claro entendimiento de que no constituye expresión equivalente, y que más bien se estaba desnaturalizando el principio contenido en el artículo materia de este comentario. En el Derecho peruano, aunque ello resulte impreciso, el concepto de "documento fehaciente" es identificado con el de instrumento privado con firmas legalizadas que, por disposición expresa del artículo 236 del Código Procesal Civil, si bien es documento de fecha cierta, no es un instrumento público. Por ello, establecer como regla general para la inscripción al "documento fehaciente", hubiera implicado una reforma (en la vía reglamentaria) del principio contenido en el artículo 2010 del Código Civil.

No está de más expresar que el fundamento del principio de titulación auténtica o instrumentación pública se deriva del necesario reconocimiento que la seguridad jurídica no puede conseguirse únicamente mediante un perfeccionamiento del sistema registral, sino que requiere, como exigencia básica para la producción de sus efectos, de la existencia de documentación auténtica. De nada serviría una amplia y perfecta calificación registral de documentos fraudulentos o que no corresponden a actos realmente celebrados; siendo aún más grave que, dado el sistema adoptado, la confianza existente en la institución registral evita la generación de mecanismos complementarios (como, por ejemplo, seguros de título).

Si a lo anterior le sumamos que el Poder Judicial, aun en el marco de la reforma que se viene implementado, resulta lento e ineficiente para resolver en forma oportuna (es decir, sin convertirse en un costo de transacción desmesurado) los conflictos que pueden generarse por una inadecuada publicidad registral o una indebida inscripción, tomaremos conciencia de que deben evitarse, en la medida de lo posible, deficiencias que puedan enervar la certidumbre que busca proporcionar el Registro. Por estas consideraciones es que Gómez Gálligo resume esa relación en la siguiente fórmula aritmética, indicando que cualquier disminución en uno de los dos factores significaría la merma de la seguridad jurídica:

Seguridad jurídica mercantil inmobiliaria = Titulación pública + Calificación registral

## 2. El concepto de título inscribible en sentido formal

El artículo 7 del Reglamento General de los Registros Públicos establece el concepto de título inscribible en sentido formal, precisando que:

a) El título consta de uno o varios documentos.

b) El título tiene necesariamente uno o más documentos (principales) que son los que acreditan directa e inmediatamente la existencia del acto o derecho inscribible.

c) No necesariamente, dependiendo del acto o derecho inscribible, el título puede contener otros documentos que coadyuven a realizar la inscripción (complementarios), pero que no son los que acreditan en forma directa o inmediata el derecho o acto respectivo.

Sin embargo, en el Reglamento General de los Registros Públicos no se ha partido del concepto de título como equivalente a instrumento o documento público, en la medida que si bien la regla general que se deriva del artículo 2010 del Código Civil es que la documentación pública sea la inscribible, existen distintas excepciones permitidas por el mencionado "principio de titulación auténtica", que permiten que el título se encuentre constituido por instrumentos privados, en los supuestos expresamente previstos por las disposiciones vigentes.

De otro lado, dicha definición se inclina claramente por desechar el término "instrumento", prefiriendo uniformemente el de "documentos", pues como expresa el artículo 233 del Código Procesal Civil peruano, al referirnos a documentos estamos comprendiendo a todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho, lo que incluye tanto los escritos públicos o privados (instrumentos propiamente dichos) como otros (no escritos) tales como cintas, reproducciones de audio o video, telemática en general, entre otros objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

En lo que atañe al primer elemento de la definición de título, referido a uno o más documentos, esto guarda relación con la posibilidad de presentación de diversos actos o derechos de manera simultánea, como ocurriría, por ejemplo, cuando en un título se presentan una escritura pública de compraventa de un terreno a favor de diversos copropietarios, un formulario registral de declaratoria de fábrica, otra escritura pública de constitución de reglamento interno de la edificación que se declara y una distinta de división y partición, en la que los copropietarios se adjudican unidades inmobiliarias específicas. Como puede apreciarse, en el ejemplo, el título para efectos registrales estará constituido por varios "documentos". Sobre la distinción entre el documento principal y los documentos complementarios, la misma se encuentra recogida en el concepto que venimos comentando. El documento principal fundamenta directa e inmediatamente el derecho o acto inscribible, puesto que es el legalmente pertinente para acreditar, sin duda alguna, la existencia del derecho o acto inscribible. Esto es muy similar a lo establecido en la legislación hipotecaria española, sobre la cual Pau Pedrón señala que: "El derecho ha de fundarse inmediatamente en el título. Es decir, en el título ha de constituirse, reconocerse, modificarse, transmitirse o extinguirse el derecho. No basta con que el título haga referencia indirecta o mediata a un derecho (...). Documentos complementarios son los que tienen por finalidad probar determinados extremos que están estrechamente relacionados con el título inscribible y acreditan la plena realidad o legalidad del derecho que se pretende publicar".

En esa misma línea de pensamiento, nuestro Reglamento General de los Registros Públicos ha recogido la existencia del documento (o documentos) que nosotros denominaremos "principal", diferenciándolo de los documentos "complementarios". Por ejemplo, en la inscripción de la venta de un inmueble ubicado en zona aún no urbanizada, el documento principal estará constituido por la escritura pública de compraventa; mientras que, complementariamente, para coadyuvar a la determinación de su ubicación, en muchas ocasiones, deberán presentarse planos de ubicación y perimétricos que permitan establecer, en la partida registral en la que se encuentra inscrito, el bien materia de venta, siendo dichos planos un documento complementario, que si bien no fundamenta en modo directo e inmediato la inscripción, hará viable la calificación del documento principal.

De otro lado, si bien la regla general de la formalidad en los documentos principales será la de instrumento público, ello no ocurrirá con los instrumentos complementarios, en los que se admitirá la presentación de instrumentos privados. En el mismo sentido coincide la doctrina española, pues como señala Manzano Solano: "La documentación complementaria no siempre es documentación pública; puede ser también documentación privada".

## 3. Formalidad del título inscribible cuando las inscripciones son extendidas en mérito a instrumentos públicos

El artículo 9 del Reglamento General de los Registros Públicos establece que: "Cuando las inscripciones se realicen en mérito a instrumentos públicos, solo podrán fundarse en traslados o copias certificadas expedidas por el notario o funcionario autorizado de la institución que conserve en su poder la matriz, salvo disposición en contrario". Su redacción actual no es la originalmente aprobada, sino que ha sido objeto de modificación a través de la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 493-2002-SUNARP/SN del 24 de octubre de 2002, agregando la expresión "salvo disposición en contrario".

Esta norma solo constituye un desarrollo del principio de titulación auténtica establecido por el artículo 2010 de Código Civil y el artículo III del Título Preliminar del mismo Reglamento General. Se trata no del concepto de instrumentos públicos, sino de la forma como los mismos podrán ser presentados ante el Registro, es decir, la forma como las copias o traslados de los instrumentos públicos podrán dar lugar a calificación registral. Es evidente que, tratándose tanto de instrumentos públicos notariales, judiciales o administrativos, no se remitirá al Registro el ejemplar original, que quedará conformando el archivo notarial, expediente judicial o antecedentes administrativos respectivos (principio de matricidad), sino que se presentará una copia a la cual la ley otorga efectos similares a los instrumentos públicos originales, como reconoce expresamente el párrafo final del artículo 235 del Código Procesal Civil, al establecer que: "La copia del documento público tiene el mismo valor que el original, si está certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo, notario público o fedatario, según corresponda". Respecto a los instrumentos provenientes de sede notarial, se utiliza el término "traslados" que es el empleado por el Decreto Legislativo del Notariado aprobado por Decreto Legislativo N° 1049, para el caso de los instrumentos públicos protocolares, que son aquellos a los que se refiere el principio de titulación auténtica. Nótese que se distingue al notario del funcionario público, en la medida que si bien el notario ejerce una función pública, es un profesional privado e independiente, como puede apreciarse claramente en el artículo 2 del Decreto Legislativo del Notariado. Para la inscripción de estos instrumentos públicos notariales serán de aplicación las previsiones establecidas por la sección quinta del

Decreto Legislativo del Notariado, que regula la expedición de los traslados de los mismos. Así, el artículo 82 del mencionado decreto legislativo establece que el notario podrá expedir testimonio, boleta y partes a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función. Concurrentemente, los cónsules de Perú en el extranjero ejercen funciones similares a las notariales, reguladas en el Reglamento Consular aprobado por Decreto Supremo N° 076-2005-RE, publicado el 5 de octubre de 2005, en sus artículos 433 y siguientes. Para dichos casos, el citado Reglamento Consular, en sus artículos 500 a 503, regula la expedición de partes y testimonios. Para el caso de los instrumentos públicos judiciales, es el auxiliar jurisdiccional quien expide las copias certificadas pertinentes de los actuados requeridos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 139 de Código Procesal Civil, con los mismos efectos del instrumento original, tal como reconoce el artículo 235 del mismo Código Adjetivo. Sin embargo, si bien las copias así certificadas serán susceptibles de inscripción, para efectuar la calificación de resoluciones judiciales será necesario que las copias certificadas sean remitidas por el juez del proceso, como reconoce el artículo 148 del acotado Código, que materializa la rogación del órgano jurisdiccional. En lo relativo a los instrumentos públicos administrativos, nótese que el Reglamento General de los Registros Públicos exige que sea el funcionario autorizado de la entidad que conserva la matriz respectiva, por lo que este funcionario debe tener acceso a la matriz (archivo en el cual se conserva el original del acto administrativo inscribible). Consecuentemente, salvo designación expresa por el órgano correspondiente de la entidad respectiva, la facultad de autenticación respecto a las copias de los instrumentos matrices obrantes en su archivo corresponderá al funcionario a quien sus normas orgánicas atribuyan tal facultad (por ejemplo, el secretario general, jefe de trámite documentario, entre otros).

Es necesario indicar que, además de la clásica presentación de partes notariales en soporte de papel y con las características indicadas anteriormente, actualmente, la acreditación documental ante el Registro puede efectuarse a través de medios tecnológicos, fundamentalmente informáticos, que sustituyen la calificación registral basada en documentos escritos sobre soporte de papel mediante los partes digitales. Así, con el Sistema de Intermediación Digital de la Sunarp (SID-Sunarp), se permite la expedición y la presentación de los partes con la firma digital del notario en el marco de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales; a fin de que el registrador efectúe la calificación sobre el documento electrónico con valor legal y emita el pronunciamiento correspondiente, el cual será comunicado al correo electrónico señalado en la plataforma contribuyendo de esta forma con la seguridad jurídica que debe emanar de todo instrumento auténtico. Los actos inscribibles que, a la fecha, se pueden tramitar por el SID-Sunarp son los siguientes:

**Presentación facultativa**

| N° | Acto registral | Sistema de presentación | Registro | Competencia registral | Naturaleza de presentación |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Constitución de empresa | SID-Sunarp | Personas Jurídicas | Nacional | Facultativa |
| 2 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Personas Naturales | Nacional | Facultativa |
| 3 | Compraventa de vehículo | SID-Sunarp | Propiedad Vehicular | Nacional | Facultativa |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 4 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Sucesiones intestadas | SID-Sunarp | Sucesiones Intestadas | Nacional | Facultativa |
| 5 | Compraventa de predio | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 6 | Dación en pago de predio | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 7 | Donación de predio | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 8 | Anticipo de legítima de predio | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 9 | Permuta de predio | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 10 | Transferencia de predio por sucesión intestada | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 11 | Dación en pago de vehículo | SID-Sunarp | Vehicular | Nacional | Facultativa |
| 12 | Donación de vehículo | SID-Sunarp | Vehicular | Nacional | Facultativa |
| 13 | Anticipo de legítima de vehículo | SID-Sunarp | Vehicular | Nacional | Facultativa |
| 14 | Permuta de vehículo | SID-Sunarp | Vehicular | Nacional | Facultativa |
| 15 | Bloqueo registral | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 16 | Constitución de hipoteca | SID-Sunarp | Predios | Nacional | Facultativa |
| 17 | Constitución de asociación | SID-Sunarp | Personas Jurídicas | Nacional | Facultativa |
| 18 | Separación de patrimonio | SID-Sunarp | Personas Naturales | Nacional | Facultativa |
| 19 | Sustitución de régimen patrimonial | SID-Sunarp | Personas Naturales | Nacional | Facultativa |
| 20 | Separación convencional | SID-Sunarp | Personas Naturales | Nacional | Facultativa |
| 21 | Divorcio | SID-Sunarp | Personas Naturales | Nacional | Facultativa |

## Presentación obligatoria (décimo tercera disposición del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado)

| N° | Acto registral | Sistema de presentación | Registro | Competencia registral | Naturaleza de presentación |
|---|---|---|---|---|---|
| 1 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Lima | Obligatoria |
| 2 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Chiclayo | Obligatoria |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| 3 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Callao | Obligatoria |
| 4 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Piura | Obligatoria |
| 5 | Todos los actos inscribibles en el registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Sullana | Obligatoria |
| 6 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Talara | Obligatoria |
| 7 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Tumbes | Obligatoria |
| 8 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Huancayo | Obligatoria |
| 9 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Huancavelica | Obligatoria |
| 10 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Huánuco | Obligatoria |
| 11 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Tarma | Obligatoria |
| 12 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Pasco | Obligatoria |
| 13 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Tingo María | Obligatoria |
| 14 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Selva Central | Obligatoria |
| 15 | Todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes | SID-Sunarp | Mandatos y Poderes | Oficina Registral de Satipo | Obligatoria |
| 16 | Constitución de Empresa (EIRL, SA, SAC, SRL) | SID-Sunarp | Personas Jurídicas | Oficina Registral de Lima | Obligatoria |
| 17 | Constitución de Empresa (EIRL, SA, SAC, SRL) | SID-Sunarp | Personas Jurídicas | Oficina Registral del Callao | Obligatoria |

Lo indicado precedentemente tiene sustento en el artículo 86 del Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo N° 1049) que, luego de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1232, establece que: "Los testimonios, las boletas y los partes expedidos conforme a lo previsto en los artículos 83, 84 y 85 de la presente Ley, en el caso de remitirse en formato digital, deberán, además cumplir con las condiciones y

requisitos de la Ley de la materia". Esto, en concordancia con la Ley de Firmas y Certificados Digitales, reconoce el pleno valor legal para todos los efectos (no solo de inscripción) de los partes notariales "digitales". Con la particularidad de que, por motivos de seguridad, es obligatorio que el notario utilice para la presentación de estos documentos informáticos el SID-Sunarp y que, como ya se ha indicado, mediante Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos se establezca la obligatoriedad de la presentación **solo en partes digitales y no en soporte de papel**, de determinados actos inscribibles respecto a algunas o todas las zonas registrales; como ha ocurrido ya con todos los actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes en diversas zonas registrales y la constitución de empresas, solo para la zona registral de Lima y Callao (al amparo de la décimo tercera disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo del Notariado modificada por el Decreto Legislativo Nº 1232).

Resulta casi evidente, a la fecha que estamos escribiendo estos comentarios (mayo de 2020), que en muy breve plazo la Sunarp ampliará la presentación de partes digitales a todos o casi todos los actos inscribibles, como lógica consecuencia de las limitaciones a la atención presencial generadas por la pandemia originada por la COVID-19. Y que en un futuro no lejano solo se admitirá con carácter general, para todos los actos inscribibles y en todas las zonas registrales, la presentación de partes notariales digitales, que tienen innegables ventajas respecto a la presentación física de documentos en formato de papel; tales como aparente imposibilidad de documentos falsificados, ahorro de envío para oficinas registrales lejanas a los oficios notariales, reducción de demoras originadas por la atención presencial, espacio de almacenamiento de los documentos archivados, posibilidad de acceso remoto a los antes denominados títulos archivados, entre otros muchos factores que nos permiten augurar la cercana eliminación de la presentación de títulos en formato de papel.

Ello, empero, no quiere significar en modo alguno que el instrumento matriz notarial, es decir, escritura pública, acta de transferencia de bienes muebles registrables, copia certificada de actas, entre otros, haya dejado de extenderse en soporte de papel, con todas las precauciones y las medidas de seguridad que establece el Decreto Legislativo del Notariado. Las partes notariales digitales son simples traslados instrumentales, en soporte informático y con firma digital, de los instrumentos notariales que en Perú, hasta la actualidad, solo pueden extenderse en soporte de papel y, en el caso de los instrumentos notariales protocolares, en el papel de seguridad emitido por los Colegios de Notarios en armonía con los artículos 38 y 39 del Decreto Legislativo del Notariado.

Cierto es, y para ello serán necesarias varias reformas legislativas cuya discusión toma actualidad en estos tiempos "informáticos" consecuencia de los nuevos retos mundiales derivados de la pandemia producida por la COVID-19, que avizoramos, también, que en nuestra legislación se admitirá en poco tiempo, la extensión de los instrumentos notariales originales y matrices totalmente desmaterializados, en soporte digital y con firma digital del notario. Pero ello, para que tales instrumentos continúen teniendo la calidad de "auténticos" y "públicos", deberán tomar en cuenta las recomendaciones que ya se ha discutido y aprobado como conclusiones del 28º Congreso Internacional del Notariado celebrado en París (Francia) en octubre de 2018, en las que si bien se admite la autorización y el archivo de las escrituras públicas en soporte electrónico con firma de los otorgantes con firma electrónica simple o cualificada y firma de notario cualificada, así como en soporte electrónico con firma de los otorgantes en tablilla electrónica y encriptación mediante la firma electrónica cualificada del notario, se considera esencial que en cualquiera de las modalidades que puedan conformar una escritura pública se desarrolle plenamente el procedimiento de autenticación

del documento, incluyendo: identificación de las partes, juicio de capacidad, calificación de las facultades representativas, información del consentimiento, control de legalidad material o fondo, entre otros; y la dación de fe de su contenido.

Por todo esto, sin oponernos en modo alguno al necesario avance tecnológico de los instrumentos notariales, concordamos plenamente con las mencionadas conclusiones de la Unión Internacional del Notariado, en el sentido de que debe rechazarse todos los sistemas de otorgamiento y autorización que no comporten inmediación y verificación presencial de los indicados elementos del procedimiento de autenticación instrumental. Y que, en ello, la utilización solo de plataformas de conferencia virtuales como los sistemas actualmente disponibles en forma libre (Zoom, Google Meet, Microsoft Teams, entre otros), si bien son útiles para muchos fines educativos y aún judiciales, no otorga, en el estado tecnológico actualmente disponible, los elementos necesarios para garantizar a plenitud la identificación de los otorgantes y la plena capacidad, libertad y conocimiento de los otorgantes de una escritura pública, por lo que toda reforma legislativa que se pueda emprender deberá tomar especial cuidado en no vulnerar ni afectar la seguridad jurídica preventiva que debe emanar de los instrumentos notariales, para hacerlo merecedores de la fe que les permite merecer su acogida en la publicidad registral. Creemos, y esperamos poder participar en el debate sobre ello, que una modificación legislación cuidadosamente elaborada implicará la conjunción de una serie de elementos identificatorios adicionales a la mera visualización a través de internet, tales como elementos biométricos combinados con las firmas digitales y las plataformas seguras de comunicación que eviten la "suplantación digital".

Respecto a los otros instrumentos públicos inscribibles, tales como los judiciales y los administrativos, más aún en el contexto de los proyectos del Expediente Judicial Electrónico (EJE) y el Plan de Gobierno Digital en actual implementación, no vemos ningún problema para que, sin necesidad de grandes modificaciones legislativas y con una inversión razonable en plataformas de intermediación digital seguras, los instrumentos judiciales y administrativos originales y los partes derivados para inscripción registral puedan producirse y presentarse en formato y con firmas digitales, pues lo único que debería verificarse cuidadosamente es su autenticidad, su integridad y la veracidad de la firma digital del funcionario judicial y/o administrativo que los autoriza o remite. De hecho, ya se están desarrollando, entre la Sunarp y algunas especialidades judiciales y administrativas, experiencias puntuales de admisión de títulos judiciales y administrativos presentados a través de medios informáticos, respecto a lo cual reiteramos que con un simple cuidado en la seguridad tecnológica e inversión y directivas de procesos claros, es plenamente factible repetir y superar la experiencia positiva ya iniciada con el SID-Sunarp para instrumentos notariales.

## 4. Excepciones al principio de titulación auténtica

El artículo 2010 del Código Civil peruano establece que una disposición en contrario puede permitir que las inscripciones se efectúen sobre la base de instrumentos privados. Concordante con ello, el artículo 10 del Reglamento General de los Registros Públicos regula estos supuestos excepcionales que, como se ha indicado, no tienen que emanar de disposición con jerarquía de ley, sino que inclusive pueden derivarse de normas de rango inferior. Para tal efecto, partiendo de la definición que (en sentido negativo) contiene el artículo 236 del Código Procesal Civil peruano, se considera instrumento privado a aquel que carece de las características de un documento público, precisándose que la legalización o certificación de un documento privado no lo convierte en público. Consecuente con ello, los instrumentos notariales extraprotocolares, como las actas y las certificaciones previstas en los artículos 94 y

95 de la Ley del Notariado peruana, **no constituyen propiamente instrumentos públicos** para los efectos de la inscripción y el cumplimiento de la exigencia de titulación auténtica, aunque, de manera imprecisa, la Ley del Notariado denomine a su capítulo III de su título II "De los instrumentos públicos extraprotocolares".

Cabe precisar que la formalidad de la certificación notarial de firma, si bien no otorgará al documento la calidad de instrumento público, sí le conferirá la de instrumento de fecha cierta, conforme al inciso 3) del artículo 245 del Código Procesal Civil peruano; sin embargo, obviamente, excepto las disposiciones específicas en contrario, no le otorga calidad de instrumento inscribible. Similar situación ocurre en la legislación española, respecto a la cual expresa Manzano Solano que: "No parece ocioso señalar las diferencias entre el documento público y el documento fehaciente. Hemos dicho que todo documento público, por definición, es fehaciente. Sin embargo, no podríamos decirlo a la inversa, puesto que no todo documento fehaciente es documento público. El carácter público o auténtico de un documento hace alusión a su formalización pública: intervención de notario o funcionario. La fehaciencia, en cambio alude a su valor como prueba y, en ese sentido, puede ser fehaciente un documento privado, cuya fecha se cuenta respecto de terceros cuando se dan algunas de las circunstancias previstas en el artículo 1227 del Código Civil (...). Sin embargo, al no ser fehaciente el documento privado en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, no es idóneo como regla general, para el Registro de la Propiedad".

Concurrentemente, respecto a los documentos complementarios, a cuyos alcances nos hemos referido en el concepto de título en sentido formal, inclusive ellos, en defecto de su presentación en original, **deberán ser presentados a través de copias legalizadas notarialmente**, puesto que, si bien no dan lugar directamente a la inscripción, su contenido será materia de la calificación. Sobre este punto, resulta ilustrativa la opinión de Pau Pedrón, quien señala que: "No se exige como regla general, que los documentos complementarios sean documentos públicos. La razón es clara: el título inscribible hace fe por sí solo del contenido que sea objeto de inscripción, limitándose el documento complementario a acreditar circunstancias periféricas, pero conexas. Ello no quiere decir que se prescinda totalmente de asegurar la autenticidad de tales extremos o circunstancias". Para cautelar dicha autenticidad se exige, cuando menos, que la copia de los mismos se encuentre legalizada notarialmente, conforme a las previsiones contenidas en el artículo 110 de la Ley del Notariado. En este punto, debemos indicar, en concordancia con lo ya expresado respecto a la posibilidad de presentación telemática de títulos en forma digital a través del Sistema de Intermediación Digital (SID-Sunarp) que, en nuestro concepto, si bien actualmente el mismo regula la presentación de partes digitales protocolares y principales, la aplicación de las normas sobre firmas y certificados digitales permitiría, sin necesidad de una modificación legislativa especial, que a través de simples directivas registrales se autorice la presentación, en forma electrónica y con firma digital del notario, de instrumentos extraprotocolares o complementarios, que permitan la inscripción de los actos registrables.

Finalmente, específicamente para el Registro de Predios, es pertinente mencionar que el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley N° 27775 dispuso que todas las inscripciones en dicho Registro se efectuarían por escritura pública o mediante formulario registral legalizado por notario, cuando el valor del inmueble no sea mayor a veinte unidades impositivas tributarias (UIT). Ello fue precisado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 007-2004-JUS, publicado el 16 de julio de 2004, en el sentido de que dicho artículo está referido a los actos de disposición emanados de la voluntad de las partes, con excepción de aquellos que por mandato de la ley o por voluntad de las partes deben celebrarse por escritura pública bajo sanción de nulidad, casos en los que la inscripción solo se efectuará en mérito a esta.

## DOCTRINA

"Exposición de motivos oficial del Código Civil". En: Cuadernos Registrales. Revista de la Oficina Nacional de los Registros Públicos. N° 2, Año 2, 1992; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo I, Civitas, Madrid, 1988; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. "La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier (ed.). La calificación registral. Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral. Tomo I, Colegio de los Registradores Civiles y Mercantiles de España-Civitas, Madrid, 1996; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobilario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; PAU PEDRÓN, Antonio. Curso de práctica registral. Universidad de Comillas, Madrid, 1995; ROCA SASTRE citado por ESTURILLO LÓPEZ, Antonio. Estudio de la legislación sobre el Registro Mercantil. Práctica de legislación mercantil societaria. Centro de Estudios Registrales-Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, Madrid, 1992.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### Principio de titulación auténtica: regulación

*[E]l artículo 2010 del Código Civil, establece "que la inscripción registral se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria", norma que regula el principio de titulación auténtica en cuanto a los instrumentos públicos que pueden ser materia de inscripción, supuesto que a su vez ha sido desarrollado por el artículo III del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos al establecer que "los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado, en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición en contrario. La rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa..", así como los artículos 8 y 9 del citado reglamento en cuanto establecen que "Las inscripciones se efectuarán sobre la base de los documentos señalados en cada reglamento específico y, en su defecto, por las disposiciones que regulen la inscripción del acto o derecho respectivo" y "Cuando las inscripciones se realicen en mérito a instrumentos públicos, solo podrán fundarse en traslados o copias certificadas expedidas por el notario o funcionario autorizado de la institución que conserve en su poder la matriz, salvo disposición en contrario" (Cas. N° 3310-2006-Ayacucho).*

### TRIBUNAL REGISTRAL

#### Tipicidad de los actos susceptibles de inscripción

*En relación a lo que se inscribe en el Registro, algunos autores señalan que lo que se inscribe es el título, otros, el derecho, otros, los actos por los cuales se constituyen, declaran, reconocen, transmiten, modifican o extinguen relaciones jurídicas. Sin embargo, la doctrina en general se muestra partidaria del principio de tipicidad del contenido del Registro, es decir, solo los actos o hechos que dispongan las leyes se considerarán como inscribibles (**Resolución N° 2311-A-201-SUNARP-TR-L**).*

## Calificación registral y principio de legalidad

**Artículo 2011.-** *Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.*

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el registrador podrá solicitar al juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al registro (*).*

Concordancias:
*C.C. art. 225; C.P.C. arts. 656, 673; D.LEG. 1049 art. 50 y ss.; R.G.R.P. arts. V, 12, 15, 17, 31 a 45, 158*

**Óscar Huerta Ayala**

## 1. Introducción

El artículo en comentario recoge la calificación registral y el principio de legalidad, no tanto así al principio de rogación. En tal sentido, concuerdo con lo que señaló el profesor Arias-Schreiber: "Algunos autores han creído ver que en este artículo se encuentra recogido el llamado principio de rogación o instancia, en virtud del cual, por regla general, las inscripciones se realizan a instancia o a pedido de parte. Sin embargo, a nuestro entender esto no es propiamente así, toda vez que el artículo se refiere únicamente a 'los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción', pero no dice que la misma se realice a pedido instancia de parte (...). Dicho principio, en cambio, estaba textualmente recogido en el artículo 131 del anterior Reglamento General de los Registros Públicos, (...) y actualmente lo está en el artículo III T.P. del nuevo Reglamento General de los Registros Públicos"(1).

La calificación tiene una enorme importancia en nuestro sistema registral peruano, toda vez que permite que el Registro cumpla con su rol de brindar seguridad jurídica, tal como lo señala Gonzales Barrón: "El Registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en titularidad de los derechos y de estabilidad en la circulación de la riqueza, por lo que se debe encuadrar como una figura de SEGURIDAD JUSTA, y no solo ante un instituto de mera seguridad vaciado de contenido o sin finalidades valiosas. Detrás de ella subyace una racionalidad lógica y económica, así como un apego profundo por la conducta leal y honesta, es decir, por el acto bueno y justo"(2).

En tal sentido, la existencia de los Registros Públicos encuentra su sustento en la calificación registral, esto es, el filtro por el cual deben pasar los títulos para su inscripción registral, aplicando todos los principios registrales entre los cuales se encuentra el principio de legalidad.

Concuerdo con Poveda en la presentación del libro *La calificación registral*, cuando señala que la calificación registral es la función esencial del registrador y lo es porque es el

(*) Texto del segundo párrafo según incorporación recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS de 23/04/1993.

(1) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo X: *Registros Públicos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 127.

(2) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derecho Registral y Notarial*. Tomo I, Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 104-105.

presupuesto necesario del principio de legalidad, que, a su vez, es la base de toda la eficacia que despliega el Registro. No pueden darse lógicamente los principios de legitimación y fe pública registral si no existe el filtro del registrador y, en consecuencia, existe el riesgo de que accedan al Registro actos que no sean jurídicamente perfectos[3].

Los límites de la calificación registral dependerán del título materia de revisión, no es lo mismo calificar un título proveniente de sede notarial, arbitral, administrativo o judicial.

El artículo 2011 del Código Civil pretende dar un marco general para la calificación registral señalando los elementos que se debe tener en cuenta; sin embargo, existen normas especiales y jurisprudencia registral que complementan este marco general.

En nuestro país no es tarea sencilla la calificación registral debido a factores internos y externos, como la insuficiente cantidad de operadores registrales, debido a que la demanda de los servicios registrales va en aumento, si bien han existido algunos concursos públicos para el acceso de registradores y vocales del Tribunal Registral, y para asistentes registrales, tanto concursos públicos como internos, pero el personal registral sigue siendo insuficiente.

Por otro lado, la existencia de diferentes sistemas informáticos para un mismo registro como el SIR y SARP para el Registro de Predios no facilita la pronta calificación registral que la sociedad demanda.

En el caso de factores externos tenemos el problema de la falsificación de documentos, la ausencia de base de datos de los documentos administrativos en el caso de las municipalidades, Archivo General de la Nación, Cofopri, árbitros, el acceso a los instrumentos notariales en forma virtual como sí lo tiene el Poder Judicial etc., lo cual hace que muchas veces el registrador tenga que oficiar a la entidad para verificar la autenticidad de los documentos presentados retardando la calificación registral.

Cada vez que se piense que el Registro constituye una barrera para el tráfico jurídico, por la exigencia de requisitos, habría que preguntarse: ¿qué clase de Registro queremos? Uno en que todos los títulos ingresen por doquier, esto es, sin evaluación previa, o queremos un Registro fuerte en los que se garantice la seguridad jurídica de los actos y derechos inscritos.

Recordemos que nuestro país lucha contra la informalidad y Registros Públicos es un agente importante que contribuye a la formalización de los derechos.

En tal sentido, se requiere la implementación de un Gobierno Electrónico. Este entrega beneficios directos a la comunidad en general, tales como eliminación de tiempo y espacio, facilidad en las comunicaciones, acceso igualitario a la información, aumento del intercambio colaborativo entre distintas reparticiones, aumento en la producción de bienes y servicios de valor agregado, en suma, mayor calidad de vida de los ciudadanos. Por su parte, la utilización de estas tecnologías puede traer grandes beneficios, pues constituyen pilares fundamentales para la modernización y eficacia del Estado, ayudan al control interno y externo aportando transparencia al sector público, disminuyen costos del sector público al compartir recursos, ayudan a la descentralización acercando al gobierno a los ciudadanos y facilitan la participación ciudadana en los procesos de tomas de decisiones, entre otros[4].

(3) POVEDA DÍAZ, José. "Presentación". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. *La calificación registral*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1996, p. 21.

(4) NASER, Alejandra y CONCHA, Gastón. "El gobierno electrónico en la gestión pública". En: *Serie Gestión Pública* N° 73, Naciones Unidas - Cepal, Santiago de Chile, 2011.

Sobre el particular, por el Decreto Legislativo N° 1412 del 13 de setiembre de 2018 se aprobó la Ley de Gobierno Digital, que tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno.

Así, en el artículo 26 del citado decreto legislativo, se establece que la interoperabilidad es la capacidad de interactuar que tienen las organizaciones diversas y dispares para alcanzar objetivos que hayan acordado conjuntamente, recurriendo a la puesta en común de información y conocimientos, a través de los procesos y el intercambio de datos entre sus respectivos sistemas de información.

Esta interoperabilidad va a facilitar el acceso de documentación digital de otras entidades para verificar su autenticidad, lo cual permitirá la calificación registral.

Así, en el artículo 28 se indica que el marco de interoperabilidad del Estado peruano se gestiona a través de los siguientes niveles:

1. Interoperabilidad a nivel organizacional: se ocupa del alineamiento de objetivos, procesos, responsabilidades y relaciones entre las entidades de la Administración Pública, para intercambiar datos e información para el ejercicio de sus funciones en el ámbito de sus competencias.

2. Interoperabilidad a nivel semántico: se ocupa del uso de los datos y la información de una entidad garantizando que el formato y el significado preciso de dichos datos e información a ser intercambiada puedan ser entendidos por cualquier aplicación de otra entidad de la Administración Pública. Dichas entidades deben adoptar los estándares definidos por el ente rector para el intercambio de datos e información.

3. Interoperabilidad a nivel técnico: se ocupa de los aspectos técnicos relacionados con las interfaces, la interconexión, la integración, el intercambio y la presentación de datos e información, así como definir los protocolos de comunicación y seguridad. Es ejecutada por personal de las oficinas de informática o las que hagan sus veces de las entidades de la Administración Pública, de acuerdo con los estándares definidos por el ente rector.

4. Interoperabilidad a nivel legal: se ocupa de la adecuada observancia de la legislación y lineamientos técnicos con la finalidad de facilitar el intercambio de datos e información entre las diferentes entidades de la Administración Pública, así como el cumplimiento de los temas concernientes con el tratamiento de la información que se intercambia.

Este marco favorece la calificación registral. Así, para la presentación de los partes digitales notariales la Sunarp usa la plataforma denominada SID-Sunarp (Sistema de Intermediación Digital) que, conforme a la Directiva N° 02-2019-SUNARP/SN, Directiva que regula la expedición de publicidad registral de título archivado electrónico, viene a ser la plataforma virtual que permite la presentación al registro del parte electrónico con la firma digital del notario público.

Los partes notariales que usan el SID-Sunarp pueden estar referidos a la constitución de empresas (mypes), otorgamiento de poderes en el Registro de Personas Naturales, compraventa de vehículo en el Registro de Propiedad Vehicular, transferencia de predios, actos inscribibles en el Registro de Sucesiones Intestadas (servicios registrales disponibles ya a nivel nacional).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que según la decimotercera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N° 1232, a partir del 1 de febrero de 2016, los partes notariales que contengan actos inscribibles en el Registro de Mandatos y Poderes de la Oficina Registral de Lima de la Zona Registral N° IX - Sede Lima se expedirán en formato digital utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley de la materia, y se presentarán a través de la plataforma informática administrada por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos-Sunarp. Para estos efectos, la Oficina Registral de Lima no admitirá, bajo responsabilidad, la presentación del parte notarial en soporte papel a partir de la entrada en vigencia de dicha disposición. Asimismo, mediante resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos, se determinará la obligación de presentar los partes notariales utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales para actos inscribibles en otros registros, así como en las zonas registrales correspondientes.

Mediante la Resolución N° 007-2015-SUNARP/SN, publicada el 21/01/2015 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó la Directiva N° 001-2015-SUNARP/SN que regula la presentación telemática de embargos en forma de inscripción solicitados por los ejecutores coactivos de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

Asimismo, por la Resolución N° 237-2017-SUNARP/SN, publicada el 29 de octubre de 2017, se aprobó la directiva que regula el procedimiento para la presentación electrónica de la medida de incautación mediante parte judicial con firma digital, Directiva N° 06-2017-SUNARP/SN.

Según esta directiva, ahora derogada, el acto inscribible estaba referido únicamente a la medida de incautación trabada en el marco del Decreto Legislativo N° 1104, para ser inscrita en el Registro de Predios de las distintas oficinas registrales a cargo de la Sunarp. No comprende los actos de modificación o cancelación de la medida de incautación, la pérdida de dominio, ni otras medidas cautelares diferentes a la incautación. Tampoco se comprenden las medidas de incautación que correspondan ser inscritas en registros distintos al de predios.

Cabe señalar que mediante la Resolución N° 240-2019-SUNARP/SN se aprobó la Directiva N° DI-03-SNR-DTR, que regula la presentación, trámite e inscripción del título conformado por el parte judicial con firma digital sobre medidas cautelares. Esta normativa dejó sin efecto la Resolución N° 237-2017-SUNARP/SN que aprobó la Directiva N° 006-2017-SUNARP/SN.

Por otro lado, mediante la Resolución N° 273-2018-SUNARP/SN se aprobó la Directiva N° 07-2018-SUNARP/SN, que regula el procedimiento para la presentación e inscripción de la medida de congelamiento administrativo de activos de la UIF-Perú. Esta norma señala como objetivo establecer el procedimiento para la ejecución, en sede registral, de la medida de congelamiento administrativo de activos dispuesta por la UIF-Perú, a través de la presentación electrónica de tal medida a fin de generar un título que, durante su vigencia, habilite el ingreso en el registro de la resolución judicial de convalidación, para la inscripción, o de revocación, para la tacha, con la finalidad de regular un procedimiento rápido, seguro, eficaz y estandarizado a nivel nacional, que coadyuve a los fines de política criminal para la lucha contra el delito de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Lo que estaría pendiente es que en el marco de la interoperabilidad se pueda acceder a la información de las municipalidades y otras entidades, como Cofopri, SBN, gobiernos regionales, etc., para la calificación de actos que provengan de dichas entidades, lo cual permitiría la verificación de la autenticidad, pero siguiendo el uso del soporte de papel, o presentar

títulos digitales usando el SID-Sunarp como lo vienen haciendo los notarios y el Poder Judicial. Lo ideal sería que se masifique el uso del título digital, por ejemplo, en el caso de los árbitros, en todos los actos inscribibles en todos los registros para facilitar la verificación de autenticidad de los títulos y rapidez en la calificación registral.

Pero la calificación registral no es solo la verificación de la autenticidad de los títulos, sino que engloba otros aspectos como lo señala el artículo 2011 del Código Civil.

## 2. Calificación registral

Para Arias-Schreiber, lo que sí está claramente establecido y recogido en el artículo 2011 es el principio general de calificación registral, y fundamentalmente en su aspecto de revisión de la legalidad de los títulos que accedan al Registro para su inscripción. Podría decirse, quizás con mayor precisión, que este artículo recoge el principio de legalidad y establece la calificación registral en función del mismo(5).

Según el mismo autor, se entiende por calificación registral el acto por el cual los registradores examinan y evalúan los documentos ingresados y los derechos o situaciones jurídicas que estos contienen, a fin de determinar si procede su inscripción en el Registro, su observación o tacha(6).

Por su parte, Manzano refiere que "la actividad del registrador encaminada a hacer efectiva esta comprobación es conocida con el nombre de *calificación registral,* y se desarrolla, fundamentalmente, en dos campos: el propio título presentado, que habrá de examinarse para dictaminar si está ajustado a Derecho; y el contenido del Registro, que habrá de examinarse para establecer su conexión con el título, pues los asientos ya practicados están bajo la salvaguardia de los tribunales (...)"(7).

Según refiere Escobar Lino, la calificación registral es el fundamento del principio de legitimación que da sustento a su vez a los principios de fe pública registral, prioridad excluyente y oponibilidad, contemplados en los artículos 2013, 2014, 2017 y 2022 del Código Civil. Conforme al primero, la inscripción se reputa válida y exacta mientras que en la vía judicial o arbitral no se demuestre lo contrario. Con relación al segundo, la adquisición del tercero se mantiene aunque el título de su predecesor sea declarado nulo. En cuanto a la prioridad excluyente, el Registro señala que no procede inscribir un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior. Mientras que, tratándose de la oponibilidad, el Registro rechaza aquellos títulos que sean incompatibles con el derecho inscrito(8).

Para la misma autora, puede advertirse la importancia de la calificación registral que consiste en la evaluación que efectúan el registrador y el Tribunal Registral como órgano de segunda instancia en el procedimiento registral, a fin de establecer si los títulos presentados cumplen con los requisitos exigidos por el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil; esto es, la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad

(5) ARIAS-SCHREIBER PEZET y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, Max. Ob. cit., p. 849.
(6) Ídem.
(7) MANZANO SOLANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario.* Volumen II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, pp. 569-570.
(8) ESCOBAR LINO, Maritha Elena. "Los alcances de la calificación registral de documentos notariales y la falsificación de documentos". En: http://www.parthenon.pe/privado/los-alcances-de-la-calificacion-registral-de-documentos-notariales-y-la-falsificacion-de-documentos/

de los otorgantes y la validez del acto, todo ello en atención a lo que resulte del contenido de los documentos presentados, de sus antecedentes y de los asientos registrales[9].

Álvaro Delgado afirma que la calificación registral es el control que realiza el registrador a efectos de determinar si el título presentado al registro es inscribible sobre la base de los diversos principios que, como requisitos y presupuestos técnicos para la inscripción, cada sistema contempla. Es decir, se trata de definir si el derecho o la situación jurídica contenidos en el respectivo título y cuya publicidad registral se pretende a través de la inscripción que se solicita, como las titularidades que a dichas situaciones corresponden, merecen ser objeto de publicidad y, por tanto, hacerse cognoscibles por terceros, beneficiándose de esta manera con la legitimación y la protección que emanan directamente de tal publicidad. La rigurosidad que en cada sistema tiene la calificación registral se encuentra estrechamente vinculada a la real eficacia de la publicidad registral en ese sistema. A mayor eficacia de la publicidad y la fuerza del registro, más rigurosa debe ser la calificación y viceversa. Así, la calificación registral se apoyará en principios más exigentes cuanto más amplia sea la protección y legitimación que los principios –a través de los cuales se concretan los efectos materiales de la inscripción– otorgan a los titulares registrales y terceros adquirentes[10].

García García, en tanto, señala que el principio de legalidad o de calificación registral es uno de los principios fundamentales de todo sistema registral cuyo objeto sea conseguir la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario y del crédito, con plenitud de los efectos propios de los asientos registrales[11].

Existe una discusión acerca de si la calificación registral es lo mismo que el principio de legalidad. Al respecto considero que la calificación registral engloba el uso no solo del principio de legalidad sino también de los otros principios registrales, como titulación auténtica, tracto sucesivo, especialidad, prioridad preferente, etc., por lo que no son lo mismo.

Tal como lo señala Delgado, el concepto de calificación registral, así como en los hechos, la misma función calificadora comprende al denominado principio de legalidad, pero no se agota en él. En este sentido, resulta erróneo identificar plenamente ambos conceptos (calificación registral y principio de legalidad), considerando que se refieren a lo mismo. Más bien, lo que en realidad ocurre es que el principio de legalidad supone tan solo un aspecto de la calificación registral, que es un concepto mucho más amplio, donde quedan comprendidos, además de dicho control de legalidad, la determinación de los obstáculos que puedan emanar de la partida (tracto sucesivo, impenetrabilidad y prioridad excluyente), así como la relevancia registral de la situación jurídica que pretende inscribirse[12].

En la misma línea, García García señala: "El artículo 2011 del Código Civil regula la función y la facultad calificadora del registrador. Erróneamente se suele sostener que el artículo bajo comentario recoge exclusivamente el principio de legalidad, cuando en realidad lo que hace la norma es incorporar este principio como parte de la función calificadora. Cabe aquí precisar que, en estricto, la calificación no es un principio ni un presupuesto técnico.

(9) Ídem.

(10) DELGADO SCHEELJE, Álvaro. "Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios". En: *Ius et Veritas*, 9 (18), pp. 254-262. Recuperado a partir de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15837.

(11) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo III, 2ª edición, Centro de Estudios Registrales. Editorial Civitas, Madrid, 2005, p. 331.

(12) DELGADO SCHEELJE, Álvaro. Ob. cit.

La calificación es un proceso que se efectúa aplicándose los principios registrales, los cuales constituyen la base y los límites a partir de los cuales el registrador comprueba la legalidad del título y su compatibilidad con los antecedentes registrales"[13].

## 3. Aspectos de la calificación registral

Según García García, la calificación la ha de ejercer el registrador utilizando los tres siguientes medios o elementos: los documentos presentados o aportados, los asientos del Registro, y las leyes y normas que constituyen la legalidad del ordenamiento jurídico[14].

De acuerdo con el artículo 31 del T.U.O. del Reglamento del Reglamento General de los Registros Públicos:

> "La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, quienes actúan de manera independiente, personal e indelegable, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.
>
> En el marco de la calificación registral, el registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro".

Esta evaluación integral de los títulos se realiza tanto en la forma como en el fondo, respetando el cumplimiento de los principios registrales, y se efectuará de manera independiente, personal e indelegable por las instancias registrales.

Este filtro denominado calificación registral busca impedir que ingresen al Registro títulos no acordes con nuestro ordenamiento jurídico, como los actos nulos, irregulares, que contengan actos no inscribibles, etc.

Pero esta labor no puede ser efectuada en forma desmesurada o arbitraria sino que se realiza bajo ciertos parámetros, esto es, deberá efectuarse bajo los alcances del artículo 32 del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos.

A decir de Gonzales Barrón, el registrador actúa en un procedimiento en donde solo verifica documentos; sin actuación libre de pruebas, sin valoración de la prueba, sin citación de la otra parte, sin citación de otra parte, sin audiencia ni contradictorio, sin declaraciones ni testigos, sin analizar intenciones, buena fe o subjetividades, etc. Por lo tanto, la calificación, que se inserta en un procedimiento restringido, basada en el instrumento público (principio de "prueba rígida") da lugar a un examen formal[15].

Moisset de Espanés refiere lo siguiente "Por su parte, ¿qué función cumple el registrador? Él también debe examinar distintos aspectos de los documentos, pero no lo hace para *viabilizar el acto* –eso lo hizo el notario–, ni para declarar su validez o invalidez –función que corresponde a los jueces–, sino para determinar si el acto que contienen esos documentos *es o no admisible*, en el sistema registral, de conformidad a las exigencias consagradas por la ley. (...). El registrador *no declara la nulidad del acto*; nunca va a decir que el acto es inválido,

(13) GARCÍA GARCÍA, Luis. "Principio de rogación y legalidad". En: *Código Civil Comentado*. Tomo X, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 293.

(14) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 536.

(15) GONZALES BARRÓN, Gunther. *Sistema registral y contratación inmobiliaria en la Ley N° 30313*. Ediciones Legales, Lima, p. 289.

sino que se limitará a expresar, en defensa de un interés de orden público –la seguridad jurídica que emerge de la publicidad– que el acto reúne o no reúne los requisitos necesarios para ser admitido en el Registro"[16].

Al respecto, el Tribunal Registral ha señalado en la Resolución N° 521-2019-SUNARP-TR-A de 26/06/2019 lo siguiente:

> "Sumilla: CALIFICACIÓN REGISTRAL.- De conformidad con el Principio de Legalidad recogido en el artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, la calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título, por lo que tratándose de testamentos por escritura pública deberá de verificarse que en su otorgamiento se haya cumplido con las formalidades esenciales establecidas por el artículo 696 del Código Civil, entre ellas, que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario".

## 4. Naturaleza de la calificación registral

### 4.1. Teoría de la naturaleza jurisdiccional

Según García García, la consecuencia inevitable de esta teoría sería que el registrador estaría incardinado dentro de las funciones judiciales[17].

Al respecto, cabe señalar que la calificación registral no es jurisdiccional al no ejercer jurisdicción el registrador ni el Tribunal Registral.

Según Romaní, la función calificadora tiene modalidades, matices y formas que difícilmente encuadran en una función judicial o de justicia administrativa[18].

### 4.2. Teoría de la naturaleza administrativa

García García señala que, con independencia de la naturaleza del procedimiento registral y del funcionario público encargado del Registro, lo cierto es que el acto del registrador relativo a la calificación registral determinante de la práctica o negativa del asiento registral, así como los requisitos y efectos del mismo, no se adaptan a la materia administrativa, por lo que la función calificadora que da lugar a la práctica del asiento o a la suspensión o denegación del mismo, al participar de la naturaleza misma del asiento registral al que se refiere, no puede considerarse equiparable a las funciones o actos administrativos ordinarios[19].

Para Manzano Solano, en cualquier caso, la responsabilidad directa del registrador y solo subsidiaria de la Administración aleja la función registral de la actividad meramente administrativa[20].

Para Lacruz Berdejo, "la administración no es parte en el procedimiento registral, como lo es en los administrativos ordinarios: las decisiones del registrador tienen, a estos efectos,

(16) MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Publicidad registral.* Sunarp, Lima, 2015, pp. 270-271.
(17) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 390.
(18) ROMANÍ CALDERÓN, "Carácter de la función calificadora: ¿es judicial o administrativa?". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.* N° 26, 1927, pp. 84-85.
(19) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 396.
(20) MANZANO SOLANO, Antonio. Ob. cit., p. 371.

el valor de las de un juez, y así, los derechos que se crean no pueden ser anulados por la Administración"[21].

### 4.3. Teoría de la naturaleza como función de seguridad jurídica preventiva

García García refiere que, por otra parte, reconducir la función registral calificadora a una mera naturaleza preventiva o cautelar no es suficientemente significativa de su total naturaleza, ya que en la función registral calificadora no solo cautela o prevención, sino *definición, determinación, conformación e, incluso, atribución de derechos o exclusión de los mismos,* todos ellos a los efectos de los asientos registrales. Por tanto, la idea de naturaleza preventiva o cautelar es minimalista respecto a la total esencia de las funciones que se pretenden incluir bajo esa discutible catalogación[22].

La calificación registral no se agota en la finalidad preventiva, sino que también contempla otros aspectos.

### 4.4. Teoría de la naturaleza como acto de jurisdicción voluntaria

Esta tesis de la jurisdicción voluntaria, formada por autores que la estudian desde distintas perspectivas, entiende, en definitiva, que la función calificadora forma parte del amplio campo de la llamada jurisdicción voluntaria, pero no como función judicial, sino como "función de garantía de derechos privados"[23].

### 4.5. Teoría de la naturaleza como función especial

Desde distintos puntos de vista, se ha defendido por varios autores la configuración de la calificación registral como acto especial no reconducible a otras figuras jurídicas típicas[24].

### 4.6. Teoría de la naturaleza como acto mixto de jurisdicción voluntaria y de administración pública

Para García García, puede considerarse que la función calificadora registral es, efectivamente, de naturaleza especial o mixta, pero no porque confluya en ella una mezcolanza inadmisible de ingredientes de todo tipo, sino porque ofrece varios aspectos[25].

## 5. Principio de legalidad

Conforme al artículo 2011 del Código Civil, los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos. En tal sentido corresponde analizar la calificación de la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción.

Para ello, debemos recordar que la Sunarp es un organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos, con personería

(21) LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. *La calificación registral.* Ob. cit., p. 462.
(22) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., pp. 398-399.
(23) Ibídem, p. 407.
(24) Ibídem, p. 409.
(25) Ibídem, p. 417.

de Derecho Público conforme el artículo 10 de la Ley N° 263666, y los registros son organismos públicos desconcentrados de la Sunarp conforme al artículo 4 de la citada norma, por lo que los Registros Públicos forman parte de la Administración Pública, siendo los registradores y los vocales del Tribunal Registral funcionarios públicos conforme se desprende del artículo 6 de la acotada ley.

En tal sentido, conviene precisar que el Estado por medio de la Sunarp brinda el servicio registral que viene ser un servicio público, siendo uno de los servicios la inscripción registral dentro de un procedimiento que, según el artículo 34.1 de la Ley N° 27444, es de evaluación previa con silencio negativo. Conviene recalcar ello toda vez que, en el procedimiento de inscripción registral, un usuario no puede invocar la aplicación del silencio administrativo positivo, debido a que este es un procedimiento de evaluación previa, es decir, va a merecer un pronunciamiento (la calificación registral) del funcionario público denominado registrador público en primera instancia y del Tribunal Registral en segunda instancia.

Pero este pronunciamiento del funcionario registral debe efectuarse respetando ciertos principios contemplados en el Reglamento General de los Registros Públicos y supletoriamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General, al formar parte de la Administración Pública, brindar un servicio público y por ser un funcionario público.

Nótese que con lo afirmado no se pretende desconocer la naturaleza especial del procedimiento registral ni lo señalado en el artículo 2009 del Código Civil (los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales), sino que los Registros Públicos forman parte de la Administración Pública, brindan un servicio público y los registradores públicos y vocales del Tribunal Registral son funcionarios públicos que realizan una función pública al servicio del Estado, por lo que –como ya hemos referido– al procedimiento registral le resultan aplicables supletoriamente la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Dicho reconocimiento resulta relevante porque de una revisión sumaria del Reglamento General de los Registros Públicos se aprecia, por ejemplo, en el numeral V del Título Preliminar y en el literal d) del artículo 32 el principio de legalidad, el cual está contenido de igual manera en el artículo 2011 del Código Civil, pero también en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

El principio de legalidad resulta relevante para la aplicación del principio de predictibilidad que está recogido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y en el caso del Reglamento General de los Registros Públicos en su artículo 33, salvo los casos en que nos encontremos ante normas que den lugar a distintas interpretaciones o existan vacíos normativos, en cuyo caso en materia registral la unificación de criterios resulta vital, para lo cual la Sunarp ha establecido directivas, los precedentes de observancia obligatoria y los plenos nacionales de registradores públicos, entre otros mecanismos.

En tal sentido, resulta relevante recordar sobre el principio de legalidad, tal como lo señala Morón Urbina, que "como aplicación del principio de legalidad de la función ejecutiva, los agentes públicos deben fundar todas sus actuaciones –decisorias o consultivas– en la normativa vigente. El principio de sujeción de la administración a la legislación, denominado modernamente como 'vinculación positiva de la Administración a la Ley', exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o

desarrollo necesario. El marco jurídico para la Administración es un valor indisponible *motu propio*, irrenunciable ni transigible"[26].

La importancia del principio de legalidad es, como lo señala Eduardo García Enterría y Tomás-Ramón Fernández, "lo verdaderamente singular del régimen de Derecho Público surgido de la Revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el Derecho Administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de este es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La Administración es una creación abstracta del Derecho y no una emanación personal de un soberano, y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la Administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos"[27].

Por lo tanto, las observaciones de los registradores públicos deben fundamentarse en normas legales, y exigir el cumplimiento de las mismas sin que ello signifique invadir algún tipo de competencia de algún funcionario administrativo o judicial o notario (que no es un funcionario público), porque el cumplimiento de las normas es para todos y nadie puede estar por encima de la ley.

En esta línea, el Tribunal Registral ha señalado en la Resolución N° 847-2015-SUNARP-TR-A, del 23 de diciembre de 2015, que las instancias registrales están en la obligación de verificar en su oportunidad el cumplimiento de las formalidades propias del título, la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que constituye la causa directa de la inscripción.

De la misma manera, en la Resolución N° 2070-2018-SUNARP-TR-L, del 6 de setiembre de 2018, se refiere que, de conformidad con el principio de legalidad recogido en el numeral V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, la calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título, por lo que tratándose de testamentos por escritura pública deberá verificarse que en su otorgamiento se hayan cumplido las formalidades esenciales establecidas por el artículo 696 del Código Civil. Esto es, que el testamento para su ingreso al Registro debe cumplir el artículo 696 del Código Civil.

De la misma forma ha señalado en la Resolución N° 1709-2018-SUNARP-TR-L, del 20 de julio de 2018, que la calificación registral de dichos instrumentos comprenderá, entre otros aspectos, la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción conforme a lo establecido en el primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil. En tal sentido, de advertirse que el comprador tiene el estado civil de casado, debe de intervenir su cónyuge ratificando la adquisición al amparo del artículo 315 del Código Civil, o en su caso, deberá acreditarse indubitablemente que se trata de un bien propio, desvirtuando la presunción de bien social contenida en el artículo 311 del Código Civil. Esto es, si el comprador es casado debe comparecer la cónyuge ratificando el acto jurídico conforme el artículo 315 del Código Civil.

(26) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 61.

(27) GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Palestra, Lima, 2006, pp. 470-471.

### 5.1. Calificación de la capacidad de los otorgantes

Por *capacidad jurídica* entiende la ley la capacidad de una persona para ser sujeto de relaciones jurídicas y, por ello, titular de derechos y destinatario de deberes jurídicos[28].

El artículo 3 del Código Civil establece que toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. Además, se señala que la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley, y que las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Según Juan Espinoza, del género capacidad jurídica surgen la capacidad de goce y la de ejercicio. Asimismo, señala que el concepto de subjetividad jurídica subsume al de capacidad de goce y la capacidad relevante sería la capacidad de ejercicio. Igualmente, refiere que las únicas restricciones posibles son con respecto a la capacidad de ejercicio. Entender que hay limitaciones a la capacidad de goce colisiona con el principio de la igualdad, por cuanto generaría un grupo de sujetos disminuidos (con menos derechos) frente a los demás. Por último, afirma que si bien la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley, esta debe ser declarada judicialmente[29].

Por otro lado, el artículo 140 del Código Civil establece que el acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: i) Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley; ii) Objeto física y jurídicamente posible; iii) Fin lícito; y, iv) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En tal sentido, la verificación de la capacidad en la calificación registral es importante para el acceso al Registro de actos jurídicos válidos. Para ello, se deberá efectuar la revisión de la web del Reniec, el Registro Personal, etc.

El Tribunal Registral ha señalado en la Resolución N° 276-2019-SUNARP-TR-T, del 8 de mayo de 2019, que si bien la ley reconoce la capacidad de ejercicio plena de las personas con discapacidad, aquellas interdictadas con anterioridad al Decreto Legislativo N° 1384 que cuenten con curador deberán solicitar la reversión de la interdicción para efectos de recobrar su capacidad de ejercicio y, de ser el caso, designar apoyos y/o salvaguardias.

Asimismo, el Tribunal Registral ha señalado en la Resolución N° 271-2015-SUNARP-TR-A, del 21 de mayo de 2015, que conforme al precedente de observancia obligatoria aprobado en el XVII Pleno de Tribunal Registral respecto a la calificación de la representación voluntaria de personas naturales (que dispone que, a efectos de calificar los actos celebrados por el representante de personas naturales, no es exigible la inscripción del poder), será suficiente que se inserte o adjunte el traslado instrumental de la escritura pública donde conste el referido poder.

Siendo labor también del notario, en su caso, efectuar dicha verificación conforme el artículo 54 del Decreto Legislativo del Notariado, el cual establece que la introducción expresará: (...) h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.

(28) LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General.* Editorial Revista de Derecho Privado, Graficas Nova, Jaén, 1978, p. 103.

(29) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la 'falta de discernimiento' en una reforma legislativa inconsulta y apresurada)". En: http://materialesensenanza.blogspot.com/2018/11/las-nuevas-coordenadas-impuestas-en-el.html.

Tal como lo señala el Tribunal Registral en la Resolución N° 263-2019-SUNARP-TR-L, del 29 de enero de 2019, la fe notarial sobre la capacidad de los otorgantes de un instrumento público no puede ser cuestionada por el registrador, salvo que pueda ser desvirtuada por la existencia de una inscripción en sentido contrario.

Asimismo, la verificación de la capacidad también conlleva a la verificación de la representación invocada tanto en personas naturales como en personas jurídicas.

Tal como señala Karl Larenz, "Junto con los individuos en cuanto 'personas físicas', a quienes corresponde la capacidad jurídica en virtud de su ser personal, y por ello necesariamente, el ordenamiento jurídico reconoce también, por vía análoga, las llamadas 'personas jurídicas' como jurídicamente capaces, esto es, como posibles titulares de derechos y destinatario de deberes, personas son, bien asociaciones de personas que tienen existencia independiente del cambio de sus miembros, o bien organizaciones creadas para conseguir un fin determinado y provistas de un patrimonio dedicado a esa finalidad, las cuales, al igual que las primeras, están constituidas para una cierta duración y facultadas, mediante la institución de 'órganos', para intervenir en el tráfico jurídico como unidades independientes y especialmente para adquirir por sí derechos y contraer obligaciones. El reconocimiento de una asociación u organización como persona jurídica está unido a determinados requisitos"(30).

Las personas jurídicas son entes que el Derecho crea, con el objetivo de que los seres humanos se organicen para alcanzar ciertos fines(31).

Hoy en día los sujetos de derecho por diversas razones no ejercen sus derechos en forma personal, sino que lo hacen a través de otras personas, lo cual facilita la vida diaria, para ello utilizamos la figura de la representación.

El negocio de otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral de carácter recepticio por medio del cual una persona, denominada representado o *dominus*, otorga facultades para que otra persona, denominada representante, actúe en su nombre e interés. Con la aceptación (expresa o tácita) del representante, surge la relación jurídica representativa(32).

El efecto característico de la representación es, por consecuencia, crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recae los efectos que el ordenamiento jurídico le reconoce(33).

La necesidad absoluta que de la institución de la representación tienen las personas morales jurídicas, carentes de medios materiales para realizar su accionar jurídico, y las ventajas que la propia institución representa para las personas que, aun cuando sí tienen tales medios materiales de multiplicar su actividad al verse liberados de limitaciones temporales y espaciales, y la de aunar a la habilidad y conocimientos del representado, los del representante, han constituido el motor que ha hecho evolucionar a la institución de la representación para llegar al estado en que ahora conocemos(34). En tal sentido, se entiende que en las personas jurídicas al ser entes abstractos la representación es necesaria, pero sigue siendo voluntaria.

(30) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 166.
(31) DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier y otros. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 295.
(32) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Acto jurídico negocial*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 103.
(33) LEÓN BARANDIARÁN, José. *Acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, p. 84.
(34) DE PABLO SERNA, Carlos (coord.) y otros. "La representación de las sociedades mercantiles", p. 102. En: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/108/est/est5.pdf.

Entre las fuentes de la representación tenemos al poder y a la ley.

En nuestra opinión, el poder es un negocio jurídico unilateral recepticio que debe ser puesto de conocimiento del representante. Es recepticio en la medida en que de dicho acto surge para el representante una situación jurídica de poder, la cual solo podría ser eficaz mientras el titular de dicha situación jurídica conozca la existencia del acto del cual emana. Por otra parte, el sujeto destinatario de la comunicación debe ser el representante, y no los terceros, pues el nacimiento de la situación jurídica se imputa en la esfera del representante, mas no en la de los terceros, sino que más bien, como el poder ya ha surtido efectos al haber el representante tomado conocimiento de él, este podría negociar y/o contratar con los terceros, debiendo entenderse más bien que la comunicación del poder a los terceros es un acto que acredita el ejercicio del poder y que se constituye en un requisito de eficacia del negocio celebrado a través del representante, mas no constituye requisito para la eficacia del poder[35].

El Tribunal Registral señala en la Resolución N° 1796-2018-SUNARP-TR-L, del 3 de agosto de 2018, que en un órgano colegiado integrado por representantes designados por distintas organizaciones, la organización con capacidad para nombrar a dichos representantes es la encargada de acordar su revocatoria o cese, salvo que el estatuto establezca algo distinto.

Asimismo, el Tribunal Registral ha señalado en la Resolución N° 611-2009-SUNARP-TR-L, del 8 de mayo de 2009, que el nombramiento de gerente no puede limitar las facultades inderogables propias de la representación legal; en cambio, sí pueden restringirse algunas potestades estatutarias siempre que no afecten el ámbito mínimo de la representación legal.

Además, en la Resolución N° 1732-2014-SUNARP-TR-L, del 12 de setiembre de 2014, se ha señalado que para la inscripción de otorgamiento de poderes especiales a personas que ostentan un cargo en la administración de la sociedad debe consignarse el nombre de estos o la remisión al asiento en el que consta inscrito.

Finalmente, en la Resolución N° 326-2012-SUNARP-TR-L, del 2 de marzo de 2012, se ha precisado que la extinción de la persona jurídica extranjera otorgante de un poder inscrito en el Perú implica la extinción del poder otorgado.

### 5.2. Calificación registral de la validez del acto

A decir de Karl Larenz, el ordenamiento jurídico reconoce como válidos los negocios jurídicos, especialmente los contratos, solamente cuando se hayan cumplido determinados requisitos mínimos, tanto con respecto a su realización (así, la capacidad negocial de los participantes, ausencia de vicios de la voluntad) y a la declaración (emisión, acceso de la declaración y, en ciertos casos, una determinada forma) como con respecto a su contenido. Si falta uno de estos requisitos, el negocio jurídico, según el Derecho positivo, o es nulo, esto es, inválido desde un principio, o está afectado de ineficacia pendiente, o es impugnable[36].

Conforme a García García, la calificación registral se trata de una función de control de legalidad por parte del registrador, como encargado de la práctica de los asientos registrales, a través del correspondiente juicio de validez y de regularidad, respecto a los actos y negocios

(35) PRIORI POSADA, Giovanni. *Código Civil comentado*. Tomo I, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 482.
(36) LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 584.

que han de acceder al Registro de la Propiedad, para que, en virtud de la publicidad registral, los asientos registrales generadores de la misma surtan los efectos asignados por la ley[37].

En tal sentido, en la calificación registral se realiza un doble análisis de forma y de fondo, siendo que dentro del análisis de fondo se encuentra la verificación de la validez del acto. En esta misma línea, el literal c) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos señala: "El registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán: (...) c) Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que este consta y la de los demás documentos presentados".

Por lo que si en la calificación registral se advierten defectos por invalidez del acto puede ser materia de tacha sustantiva, conforme al literal a) del artículo 42 del Reglamento General de los Registros Públicos: "El registrador tachará el título presentado cuando: a) adolece de defecto insubsanable que afecta la validez del contenido del título".

En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral en la Resolución N° 2353-2019-SUNARP-TR-L, del 12 de setiembre de 2019, al señalar que: "La convocatoria a asamblea de elecciones realizada por persona no legitimada constituye un defecto insubsanable que amerita la tacha del título en tanto conlleva la invalidez de la asamblea".

Asimismo, en la Resolución N° 3028-2018-SUNARP-TR-L, del 18 de diciembre de 2018, se refiere a que la inobservancia del requisito de votación secreta en el acto eleccionario, previsto estatutariamente, conlleva la invalidez de la asamblea eleccionaria, no pudiendo esta ser ratificada o confirmada, configurándose, por tanto, un supuesto de defecto insubsanable que amerita la tacha sustantiva del título.

Al respecto, García García manifiesta que solo podrán ser estimadas como faltas de legalidad las que produzcan la invalidez del título o las omisiones que pueden conllevar la nulidad de la inscripción en el supuesto de que esta se hubiera practicado. Consecuentemente, el registrador en su actuación deberá examinar no solo la desviación del modelo legal, sino también valorar esta desviación para determinar cuándo ella pueda implicar "invalidez" del documento o cuándo, sin producir esta, implique omisiones que puedan producir la nulidad de los asientos que en base a ellos puedan ser afectados[38].

### 5.3. La calificación se realiza por lo que resulta de los documentos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos

Naturalmente, el objeto presentado no es propiamente *objeto* de la calificación registral, sino uno de los *medios* con que cuenta el registrador para realizarla. Se califica la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes, la validez de los actos dispositivos, los requisitos necesarios para la práctica de la inscripción, los obstáculos del Registro. Pero no se califica el documento, que no es "objeto", sino "medio o elemento de la calificación[39].

De lo cual se desprende que los documentos no presentados al Registro no pueden ser objeto de calificación registral, debiéndose centrar la calificación registral en los documentos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos, sin dejar de lado la normativa aplicable.

(37) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 333.
(38) GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. Ob. cit., pp. 835-836.
(39) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Ob. cit., p. 537.

Por lo que la información que proviene por ejemplo de Google Earth, Google Maps o similares solo es referencial, tal como lo dice el Tribunal Registral en la Resolución N° 724-2019-SUNARP-TR-T del 25/09/2019: "I) INMATRICULACIÓN DE PREDIOS UBICADOS EN ZONA NO CATASTRADA.- En el caso de predios ubicados en zona no catastrada, se requiere que en el título de adquisición conste de manera obligatoria el área, linderos y medidas perimétricas del predio, salvo rectificación o determinación de área, linderos y medidas perimétricas en virtud del procedimiento respectivo. En este último supuesto, el plazo para inmatricular se computará desde la fecha del instrumento público rectificatorio. II) INFORMACIÓN GRÁFICA A UTILIZAR POR LA OFICINA DE CATASTRO.- La única información gráfica que puede ser tomada en cuenta por la Oficina de Catastro para emitir sus informes es aquella referida a inscripciones existentes, bajo responsabilidad. Así, resulta proscrita toda otra información que no encuentre su fuente en un título calificado e inscrito, como es el caso de los programas informáticos Google Earth, Google Maps o similares que son instrumentos de auxilio técnico-científicos meramente referenciales".

Según García García, el registrador ha de calificar por lo que resulte de los documentos presentados, pero ello no excluye la obligación de presentar o aportar ulteriormente otros documentos necesarios para la calificación registral, precisamente como consecuencia de esta[40].

Esto es, vía reingreso puede adjuntarse documentación para subsanar observaciones.

Sin embargo, el registrador sí está facultado a solicitar a entidades como el Archivo General de la Nación u otra un pronunciamiento para verificar la autenticidad de la documentación presentada, siendo que dicha respuesta formará parte del título en caso de que se genere una inscripción registral.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral en la Resolución N° 520-2015-SUNARP-TR-L, del 12 de marzo de 2015, al señalar que: "Dentro de los alcances de la calificación del registrador, se encuentra el verificar la autenticidad del documento, para lo cual se efectuarán las acciones necesarias que conduzcan a la constatación de la competencia del funcionario que emite el instrumento, y la inexistencia de falsedad del documento".

O también para la acreditación del predio a inmatricular, tal como lo ha señalado el Tribunal Registral en el precedente de observancia obligatoria aprobado en el CLXVI PLENO (sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada los días 7 y 8 de noviembre de 2016): "Acreditación de la naturaleza rural del predio a inmatricular: A efectos de inmatricular un predio rural en mérito del artículo 2018 del Código Civil e indicar en el asiento su naturaleza de acuerdo con el artículo 19 inciso a) del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se requiere que la naturaleza del predio sea acreditada mediante documento expedido por la autoridad competente, descartando que es eriazo, toda vez que la verificación de este aspecto debe ser materia de calificación para determinar quién es el legitimado para solicitar la inscripción y que documentos deberán presentarse para tal efecto" (Criterio sustentado en la Resolución N° 487-2016-SUNARP-TR-T del 10 de noviembre de 2016. Precedente precisado por el acuerdo aprobado en el Pleno 198).

Asimismo, el registrador debe verificar la adecuación de los títulos con los asientos registrales y antecedentes registrales. Así, según García García, la calificación del registrador atendiendo a lo que resulte de los asientos del Registro se funda en razones de seguridad jurídica y en la fehaciencia y autenticidad que los mismos implican, conforme al principio

(40) Ídem.

de legitimación registral, pues mientras no sean rectificados conforme a lo dispuesto en la L.H., dichos asientos están bajo la salvaguardia de los tribunales, y el registrador ha de atenerse a los mismos[41].

Ello significa que no se debe efectuar una segunda calificación de los títulos ya inscritos, toda vez que los asientos inscritos se encuentran legitimados.

En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral en la Resolución N° 306-2015-SUNARP-TR-A, del 9 de junio de 2015, al señalar que: "De conformidad con el literal a) del artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos, en la calificación registral se debe confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquellos".

## 6. Limitaciones a la calificación registral

El T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos señala en su artículo 32 que el registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán:

a) Confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción, y, complementariamente, con los antecedentes registrales referidos a la misma, sin perjuicio de la legitimación de aquellos. En caso de existir discrepancia en los datos de identificación del titular registral y del sujeto otorgante del acto, el registrador, siempre que exista un convenio de interconexión vigente, deberá ingresar a la base de datos del Reniec, a fin de verificar que se trata de la misma persona;

b) Verificar la existencia de obstáculos que emanen de la partida en la que deberá practicarse la inscripción, así como de títulos pendientes relativos a la misma que puedan impedir temporal o definitivamente la inscripción.

c) Verificar la validez y la naturaleza inscribible del acto o contrato, así como la formalidad del título en el que este consta y la de los demás documentos presentados;

d) Comprobar que el acto o derecho inscribible, así como los documentos que conforman el título, se ajustan a las disposiciones legales sobre la materia y cumplen los requisitos establecidos en dichas normas;

e) Verificar la competencia del funcionario administrativo o notario que autorice o certifique el título;

f) Verificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción y complementariamente de sus respectivos antecedentes, así como de las partidas del Registro Personal, Registro de Testamentos y Registro de Sucesiones Intestadas, debiendo limitarse a la verificación de los actos que son objeto de inscripción en ellos;

g) Verificar la representación invocada por los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada al acto materia de inscripción, y de las partidas del Registro



(41) Ibídem, p. 543.

de Personas Jurídicas y del Registro de Mandatos y Poderes, si estuviera inscrita la representación, solo en relación a los actos que son objeto de inscripción en dichos registros;

h) Efectuar la búsqueda de los datos en los índices y partidas registrales respectivos, a fin de no exigirle al usuario información con que cuenten los registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos;

i) Rectificar de oficio o disponer la rectificación de los asientos registrales donde haya advertido la existencia de errores materiales o de concepto que pudieran generar la denegatoria de inscripción del título objeto de calificación.

El registrador no podrá denegar la inscripción por inadecuación entre el título y el contenido de partidas registrales de otros registros, salvo lo dispuesto en los literales f) y g) que anteceden.

Igualmente, se refiere que en los casos de resoluciones judiciales que contengan mandatos de inscripción o de anotaciones preventivas, el registrador y el Tribunal Registral se sujetarán a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil.

Del mismo modo, se establece que en los casos de instrumentos públicos notariales, la función de calificación no comprende la verificación del cumplimiento del notario de identificar a los comparecientes o intervinientes a través del sistema de comparación biométrica de las huellas dactilares, así como verificar las obligaciones del gerente general o del presidente previstas en la primera disposición complementaria y final del Decreto Supremo Nº 006-2013-JUS.

Igualmente, hay que tener en cuenta que mediante la Resolución N° 226-2014-SUNARP/SN, publicada el 10 de setiembre de 2014, se adicionó el artículo 32-A al T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual, luego de la modificación efectuada por la Resolución N° 196-2015-SUNARP-SN, establece lo siguiente:

**"Artículo 32-A.-** Alcances de la calificación de los laudos arbitrales

En los casos de los laudos y los procedimientos realizados por el Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el Registrador Público y el Tribunal Registral efectuarán su calificación de conformidad con las normas que regulan el Arbitraje y lo dispuesto en el artículo 32 del presente reglamento.

No será inscribible el laudo arbitral que afecte a un tercero que no suscribió el convenio arbitral.

Sin perjuicio de ello, las instancias registrales no podrán evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo. Tampoco podrá calificar la validez del convenio arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo.

El Tribunal Arbitral o Árbitro Único asume exclusiva responsabilidad por las decisiones adoptadas en el ámbito de su competencia.

Tratándose del convenio arbitral, la calificación se circunscribirá únicamente a la verificación del sometimiento de las partes a la vía arbitral. Si el Tribunal Arbitral o Árbitro Único reitera su mandato de inscripción sin haberse subsanado los defectos advertidos en la calificación del título presentado, el Registrador no inscribirá el acto o derecho contenido en el laudo arbitral, debiendo emitir la correspondiente esquela de observación".

Sin embargo, podemos señalar que existen algunas limitaciones en la calificación registral, como en los siguientes casos:

**a) Calificación de mandatos judiciales**

En el caso de mandatos judiciales, la calificación se encuentra restringida conforme al artículo 2011 del Código Civil, habiendo señalado el Tribunal Registral como precedente de observancia obligatoria en el V Pleno Sesión ordinaria, realizada los días 5 y 6 de setiembre de 2003 (publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 20 de octubre de 2003), lo siguiente:

> 3.- CALIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES "El registrador no debe calificar el fundamento o adecuación a la ley del contenido de la resolución judicial. Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, el registrador está autorizado para solicitar aclaración o información adicional al juez, cuando advierte el carácter no inscribible del acto que se solicita inscribir o la inadecuación o incompatibilidad del título con el antecedente registral. Si en respuesta a ello el juez reitera el mandato de anotación o inscripción mediante una resolución, incorpora al fondo del proceso dicha circunstancia, y en consecuencia, al emitir pronunciamiento sustantivo, el mismo no puede ser objeto de calificación por parte del registrador, siendo en estos casos, responsabilidad del magistrado el acceso al registro del título que contiene el mandato judicial, de lo que deberá dejarse constancia en el asiento registral". Criterio adoptado en las Resoluciones Nº 452-1998-ORLC/TR del 4 de diciembre de 1998, Nº 236-1999-ORLC/TR del 21 de setiembre de 1999, Nº 279-2000-ORLC/TR del 11 de setiembre de 2000, Nº 406-2000-ORLC/TR del 21 de noviembre de 2000, Nº 435- 2000-ORLC/TR del 13 de diciembre de 2000, Nº 448-2001-ORLC/TR del 17 de octubre de 2001, Nº 160-2001-ORLC/TR del 9 de abril de 2001, 070-2002-ORLC/TR del 4 de febrero de 2002, Nº 030-2003-SUNARP-TR-L del 23 de enero de 2003 y Nº 216-2003- SUNARP/TR del 4 de abril de 2003.

Según Manzano, pueden ser materia de calificación registral en el mandato judicial:

- La competencia del juzgado o tribunal.
- Congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado.
- Formalidades extrínsecas del documento.
- Obstáculos que surjan del Registro[42].

Gálvez Troncos, al comentar el artículo 2011 del Código Civil, señala: "Nótese en el citado texto la limitación al principio de legalidad que se da cuando existe una resolución judicial que ordena una inscripción. Por consiguiente, una interpretación a *contrario sensu* de dicha norma nos indica que si se trata de una resolución judicial que no contiene un mandato judicial, el registrador deberá calificar conforme al primer párrafo del artículo 2011"[43].

Ahora bien, la interpretación del segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil revela la prohibición que tiene el registrador para observar o tachar un título como consecuencia del examen de documentos judiciales con mandato de inscripción. Lo que busca esta excepción es garantizar el derecho de los justiciables –que, luego de un generalmente arduo

(42) MANZANO SOLANO, Antonio. Ob. cit., pp. 583-586.
(43) GÁLVEZ TRONCOS, Samuel. "Calificación de resoluciones judiciales". En: http://blog.pucp.edu.pe/blog/registralynotarial/2009/08/05/calificacion-de-resoluciones-judiciales/.

proceso judicial, logran obtener una sentencia favorable que implica una inscripción registral–, además de reforzar la autonomía del Poder Judicial.

A diferencia de la calificación de los documentos no judiciales, en la calificación de mandatos judiciales, el Tribunal Registral ha señalado reiteradamente que el registrador no puede evaluar el fundamento ni la adecuación del contenido de la resolución judicial, limitándose la calificación a la formalidad del instrumento, a la naturaleza de inscribible del acto y su adecuación con la partida registral[44].

En caso de que se reitere el mandato judicial deberá efectuarse la inscripción registral. Sobre el particular, Gálvez Troncos indica que "Debe señalarse que la reiteración del mandato judicial puede o no ser bajo apercibimiento: lo importante es la reiteración. Llegado a este punto, es necesario señalar que pueden darse casos límites en la calificación de los mandatos judiciales: así, la orden reiterada de inscribir un acto que a todas luces resulta no inscribible perjudica la labor que realizan los operadores registrales"[45].

**b) Calificación de actos administrativos**

En el caso de los actos administrativos tenemos al Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por el Tribunal Registral en el XCIII Pleno (sesión extraordinaria presencial realizada los días 2 y 3 de agosto de 2012, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 16 de agosto de 2012), el cual señala:

> 2. CALIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS "En la calificación de actos administrativos, el registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. No podrá evaluar los fundamentos de hecho o de derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado". Criterio adoptado en las Resoluciones Nº 014-2007-SUNARP-TR-T del 18.01.2007, 019-2008-SUNARP-TR-T del 31.01.2008, 155-2006-SUNARP-TR-T del 29.09.2006, 048-2005- SUNARP-TR-T del 22.03.2005 y 094-2005-SUNARP-TR-T del 03.06.2005.

Asimismo, tenemos el precedente aprobado por el Tribunal Registral en el CXLIV Pleno (sesión extraordinaria modalidad no presencial realizada el día 17 de febrero de 2016), el cual señala: "En el procedimiento de inscripción de un acto administrativo, no cabe admitir el apersonamiento de tercero o de la propia autoridad administrativa adjuntando resolución que declara la nulidad de dicho acto administrativo. En dicho supuesto, la solicitud de inscripción de la resolución que declara la nulidad deberá ser presentada, o de oficio encauzada, por el Diario para que se le asigne el asiento de presentación que le corresponda según su fecha y hora de presentación".

Esta limitación en la calificación registral en el caso de habilitaciones urbanas se encuentra recogida en el artículo 3.5 del Reglamento de Licencias de Habilitación Urbana y Licencias de Edificación aprobado por Decreto Supremo N° 029-2019-VIVIENDA, publicado el 6 de noviembre de 2019, que señala: "La Licencia de Habilitación Urbana y/o de Edificación, su prórroga y revalidación son inscribibles en la partida registral del predio. El asiento registral se cancela por el vencimiento de las citadas licencias o por la inscripción de la recepción de obras o de la declaratoria de edificación, según corresponda. En la calificación registral

(44) Ídem.
(45) Ídem.

para la inscripción de las licencias, resoluciones o cualquier acto administrativo que emitan las municipalidades, el registrador, bajo responsabilidad, solo verifica la competencia del funcionario que la emitió, la formalidad, el carácter inscribible y la adecuación con los antecedentes registrales; no puede evaluar los fundamentos de hecho o de derecho, ni el desarrollo del procedimiento administrativo en el cual se emitió".

**c) Calificación registral de asuntos no contenciosos de competencia notarial**

En el caso de los asuntos no contenciosos de competencia notarial tenemos a la Directiva N° 013-2003-SUNARP/SN, que uniformiza los criterios de calificación registral de los asuntos no contenciosos de competencia notarial de declaración de prescripción adquisitiva de dominio, de formación de títulos supletorios, o de saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas, la cual fue aprobada por Resolución del superintendente nacional de los Registros Públicos N° 490-2003-SUNARP-SN.

La citada directiva señala en su numeral 5.2 que el registrador calificará los títulos referidos a declaración de prescripción adquisitiva de dominio, formación de títulos supletorios o saneamiento de área, linderos y medidas perimétricas, tramitados como asuntos no contenciosos de competencia notarial, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 32 del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos. Asimismo, refiere que no será materia de calificación la validez de los actos procedimentales que, en virtud de lo previsto en la Ley N° 27333 y normas complementarias, son de competencia del notario, ni el fondo o motivación de la declaración notarial.

Además, contamos con el precedente de observancia obligatoria aprobado por el Tribunal Registral en el LXXXIV Pleno en la sesión extraordinaria y presencial realizada los días 9 y 10 de febrero de 2012 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de febrero de 2012): 1.- PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA NOTARIAL DE BIENES DE DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO. "No corresponde a las instancias registrales, por ser de exclusiva responsabilidad del notario, evaluar la aplicación o inaplicación de la Ley N° 29618 hecha por el citado profesional dentro de un procedimiento no contencioso de prescripción adquisitiva de propiedad". Criterio sustentando en la Resolución N° 003-2012-SUNARP-TR-T del 6 de enero de 2012.

Asimismo, tenemos el precedente de observancia obligatoria aprobado por el Tribunal Registral en el CCXIV Pleno (sesión ordinaria modalidad presencial realizada los días 19 y 20 de agosto de 2019, publicado en el diario *El Peruano* el 19 de setiembre de 2019): CALIFICACIÓN REGISTRAL DE ASUNTOS NO CONTENCIOSOS DE COMPETENCIA NOTARIAL.- No corresponde a las instancias registrales calificar la validez de los actos procedimentales ni el fondo o motivación de la declaración notarial, en los títulos referidos a los asuntos no contenciosos de competencia notarial. Criterio sustentado en la Resolución N° 2055-2017-SUNARP-TR-L del 13 de setiembre de 2017.

## 7. Predictibilidad en la calificación registral

Según Morón Urbina, el principio de predictibilidad de la actuación administrativa se refiere a que las actuaciones, actos, y procedimientos de la Administración sean cada vez más previsibles para el ciudadano, de forma tal, que genere confianza legítima y le retire el riesgo de la incertidumbre sobre el cómo actuará o resolverá su situación sometida a la Administración[46].



(46) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 85.

Igualmente, conforme al numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por el principio de predictibilidad la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

Ahora bien, es una realidad existente la diferencia de criterios entre los registradores y los vocales del Tribunal Registral, pues sobre un mismo tema se pueden emitir distintas opiniones. Las causas de ello pueden ser diversas. A veces, las normas legales tienen vacíos, multivariada cantidad de normas generan confusión en cuanto a su aplicación, máxime si la nueva norma no efectúa una modificación o derogación expresa sino que recurre que a la redacción genérica que "se deja sin efecto las normas que contravengan a la presente norma". La realidad es muy cambiante y exige una modificación normativa constante, pero ello no debería afectar la aplicación e interpretación normativa y el mensaje hacia los usuarios del servicio registral debería ser predecible.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que "forma parte de las políticas de modernización del Estado peruano lograr servicios ágiles, transparentes y eficientes. Esto se materializa cuando los funcionarios y servidores públicos brindan un servicio imparcial, oportuno, confiable, de bajo costo y predecible"[47].

Al respecto considero que la Sunarp sigue efectuando esfuerzos para conseguir la predictibilidad en la calificación registral, esto es con la información que se brinda a nivel de su página web acerca de los requisitos, costos y requisitos de cada trámite. Asimismo, en todas las oficinas registrales a nivel nacional se brinda el servicio gratuito de orientación a los usuarios sea por los abogados orientadores o la atención por los mismos registradores y el Tribunal Registral; además, se realizan diversos eventos de difusión, como Sunarp te capacita, Sunarp en tu pueblo, Sunarp te escucha, jornadas preparatorias, el Congreso Nacional de Derecho Registral, además de los registros en diferentes lugares del país, etc. Del mismo modo, se ha buscado la unificación de criterios mediante los Diálogos con el Tribunal Registral, Talleres de Unificación de Criterios, etc.

Igualmente, en esta aspiración de la Sunarp de la unificación de criterios, además de los precedentes de observancia obligatoria aprobados por el Tribunal Registral, ha instaurado los plenos nacionales de registradores públicos, para lograr la predictibilidad registral mediante la aprobación de acuerdos de observancia obligatoria y vinculantes orientados a la uniformidad en la actuación registral. En esa línea, se realizó el Primer Pleno Nacional de Registradores Públicos en Lima, con fecha 27 de octubre de 2012, siendo su marco normativo especial la Resolución N° 130-2012-SUNARP/SN, que oficializa los eventos de predictibilidad registral, y la Resolución N° 258-2012-SUNARP/SN, que modifica las fechas de realización del Pleno Nacional de Registradores Públicos.

Asimismo, el tema de la predictibilidad registral ha sido contemplado en el T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos cuando señala:

(47) CAMPOS FERNÁNDEZ, Sonia y CAMPOS SALAZAR, Yessenia del Carmen. "El Tribunal Registral de la Sunarp y la predictibilidad en el registro: un enfoque desde la política nacional de simplificación administrativa". En: *Fuero Registral*. N° 8, Sunarp, Lima, 2011, p. 53.

**Artículo 33.- Reglas para la calificación registral**

El registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, se sujetan, bajo responsabilidad, a las siguientes reglas y límites:

En la primera instancia:

a.1) Cuando el registrador conozca un título que previamente haya sido liquidado u observado por otro registrador, salvo lo dispuesto en el literal c), no podrá formular nuevas observaciones a los documentos ya calificados. No obstante, podrá dejar sin efecto las formuladas con anterioridad.

a.2) Cuando en una nueva presentación el registrador conozca el mismo título o uno con las mismas características de otro anterior calificado por él mismo, aunque los intervinientes en el acto y las partidas registrales a las que se refiere sean distintos, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal c), procederá de la siguiente manera:

Si el título que calificó con anterioridad se encuentra observado o hubiera sido tachado por caducidad del asiento de presentación sin que se hubieren subsanado los defectos advertidos, no podrá realizar nuevas observaciones a las ya planteadas. Sin embargo, podrá desestimar las observaciones formuladas al título anterior.

Si el título que calificó con anterioridad fue inscrito, se encuentra liquidado o fue tachado por caducidad del asiento de presentación al no haberse pagado la totalidad de los derechos registrales, no podrá formular observaciones al nuevo título, debiendo proceder a su liquidación o inscripción, según el caso.

Tratándose de títulos anteriores tachados por caducidad del asiento de presentación, solo se aplicará lo dispuesto en este literal cuando el título es nuevamente presentado dentro del plazo de seis meses posteriores a la notificación de la tacha y siempre que el presentante no hubiera retirado los documentos que forman parte del título.

El funcionario responsable del Diario dispondrá lo conveniente a fin de garantizar la intangibilidad de los documentos que forman parte del título tachado durante el plazo a que se refiere el artículo anterior.

a.3) Cuando el registrador conozca el mismo título cuya inscripción fue dispuesta por el Tribunal Registral, o uno con las mismas características, aunque los intervinientes en el acto y las partidas registrales a las que se refiere sean distintos, deberá sujetarse al criterio establecido por dicha instancia en la anterior ocasión.

En la segunda instancia

b.1) Salvo lo dispuesto en el literal c), el Tribunal Registral no podrá formular observaciones distintas a las advertidas por el Registrador en primera instancia.

b.2) Cuando una Sala del Tribunal Registral conozca en vía de apelación un título con las mismas características de otro anterior resuelto por la misma Sala u otra Sala del Tribunal Registral, aquella deberá sujetarse al criterio ya establecido, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo. Sin embargo, podrá dejar sin efecto observaciones anteriormente confirmadas.

Cuando la Sala considere que debe apartarse del criterio ya establecido, solicitará al superintendente adjunto que convoque a un pleno extraordinario para que se discuta la

aprobación del criterio establecido anteriormente o se adopte el nuevo criterio. En este último caso, la Resolución que adopte el nuevo criterio tendrá el carácter de precedente de observancia obligatoria.

Las limitaciones a la calificación registral establecidas en los literales anteriores no se aplican en los siguientes supuestos:

c.1) Cuando se trate de las causales de tacha sustantiva previstas en el artículo 42 de este reglamento; en tal caso, el registrador o el Tribunal Registral, según corresponda, procederán a tachar de plano el título o disponer la tacha, respectivamente.

c.2) Cuando no se haya cumplido con algún requisito expresa y taxativamente exigido por normas legales aplicables al acto o derecho cuya inscripción se solicita.

c.3) Cuando hayan surgido obstáculos que emanen de la partida y que no existían al calificarse el título primigenio.

De la norma citada se desprende que como regla general se debe respetar la calificación anterior, a efectos de que si se observó o liquidó, pero se tachó por vencimiento del plazo y estuvo en custodia (el presentante no recogió el título), el usuario pueda solicitar que se califique nuevamente su título y exigir que se respete la anterior calificación, es decir que no se le agreguen nuevas observaciones o se ordene un mayor pago ante la misma documentación presentada, pues ello afectaría la predictibilidad registral. Sin embargo, ello no es aplicable cuando se produce violación de normas expresas, se presenten las causales de una tacha sustantiva o existan nuevos obstáculos que emanen de la partida registral, en cuyo caso el registrador y el Tribunal Registral pueden añadir nuevas observaciones, efectuar una nueva liquidación o la respectiva tacha en su caso, en aplicación del principio de legalidad.

Asimismo, se reconoce la facultad del registrador de dejar sin efecto observaciones anteriores efectuadas por otro registrador si es que de la calificación registral advierte que no eran necesarias, pero en el caso de que el mismo vea el título dos veces puede también dejar sin efecto sus observaciones anteriores.

En sede del Tribunal Registral se prevé que si una sala se aparta de un criterio de otra sala, esto puede dar lugar a un pleno extraordinario para que se obtenga un precedente de observancia obligatoria. Consideramos importante dicha norma, toda vez que con ello se pueden evitar resoluciones contradictorias que dificulten la predictibilidad registral.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X: Registros Públicos, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; CAMPOS FERNÁNDEZ, Sonia y CAMPOS SALAZAR, Yessenia Del Carmen. "El Tribunal Registral de la Sunarp y la predictibilidad en el registro: un enfoque desde la política nacional de simplificación administrativa". En: Fuero Registral. N° 8, Sunarp, Lima, 2011; DELGADO SCHEELJE, Álvaro. "Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios". En: Ius et Veritas, 9(18), 254-262. Recuperado a partir de: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15837; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, Javier y otros. En: Código Civil Comentado. Tomo I, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; DE PABLO SERNA CARLOS (coordinador) y otros. "La representación de las sociedades mercantiles". En: http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dernotmx/cont/108/est/est5.pdf; ESCOBAR LINO, Maritha Elena. "Los alcances de la calificación registral de documentos notariales y la falsificación de documentos". En: http://www.parthenon.pe/privado/los-alcances-de-la-calificacion-registral-de-documentos-notariales-y-la-falsificacion-de-documentos/; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Acto jurídico negocial". 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2010; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la 'falta de

discernimiento' en una reforma legislativa inconsulta y apresurada)". En: http://materialesensenanza.blogspot.com/2018/11/las-nuevas-coordenadas-impuestas-en-el.html; GÁLVEZ TRONCOS, Samuel. "Calificación de resoluciones judiciales". En: http://blog.pucp.edu.pe/blog/registralynotarial/2009/08/05/calificacion-de-resoluciones-judiciales/; GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I, Palestra, Lima, 2006; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo III, 2ª edición, Centro de Estudios Registrales. Civitas, Madrid, 2005; GARCÍA GARCÍA, Luis. "Principio de rogación y legalidad". En: Código Civil comentado. Tomo X, 2ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2007; GONZALES BARRÓN, Gunther. Sistema registral y contratación inmobiliaria en la Ley N° 30313. Ediciones Legales, Lima; GONZALES BARRÓN, Gunther. Derecho Registral y Notarial. Tomo I. Jurista Editores, Lima, 2012; LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. Tomo I, Civitas, Madrid, 1996; LARENZ, Karl. Derecho Civil - Parte General. Editorial Revista de Derecho Privado, Graficas Nova, Jaén, 1978; LEÓN BARANDIARÁN, José. Acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario. Volumen II. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. Publicidad registral. Sunarp, Lima, 2015; MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. 5ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006; NASER, Alejandra y CONCHA, Gastón. "El gobierno electrónico en la gestión pública". En: Serie Gestión Pública. N° 73. Naciones Unidas - Cepal, Santiago de Chile, 2011; PRIORI POSADA, Giovanni. En: Código Civil Comentado. Tomo I, 2ª edición, 1ª reimpresión, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; POVEDA DÍAZ, José. "Presentación". En: GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. Tomo I, Civitas, Madrid, 1996; ROMANÍ CALDERÓN, J. "Carácter de la función calificadora: ¿es judicial o administrativa?". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 26, 1927.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL REGISTRAL

#### Alcance de la calificación de resoluciones judiciales

*El registrador no debe calificar el fundamento o adecuación de la ley del contenido de la resolución judicial. Conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil, el registrador está autorizado para solicitar aclaración o información adicional al juez, cuando advierte el carácter no inscribible del acto que se solicita inscribir o la inadecuación o incompatibilidad del título con el antecedente registral* ***(Resolución N° 216-2016-SUNARP/PT. CLXVI Pleno).***

## Principio de publicidad

**Artículo 2012.-** *Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.*

Concordancias:
*R.G.R.P. arts. 1, 12*

JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO

## 1. El principio de publicidad

Las principales funciones de los Registros Públicos son la inscripción y la publicidad. La inscripción es el acto por el cual se pone fin al procedimiento registral. Una vez inscrito un derecho, el efecto inmediato que produce este es que adquiere oponibilidad ante terceros, logrando con ello otorgar seguridad jurídica tanto al titular del derecho inscrito como a los terceros que contratan con él.

Por su parte, la publicidad, en nuestra legislación, es considerada como un principio más del sistema registral. Así, según Manzano Solano, "[l]a publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica, mediante la protección y [la] potenciación de los derechos ya creados, una vez sometidos al proceso de publicidad jurídica de signo registral institucional. Las presunciones de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos que –con mayor o menor vigor– establecen todos los sistemas registrales inmobiliarios, más allá de la prueba de la existencia del negocio y de su plena eficacia entre partes, así como los efectos sustantivos derivados de la inscripción, que colocan a los derechos publicados en planos superiores de legitimación, como consecuencias naturales de la idea misma de publicidad jurídica, constituyen el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario"(1).

Se ha dicho que la publicidad registral es "una hetero-publicación es decir la publicación llevada a cabo por un sujeto 'extraño' a la realización del evento publicado. Más exactamente consiste en una publicación de acontecimientos que interesan a situaciones del Derecho Privado, realizada por la Administración. Las razones que han inducido al Estado a reservar para sí la organización de la publicidad derivan de los fines de seguridad jurídica y de garantía de los intereses de la generalidad, que a través de aquella se persiguen, y que no podían dejarse a la voluntad privada"(2).

En cuanto a los elementos de la publicidad, Roca Sastre afirma que "los elementos primarios de la publicidad son la finca y los derechos que sobre ella recaigan"(3). En ese sentido, Díez-Picazo indica que: "[l]a publicidad registral se articula en torno a fincas, por la denominada finca registral; puede clasificarse por ello nuestro sistema entre los de folio real, en los que cada finca es la unidad básica del sistema. Cada finca accede al Registro a través de la primera inscripción o inmatriculación, no como entidad independiente, sino necesariamente unida a una titularidad dominical, y está en el Registro diferenciada de las demás –con un

(1) MANZANO SOLANO, Antonio. "Investigación acerca de la publicidad registral y su estructura jurídica". Recuperado el 21 de marzo de 2020 de: <https://nanopdf.com/download/braco158-1591pdf_pdf>.
(2) RODRÍGUEZ OTERO, Lino. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2012, p. 120.
(3) ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo III, 9ª edición, Bosch, Madrid, 2008, p. 157.

número diferente y correlativo–. En torno a cada finca se agrupan las sucesivas inscripciones relativas a la misma, con numeración especial y correlativa"[4].

En esa línea, se sostiene que "el objeto de la publicidad son los derechos reales sobre los bienes inmuebles y no son los títulos de los que derivan, ya que, como dice Lacruz, la garantía del Registro se refiere a los derechos y no a los actos; cierto el derecho de su transmitente, pero no le asegura que el acto o título originario, por el que su transmitente adquirió, exista y sea válido. Esto no quiere decir que el que consulta el Registro no se entere del título que originó el derecho inscrito (no solo se entera de que A es propietario, sino también de que adquirió su propiedad por venta o por donación), pero es una publicidad de la que hemos llamado del tipo informativo, no publicidad en sentido estricto"[5].

Al respecto, cabe mencionar que existe discusión en la doctrina registral sobre considerar si los efectos de la publicidad registral se extienden o no a los datos de hechos del Registro de la Propiedad Inmueble, esto es, sobre los datos de identificación de los predios tales como su área, sus linderos y sus medidas perimétricas[6].

La postura mayoritaria es que la publicidad registral solo genera efectos sobre los derechos que se inscriben en el Registro, mas no sobre los datos del predio, esto debido a la falta de documentos técnicos (planos topográficos, planos perimetrales, planos georreferenciados y memorias descriptivas) de los títulos por los cuales se han inmatriculado los predios, lo que genera una falta de concordancia entre la realidad registral y la realidad física que impide que el Registro de Propiedad Inmueble pueda dar certeza sobre los datos del predio inscrito.

Por otro lado, según Roca Sastre, citado por Monzerrat, la exposición de motivos de la Ley N° 1944 alude en tono retrospectivo al principio de publicidad registral "sin dar la más leve explicación. Y hoy en día cuando se habla del principio de publicidad se hace referencia a la publicidad formal (el Registro Público y puede consultarlo cualquier interesado)"[7]. Así, sostiene Monzerrat que se puede mantener, siguiendo a Lacruz Berdejo, "que la denominación genérica de un principio de publicidad, dentro del que se distingue la publicidad formal y la material"[8].

Por lo expuesto, podemos decir que existen dos clases de publicidad: la publicidad material y la publicidad formal. Por la primera, el contenido de las partidas registrales produce efectos con respecto a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo, lo que se denomina en doctrina cognoscibilidad general o legal. En cambio, la publicidad formal la otorga el mismo Registro a través de sus funcionarios, previa solicitud del interesado, teniendo este acceso a las partidas registrales y, en general, a toda la información del archivo registral, es decir, cognoscibilidad efectiva.

Según Manzano Solano, "la cognoscibilidad legal implica no solo la posibilidad de conocer, sino también la presunción de conocimiento por todos del contenido registral (...). La cognoscibilidad legal sustituye al conocimiento efectivo y las consecuencias jurídicas se producen independientemente de que se dé, o no se dé, ese conocimiento de hecho. Con lo

(4) DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión*. 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995, p. 338.
(5) MONSERRAT, Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*. Civitas, Madrid, 2000, pp. 49-50.
(6) Véase, MORALES MORENO, Antonio Manuel. *Publicidad registral y datos de hecho*. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, p. 62 y ss.
(7) Ibídem, pp. 30-31
(8) Ibídem, p. 31.

cual se garantiza y asegura el tráfico, en interés general, con preferencia al derecho subjetivo o interés particular"[9].

Por su parte, Roca Sastre señala que la publicidad formal, también denominada publicidad informativa, es: "La publicidad registral inmobiliaria o constatación en los libros de Registro de la propiedad de situaciones jurídicas inmobiliarias registrables despliega su función o energía en varias direcciones, una de las cuales es la de ser instrumento de información del contenido del Registro (...). Esta publicidad formal tiene lugar por la organización que hace la Ley de un servicio de información de contenido de los asientos del Registro, puesto a disposición de cualquier interesado en consultarlo. Indudablemente no tiene la contextura o naturaleza jurídica de la cognoscibilidad (...), por cuanto esta publicidad informativa tiene carácter formal y no propiamente productora de efectos jurídicos, ya que la ley prescinde del hecho de si la consulta de los libros registrales se ha efectuado o no, ya que, a los efectos registrales sustantivos, este es un hecho sin relevancia jurídica (...). La publicidad formal está al servicio de las funciones sustantivas derivadas de la legitimación registral, [la] fe pública registral y de afección de lo inscrito y, a la vez, justifica la publicidad registral como cognoscibilidad legal. En este último aspecto, el hecho de que esta equivalga al conocimiento efectivo de los asientos registrales exige lógicamente que la Ley dé la posibilidad de acceso al Registro a los que tengan interés legítimo en consultarlo (...). La publicidad formal se hace efectiva por medio de la exhibición o manifestación de los asientos de los libros correspondientes o mediante certificaciones de los mismos"[10].

Para Manzano Solano, dentro de la definición de publicidad registral, se "incluye, además, la posibilidad, para todo interesado, de lograr el efectivo conocimiento o de hecho del contenido registral, mediante el acceso a los libros registrales de cuantos tienen un interés legítimo en consultarlos. Sería sencillamente antijurídico imponer un contenido registral y, al mismo tiempo, vedar su conocimiento. Este derecho se hace efectivo mediante la llamada publicidad formal: manifestación o exhibición o examen directo de los libros, o mediante la emisión de certificaciones o notas informativas, en la actualidad por los medios tradicionales o mediante la utilización de los medios informáticos modernos, como el correo electrónico y la firma electrónica"[11].

## 2. La publicidad registral en el Código Civil

Si bien hemos mencionado que en nuestra legislación la publicidad registral es considerada como un principio más de nuestro sistema registral; sin embargo, estimamos que la publicidad no es propiamente un principio, por cuanto no es una característica o rasgo fundamental que forma a un determinado sistema registral, sino que es mucho más que eso, pues se trata de un elemento común a todo sistema registral que constituye el objeto mismo de la función registral, la razón de ser de todo registro y sobre la cual se apoyan todos y cada uno de los principios registrales[12].

En ese sentido, Delgado Pérez nos dice que: "La publicidad registral es la piedra angular de todo sistema registral, sobre la cual reposan cada uno de los principios registrales. De ahí que no sea solo un principio, sino la base o condición de los demás principios registrales,

(9) MANZANO SOLANO, Antonio. Ob. cit., p. 65.
(10) ROCA SASTRE, Ramón y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Ob. cit., pp. 117-118.
(11) MANZANO SOLANO, Antonio. Ob. cit., p. 65.
(12) DELGADO SHEELJE, Alvaro. "La publicidad registral, eficacia material y principios registrales". En: *Cathedra*. N° 3, Año II, Lima, setiembre 1998, p. 45.

los cuales no podrían existir si no hubiera publicidad registral. Así, por ejemplo, no tendría razón de ser el principio de fe pública registral si no hubiera inscripciones en base a las cuales se podría tomar decisiones. De igual manera, no tendría razón de ser la publicidad registral si no llegara a producir efectos jurídicos, que son justamente los principios registrales de legitimación, fe pública registral y oponibilidad. Es por ello, que se produce una retroalimentación constante entre estos principios registrales, de tal forma que el estudio de uno de ellos siempre está relacionado al estudio de los demás"[13].

Es por esa razón que el artículo en comentario se encuentra ubicado en las disposiciones generales del libro IX correspondiente al Libro de Registros Públicos, puesto que esta norma es aplicable a todo el sistema registral peruano.

Ahora, en cuanto a la norma bajo comentario, esta contiene una presunción *jure et de jure*, debido a que no admite prueba en contrario. En doctrina se dice que estas presunciones son una verdad oficial, pues al no admitir prueba en contrario su premisa sobre la que establece la presunción debe tenerse por cierta. Así, Luna Serrano afirma que estas presunciones "no admiten prueba en contrario, de modo que el hecho desconocido o presunto que las mismas afirman debe necesariamente tenerse por cierto, sin que pueda discutirse la pertinencia de la ilación que la propia norma establece entre el mismo y el hecho que se presume. En este caso, como claramente se aprecia, la presunción sustituye por completo a la prueba, sale enteramente del campo procesal y se inserta de lleno en el ámbito sustantivo configurando el supuesto de hecho al que la norma que la contiene se refiere. En realidad, las presunciones *iuris et de iure* o invencibles, en las que la lógica cede en razón de exigencias de justicia metapositiva, no son sino normas que deben aceptarse imperativamente"[14].

En esa línea, De la Puente Lavalle nos señala que "las presunciones legales *iure et de jure* no se admiten en el Derecho moderno, por considerarse que no son sino disposiciones legales, o sea auténticas normas jurídicas, enmascaradas bajo la forma de presunciones. Son en realidad ficciones legales"[15].

La doctrina española señala que el principio de publicidad "inviste una certeza de las declaraciones registrales, que por su virtud se presumen exactas, aun en el supuesto de que no lo sean. En estos casos la publicidad registral crea una apariencia formal, que es mantenida en la doble vertiente de la legitimación y la fe pública, efectos que no se dan en los Registros administrativos"[16].

En ese sentido, por lo dispuesto en el acotado artículo, nadie podrá alegar que no conoce o ignora la existencia de los derechos inscritos en el registro porque la ley no admite que se alegue tal situación.

Por lo expuesto, en aplicación de la norma bajo comentario, será irrelevante que en un contrato de compraventa de un bien gravado se señale que bien está libre de toda carga y gravamen, puesto que tal cláusula contractual no tendría efecto alguno, ya que nadie puede

(13) DELGADO PÉREZ, César Enrique. "El principio de publicidad registral en la jurisprudencia". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 117, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 324.

(14) LUNA SERRANO, Agustín. *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho*. Dykinson, Madrid, 2015, p. 262.

(15) DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. "Cláusulas generales de contratación". En: *Contrato y mercado*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 61.

(16) Ibídem, p. 126.

desconocer el contenido de la publicidad registral. Asimismo, nadie podrá alegar la independización de un inmueble, el otorgamiento o revocatoria de poder.

A continuación, presentamos algunos casos en los que la Corte Suprema ha aplicado la publicidad registral:

> "Tratándose de un proceso de determinación de mejor derecho de propiedad, deben tenerse en cuenta los principios de publicidad y fe pública registral contemplados en los artículos 2012 y 2014 del Código Civil, entendiéndose que el primero de los citados garantiza la notoriedad; lo cual ha ocurrido en el presente caso, dado que la demandada al momento de celebrar la compraventa con el padre de la demandante de la información registral (del predio matriz), se desprendía que el vendedor se encontraba legitimado para realizar la transferencia no habiéndose acreditado en autos que conociera inexactitud registral alguna y, respecto a la accionante, considera que genera suspicacia el hecho de que, con fecha posterior a la inscripción de la medida cautelar, se haya extendido la escritura pública de aclaración en la que fundamenta el derecho de propiedad que alega señalando que su adquisición corresponde al sublote A" (Cas. Nº 713-2015-Arequipa, considerando 6).

> "La parte demandada no puede alegar el desconocimiento del acto de independización que aparecía anotado en los Registros Públicos desde el 2000, justamente en aplicación del principio de publicidad al que se ha hecho alusión, ya que al momento cuando se produjo la adjudicación del bien a su favor, esta conocía de la existencia de la mencionada independización que se había efectuado" (Cas. Nº 2892-2015-Junín, considerando 16).

De igual modo, en mérito a la publicidad registral, es factible determinar el inicio de la prescripción para demandar la nulidad, ineficacia o anulabilidad de los actos inscritos, esto debido a la presunción de conocimiento general.

En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema. Así señaló que, "de conformidad con lo que dispone el artículo 1993 del Código Civil, se debe computar el plazo prescriptorio desde la fecha de inscripción del derecho de propiedad en el Registro de la Propiedad Inmueble, en aplicación del principio de publicidad registral prevista en el artículo 2012 del Código acotado, pues se presume que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones" (Cas. N° 13316-2014-Cusco, considerando 6).

Debemos mencionar que este artículo no es absoluto, pues tiene otras excepciones. Sobre el particular, en la Exposición de Motivos oficial del Código Civil se menciona que: "No establecer la mencionada excepción habría obligado a los futuros retrayentes verificar a cada momento si se inscriben o no actos que le permitan ejercer el retracto. Hay además otras excepciones consagradas en los artículos 2034 y 2038 del Código Civil, según la cuales no son oponibles a quien se acoge a la publicidad registral de un determinado las inscripciones realizadas en un lugar distinto"[17].

Con relación a la excepción de los efectos de este principio respecto al retracto, podemos señalar que la Corte Suprema ha establecido que: "La protección que tiene el retrayente para que no se le aplique la presunción del artículo 2012 durante un año, se explica únicamente en el supuesto [de] que durante ese año no se haya tomado de conocimiento por otros medios

(17) Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Registros Públicos. Separata especial de *El Peruano*, publicada el 19 de noviembre de 1990.

de la compraventa, siendo esta la *ratio legis* de la norma, pues se asume que si el retrayente no ha podido conocer por ninguno de esos medios la transferencia, entonces la ley le concede el plazo de un año antes que opere la presunción del artículo 2012 del Código Civil; en consecuencia, si durante el plazo del año de inaplicación del artículo 2012 del acotado Código, el retrayente toma conocimiento de la transferencia por un medio distinto a la comunicación entonces el plazo de treinta días se aplica y se cuenta a partir de dicha circunstancia, toda vez que, resultaría irrazonable que el retrayente en ese caso, se favorezca con el plazo de un año; no obstante, que de manera efectiva haya tomado conocimiento de la compraventa" (Cas. N° 2280-2015-Lima, considerando. 9).

## 3. La publicidad registral en el Reglamento General de los Registros Públicos y en el Reglamento de Publicidad Registral

En la exposición de motivos de este artículo se señala que: "En otros términos, al de la publicidad a la que se refiere este artículo, que alude a la presunción que no admite prueba en contrario, podemos encontrar, no en este artículo, pero sí en otros y en la naturaleza de los registros, la otra publicidad, esto es, la posibilidad del público de conocer lo registrado"[18].

Las normas a las que se refiere la mencionada exposición de motivos son actualmente los reglamentos registrales expedidos por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp).

Así, en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N°126-2012-SUNARP-SN, podemos advertir que en los artículos I y II del Título Preliminar define a la publicidad material y a la publicidad formal, respectivamente.

En tal sentido, se considera que se establece en el artículo I del Título Preliminar que:

"El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie.

El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo".

Mientras que en el artículo II se señala que: "El Registro es público. La publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda al conocimiento efectivo del contenido de las partidas registrales y, en general, obtenga información del archivo Registral".

Como podemos observar, ambas normas han recogido el concepto de cognoscibilidad general o legal a la que alude Manzano Solano y el concepto de publicidad formal a la que se refería Roca Sastre y Manzano Solano.

En el artículo II del TUO del referido Reglamento se hace referencia al archivo registral, el cual conforme al artículo 108 está conformado por los siguientes documentos: "a) Las partidas registrales que constan en tomos, fichas movibles, discos ópticos y otros soportes magnéticos; b) Los títulos que han dado mérito a las inscripciones conforme a lo establecido en el artículo 7, acompañados de los documentos en los que consten las decisiones del Registrador o del Tribunal Registral emitidos en el procedimiento registral, los informes técnicos y demás documentos expedidos en este; c) Las solicitudes de inscripción de los títulos cuya



(18) Ídem.

inscripción fue denegada, con las respectivas esquelas de observación y tacha; d) Los índices y los asientos de presentación organizados en medios informáticos así como los que, de acuerdo con la técnica anterior, constarán en soporte papel".

A su vez, el artículo 127 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala que toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa y obtener del Registro, previo pago de las tasas registrales correspondientes:

a) La manifestación de las partidas registrales o exhibición de los títulos que conforman el archivo registral o que se encuentran en trámite de inscripción.

b) La expedición de los certificados literales de inscripciones, anotaciones, cancelaciones y copias literales de los documentos que hayan servido para extender los mismos y que obran en el archivo registral[19].

c) La expedición de certificados compendiosos que acrediten la existencia o vigencia de determinadas inscripciones o anotaciones, así como aquellos que determinen la inexistencia de los mismos.

d) La información y la certificación del contenido de los datos de los índices y del contenido de los asientos de presentación.

En este artículo se precisa que no forma parte de la publicidad registral formal aquella información que de manera gratuita se brinde a través de internet o telefonía móvil cuyas características serán determinadas mediante resolución de Superintendente Nacional.

En la actualidad, la Sunarp facilita gratuitamente, por su página web y aplicativos, la consulta vehicular a través de la cual se puede acceder al nombre del titular registral de los vehículos inscritos en el Registro de Propiedad Vehicular con solo conocer el número de placa de rodaje. Asimismo, se puede acceder gratuitamente al directorio de las personas jurídicas inscritas en el Registro de Personas Jurídicas, así como acceder al número de partida registral de inmuebles registrados en el Registro de la Propiedad Inmueble completando algunos datos personales de titular registral.

Así, la información que se obtenga a través de dichos servicios gratuitos y otros que vayan implementando en el futuro no constituyen publicidad formal.

Respecto a la publicidad formal, nos comenta Huerta Ayala que no existe uniformidad en la doctrina peruana respecto de si la publicidad formal comprende a los títulos archivados, por lo que se pregunta si ello no es así "por qué es que el Reglamento General señala que en primer lugar la publicidad registral formal garantiza que toda persona acceda el contenido de los mismos y además señala que forma parte del archivo registral y pueden ser materia de publicidad"[20].

Sobre el particular, convenimos con Huerta Ayala, pues consideramos que desde siempre los efectos de la publicidad se extendieron al título archivado y no solamente al asiento.

(19) Los certificados pueden ser literales o compendiosos. De acuerdo, al artículo 131 del TUO del mencionado Reglamento General, los certificados literales son los que se otorgan mediante la copia o impresión de la totalidad o parte de la partida registral, o de los documentos que dieron mérito para extenderlos; mientras que los certificados compendiosos son los que se otorgan mediante un extracto, resumen o indicación de determinadas circunstancias del contenido de las partidas registrales, los que podrán referirse a los gravámenes o cargas registradas, a determinados datos o aspectos de las inscripciones.

(20) HUERTA AYALA, Oscar. "De los principios registrales. Comentario al artículo 3 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios". En: *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Grijley, Lima, 2017, pp. 94-95.

Además, en la actualidad, tal situación debe quedar claro por la nueva redacción del artículo 2014 del Código en comentario, que exige que a efectos de ser amparado por la fe pública registral se debe revisar los asientos registrales, así como los títulos archivados.

Por otra parte, el Reglamento del Servicio de la Publicidad Registral, aprobado mediante Resolución N° 281-2015-SUNARP-SN, señala en su artículo tercero que el registro es público y la publicidad que otorga consiste en la exteriorización continuada y organizada de los derechos y los actos inscritos o anotados, a fin de hacerlos cognoscibles a los terceros. La publicidad registral tiene como finalidad otorgar seguridad jurídica a los terceros, constituyendo en algunos casos la existencia misma del derecho o acto registrable.

El Reglamento del Servicio de Publicidad Registral señala que la publicidad material alude a los efectos que derivan de la inscripción o anotación registral previstos en el mencionado Reglamento y otras disposiciones legales y que tales efectos presuponen la calificación registral de los derechos y los actos inscritos o anotados.

En cuanto a los efectos de la publicidad material, se establece que son: a) efecto de cognoscibilidad: el contenido de la partida registral afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo, salvo disposición en contrario; b) efecto de inoponibilidad: los actos o derechos no inscritos ni anotados en el Registro no afectan ni perjudican al tercero que inscribió su derecho en el registro; c) efecto legitimador: el titular registral se encuentra legitimado para actuar conforme al contenido de la inscripción registral.

En relación con la publicidad formal, se dispone que esta se brinda a través de medios electrónicos o en soporte papel, garantizando el acceso a toda persona al contenido de la partida registral y, en general, de la información del archivo registral, siendo el legitimado para solicitarla toda persona debidamente identificada, puede solicitar sin expresión de causa los servicios de publicidad formal que el registro proporcione, salvo disposición en contrario y previo pago del Derecho Registral.

Asimismo, se establece que las documentarias de la publicidad formal son:

a) El asiento registral donde consta el acto o derecho inscrito.
b) La partida registral.
c) El título archivado.
d) Los índices informatizados conformados por la data almacenada o estructurada en el procedimiento registral de inscripción.
e) La solicitud de inscripción denegada con las respectivas esquelas de observación, liquidación y tacha, según corresponda.
f) Otros, de acuerdo a la especialidad de cada Registro.

Precisándose que el título que se encuentra en trámite no es fuente documentaria para brindar el servicio de publicidad formal.

Por otra parte, tanto el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, así como el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, prohíben entregar publicidad registral que contengan datos protegidos por el derecho de intimidad.

En efecto, el TUO del referido Reglamento señala que la persona responsable del Registro no podrá mantener en reserva la información contenida en el archivo registral, con excepción de las prohibiciones expresamente establecidas en otras disposiciones. Cuando la información

solicitada afecte el derecho a la intimidad, esta solo podrá otorgarse a quienes acrediten legítimo interés, conforme a las disposiciones que establezca la Sunarp.

Por su parte, el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral dispone que no se podrá brindar publicidad registral cuando exista una norma prohibitiva o la información solicitada es protegida por el derecho a la intimidad.

Asimismo, establece que se considerará información protegida por el derecho a la intimidad la siguiente:

a) Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos.

b) Las causales de interdicción o inhabilitación de las personas naturales.

c) Las causales de pérdida de la patria potestad.

d) La condición de adoptado.

e) Las causales del inicio del procedimiento concursal de las personas naturales.

f) La calidad de hijo extramatrimonial o el reconocimiento en un testamento.

g) Las causales de desheredación y/o indignidad.

Del mismo modo, precisa que los documentos contenidos en los títulos archivados relacionados con información protegida por el derecho a la intimidad solo podrán ser objeto de exhibición, visualización, copia informativa o certificado literal cuando lo solicite el titular de la información protegida o su representante voluntario con poder especial, el representante legal en caso de menores de edad o incapaces, o aquellas personas autorizadas por resolución judicial firme.

En el certificado compendioso no se deja constancia de la información protegida por el derecho a la intimidad, tal limitación comprende los casos en que se efectúe la transcripción literal del asiento.

Se precisa que las limitaciones al acceso de la publicidad formal antes señaladas no serán aplicables en los casos de desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y la represión del delito, de seguridad pública o defensa nacional o a los funcionarios que para el cumplimento de sus funciones requieran dicha información. Para tal efecto, el interesado deberá seguir el procedimiento presencial con solicitud escrita.

## DOCTRINA

DELGADO SHEELJE, Alvaro. "La publicidad registral, eficacia material y principios registrales". En: Cathedra N° 3, Año II, setiembre 1998; DE LA PUENTE LAVALLE, Manuel. "Cláusulas generales de contratación". En: Contrato y mercado. Gaceta Jurídica, Lima, 2000; DELGADO PÉREZ, César Enrique. "El principio de publicidad registral en la jurisprudencia". En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 117. Gaceta Jurídica, Lima, 2008; DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión. 4ª edición, Civitas, Madrid, 1995; HUERTA AYALA, Oscar. "De los principios registrales. Comentario al artículo 3 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios". En: Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Grijley, Lima, 2017; LUNA SERRANO, Agustín. La seguridad jurídica y las verdades oficiales del Derecho. Dykinson, Madrid, 2015; MANZANO SOLANO, Antonio. Investigación acerca de la publicidad registral y su estructura jurídica. Recuperado el 21 de marzo de 2020 de: <https://nanopdf.com/download/braco158-1591pdf_pdf>; MONSERRAT, Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Civitas, Madrid, 2000; MORALES MORENO, Antonio Manuel. Publicidad registral y datos de hecho. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Tomo III. 9ª edición, Bosch, Madrid, 2008; RODRÍGUEZ OTERO, Lino. Instituciones de Derecho Hipotecario. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2012.

## Principio de legitimación

**Artículo 2013.-** *El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.*

*El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.*

*La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.(*)*

Concordancias:
*LEY N° 26887 art. 6; R.G.R.P. arts. VII, 49, 75 al 90*

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA / GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO

## 1. Introducción

Los Registros Públicos en nuestro país tienen como uno de sus pilares el principio de legitimación, que se encuentra regulado en el artículo 2013 del Código Civil, luego de su reforma por la Ley N° 30313 (2015):

> **Artículo 2013.-**
>
> El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.
>
> El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.
>
> La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes.

Dicha presunción de certeza tiene como uno de sus límites la determinación judicial o arbitral que la declara inválida; siendo que de ser efectiva dicha declaración la presunción queda enervada.

Ahora bien, dicho artículo originalmente tenía un contenido más general:

> **Artículo 2013.-**
>
> El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

## 2. El principio de legitimación registral

Este principio "implica el reconocimiento en favor del titular de la condición de verdadero dueño y poseedor del derecho inscrito y la imposición a todos del deber de tenerle por tal, en todos los ámbitos (...)" (CURIEL LORENTE).



(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 30313 del 26/03/2015.

Según Pau Pedrón, "designa un conjunto de efectos –de muy diversa índole– que la legislación (...) atribuye a la inscripción en beneficio del titular registral", efectos que pueden ser de carácter sustantivo, procesal y operativo.

Como resultado de la calificación registral, el ordenamiento jurídico a través de la eficacia legitimatoria reconoce efectos sustanciales en favor de la inscripción (entre otros), en virtud de la cual se presume que el asiento registral es exacto e íntegro.

Este principio registral es también conocido como de **credibilidad general del asiento**, conforme al cual el asiento produce todos sus efectos mientras no se rectifique, cancele o sea declarado inexacto o inválido.

El asiento registral, en tanto medio de prueba especial de la propiedad y de los otros derechos reales, hace que al titular registral le sea suficiente la presentación de la certificación registral que acredite su existencia y su vigencia para ser tenido como tal.

Visto desde otro ángulo, quien niegue la **exactitud** del registro deberá asumir la carga de la prueba; siendo que el titular registral goza de protección general liberándosele del *onus probandi.*

Constituye su fundamento el "facilitar la vida jurídica mediante la presunción de que toda apariencia de derecho conlleva a la existencia del mismo" (ESTURILLO LÓPEZ).

## 3. Regulación del principio de legitimación registral en el ordenamiento jurídico peruano

En el ordenamiento jurídico peruano, este principio se ha regulado en el artículo 2013 del Código Civil de 1984, cuyo texto original era el siguiente: "El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez".

La Ley Nº 26366 (1994), que creó el "Sistema Nacional de los Registros Públicos", por su parte estableció en el literal b) de su artículo 3 como una de las garantías del mismo, "la intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio o sentencia judicial firme".

Asimismo, el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos (2001) dispuso que, "los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular Registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez".

En cuanto a su ámbito temporal de aplicación, la eficacia legitimatoria del asiento subsiste mientras no se declare judicial o arbitralmente su invalidez (y se inscriba en el Registro), se cancele o se rectifique conforme a los procedimientos establecidos en los reglamentos registrales.

Respecto al ámbito espacial de su aplicación y aunque las normas no han sido explícitas en este sentido, la legitimación registral se aplicará **a todos los efectos**, en todos los campos en los que la titularidad registral deba ser opuesta a los terceros (aspectos negociales, judiciales y administrativos).

Debe advertirse que, al establecer el principio de legitimación solo una presunción a favor del asiento, el mismo puede decaer, por lo que no se configura una situación de inatacabilidad

"absoluta" de la situación proclamada por el Registro; por lo que la doctrina se refiere a la "falta de eficacia convalidante de las inscripciones".

El artículo 46 del Reglamento General de los Registros Públicos, en ese orden, señala en su último párrafo que: "(...). La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes". Al igual que el artículo 2013 del Código Civil en su último párrafo y luego de su reforma por la Ley N° 30313.

Según el Derecho común, la nulidad de un acto o contrato no produce efecto jurídico alguno (*quod nullum est, effectum produxit*); así, la nulidad generará el efecto natural de arrastre sobre los actos derivados al estar estos encadenados entre sí.

Sin embargo, en el ámbito registral la situación es distinta, ya que la inscripción o anotación de un acto o contrato inválido puede producir ciertos efectos, en tanto no se elimine la inexactitud registral, vía rectificación, cancelación o declaración judicial o arbitral de invalidez.

## 4. Nulidad de asientos registrales y su problemática

La invalidez es una calificación del estado del acto que opera de pleno derecho sin necesidad de acción o declaración judicial de nulidad; sin embargo, mientras no se establezca judicialmente su nulidad, el acto inválido puede pasar como válido en la medida que el vicio no sea manifiesto y tenga el acto todos sus elementos estructurales necesarios de acuerdo a su especie y tipo (LOHMANN).

En ese contexto, la nulidad será "aquella sanción civil que consiste en privar de efectos jurídicos al negocio inadecuadamente conformado, o para proteger de ellos a las partes intervinientes del negocio, a los terceros y a la sociedad en general cuando estos efectos constituyen atentados contra los intereses de aquellos a quienes la ley protege" (LOHMANN).

Las causales de nulidad según el artículo 219 Código Civil son las siguientes:

> "1. Falta de manifestación de voluntad. 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su fin sea ilícito. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción".

Un problema que no pudo ser resuelto de manera categórica bajo la normativa anterior era el referente a los **asientos apócrifos**, es decir, aquellos asientos extendidos sin la existencia de título sustentatorio o fuera de un procedimiento registral regular.

Siendo que tales asientos no derivan de un procedimiento registral regular, no deberían equipararse en su tratamiento a aquellos asientos que sí se originan en uno regular –que luego de su debida calificación registral se extendían en la partida registral–, razón por la que no deberían gozar de los efectos benéficos de las inscripciones.

Consideramos que la *ratio legis* de los artículos 2011 (calificación registral) y 2013 del Código Civil llevaban a concluir que la legitimación solo corresponde a los asientos regularmente extendidos; por lo que los **asientos apócrifos** deberían quedar sin efecto en sede registral sin necesidad de acudir a la instancia judicial o arbitral (previa investigación y emisión de

los informes sustentatorios respectivos); ya que lo contrario, reconocerles algún efecto legitimatorio, podría significar en muchos casos convertir en irreversible el daño al verdadero titular registral perjudicado por tales asientos.

En esa misma línea, se tienen los artículos 95 y 96 del Reglamento General de los Registros Públicos que establecen lo siguiente:

**Artículo 95.- Cancelación por inexistencia del acto causal o de la rogatoria**

También se cancelarán de oficio o a petición de parte, los asientos de inscripción o de anotación preventiva cuando contengan actos que no consten en los títulos consignados como sustento de los mismos o cuando se hayan extendido sin estar comprendidos en la rogatoria de inscripción.

**Artículo 96.- Cancelación por comprobada inexistencia del asiento de presentación o denegatoria de inscripción**

Las inscripciones y anotaciones preventivas podrán ser canceladas, de oficio o a petición de parte, en mérito a la resolución que expida la jefatura de la oficina registral respectiva, previa investigación del órgano competente, cuando se compruebe la inexistencia del asiento de presentación del título que debería sustentarlas o la denegatoria de inscripción del título correspondiente.

## 5. Principio de legitimación y presunta falsedad documentaria

Sobre la materia y en el ámbito registral, tenemos el siguiente precedente de observancia obligatoria (criterio interpretativo vinculante aprobado por el Pleno Registral y regulado en el artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos):

**X.4.- Principio de legitimación**

No procede denegar la inscripción de un título alegando la presunta falsedad de los documentos que originaron una inscripción anterior, en tanto no conste inscrita la nulidad del asiento[1] [2].

El fundamento era claro: toda vez que el procedimiento era en ese entonces no contencioso de manera absoluta, no se admitían la oposición de terceros en el trámite, no se podía dejar sin efecto lo publicitado en el asiento, por lo que debía hacerse constar la inscripción de nulidad del asiento previamente.

Vamos a verificar que, dado que los supuestos de fraude aumentaron, las medidas legales (eficientes o no) brindaron la oportunidad de que los titulares registrales puedan buscar tutelar sus derechos que se afectan.

(1) X Pleno. Sesión ordinaria realizada los días 8 y 9 de abril de 2005. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 9 de junio de 2005. Criterio adoptado en las Resoluciones N°s 229-2004-SUNARP-TR-L, del 16 de abril de 2004; 185-2004-SUNARP-TR-L, del 31 de marzo de 2004; 102-2004-SUNARP-TR-L, del 20 de febrero de 2004, y 139-2004-SUNARP-TR-L, del 11 marzo de 2004.

(2) Fundamento de ello lo encontramos en las Resoluciones N°s 229-2004-SUNARP-TR-L, 185-2004-SUNARP-TR-L, 102-2004-SUNARP-TR-L y 139-2004-SUNARP-TR-L.

## 6. Anotación preventiva

En 2008, mediante la sexta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley del Notariado, Decreto Legislativo N° 1049, se dispuso lo siguiente (texto original):

> En el caso de inscripciones sustentadas en escrituras públicas en las que presumiblemente se habría suplantado al o a los otorgantes, el Notario ante quien se otorgó dicho instrumento, podrá solicitar al Registro Público, bajo su responsabilidad, **una anotación preventiva**, que tendrá una vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales, corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado.
>
> Vencido el plazo de un año a que se refiere el primer párrafo, sin que se hayan anotado la demanda o medida cautelar, la anotación preventiva caduca de pleno derecho.
>
> En lo que resulte aplicable, las disposiciones complementarias primera y segunda se regirán por las disposiciones contenidas en el Reglamento General de los Registros Públicos.

La pregunta que se generó fue la situación que existe sobre aquellos casos en los cuales la partida ya había sido materia de una nueva transferencia, por lo que los presuntos suplantadores ya no eran titulares del predio. ¿Se protege al titular registral o al verdadero propietario?

Llamado de atención necesario es que en el presente caso en la discusión no se va a examinar la fe pública registral, sino solo que si en el ámbito registral se puede extender un asiento perjudicando el derecho de terceros, a partir de si tenían conocimiento o no la inexactitud de los registros.

Por ello, desde un punto de vista histórico, de un lado en las salas de Lima se tenía la posición:

> **Anotación preventiva de suplantación**
>
> Procede extender la anotación preventiva que publicite la presunta suplantación de los otorgantes de una escritura pública, aun cuando en la partida registral se hubiesen extendido asientos posteriores de modificación de los derechos inscritos[3].

En cambio, la sala de Trujillo tenía como posición:

> **Anotación preventiva de suplantación**
>
> No procede la anotación preventiva si en la partida registral constan inscritos derechos a favor de terceros ajenos al título de la presunta suplantación[4].

Siendo que se aprobó como acuerdo:

(3) Criterio sustentado en la Resolución N° 1641-2009-SUNARP-TR-L, del 04/11/09.
(4) Criterio sustentado en la Resolución N° 668-2009-SUNARP-TR-T, del 04/12/09.

**ACUERDOS LXIX.3.- Anotación preventiva de suplantación**

No procede la anotación preventiva si en la partida registral constan inscritos derechos a favor de terceros ajenos al título de la presunta suplantación[5].

Según la finalidad de los registros, debe protegerse a los terceros de buena fe; sin embargo, en este caso el precedente es muy amplio, dado que se limita a señalar "derechos a favor de terceros", por lo que incluso podemos deducir la existencia de hipotecas, usos, usufructo u otros.

Téngase en cuenta que no se verifica en este caso la buena o mala fe de los adquirentes, la calificación no da para ello.

Ahora bien, este razonamiento que es aceptable en el ámbito registral no debería trasladarse al ámbito judicial, dado que ahí sí podría evaluarse la prueba de forma plena.

No obstante lo antes mencionado, dicho acuerdo fue dejado sin efecto por lo dispuesto en el la tercera disposición de modificación de las disposiciones complementarias, transitorias y finales quinta y sexta del Decreto Legislativo N° 1049, ratificada en el artículo 68 del Reglamento de la Ley N° 30313[6], en el cual se incluye la posibilidad de que se anote preventivamente en el asiento irregular a favor de terceros.

En efecto, el nuevo texto del referido dispositivo y luego de la reforma dada por la Ley 30313, es el siguiente:

> En el caso de inscripciones sustentadas en instrumentos públicos protocolares en las que presumiblemente se habría suplantado al o a los otorgantes, o a sus respectivos representantes, el notario ante quien se otorgó dicho instrumento debe presentar la solicitud de anotación preventiva en el diario de la oficina registral, dentro de los cinco días hábiles contados desde que tuvo conocimiento, bajo su responsabilidad.
>
> La presentación posterior a dicho plazo no constituye una causa de inadmisión o improcedencia de la solicitud del notario ante el Registro.
>
> La anotación preventiva tendrá la vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación. Si dentro de ese plazo, se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de esta última. La interposición de estas acciones judiciales corresponderá a aquellos que tengan interés legítimo en la nulidad de la inscripción obtenida con el título falsificado.
>
> Vencido el plazo de la anotación preventiva que fuera solicitada por el notario, si no se hubiera anotado la demanda o medida cautelar, dicha anotación preventiva caduca de pleno derecho.
>
> La presente anotación preventiva será procedente aunque el actual titular registral sea un tercero distinto al que adquirió un derecho sobre la base del instrumento notarial sujeto a la presunta falsificación.
>
> En lo que resulte aplicable, las disposiciones complementarias quinta y sexta de las disposiciones complementarias, transitorias y finales del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto

(5) LXIX Pleno. Sesión ordinaria y presencial, realizada el 17 de diciembre de 2010.
(6) Aprobado mediante Decreto Supremo N° 10-2016-JUS.

Legislativo del Notariado, se regirán por las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos".

En ese sentido, la Resolución N° 697-2015-SUNARP-TR-A del 15/10/15 señala que:

**Anotación preventiva por presunta suplantación**

Conforme al quinto párrafo de la sexta disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N° 1049, modificado por la Ley N° 30313, la anotación preventiva por presunta suplantación será procedente aunque el actual titular registral sea un tercero distinto al que adquirió un derecho sobre la base del instrumento notarial sujeto a la presunta suplantación.

## 7. En el procedimiento

Asimismo, se verificó que se presentaban al Registro documentos falsos, lo cual fue afrontándose con interpretaciones restrictivas de los diferentes dispositivos registrales. Así, por ejemplo, en el Pleno LXXXVII se señaló:

**1.- Apelación del desistimiento**[7]

La aceptación del desistimiento total de la rogatoria formulado por el presentante o representado pone fin al procedimiento registral. En consecuencia, no es procedente la apelación para dejar sin efecto dicho desistimiento.

Lo expuesto no es de aplicación en caso de falsedad documentaria del desistimiento[8].

Es decir, para el caso en concreto, no se puede apelar la aceptación del desistimiento total del procedimiento (en especial entre la discrepancia entre el representado y el representante), lo cual tiene su excepción en los casos en que el desistimiento haya sido materia de falsedad documentaria, lo cual se puede verificar en la práctica en los casos que quiera ser beneficiado con la prioridad en la calificación.

## DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen III: Las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad y la posesión. Civitas, Madrid, 1995; PAU PEDRÓN, Antonio. Curso de práctica registral. Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1995; La publicidad registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001; Elementos de Derecho Hipotecario. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. La teoría de la publicidad registral y su evolución. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1998; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario. Volumen I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991; CURIEL LORENTE, Fernando. "La legitimación registral". En: La evolución del Derecho Registral Inmobiliario en los últimos cincuenta años. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997; "Exposición de motivos oficial del libro IX del Código Civil de 1984: Registros Públicos". En: El Peruano, julio 1989; CANO TELLO, Celestino. Manual de Derecho Hipotecario. Civitas, Madrid, 1992; MOISETT DE ESPANÉS, Luis. La publicidad registral. Madrid, Palestra, 2004; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Grijley, Lima, 1994; GONZALES LOLI, Jorge. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002. DELGADO SCHEELJE, Alvaro. "La publicidad jurídica registral en el Perú: eficacia material y principios registrales". En: Revista

(7) Sesión ordinaria presencial realizada el día 13 de abril de 2012. Publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 10 de mayo de 2012.

(8) Criterio adoptado mediante Resolución N° 199-2012-SUNARP-TR-A, del 26/04/12.

Crítica de Derecho Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, enero-febrero 1999; "La calificación registral. Los principios de legalidad y causalidad en la calificación registral (reconducción del principio de legalidad hacia la causa eficiente de la inscripción)". En: Notarius. Colegio de Notarios de Lima, Lima, 2001; GONZALES BARRÓN, Günther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Jurista, Lima, julio de 2002. ALIAGA HUARIPATA, Luis. "Nulidad de asientos en el Derecho Registral Peruano: aspectos generales". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio-agosto 1999; "Apuntes sobre el principio de legitimación registral". En: Legal Express N° 4. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; "Los efectos sustantivos de la inscripción y el rol del Registro en la protección del tráfico jurídico inmobiliario". En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, mayo-junio 2004.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### El registro goza de presunción de validez respecto de su contenido

*El artículo 2013 del Código Civil contiene una presunción iuris tantum de validez de la inscripción o del contenido del registro, mientras no se demuestre su inexactitud o se declare su nulidad, por lo que mientras ello no suceda la ley le otorga a la inscripción la presunción de que el contenido es cierto y produce, en consecuencia, todos sus efectos* ***(Cas. N° 1883-2009-Tumbes).***

### TRIBUNAL REGISTRAL

#### Presunción de exactitud de los asientos registrales

*{E}sta presunción de exactitud del registro sirve para reputar como titular del derecho a quien aparezca así constatado en el asiento registral. Es así que los asientos registrales, en los que se concentra el historial jurídico de una finca, deben merecer un alto grado de credibilidad impuesto por la presunción de veracidad que "prima facie" beneficia a la documentación autenticada, con lo cual se simplifica la prueba de las situaciones jurídicas y se facilita la vida del derecho* ***(Resolución N° 068-2013-SUNARP-TR-R).***

## Principio de buena fe pública registral

**Artículo 2014.-** ***El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.***

***La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.(*)***

Concordancias:
*C.C. arts. 168, 194, 197, 1135, 2034, 2038; LEY 26366 art. 3 inc. c); LEY 26887 art. 37; D.S. 027-82-EM/RPM art. VIII; D.S. 007-89-PE art. 13; R.G.R.P. art. VIII; R.R.S. art. IV*

**Luis Alberto Aliaga Huaripata / Gilberto Mendoza del Maestro**

### 1. Configuración: adquisición y protección[1]

Un primer punto de análisis es distinguir el tema materia de análisis de las acepciones de "fe" o "fe pública" o de "fiabilidad objetiva del Registro", toda vez que estos son requisitos para la adquisición del derecho; mas el principio de fe pública se desenvuelve, si bien vinculado, en otro ámbito: el de protección de ciertas adquisiciones *a non domino*.

Todo esto lo explicaremos en las siguientes líneas:

En nuestro ordenamiento se ha indicado de forma general que el dispositivo normativo contenido en el artículo 2014 verifica la existencia de dos negocios jurídicos:

A----------B B----------C

- El presupuesto es que las titularidades se encuentren inscritas.
- El primer negocio jurídico es uno patológico, toda vez que puede ser inválido –nulo o anulable– o ser pasible de resolución o rescisión (supuesto de inexactitud registral).
- El segundo negocio tiene que ser válido.
- No obstante los defectos del primer negocio, C que sería "tercero" respecto al negocio entre A y B; cumpliendo ciertos requisitos de "tercero cualificado" podría adquirir *a non domino* de quien aparece en el Registro.

Posteriormente a dicha adquisición, se configura su protección mediante la inscripción a través del mecanismo de tutela de la fe pública registral.

En razón de ello, se ha indicado que para la configuración de la fe pública se requiere:

- Adquisición de derechos a título oneroso (*entgeltlicher erwerb*).

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 30313 del 26/03/2015.

(1) Este comentario se sustenta en una investigación anterior: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. "La fe pública registral como supuesto de hecho complejo: adquisición *a non domino* y oponibilidad de la inscripción". En: *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014*. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 15-42.

- Legitimación de las inscripciones.
- Confianza.
- Buena fe (*gutgläubiger erwerb*)
- Inexactitud registral.

No obstante ello, consideramos que el dispositivo normativo recogido en el artículo 2014 contiene dos normas distintas:

- Adquisición *a non domino* (*erwerb vom nichtberechtigten*).
- Protección de la adquisición.

Debemos indicar que para ambas normas, aunque vinculadas, existen requisitos distintos, siendo la norma de la llamada fe pública registral una *fattispecie compleja*:

Requisitos para la adquisición *a non domino*:

- Transferente debe gozar de legitimación aparente brindada por el Registro.
- Adquirente debe ser tercero respecto a la primera transferencia (tracto).
- Confianza en el registro.
- Adquirente debe tener buena fe.

Requisitos para la protección por la fe pública registral:

- Adquisición *a non domino*.
- Buena fe.
- Inscripción de adquisición.

Probablemente, en los registros de tipo constitutivos dicha distinción no sea tan relevante, dado que confluye temporalmente la inscripción que genera la mutación jurídica con la protección de la misma.

En cambio, en nuestro ordenamiento no es así, la mutación jurídica acaece generalmente extrarregistro. "El tercero que de buena fe **adquiere** (...)". Y luego, cuando ya es titular, dicho tercero se le da mayor intensidad a la oponibilidad del derecho originado; "(...) **mantiene** su adquisición una vez inscrito su derecho (...)" frente a posibles acciones reivindicatorias u otras acciones que se pretendan realizar.

Esto evita confusiones respecto a interpretaciones del principio al pretender enfocársele como un supuesto de adquisición constitutiva en el Registro.

Esto lo podemos visualizar recreando algunos supuestos recurrentes en nuestro ordenamiento:

Imaginemos el siguiente supuesto de transferencias derivativas:

| A----------B | | B----------C | |
|---|---|---|---|
| Inscrito | Inscrito | Inscrito | No inscrito |
| | Nulo | | |

Si el primer negocio es nulo, C cumpliendo con los requisitos en el nivel de adquisición *a non domino* sería titular.

No obstante ello, la protección de su adquisición mediante la fe pública registral cederá frente a la inscripción de otro tercero; por ejemplo, que en las mismas condiciones B transfiera a D y este inscriba.

En ese caso, la adquisición de C cederá frente a la de D, dada la oponibilidad con mayor intensidad que otorga la inscripción frente a los actos que no han logrado la inscripción.

Ahora bien, en los terrenos de la fe pública se puede visualizar claramente el conflicto de interés generado. ¿A quién tutelamos? ¿Al primer titular inscrito A, al cual se le denomina *verus dominus*? ¿O al que confió en lo que estaba publicitado en el Registro, en este caso D, e inscribió su adquisición?

El mecanismo de fe pública registral, cumpliendo ciertos requisitos, hace prevalecer la adquisición del denominado tercero registral, así en el caso anteriormente propuesto D: el fundamento se encuentra en la **seguridad del tráfico** (*rechtverkehr*).

En virtud de todo lo mencionado, vamos a desarrollar los requisitos en dos partes: en la adquisición y en la protección.

## 2. Adquisición *a non domino*

### 2.1. Configuración de las transferencias de titularidades

Para la transferencia de bienes, consideramos que deben tomarse en cuenta los siguientes requisitos: la titularidad, la legitimación y el poder de disposición.

Titularidad es la pertenencia subjetiva del derecho de propiedad a los titulares del dominio[2], la cual otorga exclusividad y es oponible *erga omnes*. Así pues, Cariota Ferrara señala en forma amplia que la titularidad es "*appartenza esclusiva erga omnes del diritto*"[3].

Dicho vínculo de pertenencia de un sujeto frente a un objeto, en sus diferentes modalidades (titularidad del derecho de propiedad, del derecho de usufructo, de las garantías, entre otros), evita la confusión de, por ejemplo, "propietarizar" los derechos "de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos"[4]. Por tanto, no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho.

La titularidad es distinta a la figura de la legitimación, entendiéndose esta como "(...) la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular"[5].

(2) En ese sentido se indica que la titularidad es un vínculo de pertenencia (establecido por la norma) entre sujetos de derecho (y su posición) con el objeto de una relación jurídica. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em Direito Privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. Saraiva, São Paulo, 1985, pp. 94-95.

(3) CARIOTA FERRARA, Luigi. *I negozi sul patrimonio altrui*. Cedam, Padova, 1936, p. 112.

(4) MADISON, J. *Property. In the writings of James Madison*. Vol. 6, 1790-1802. Editado por G. Hunt. G. P. Putnam's Sons, Nickerbocker, Nueva York, [1792] 1906, pp. 101-103.

(5) CUENA CASAS, Matilde. *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Bosch, Barcelona, 1996, p. 492.

Es decir, existe la facultad que se otorga a determinados sujetos para que puedan afectar su esfera jurídica o la esfera jurídica ajena si realmente han sido facultados[6].

La legitimación puede ser voluntaria (vía el ejercicio de la autonomía privada), legal (mandato de la ley) y judicial (mandato judicial). Asimismo, puede clasificarse en legitimación causal, formal y aparente.

- Legitimación causal: existe un título contenido en un negocio jurídico en el cual existe la **causa eficiente** que genera una situación jurídica legitimante. Dicho título es el fundamento de la legitimación.

  El título es mucho más que pertenencia de derecho, porque tiene como fin una posición jurídica, y los derechos que pertenecen a los sujetos son apenas contenido parcial de la posición subjetiva, en términos de Torquato Castro: "a posiçao é objeto[7] (...) do título, e não título em si"[8]. Así, dentro de las funciones prácticas que podemos asignar al objeto tenemos el singularizar la persona y singularizar el objeto[9] (*bestimmtheitsgrundsatz*).

- Legitimación formal: no subordina la eficacia legitimadora a una causa jurídica, sino a lo que se expresa formalmente, por ejemplo, en el Registro. Este tipo de legitimación lo encontraríamos en el sistema alemán[10].

- Legitimación aparente[11]: en ciertos casos existe un supuesto de hecho de un titular que no es el real, sino que por signos exteriores razonables es "aparente de derecho", por lo que la norma –en ciertas circunstancias– le otorga, en substitución de la legitimación normal, la eficacia legitimadora[12].

Finalmente, para la eficacia del negocio jurídico dispositivo, es necesaria la existencia del poder de disposición[13].

Tanto la titularidad, la legitimación y el poder de disposición en una adquisición derivada existen con base en una relación jurídica antecedente (relación jurídica legitimante)[14].

Así pues, tenemos que en las relaciones económicas los propios titulares realizan las transferencias de sus bienes, sin ningún obstáculo; es decir, dichos sujetos tienen titularidad, legitimación y gozan del poder de disposición.

(6) COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. José Bushatsky, São Paulo, 1976, p. 65. La legitimación se vincula con la autonomía privada FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de Derecho español de Luis Sancho Mendizábal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (s.f.), p. 101.

(7) Entendemos objeto como causa.

(8) CASTRO, Torquato. Ob. cit., p. 95.

(9) PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. "A propriedade aparente (a aquisição a non domino da propiedade imóvel com eficacia translativa no Código Civil)". Vol. I. Tesis de Doctorado. São Paulo, 1992, p. 73.

(10) VON TUHR, Andreas. *Teoría general del Derecho alemán*. Vol. II. Tito Ravá (trad.). Buenos Aires, 1947, pp. 59-63. En el mismo sentido, ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Bosch, Barcelona, 1971, pp. 52-53.

(11) MESSINEO, Francesco. *I titoli di credito*. Tomo I. Cedam, Padova, 1928, p. 25 y ss.

(12) CASTRO, Torquato. Ob. cit., p. 179. También puede revisarse: LADARIA CALDENTEY, Juan. *Legitimación y apariencia jurídica*. Bosch, Barcelona, 1952, pp. 140-142.

(13) COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Ob. cit., p. 61.

(14) JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 2. ª ed. Saraiva, São Paulo, 1986, p. 69.

No obstante ello, hay casos en los cuales, probablemente, los titulares no pueden o no desean –por diferentes motivos– realizar ellos mismos los actos dispositivos, por lo cual legitiman a sus representantes para celebrar los contratos.

En estos casos, la parte sustancial (representados) tendrán la titularidad, la legitimación y el poder de disposición para transferir, los representantes gozarán de la legitimación causal y del poder de disposición.

Ahora bien, puede ocurrir que exista titularidad y legitimación, pero se carezca de poder de disposición. Por ejemplo, el deudor que ha ingresado a una situación de concurso sigue siendo titular de sus bienes y, como tal, legitimado para negociar sobre ellos, pero no tiene poder de disposición para realizar efectivamente las transferencias, dado que dicho poder se le ha otorgado a un administrador o a un liquidador.

De igual forma, en los supuestos de medidas cautelares no innovativas sobre bienes, el titular y legitimado es privado de su poder de disposición, mas no de su titularidad ni de su legitimación[15].

En el caso del tutor y el curador existe una pequeña variante. El sujeto que tiene un tutor va a ser un incapaz, el cual puede ser titular y estar legitimado, pero dicha incapacidad afecta su poder de disposición, siendo el tutor el legitimado legalmente para ejercer el poder de disposición.

### 2.2. La adquisición *a non domino*

Es por todos conocidos la regla *nemo dat quod non habet*[16], la cual puede traducirse como "nadie puede dar más derechos de los que tiene". Esto fue formulado con diferentes variantes en el Derecho romano, "*traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit*"[17] o "*nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*"[18] o "*nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit*"[19], entre otras.

Dichas variantes tenían la idea de que el único autorizado para transferir su titularidad era el titular o el que haya sido debidamente legitimado.

No obstante ello, existieron supuestos en los cuales el titular no disponía; sin embargo, el "adquirente" "adquiría" de un no titular. Dicha situación en doctrina se denomina "adquisición *a non domino*".

(15) Véase un caso reciente de un expresidente de nuestro país. *El Comercio*. Consulta: 13 de mayo de 2013 en: <http://elcomercio.pe/actualidad/1575871/noticia-solicitan-bloquear-inmuebles-que-compro-suegra-alejandro-toledo?ref=home&ft=flujo-video#news>.

(16) La cual ha sido recogida no solo en los sistemas romano-germánicos, sino también en el *Common Law General Rule*: "Section 21(1) Sale of Goods. Act 1979. Subject to this act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell".

(17) "La tradición de una cosa no debe ni puede transferir al que la recibe más de lo que tiene el que la entrega". Dig 41,1,20 pr (Ulp, Sab 29).

(18) "Nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene". Dig. 50, 17, 54 (Ulp, Ed 46).

(19) "Nadie puede dejar a su heredero más de lo que el mismo tenía". Dig. 50, 17, 120 (Paul, Ed 12).

En términos generales, la adquisición *a non domino* puede entenderse como aquel acto de atribución patrimonial de un objeto por parte de un sujeto que no es titular del derecho, cuyo derecho de transferir en realidad no existe[20].

En nuestro ordenamiento se han regulado diferentes supuestos heterogéneos de la adquisición *a non domino*. Encontramos el supuesto en bienes muebles[21], del heredero aparente, el de fe pública registral[22], las garantías mobiliarias *a non domino*[23], los contratos celebrados por representantes aparentes, los casos en los que existe la relación antecedente pasible de nulidad por un supuesto de simulación[24], entre otros.

### 2.3. Configuración de la adquisición *a non domino*

Es necesario indicar que las adquisiciones *a non domino* responden a un mecanismo diferente a las adquisiciones comunes, dado que el impulso arranca no de las facultades del disponente, sino de la necesidad de protección a la buena fe del adquirente[25].

Para Cariota Ferrara, el *non dominus* que transmite tiene el poder de disposición otorgado *ex lege* en virtud de la buena fe del adquirente, pero no tiene facultad de disposición[26]. Se trata de un poder de disposición ilícito que da lugar a resarcimiento a daños y perjuicios[27].

Frente a esto, Mengoni cuestiona que la ley otorgue excepcionalmente a un no titular un poder de disposición y no obstante que califique su ejercicio como ilícito[28].

Por ello, consideramos que en este caso se está tutelando la adquisición más que la transferencia[29], es decir, el hecho de que el adquirente cumpla con los requisitos de adquisición no exime de responsabilidad al vendedor que sabía que no gozaba del poder de disposición a transferir el bien, dado que existe un perjudicado que es el verdadero domino.

Este es el primer supuesto que regula el artículo 2014 que es base para el artículo VIII del Título Preliminar bajo comentario, en el cual el tercero que adquiere confiando en "la

(20) MENGONI, Luigi. *L'acquisto a non domino*. Milano, 1969, p. 1.

(21) **Artículo 948.-** "Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal".

(22) **Artículo 2014.-** "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.
La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro".

(23) AVENDAÑO ARANA, Francisco. "Garantía mobiliaria preconstituida y garantía *a non domino*". En: *Libro homenaje a Fernando de Trazegnies Granda*. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, p. 48 y ss.

(24) **Artículo 194.-** "La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente".

(25) REGELSBERGER, Ferdinand. *Der Sogennante Rechtserwerb vom Nicht-berechgten*. Iherings Jahrbücher, 1904, p. 362.

(26) CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., p. 7.

(27) Ibídem, p. 76.

(28) MENGONI, Luigi. Ob. cit., p. 32.

(29) Según VON TUHR, la validez del acto no se funda en la permisión de la ley, sino en la protección del adquirente de la buena fe. VON TUHR, Andreas. Ob. cit., p. 53. No obstante ello, se debe tener cuidado con esta argumentación, dado que la validez no se funda en estricto en la tutela de la buena fe, sino que se mide en la conformación del negocio, siendo el contrato celebrado por un dómino válido pero ineficaz inicialmente, requiriendo una serie de factores para desplegar sus efectos plenos.

legitimación" del titular registral es mantenido en la adquisición –*a non domino*– que realiza, a pesar de que luego se verifique alguna patología en la adquisición del otorgante.

Para que se configure dicha adquisición se requiere:

- Transferente debe gozar de legitimación aparente brindada por el registro.
- Adquirente debe ser tercero respecto a la primera transferencia (tracto).
- Confianza en el Registro.
- Adquirente debe tener buena fe.

### 2.3.1. Transferente debe gozar de legitimación aparente brindada por el registro

El artículo 2013 del Código Civil regula el principio de legitimación registral de la siguiente forma:

> El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme (...).

En principio, debemos tomar en consideración que en supuestos de normalidad, es decir, cuando la publicidad del Registro es plena, las adquisiciones tienen su fundamento en la legitimación causal, siendo la publicidad material una herramienta para que todos tengan acceso al contenido del registro.

En los supuestos patológicos, en cambio, la legitimación causal ha sido dejada de lado como fundamento de adquisición y el Registro busca subsanar relativamente –en función de la seguridad del tráfico– esta falta de seguridad con presunciones que son útiles para generar incentivos en los sujetos que confían en los registros a fin de que se realicen las transacciones.

Podemos graficarlo con un ejemplo:

A y B titulares extrarregistrales

A ---------- C

Inscrito Inscrito

A y B son una sociedad conyugal titular del predio. Sin embargo, solo se inscribió el predio a favor de A generándose una inexactitud registral.

A no tiene legitimación plena para transferir el bien a C.

Sin embargo, C al verificar que A es el titular registral celebra el contrato con este y logra la inscripción, dado que registralmente se presume el contenido de los asientos ciertos, gozando de una protección relativa de su adquisición.

Señalamos que la protección es relativa, porque consideramos que A al no ser titular pleno no podía transferir el bien como propio a C, por lo que el titular continúa siendo la sociedad conyugal.

El artículo 2013 no regula un supuesto de adquisición *a non domino*; sin embargo, sí forma parte de su contenido, brindando un supuesto de adquisición a través de la legitimación aparente que en este supuesto brindan los registros.

### 2.3.2. Adquirente debe ser tercero respecto a la primera transferencia (tracto)

El tercero es aquel sujeto que no es parte en los contratos. En doctrina se identifican a diferentes "terceros" denominándolos de distintas formas. El llamado tercero latino que se verifica en las dobles ventas[30], o el tercero germano, el cual se da en las transferencias lineales y sucesivas, el cual es materia del presente comentario.

Se identifica en este supuesto tres partes diferenciadas: el primer transferente (A), el segundo transferente (B, el cual adquirió de A) y el último adquirente (C).

Respecto al negocio cuestionado, es decir, el contrato entre A y B, C es tercero. Si existiera alguna patología (distinta a la falta de legitimación causal) en el contrato entre B y C, no podría aplicarse el 2014 del Código Civil.

Otro supuesto que no se aplica por no existir el tercero requerido es el supuesto de los cónyuges, en el que existe una inexactitud, dado que solo uno de los cónyuges está inscrito. Y este, sin consentimiento del otro, transfiere la propiedad del mismo a un sujeto X. En este caso, es aplicable el principio de legitimación registral, mas no así el de fe pública registral.

Esto en razón de que X no es tercero, sino parte del contrato cuestionado. Asimismo, no existe una cadena de transferencias, sino una sola supuesta transferencia en la que existe falta de legitimación por parte del vendedor. En caso X transfiriera su propiedad a otro sujeto, a quien llamaremos Y, Y sí gozaría –de cumplir con todos los demás requisitos– de la protección de la fe pública registral.

## 3. Requisitos para la protección

Una vez realizada la adquisición *a non domino*, el tercero ya es propietario teniendo todos los atributos de dicho derecho, gozando incluso de la oponibilidad *erga omnes* al ser un derecho real.

No obstante ello, dicha adquisición puede ceder, por ejemplo, en el caso de que el otorgante inscrito haya transferido a otro tercero, siendo que este último podría oponer su derecho frente al no inscrito.

| | | | |
|---|---|---|---|
| A ---------- B | | B ---------- C | |
| Inscrito | Inscrito | Inscrito | No inscrito (5/7) |
| | | B ---------- D | |
| | | Inscrito | Inscrito (5/12) |

Diversas posturas han señalado que existe antes de la inscripción del derecho del tercero, la acción reivindicatoria de A, dado que seguiría siendo titular del bien.

Discrepamos con dichas posturas por lo siguiente: tal como indicamos en las líneas anteriores, nuestra configuración del artículo 2014 dentro de nuestro sistema denota dos momentos

(30) Artículo 1135.- "Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua".

distintos. El primero, ya desarrollado, es el de la adquisición *a non domino*, la cual no requiere inscripción. Es decir, una vez configurado el primer supuesto, A dejó de ser propietario.

El segundo extremo de dicho supuesto normativo señala que "mantiene" su adquisición. Y este extremo lo interpretamos como un nivel de oponibilidad mayor.

En el caso propuesto, si C adquirió el 5 de julio como adquirente *a non domino* y no inscribió. Y, posteriormente, B (legitimado aparente) vende a D el mismo bien, y este inscribe el 5 de diciembre; el titular del inmueble será D, dado que habrá consumado el supuesto de hecho complejo que está regulado en el artículo 2014.

De otro lado, ¿D debe tener buena fe? ¿Hasta qué momento?

Consideramos que, para que se logre dicha protección, se requiere la buena fe hasta el momento de la presentación del título en el Registro, dado que una vez presentado el mismo no depende de las partes, sino de la institución registral. A esto debemos añadir, que en función de la retroprioridad la vigencia de la inscripción se retrotraerá al momento de la presentación.

## DOCTRINA

AVENDAÑO ARANA, Francisco. "Garantía mobiliaria preconstituida y garantía a non domino". En: Libro homenaje a Fernando de Trazegnies Granda. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009; AZEVEDO, Philadelpho. Registro de Imóveis. Livraria Jacintho, Río de Janeiro, 1942; BRAHM GARCÍA, Enrique. Eigentum und Enteignung im Dritten Reich. Taunus, Steinbach, 1985; CARIOTA FERRARA, Luigi. I negozi sul patrimonio altrui. Cedam, Padova, 1936; CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Los derechos reales. Tomo I. 4ª edición, Talleres Gráficos P. L. Villanueva, Lima, 1973; CASTRO, Torquato. Teoria da situação jurídica em direito privado nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. Saraiva, São Paulo, 1985; COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como proceso. José Bushatsky, São Paulo, 1976; COUTURE, Eduardo. El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1947; CUENA CASAS, Matilde. Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales. Bosch, Barcelona, 1996; DE CARVALHO, Afranio. Registro Imóveis: Comentários ao sistema de registro em face da lei N° 6015 de 1973, com as alterações da lei N° 6216 de 1975. 2ª edición, Forense, Río de Janeiro, 1977; ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLF, Martin. Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Bosch, Barcelona, 1933; GARCÍA GARCÍA, José. Derecho Registral o Inmobiliario. Tomo II. Civitas, Madrid, 1993; GORDILLO CAÑAS, Antonio. La representación aparente. Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 2ª edición, Saraiva, São Paulo, s.f.: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª edición, Saraiva, São Paulo, 2002; LADARIA CALDENTEY, Juan. Legitimación y apariencia jurídica. Bosch, Barcelona, 1952; LANGE, Heinrich. Liberalismus, Nazionalsocialismus und Bürgerliches Recht. Ein Vortrag, Tübingen, 1933; LEHMANN, Heinrich. "Doctrina del nacimiento, extinción y modificación de los derechos, doctrina del supuesto de hecho". En: Tratado de Derecho Civil. Volumen I. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; MADISON, J. Property. In the writings of James Madison. Vol. 6, 1790-1802. G. Hunt (ed.). G. P. Putnam's Sons, Nickerbocker, Nueva York, [1792] 1906; MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. "Exposición de motivos y comentarios del Libro de Derechos Reales del Código Civil". En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (comp.). Código Civil, tomo V, parte III, 3ª edición, Grafotécnica Editores e Impresores S.R.L, Lima, 1985; MEJORADA CHAUCA, Martín. "Fundamentos de la tutela de los terceros adquirientes de buena fe". En: Estudios sobre la propiedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012; MENGONI, Luigi. L'acquisto a non domino. Giuffré, Milano, 1969; MESSINEO, Francesco. I titoli di credito. Tomo I. Cedam, Padova, 1964; MONTORZI, Mario. "Nascita della fides publica". En: Rechtsgeschichte - Legal History. RG 05, 2004; OERTMAN, Paul. "Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein". En: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Vol. 95, 1930; PAES LANDIM FILHO, Francisco Antonio. A propriedade aparente (a aquisição a non domino da propiedade imóvel com eficacia translativa no código civil). Tesis de doctorado. Vol. I. São Paulo, 1992; PENTEADO, Mário de Salles. "A legitimação nos atos jurídicos". En: Revista dos Tribunais, Vol. 564; REGELSBERGER, Ferdinand. Der Sogennante Rechtserwerb vom Nicht-berechgten. Iherings Jahrbücher, 1904; SCHWAB, K. H. y

PRÜTTING, H. Sachenrecht. 32ª edición, C. H. Beck, München, 2006; SILVA DÍAZ, Martha del Carmen. "¿Por qué la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones no comprende a los títulos archivados?". En: Actualidad Jurídica. Tomo 145, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005; VON TUHR, Andreas. Teoría general del Derecho alemán. Vol. II. RAVÁ, Tito (trad.). Depalma, Buenos Aires, 1946; WESTERMANN, H. et al. Sachenrecht: ein lehrbuch. 7ª edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1998.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### Interpretación constitucional del artículo 2014 del Código Civil

*La aplicación en una decisión judicial del artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley 30313, en caso el propietario original haya sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, requiere de una motivación cualificada (STC N° 00018-2015-PI/TC).*

### CORTE SUPREMA

#### Tercero de buena fe registral

*{E}s "tercero registral" aquella persona que, sobre la base de la buena fe, adquiere a título oneroso un derecho de quien aparece en el registro con facultades para otorgarlo, y lo inscribe a continuación. Esta figura la encontramos en el artículo dos mil catorce del Código Civil, que recoge el principio de buena fe registral, y cuyo efecto inmediato es el proteger la adquisición del tercero una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos, siendo que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del registro (Cas. N° 1634-2005-Lima).*

#### La buena fe como elemento que determina el beneficio a favor del tercero

*Por consiguiente, el acto jurídico celebrado es uno que contiene un fin ilícito, esto es, contrario al ordenamiento jurídico y con el cual se pretendía despojar de sus bienes a los demandantes, a sabiendas que los datos que se encontraban en el Registro Público no se compadecían con la realidad. Así las cosas, las partes no pueden estar beneficiadas con el artículo 2014 del Código Civil, pues dicho enunciado normativo exige la existencia de buena fe, que aquí no aparece (Cas. N° 2444-2015-Lima).*

## Principio de tracto sucesivo

**Artículo 2015.-** ***Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane.***

Concordancias:
*C.C. art. 2011; R.G.R.P. art. VI; R.R.S. art. V*

**ALBERTO MENESES GÓMEZ**

El principio de tracto sucesivo también ha sido desarrollado por el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual en el artículo VI de su Título Preliminar establece que:

> Ninguna inscripción, salvo la primera se extiende sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emana o el acto previo necesario o adecuado para su extensión, salvo disposición en contrario.

Álvarez Caperochipi indica que: "Excepto la primera inscripción, que es inmatriculación, el resto de las inscripciones registrales se fundan en inscripciones anteriores (tracto sucesivo). Para inscribir o anotar títulos en el Registro deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho a favor de la persona que otorga dicho título (art. 20 LH). Cuando se presenta un título al Registro otorgado por persona distinta a la que tiene inscrita el derecho (distinta de quien figura registralmente con poder de disposición), se produce el cierre registral y la imposibilidad de inscribir (si bien se puede solicitar la anotación preventiva del título: art. 20 LH)"(1).

En este sentido, determina que "el tracto sucesivo es en consecuencia el encadenamiento causal de las inscripciones. Por medio del tracto sucesivo se pretende facilitar el conocimiento exacto del historial jurídico de una finca y los sucesivos titulares de la propiedad o derechos reales sobre la misma. El tracto sucesivo persigue traer al Registro en el mismo folio registral el conjunto de las transmisiones y gravámenes de la finca inmatriculada"(2).

Por ello, podemos indicar que todo asiento inscrito debe estar concatenado con el próximo a inscribir, vale decir, deben ser compatibles y dispuestos por el propio titular registral, salvo excepciones como medidas cautelares que son dispuestas por un juez.

No obstante, este tracto no es una cadena que no se puede romper, pues por el contrato es factible que el tracto se rompa con mucha facilidad. Siguiendo a Álvarez Caperochipi, es factible que se rompa el tracto debido a los problemas de identidad objetiva, subjetiva y causal de la inscripción.

En el caso de la identidad objetiva, podemos establecer que esta puede presentarse en el caso de modificaciones de los predios que no son llevados al Registro para su inscripción. Existen muchos casos de independizaciones, acumulaciones, edificaciones y demás que no son inscritos por los titulares registrales, lo cual genera un desfase en el tracto respecto a este tema.

En el caso de la identidad subjetiva, podemos indicar que esta versa sobre el titular registral. Es común que a la muerte del titular registral no se inscriba la sucesión o una transferencia

(1) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*. Comares, Granada, 2006, p. 152.
(2) Ibídem, p. 153.

no se inscriba o esta se inscriba defectuosamente, es decir, basta que no se inscriba una transferencia para que se rompa el tracto, todo ello va concordado con el aspecto causal, puesto que dependerá mucho de la causa para que pueda inscribirse determinado acto.

Entonces, si el derecho de quien otorga el derecho no se encuentra inscrito, no podrá inscribirse el del que adquiere, salvo que se presente también para la inscripción el título mediante el cual quien otorga el derecho lo hubiera adquirido del titular registral, esto es, tracto abreviado. Vale decir, la norma lleva consigo el tracto abreviado, el cual permite inscribir varios actos (transferencias) solicitadas por un no titular para efectos de formalizar como inscripción la última de ellas, y así tener o reanudar el tracto sucesivo, pudiendo inscribir todas las transferencias en un solo asiento de inscripción.

Lo antes indicado trae a colación el momento u oportunidad en que el otorgante del derecho debe ostentar este. Dado que nuestro sistema es declarativo, los negocios se constituyen fuera del Registro, salvo excepciones; por lo que si bien es posible que el otorgante no tenga inscrito su derecho al momento en el que lo transfiere, sí debe ostentarlo en este momento, es decir, tener el derecho para transferirlo y, luego, proceder a la inscripción del suyo y a favor del tercero al que se le transfiere.

Ahora bien, debe quedar claro que el tracto sucesivo está creado para el sistema de predios, para el sistema de folio real, en donde debe existir una plena concatenación de los asientos y de los actos que se inscriben, lo cual no sucede en el Registro de Personas, en el que rige el "acto previo" que es uno más flexible y no tan rígido como el tracto sucesivo.

Otro tema que se presenta con el tracto sucesivo es el de la anotación preventiva, permitida por el artículo 64 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, que dispone que estas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito, disponiéndose en el literal c) del artículo 65 que pueden inscribirse los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane.

Nótese, en este caso, que "(...) la justificación del principio de tracto sucesivo no es la misma para la inscripción que para la anotación preventiva. El fundamento de la anotación preventiva es la salvaguarda de derechos sobre al finca, lo que no tiene ninguna relación con la concatenación de titularidades, no con la coherencia de un tracto, el fin cautelar de la anotación se consigue con la sola identificación precisa de la finca, aunque no se identifique adecuadamente su titular registral, máxime si se trata de defender el dominio público, la reparcelación urbanística, o las propiedades frente a prácticas inmobiliarias criminales, y es posible la pluralidad de anotaciones preventivas contradictorias"[3].

De otro lado, debemos dejar constancia de que la reanudación del tracto sucesivo no ha sido regulada expresamente en nuestra legislación, por lo que se utilizan medios alternativos como la prescripción (reinicio del tracto sucesivo), títulos supletorios y otros medios de saneamiento físico legal que permiten la reanudación del tracto; solo en el caso de posesiones informales sí existe un procedimiento especial a cargo de Cofopri.

(3) Ibídem, p. 163.

## DOCTRINA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Comares, Granada, 2006; GONZALES BARRÓN, Gunther. Derechos reales. Jurista, Lima, 2005. Exposición de motivos oficial del Código Civil, publicada en la separata especial del diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 1990.

## JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Folio real y principio de tracto sucesivo

*Resulta entonces que, de acuerdo a la doctrina, el principio de tracto sucesivo es aplicable en estricto en el Registro de Propiedad regido por el sistema de folio real para procurar un historial jurídico de continuidad ininterrumpida de sucesivas adquisiciones cronológicamente eslabonada (**Resolución** N° 1241-2009-SUNARP-TR-L).*

Debe verificarse el tracto en las solicitudes de anotación de bloqueo

*[E]l derecho contenido en la solicitud de bloqueo es un acto que debe ser materia de calificación registral en cuanto a las formalidades extrínsecas del acto, así como su adecuación con la partida registral, por aplicación de los principios de tracto sucesivo y prioridad excluyente (**Resolución** N° 114-2010-SUNARP-TR-T).*

## Principio de prioridad de rango

**Artículo 2016.-** ***La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1112, 1120, 1135, 1670, 2017, 2022, 2023; C.P.C. arts. 739, 747; R.G.R.P. art. IX, 26*

ALBERTO MENESES GÓMEZ

### 1. Introducción

El principio de prioridad determina la preferencia entre los títulos presentados al Registro, todo esto bajo el axioma romano *prior in tempore, potior in iure*. En la exposición de motivos oficial del Código Civil se menciona que:

> "Este artículo reconoce el Principio de Prioridad de Rango, que es la que se produce respecto de derechos sucesivamente inscritos, con posibilidad de concurrencia registral. En este caso, los derechos inscritos no se excluyen, pero sí se jerarquizan en función de la antigüedad de su inscripción".

Como se observa, este criterio es uno netamente hipotecario, por lo que debe ser interpretado conforme a nuestra realidad y tiempo, en el que los títulos ingresaran al Registro para su calificación y posterior inscripción bajo un orden cronológico.

Este principio se desarrolla de dos maneras:

a) Prioridad preferente, entre derechos compatibles, contenido en el presente artículo bajo comentario.

b) Prioridad excluyente entre derechos excluyentes, contenido en el artículo 2017 del Código Civil.

De esta manera, el principio de prioridad en el rango determina la preferencia del titular del derecho inscrito, otorgándosele una protección especial, teniendo como premisa básica la prioridad en orden cronológico de los actos y/o derechos que se inscriben en el Registro.

Este principio también ha sido desarrollado por el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual en el artículo IX de su Título Preliminar establece que:

> "Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emana, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario".

Por ello, la prioridad de rango registral está determinada no por la fecha de la inscripción del acto y/o derecho, sino por la fecha, la hora, el minuto y el segundo en que el título que lo contenía fue presentado al Registro, en la medida que los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha, la hora, el minuto y el segundo de la presentación del título.

Cabe mencionar que el segundo párrafo del artículo 26 del indicado Reglamento dispone la incompatibilidad de un título con otro ya presentado, cuando la eventual inscripción del primero excluya la del presentado en segundo lugar.

Como se podrá observar, el presupuesto básico para estar amparado por este principio es que el título se encuentra inscrito, puesto que de estar en proceso de calificación registral no se podrá aplicar este principio, debiendo solamente suspenderse el segundo título hasta que culmine la calificación registral del primero.

De otro lado, deben considerarse los inconvenientes que se presentaban con el tema de discusión judicial sobre el embargo y el derecho de propiedad, cuando el embargo se inscribía primero, lo cual ha sido resuelto en el VII Pleno Casatorio Civil emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República, el cual pese a tener algunos cuestionamientos ha puesto fin a la discusión estableciendo básicamente que este principio no es aplicable y que debe considerarse la fecha más antigua del título de adquisición y/o del embargo, pudiendo estar el título contenido en un documento de fecha cierta y fuera del Registro.

## 2. ¿Prioridad de rango en el mejor derecho de propiedad?

Ahora bien, debemos dejar constancia de que esta prioridad que se otorga solo puede ser establecida o determinada para actos y/o derechos que se inscriban en el ámbito registral, puesto que en el ámbito del Derecho Civil el derecho se determina por la fecha de la constitución de este, lo cual no siempre es concordante con la fecha de la inscripción registral.

Al respecto, se considera que dado que una persona inscribió o matriculó primero el predio ostenta legítimamente el derecho de propiedad de este frente a una que inscribió o matriculó con posterioridad, sin considerar otro tipo de criterio, valorándose solamente el cronológico.

Sin embargo, "(...) un presupuesto fundamental de la prioridad registral: todos deben estar en la misma condición y posibilidad de inscribir. Solo así es justo premiar a quien lo hace primero. Este presupuesto obviamente no se cumple en los casos de duplicidad de partidas, porque los titulares y sus adquirientes no saben que hay otra competencia paralela en la que se corre por el mismo premio. No hay competencia justa y, por lo tanto, privilegio sustentable si los "atletas" económicos ignoran los otros escenarios y solo actúan en el espacio (partida) que consideran único. Cuando hay duplicidad registral, en supuesto de buena fe claro, los titulares de cada partida creen que la suya es la única"[1].

Es necesario considerar que la primera inscripción ha debido tener algún defecto para que el Registro no pueda tener plenamente identificado al predio, trayendo como consecuencia que luego se logre inscribir en otra partida la misma área de terreno.

En esta línea, se dice que se puede alegar que la primera inscripción debe ser la que vale, en tanto fue la primera, pero debe considerarse que esta primera inscripción tuvo defectos al no haberse determinado con certeza el área, los linderos y las medidas perimétricas del predio, lo cual después generó que se establezca una superposición. "(...) Si ni el propio Registro pudo detectar la irregularidad, cómo se pretendería que lo hagan los administrados. En tales circunstancias no es legítimo preferir al gestor de la primera partida"[2].

Gonzales Barrón analiza la duplicidad de partidas desde su aspecto formal y sustancial, indicando sobre el primero, que bien podría establecerse como la aplicación del principio de prioridad: "Por tanto, la solución formal será compatible con la Constitución siempre

(1) MEJORADA CHAUCA, Martín. "Mejor derecho de propiedad en la duplicidad de partidas". En: *La propiedad. Mecanismos de defensa*. Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 100.

(2) Ibídem, p. 101.

que se mantenga en esos estrictos límites, es decir, su finalidad se circunscriba a cerrar una de las partidas –la más reciente– para que no continúen extendiéndose inscripciones en ella, con la consiguiente agravación del problema; empero, tal cierre no prejuzga la titularidad del derecho de propiedad, que es una cuestión de Derecho Civil, y no Registral, conforme lo ha reconocido la STC N° 649-2002-AA/TC, en cuanto rechaza que la antigüedad de las inscripciones sea un criterio suficiente para dilucidar los derechos"[3].

Nótese que el criterio cronológico o de antigüedad de las inscripciones, vale decir, principio de prioridad, no es uno que permita establecer con certeza el mejor derecho de propiedad entre dos personas que se irrogan la titularidad de un predio. En efecto, al analizarse el principio de prioridad, se puede establecer que este se encuentra dirigido a solucionar los problemas que se pudieran presentar entre derechos que nacen o son otorgados por el propio Registro, por ejemplo, la hipoteca, lo cual no acontece en el caso del derecho de propiedad.

Por tanto, debe dejarse establecido que el principio de prioridad no define el mejor derecho de propiedad, sino solamente la prioridad respecto de los derechos que otorga el propio Registro, siendo que el derecho de propiedad se adquiere y otorga extrarregistro –el registro no tiene la calidad de constitutivo en lo que respecta a predios– no pudiéndose optar por su aplicación para resolver el problema de la duplicidad de partidas; por lo que **solo operaria al interior de cada partida, respecto de los actos que se inscriben en ella, pero no para los actos inscritos en otras partidas del mismo bien**[4].

Desde este contexto, las normas o principios registrales no son los criterios adecuados para resolver el mejor derecho de propiedad en caso de duplicidad de partidas o doble matriculación, en tanto escapa de su esfera de control, ya que el derecho de propiedad no nace o se crea en lo que publicita el Registro, sino fuera de este.

Gonzales Barrón, definiendo el aspecto sustancial de la duplicidad de partidas, menciona que debe descartarse la preferencia registral como criterio prevaleciente, ya que es un tema demasiado complejo, debiendo aplicarse las soluciones del Derecho Civil puro. Citando a Álvarez Caperochipi, señala que se debe recurrir a las normas civiles de "detentación real, preferencia posesoria, acción reivindicatoria y prescripción adquisitiva"[5]. Para sustentar su posición, Gonzales Barrón[6] se basa en lo indicado por:

> Luis Arrieta Sevilla: "Esta contradicción supone una anomalía de tal magnitud en el funcionamiento del Registro que hace quebrar los principios básicos de la protección tabular. La doble inmatriculación produce la recíproca neutralización de los principios hipotecarios que protegen los folios registrales como consecuencias de la defensa contradictoria que dispensa el principio tabular de legitimación".
>
> Manuel Albaladejo: "La única regla sencilla y general formulable aquí, es la de que para decidir en cada caso, partiendo de que la aplicación de los preceptos registrales no resuelve el tema, porque se enfrentan dos posiciones igualmente defendibles según esos preceptos (cada una a base de una inmatriculación), como quiera que ambas se anulan recíprocamente, no hay sino (que) aplicar –por lo que toca al conflicto– los preceptos

(3) GONZALES BARRÓN, Gunther y QUINTANA LIVIA, Rosa. *La primera inscripción o matriculación en el Registro de Predios*. Juristas, Lima, 2014, p. 246.
(4) MEJORADA CHAUCA, Martín. Ob. cit., p. 101.
(5) GONZALES BARRÓN, Gunther y QUINTANA LIVIA, Rosa. Ob. cit., p. 247.
(6) Ibídem, pp. 247-248.

civiles que serían adecuados en defecto de que los derechos enfrentados gozasen de protección registral".

Manuel Peña Bernaldo de Quirós: "El adquiriente en virtud de título otorgado por uno de los dueños (conforme al Registro de la Propiedad) no puede apoyarse en la fuerza legitimadora del Registro porque se neutralizan los efectos de las inscripciones contradictorias. La colisión entonces se resolverá por las reglas del Derecho común, con exclusión de la Ley Hipotecaria".

Cabe indicar que el propio artículo 60 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos establece que la normativa registral no declara la invalidez de los asientos, por lo que no reconoce el mejor derecho de propiedad(7). Es decir, se determina que esta norma no otorga el mejor derecho de propiedad, en tanto con o sin el cierre de partida no se establece la invalidez de los asientos registrales, correspondiéndole al juez determinar ello; motivo por el cual, las normas registrales no permiten determinar de forma correcta al verdadero y legítimo propietario de un predio.

Desde este contexto, queda claro que la normativa registral no resulta aplicable para solucionar la duplicidad de partidas, cuando los derechos se crean o nacen fuera del Registro, debiendo resolverse únicamente con criterios puramente civiles.

## 3. Solución con criterios civiles

Habiendo quedado establecido que, a nivel doctrinario, la posición que la patología de la duplicidad de partidas o doble matriculación se resuelve con nomas netamente civiles y no registrales, pasaremos a detallar las propuestas de solución que se indican:

Para Mejorada Chauca, el mejor derecho de propiedad se resuelve determinando quién tiene un título válido y eficaz, precisando que puede darse el caso de que ambos pretendientes tengan un título válido, pero ambos no podrán tener la eficacia de este. Por ello, determina que la eficacia tiene dos soportes(8):

(7) Véase las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional:
Sentencia N° 155-2001-AA/TC:
El cierre de partida no implica la corrección ni la invalidez del contenido de la inscripción, puesto que el mejor derecho de propiedad se dilucida a nivel judicial.
Sentencia N° 649-2002-AA/TC:
7. En el caso de autos, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 171 del Reglamento de los Registros Públicos al establecer que, ante supuestos de duplicidad de inscripciones, el registrador se encuentra autorizado para cerrar la partida correspondiente, por ser la menos antigua, resulta incompatible con la Constitución Política del Estado, pues del examen del mismo no se advierte ninguna razón que justifique un trato desigual, ni que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables, sino que, por el contrario, ese trato genera consecuencias diferentes entre la recurrente y Enace, entidad con la que precisamente se genera la duplicidad de inscripciones materia de la demanda.
8. A juicio de este Tribunal, dicha disposición es incompatible con la Constitución, pues el término de distinción establecido por el referido artículo 171 –cierre de la partida menos antigua y prevalencia de la mayor–, no tiene una causa objetiva y razonable que fundamente la desigualdad, ni tampoco una debida justificación respecto del por qué, de la misma, toda vez que se generen consecuencias distintas entre las partes. En efecto, la Oficina Registral, con tal decisión, esto es, la de cerrar solo una de las partidas –y no afectar la otra–, por el hecho que una sea de mayor antigüedad, privilegia a una de las partes con respecto a la ora, pues la que no ha sido objeto de cierre, al disponer de su inmueble y para efectos registrales, podrá logara su inscripción lo que no puede hacer la actora, tanto más, cuando entre ellas podría estar dilucidándose, en vía ordinaria, la controversia respecto del mejor derecho de propiedad.

(8) Mejorada define a la eficacia, para este efecto, "simplemente la virtud de la fuente de producir el efecto deseado por los sujetos, por ejemplo, en una compraventa de propiedad el efecto deseado es transferir efectivamente la

i) Que el bien esté en manos del originalmente asignado por un título válido, esto es, el primer propietario reconocido por el sistema legal, o de alguien que haya derivado su derecho de aquel (regla).

ii) Que el bien esté en manos de quien ha sido asignado de modo imperativo (sin la participación del primer titular o sus sucesores), por mandato de la ley, la sentencia o el acto administrativo firme, este es el caso, por ejemplo, del adquiriente por expropiación, usucapión o fe pública registral (excepción).

De estos soportes, se puede establecer que todo gira en torno a determinar en manos de quién está el predio. Es decir, quién ostenta la posesión, para luego sumarlo o adherirlo a su título válido, lográndose determinar quién ostenta el título válido y eficaz. Asimismo, indica que primero se deben analizar todos los títulos hasta el primigenio, para ver cuál de ellos es válido y eficaz, y luego examinar excepciones, expropiación, usucapión, entre otros.

Por su parte, Pasco Arauco señala que, "(...) necesariamente, para resolver un caso de MDP, el juez debe analizar la validez y eficacia de los títulos de los cuales derivan los derechos de propiedad confrontados. De lo contrario, ¿con base en qué se podría determinar cuál de los derechos debe prevalecer?"[9]. Asimismo, agrega que, "[s]i el juez resolvió el tema de las partidas con base en la antigüedad, probablemente es porque consideró que el 'mejor derecho de propiedad' se resuelve desde la antigüedad de las inscripciones. En realidad, son otros los criterios que deben emplearse a nivel judicial para resolver una duplicidad registral, tales como la validez de los títulos invocados por cada una de las partes, la posesión que haya ejercido alguna de ellas a efectos de determinar si consolidó o no a su favor la prescripción, etc."[10].

Gonzales Barrón menciona que el Código Civil ha establecido tres reglas para solucionar este problema:

i) La usucapión siempre vence (art. 952);

ii) A falta de usucapión, cuando se trata de cadenas de transmisiones duplicadas, contradictorias entre sí, que no tienen el mismo origen, entonces se necesita determinar quién es el propietario original, para luego de una serie ordenada de transferencias, todas ellas válidas, se llegue hasta el titular actual (arts. 949, 660);

iii) A falta de usucapión, cuando las cadenas de transmisiones duplicadas derivan del mismo origen, entonces la propiedad debe buscarse en este titular, pero, luego, a partir de allí, la ley establecerá reglas racionales de solución (la primera inscripción, el título más antiguo, la primera tradición, ex arts. 1135, 1136, 2022)

En caso de que alguno de los titulares registrales (duplicados) haya completado la usucapión, entonces se tratará sin dudas del propietario. Por el contrario, a falta de posesión por el plazo legal, o si es que no pudiese probarlo, entonces se aplicará la regla iii), pues, por definición, la existencia de dos partidas registrales con titulares diferentes conlleva que cada uno de estos se origina en cadena de transmisiones paralelas, sin causante común[11].

propiedad".

(9) PASCO ARAUCO, Alan. *Derechos reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 243.

(10) Ibídem, p. 271.

(11) GONZALES BARRÓN, Gunther y QUINTANA LIVIA, Rosa. Ob. cit., pp. 252-253.

También, menciona como ideas fuerza que es factible utilizarse criterios como la cadena civil más antigua, pero con posesión, reglas técnicas complementarias (títulos débiles o fuertes), doble venta.

De los criterios antes indicados, se puede concluir que todos tienen relación o se asemejan en considerar que:

- El criterio cronológico no es aplicable para resolver la doble matriculación o duplicidad de partidas.
- Debe primar quien ostenta el título válido y eficaz.
- La posesión del predio determina que el título que se ostenta sea eficaz.
- El predio debe estar plenamente determinado y/o identificado.
- Se debe verificar la cadena de transmisiones para determinar al propietario original.

Por tanto, el mejor criterio para determinar quién ostenta realmente el mejor derecho de propiedad no es el criterio cronológico, sino los criterios del propietario original, validez y eficacia del título, y el de cumplimiento de la usucapión, conforme al siguiente detalle:

a) Propietario original del predio: es necesario revisar la cadena de transmisiones del predio para llegar al propietario primigenio, en tanto pueda determinarse. La posesión del predio puede favorecer o desfavorecer al propietario original.

b) Validez y eficacia del título: se debe contar con un título de propiedad plenamente válido y que sea eficaz, esto es, que permita tener el control del predio mediante la posesión efectiva. Para todo esto, el predio debe estar plenamente identificado y/o delimitado.

c) Cumplimiento de la usucapión: en tanto es un modo originario de adquirir la propiedad y siempre vence al tenerse el control real del predio.

Nótese, en cualquier caso, que el predio debe estar plenamente identificado y delimitado para poder ser considerado como tal.

Debe dejarse establecido que la buena fe registral (art. 2014 del Código Civil) no es aplicable para este tipo de caso, en tanto sus presupuestos aplican para un caso distinto, en donde se dan transferencias sucesivas respecto de un mismo bien, inscrito en una sola partida, lo cual no se presenta en la duplicidad de partidas. Por ello, se señala que "(...) dicha norma podría ser aprovechada por ambos titulares: la asociación podría sostener que confió en la información que publicitaba la partida registral en donde inscribió su derecho, constatando que en ella aparecía como titular registral la persona que le transfirió la propiedad, sin que por ningún lado pareciera publicitado el derecho de Cofopri. Este último, por su cuenta, podría sostener que también confió en la información que corría inscrita en la partida donde finalmente inscribió su adquisición, sin que de dicha partida se lograra apreciar la existencia del derecho de propiedad a favor de la asociación"[12].

(12) PASCO ARAUCO, Alan. Ob. cit., p. 282.

## 4. Efecto de la solución civilista

El principal efecto de la solución civilista es la determinación correcta del legítimo propietario de un predio, en la medida que permite analizar la controversia de la duplicidad de partidas o duplicidad de títulos desde el fondo de este. En efecto, al ingresar a analizar y valorar no solo la inscripción registral, sino los títulos de cada uno de los titulares y los hechos conexos, se logra determinar de forma correcta quién ostenta válida y legítimamente el derecho de propiedad del predio, evitando, de este modo, otorgarlo o reconocerlos a personas ajenas o que solo tratan de adueñarse de predios aplicando los vacíos que tiene la legislación y/o en algunos casos abusando del derecho que en algún momento les correspondió.

## 5. ¿Qué criterio aplica la Corte Suprema?

La Corte Suprema ha venido resolviendo este tipo de procesos de mejor derecho de propiedad sin establecer correctamente cuál es el criterio para resolver este problema, aplicando de forma mayoritaria el criterio registral de una forma simple y sin analizar realmente el impacto de este criterio. En efecto, en la **Casación N° 20230-2015-San Martín** se señaló que:

> "Décimo octavo: A efecto de dilucidar quién ostenta el mejor derecho de propiedad en el presente caso, ante la existencia de dos títulos contradictorios sobre un mismo inmueble y que a la vez se encuentren inscritos en registros públicos, corresponde aplicar los artículos 2012, 2016 y 2022 del Código Civil, conforme a los cuales; se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; la prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro; y para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos (como el de propiedad), es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone; respectivamente.
>
> (...)
>
> Vigésimo: (...) atendiendo a que el presente caso se trata de una duplicidad registral, mas no la concurrencia de derechos en un mismo tracto sucesivo (en una misma partida registral), supuesto en el cual, *sí* debe prevalecer el principio de buena fe registral, más aun si, en el caso de autos, no solo los demandados han actuado bajo dicho principio, sino también la parte demandante; por lo que la aplicación del citado artículo 2014 deviene en indebida, al no estar relacionada con la solución de la presente controversia, deviniendo en fundada la segunda causal casatoria".

Empero, también existen casaciones (pocas) en las que los jueces supremos se inclinan por considerar al criterio civilista como el correcto para dilucidar la pretensión de mejor derecho de propiedad. Véase:

**Casación N° 2668-2014-Lima:**

> "Octavo: En esas circunstancias, teniendo conocimiento de la inexactitud de los Registros Públicos, no puede beneficiarse a los codemandados con el amparo registral: las inscripciones allí existentes ceden a la realidad cuando hay ausencia de buena fe y debe aceptarse la inexistencia de esta cuando conociéndose de las diferencias entre lo inscrito y lo verdadero, no se guarda la diligencia debida para conocer a que se debe dicha distinción".

**Casación N° 10802-2014-Lima Sur:**

"Sexto: De lo expuesto, se advierte defecto de motivación en la sentencia recurrida al circunscribir su pronunciamiento solo en lo que aparece en los asientos registrales, lo que le ha llevado a obviar el análisis y valoración de la prueba documental esencial que consta en los títulos archivados que obran en autos, los que si bien dieron lugar a los asientos registrales respectivos, las partes han alegado que en ellos consta su derecho de propiedad; la ausencia de valoración de la prueba mencionada afecta el derecho al debido proceso de las partes, en lo referido al derecho a la prueba y su valoración; lo que vicia de nulidad la recurrida, que es preciso corregir.

Sétimo: (...) en estricto, la determinación de tal derecho no debe únicamente circunscribirse a lo que aparece en las fichas o partidas registrales, sino, esencialmente de lo que emane del caudal probatorio documental que consta en cada uno de los títulos archivados que dieron finalmente lugar a las respectivas inscripciones registrales; ello en atención a que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de propiedad inmobiliario no es constitutivo en el Registro Público; en todo caso, la información que mena de los asientos registrales permite la protección de los derechos que los terceros adquieren de buena fe.

7.2.- (...) al respecto Moisés Arata Solís, señala [que]: "Nada dice la ley sobre la forma de resolver la controversia para el supuesto en el que los títulos en conflicto no provienen del mismo transferente sino dedos titulaciones paralelas (...)". Agrega el citado jurista que: "Las líneas jurisprudenciales que se siguen en los procesos de mejor derecho de propiedad en orden a definir lo que es materia de probanza en dichos procesos, tanto cuando se discuten títulos provenientes de un mismo transferente como cuando los mismos provienen de distintas titulaciones, pueden sintetizarse así: i) La probanza no debe estar orientada a discutir la validez de los títulos[,] sino su oponibilidad frente a terceros interesados; ii) Es necesario demostrar que se cuenta con un título válido y apto para la adquisición del dominio; iii) Se debe acreditar la identidad del bien; iv) Acreditar que se goza de un nivel preferente de formalización o publicidad de la titularidad respecto al del adversario o tener una razón para desvirtuar el del adversario; v) La prevalencia del título que goza de la prioridad en el acceso al registro, supone que en el proceso no se desvirtúe la presunción de buena fe del titular inscrito; vi) Otra excepción a la prevalencia del título inscrito es la sobreviviente ineficacia de dicho título (...)".

En este contexto, puede verse que la Corte Suprema no tiene plenamente definido qué criterio aplicar para resolver la pretensión de mejor derecho de propiedad, respecto de una duplicidad de partidas. Sin embargo, como se ha podido explicar líneas arriba, para resolver el mejor derecho de propiedad en el caso de duplicidades de partidas, deben aplicarse los criterios civiles y no registrales, en la medida que el derecho de propiedad no está sujeto al criterio cronológico de la inscripción registral, al nacer o crearse fuera de este.

## DOCTRINA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Comares, Granada, 2006; Exposición de motivos oficial del Código Civil, publicada en la separata especial del diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 1990; GONZALES BARRÓN, Gunther y QUINTANA LIVIA, Rosa. La primera inscripción o matriculación en el Registro de Predios. Juristas, Lima, 2014; GONZALES BARRÓN, Gunther. Tratado de Derecho Registral Inmobiliario. Jurista, Lima, 2004; MEJORADA CHAUCA, Martín. "Mejor derecho

de propiedad en la duplicidad de partidas". En: La propiedad. Mecanismos de defensa. Gaceta Jurídica, Lima, 2014; MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. Comentarios a los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral. Praeter Legem, Lima, 2017; PASCO ARAUCO, Alan. Derechos reales. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

Principio de prioridad registral

*{E}l segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil prescribe una excepción al principio de prioridad previsto por el artículo 2016 del referido código, esto es, que si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común; lo que significa que la inscripción de un derecho personal en los registros no convierte a este en real, sino que conserva su carácter. De tal modo que, ante la concurrencia de un derecho real con otro de distinta naturaleza, prevalece el primero con prescindencia del tiempo de la inscripción; ello por aplicación del derecho común que por mandato del referido artículo se impone al derecho registral (Cas. N° 638-2006-Lima).*

## Principio de prioridad excluyente

**Artículo 2017.-** *No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior.*

Concordancias:
*C.C. art. 2016; R.G.R.P. arts. X T.P., 26, 29 y 47*

**JORGE LUIS GONZALES LOLI**

Este artículo se refiere al principio de prioridad excluyente. Para este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 2016 del Código Civil, los actos o derechos contenidos en los títulos en conflicto son incompatibles entre sí, por lo que no procede la inscripción de ambos y la determinación de su preferencia y rango, sino que la inscripción o presentación del primero determinará el "cierre registral" respecto al presentado en segundo lugar.

Lacruz Berdejo expresa respecto al "cierre registral" que: "La regla de prioridad no tiene como único resultado, en su relación con el Registro, establecer un orden en la protección de cada uno de los derechos compatibles inscritos, por fechas de presentación, sino cerrar los libros a los derechos incompatibles con el que se halla ya registrado".

En nuestro Derecho nacional, el cierre registral de un nuevo título incompatible puede originarse respecto a:

a) Un título anterior ya inscrito, lo que determina un cierre definitivo, puesto que por regla general la vigencia de los asientos de inscripción no se encuentra sujeta a plazo alguno.

b) Un título anterior anotado preventivamente, solo en ciertos casos especiales en que la anotación preventiva determina la imposibilidad de extensión de nuevos asientos incompatibles, como ocurre en el bloqueo registral, la incautación, las medidas cautelares de no innovar o las inhibiciones de disponer o gravar, entre otros casos. Sin embargo, la regla general respecto a las anotaciones preventivas se encuentra prevista en el artículo 67 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, el Reglamento), en el sentido de que ellas no generan efectos excluyentes respecto a nuevos asientos de inscripción, siempre que las normas que las regulan no establezcan expresamente lo contrario.

c) Un título simplemente presentado con fecha anterior, en cuyo caso el "cierre registral" será provisional, en cuanto de no inscribirse este y caducar la vigencia de su asiento de presentación, cesarán los efectos del cierre registral, permitiéndose la inscripción del título incompatible presentado en segundo lugar. Claro que, si se produce la inscripción del primero, el cierre se tornará definitivo.

Algunos autores confunden o asimilan el contenido del principio de prioridad excluyente con el principio de tracto sucesivo, en cuanto la existencia de un título anterior impide la inscripción de otro posterior. Sin embargo, dicha apreciación es inexacta, en cuanto el principio de tracto sucesivo está referido a la observancia de una cadena de transmisiones como un requisito para nuevas inscripciones, mientras que el principio de prioridad excluyente regula los efectos de los títulos inscritos, anotados o presentados respecto a otros incompatibles.

Como siempre, resulta ilustrativa la opinión de García García, quien refiriéndose a ambos principios regulados en la Ley Hipotecaria española indica que: "Aunque exista el artículo 20 LH (principio de tracto sucesivo) el artículo 17 LH (prioridad excluyente) es imprescindible,

sencillamente porque el artículo 17 se refiere a los títulos de igual o anterior fecha al que está inscrito, anotado o presentado en el Registro, y en cambio, el artículo 20 LH (principio de tracto sucesivo) se refiere a los títulos otorgados por persona distinta del titular registral, es decir, por persona que no tiene ya facultad legitimadora dispositiva desde el punto de vista registral (...). Si solo existiera el artículo 20 cabría dudar del alcance de este precepto respecto a esos títulos de fecha anterior, pues no faltaría quien interpretase que el precepto se refiere solo a los títulos de fecha posterior, ya que se está pensando en la salvaguardia del titular registral desde la perspectiva de que solo los actos dispositivos realizados por el mismo pueden acceder al Registro".

Este principio de prioridad excluyente encuentra también su regulación en el artículo X del Título Preliminar del Reglamento, el cual supera la imperfecta redacción del artículo 149 del derogado Reglamento General de los Registros Públicos, que establecía que "encontrándose vigente el asiento de presentación no podrá inscribirse ningún título referente a la misma partida o asiento". Dicha formulación existente en la reglamentación abrogada, aplicada de manera mecánica, no distinguía entre títulos compatibles o incompatibles, por lo que muchas observaciones registrales denegaban inscripciones por la mera existencia de títulos anteriores, sin entrar al (necesario) análisis de su compatibilidad o incompatibilidad. Ello, si bien había sido superado por la jurisprudencia registral mediante aplicación concordada de dicho artículo con el artículo 2017 del Código Civil y el artículo 66 del entonces vigente Reglamento de las Inscripciones, continuaba generando observaciones innecesarias, que carecían de sustento legal alguno.

La redacción vigente del artículo X del Título Preliminar del Reglamento, al señalar que: "No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito o pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha", delimita claramente que solo los títulos **incompatibles** anteriores producen el efecto de cierre registral, bien sea temporal (título anterior en trámite) o definitivo (título anterior ya inscrito). Inclusive, el artículo 26 del Reglamento precisa con claridad qué se entiende como título incompatible con otro ya presentado, cuando los mismos "están referidos a actos o derechos excluyentes entre sí".

Resulta importante indicar que la incompatibilidad debe ser absoluta y no fundarse en supuestos de aparente imposibilidad por dificultades de técnica registral. Así, en una interesante jurisprudencia del Tribunal Registral de la Sunarp (Resolución N° 131-2001- ORLC/TR de fecha 27 de marzo del 2001), se encontraba pendiente la inscripción de una medida cautelar innovativa y se presenta, posteriormente, una solicitud de independización de las distintas unidades inmobiliarias que conformaban el predio afectado por la medida cautelar. El registrador observó el título de la independización sosteniendo que, si se independizaran las unidades inmobiliarias, ellas no guardarían relación con el mandato judicial. El Tribunal Registral revocó la observación precisando que: "(...) debe entenderse que dos títulos son incompatibles cuando existen circunstancias que determinan que la inscripción o anotación de uno de ellos conlleva la imposibilidad de la inscripción o anotación del otro, circunstancia que puede consistir en la oposición o identidad entre los actos que integran los títulos respectivos (...) aun en el supuesto de que el órgano jurisdiccional con conocimiento de la falta de adecuación con el antecedente registral ordene la anotación de la medida cautelar innovativa, esta no afecta o no es incompatible con la rogatoria materia de alzada, puesto que, en tal caso, el registrador público en virtud del llamado arrastre de cargas, deberá proceder a dejar constancia en las partidas registrales abiertas, con motivo de las independizaciones, en el rubro respectivo, de todas y cada una de las cargas y gravámenes que recaían sobre el predio matriz".

En tal sentido, la incompatibilidad entre títulos presentados a calificación registral implica la imposibilidad de inscripción del segundo si se inscribe el primero, para determinar la aplicación de la prioridad excluyente. No son incompatibles, tampoco, los títulos presentados en forma contraria a su ordenamiento correcto (por ejemplo, primero se presenta la compraventa de un lote subdividido y luego la solicitud de inscripción de subdivisión), puesto que se tratará más bien de títulos conexos, en los que, inclusive, sería posible su calificación simultánea, siempre que concurran los supuestos establecidos en el segundo párrafo del artículo 47 del Reglamento. La verdadera incompatibilidad entre títulos presentados debe evaluarse restrictivamente, puesto que ella determinará, además de la observación correspondiente, la suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación del ingresado en segundo lugar, conforme al inciso a) del artículo 29 del mencionado Reglamento.

Debe mencionarse también, que tampoco podría sustentarse una incompatibilidad entre títulos presentados al Registro, en la aplicación literal del artículo 47 del Reglamento ("Los asientos de inscripción referentes a una partida se extenderán en estricto orden de presentación de los respectivos títulos, salvo los casos de títulos conexos"). Dicho artículo solo determina el orden de prelación en que deberá efectuarse la atención (calificación) de los títulos presentados, sin que pueda dar lugar a que como (lamentablemente) ocurría, sirviera de indebido argumento para que un registrador denegase la inscripción de un título presentado por el mero hecho de existir uno anterior, sin distinguir si el mismo era compatible o incompatible. Tal mala práctica registral ha sido actualmente solucionada por el Tercer Pleno del Tribunal Registral de la Sunarp, que ha establecido como precedente de observancia obligatoria (publicado el 5 de julio de 2003 mediante Resolución N° 009-2003-SUNARP/SA) el siguiente: "El artículo 47 del Reglamento General de los Registros Públicos debe interpretarse en concordancia con los artículos 26 y 29 del mismo Reglamento, es decir, en el caso que un título presentado con posterioridad no sea incompatible con uno anterior pendiente de inscripción referente a la misma partida, debe procederse a su calificación y de ser positiva a su inscripción; y en el caso de ser incompatible, debe procederse a la calificación y suspensión del asiento de presentación del título posterior".

Por el contrario, si el Área de Catastro en aquellos casos en que deba emitir un informe técnico para de descartar supuestos de superposición de área (en aplicación del artículo 11 del Reglamento de Inscripciones de Registros de Predios, aprobado por Resolución N° 097-2013-SUNARP/SA) no pueda determinar si dos títulos de inscripción son incompatibles, entonces en estos casos si deberá proceder a la suspensión. Así lo ha establecido el Tribunal Registral en la Resolución N° 1013-2008-SUNARP-TR-L del 19 de setiembre del 2008, criterio que constituye precedente de observancia obligatoria. Este criterio señala: "Cuando por falta de planos u otra información técnica en el título presentado en primer lugar en el Área de Catastro no pueda determinar si es incompatible o no con el presentado en segundo lugar, deberá procederse a la suspensión de este último a fin de no afectar el principio de prioridad registral".

Cabe agregar que dicho precedente fue precisado por el Acuerdo Plenario adoptado en el LII Pleno Registral, realizado el 29 de octubre de 2009, en siguiente sentido: "Cuando se solicite la inscripción de un acto al amparo del Decreto Supremo N° 24-94-PCM, la determinación de la existencia de títulos pendientes de inscripción, provoca que se suspenda el plazo de vigencia del asiento de presentación del título hasta que se evalúe si los títulos pendientes son o no incompatibles, con el objeto de cautelar la prioridad registral".

Concluyendo el análisis de este artículo, debe indicarse que, aunque el registrador (por negligencia o dolo) no hubiera respetado el cierre registral provisional derivado de la existencia de un asiento anterior incompatible, procediendo a registrar el título incompatible presentado posteriormente, siempre será posible la inscripción del presentado en primer lugar. Ello, sin perjuicio de las graves responsabilidades en que pueda haber incurrido el registrador, se encuentra expresamente previsto en el tercer párrafo del artículo 47 del Reglamento, que brinda una solución (cuando menos registral) a un supuesto evidentemente "patológico", en el que un error registral no debe perjudicar el derecho preferente de quien accedió primero a la prioridad registral.

## DOCTRINA

GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II, Civitas, Madrid, 1993; LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. Elementos de Derecho Civil III: Derecho Registral Inmobiliario. 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1991.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

Principio de impenetrabilidad registral: finalidad

*{E}s conveniente hacer la distinción entre el principio de prioridad registral con el de impenetrabilidad registral. Sobre este último principio, Elena Vivar Morales señala que va dirigido a la labor del registrador, es decir, lo lleva a inhibirse de practicar una inscripción registral, cuando hay anotado en la partida registral un asiento de presentación de otro título, referido al mismo inmueble, que se encuentre con asiento de presentación vigente y es incompatible con el nuevo. Esto quiere decir que el registrador deberá abstenerse de la inscripción mientras no se produzca el vencimiento del asiento de presentación del título anotado en la partida (Cas. Nº 4619-2008-Cañete).*

# TÍTULO II
# REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

## Primera inscripción de dominio

**Artículo 2018.-** *Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, títulos supletorios.*

Concordancias:
*C.C. art. 2015; C.P.C. arts. 20, 486 inc. 2), 504 y ss.; LEY 27755 art. 1 y ss.*

FRANCISCO AVENDAÑO ARANA

### 1. Inmatriculación y la prueba de la propiedad con títulos por cinco años

La inmatriculación es el acto por el que se incorpora un predio al Registro y se realiza con la primera inscripción de dominio, salvo disposición legal distinta. Hay que distinguir entre inmatriculación y primera de dominio. La inmatriculación es el ingreso de un predio al Registro. La primera de dominio es la inscripción –la primera– donde consta el derecho del titular. En Perú, la inmatriculación se realiza con la primera inscripción de dominio. No puede ingresar un predio al Registro si no se inscribe el derecho de propiedad del titular sobre dicho bien.

El ingreso de un predio al Registro supone un procedimiento destinado a asegurar de un lado la descripción y la ubicación del bien y de otro que el derecho de propiedad del titular esté debidamente acreditado. Es decir, para inmatricular una propiedad hay que identificar el bien y el titular debe probar su derecho de propiedad. Sobre esto último trata el artículo 2018 del Código Civil.

¿Cómo se prueba la propiedad en Perú? La propiedad se prueba a través de la prescripción adquisitiva de dominio. La prescripción adquisitiva o **usucapión** es un modo de adquirir la propiedad, mediante la posesión de un bien de manera continua, pacífica, pública y como propietario, durante un tiempo determinado. Los inmuebles se adquieren a los diez años de posesión, y si median justo título y buena fe, el plazo se reduce a cinco (art. 950 del Código Civil).

Ahora bien, no obstante que a través de la prescripción el poseedor ilegítimo se convierte en propietario, en realidad ella se utiliza como medio de prueba del derecho de propiedad. Imaginemos que se exige a un propietario que pruebe que lo es. Tendría que exhibir su título de adquisición, pero eso no sería suficiente porque tendría que demostrar que su enajenante también era propietario, y así sucesivamente. La investigación retrospectiva no terminaría nunca si no existiese la prescripción. Habiendo esta, no tiene objeto examinar lo ocurrido cuando el plazo ya ha transcurrido. No es que el propietario haya adquirido el bien mediante la prescripción, sino que a través de ella prueba su derecho de propiedad[1]. El bien

(1) AVENDAÑO, Jorge. "El Registro Predial y la seguridad jurídica en los predios rústicos". En: *Themis - Revista de Derecho*. N° 26. Segunda Época, Lima, 1993, pp. 26-27.

lo adquirió por compraventa, pero prueba su derecho con la posesión. La prescripción cumple así una función de prueba del derecho de propiedad.

La exigencia de los títulos por cinco años se debe a que ese es el plazo de la prescripción adquisitiva corta y es a través de la prescripción como se prueba o acredita la propiedad en Perú.

El artículo 2018 del Código Civil es cuestionable porque no debería bastar con acompañar a los Registros Públicos títulos por cinco años, sino que debería acreditarse posesión durante ese plazo, pues es la posesión lo que realmente interesa para efecto de la prescripción.

Los títulos a los que se refiere el artículo 2018 pueden estar constituidos por una pluralidad de títulos o por uno solo. No se requieren varios títulos cuando el título tiene por sí mismo la antigüedad de cinco años. Así lo dispone el literal a) del artículo 17 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

## 2. Los títulos supletorios

En el caso de los títulos supletorios, no se exige la antigüedad de cinco años porque durante el proceso judicial de conformación de títulos supletorios se prueba propiedad. En efecto, los títulos supletorios provienen de procesos judiciales (y notariales) que buscan que se otorgue el título de propiedad al propietario que carece de documentos que acrediten su derecho. El juez suple el título que le falta al propietario. "Título" se identifica con documento que acredita el derecho de propiedad. Al igual que con la acción judicial de prescripción adquisitiva, en los títulos supletorios el demandante debe probar posesión. El objeto de la prueba de la posesión es, sin embargo, diferente. En la acción de prescripción adquisitiva la posesión tiene por finalidad acreditar que uno se ha convertido en propietario por el transcurso del tiempo. La condición jurídica del demandante cambia, pues por el mérito de la posesión pasa de poseedor no propietario a poseedor propietario. Lo que hace el juez es verificar que esa posesión cumpla con los requisitos de ley (continua, pacífica y pública como propietario durante diez años, o de cinco, cuando median justo título y buena fe) y declara que el demandante ha adquirido la propiedad del bien por prescripción.

El rol de la posesión en los títulos supletorios es distinto: busca probar propiedad, más que adquirir la misma. El juez no declara al demandante propietario por el mérito de la posesión, sino que ordena que en razón de ella se extiendan los documentos acreditativos de la propiedad. La condición jurídica del demandante no cambia. Sigue siendo propietario, como lo era antes del proceso judicial, pero ahora cuenta con los documentos –los títulos– que acreditan su derecho. En realidad, los títulos supletorios se amparan en la prescripción, pues esta sirve para probar o acreditar la propiedad.

## 3. Otros títulos que no requieren una antigüedad de cinco años

El artículo 18 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios señala que no se requiere títulos con una antigüedad de cinco años en cinco casos, cuando se trata de (i) sentencia o, en el caso de las Leyes N°s 27157 y 27333, escritura pública o formulario registral de formación de títulos supletorios; (ii) sentencia o, en el caso de las Leyes N°s 27157 y 27333, escritura pública o formulario registral de declaración de prescripción adquisitiva de dominio; (iii) resolución que disponga la primera inscripción de bienes de dominio público o dominio privado del Estado o, la incorporación o reversión de un predio al dominio del Estado de acuerdo a disposiciones especiales; (iv) actas de colindancia, en el caso de inmatriculación del territorio de comunidades campesinas; y (v) resolución judicial de adjudicación

del predio por remate o por partición. Veamos a continuación la prescripción adquisitiva de dominio y las resoluciones judiciales que adjudican por remate o por partición

### 3.1. Prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad, mediante la posesión de un bien de manera continua, pacífica, pública y como propietario. Los bienes se adquieren por prescripción cuando transcurre el plazo exigido por el artículo 950 del Código Civil.

Para adquirir la propiedad de un bien por prescripción adquisitiva no es necesario acudir al Poder Judicial o a un notario. Se recurre al proceso judicial o notarial para que el juez o el notario, según sea el caso, declare la prescripción y el poseedor, convertido en propietario por el transcurso del tiempo, cuente con un título que acredite su derecho. El título de propiedad, entendido como el instrumento donde consta el derecho, es la sentencia final o el acta notarial declarativa de prescripción adquisitiva de dominio.

La sentencia final (o declaración notarial) acredita el derecho de propiedad. No es necesario entonces que transcurran cinco años desde que se emite la sentencia o declaración notarial, porque al igual que con los títulos supletorios, la sentencia o declaración notarial prueba propiedad.

### 3.2. Remate o por partición judicial

Hay un antecedente registral que explica por qué el artículo 18 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios no requiere títulos con una antigüedad de cinco años en cinco casos, en el caso de adjudicación de predios en un remate judicial. Se trata de la Resolución N° 188-2002-SUNARP-TR-L, del 13 de diciembre de 2002. La citada resolución estableció que procedía la inmatriculación de un inmueble adjudicado judicialmente por remate, sin que fuera necesario exigir a la resolución la antigüedad de cinco años establecida en el artículo 2018 del Código Civil, y dio origen al precedente de observancia obligatoria aprobado en el III Pleno realizado los días 21 y 22 de febrero de 2003.

El proceso judicial que dio origen a la Resolución N° 188-2002-SUNARP-TR-L versó sobre una obligación de dar suma de dinero. El proceso concluyó con un resultado favorable al demandante. En ejecución de sentencia, el inmueble del deudor fue rematado y adjudicado a un tercero. El inmueble no estaba inscrito, por lo que el adjudicatario solicitó a los Registros Públicos la primera inscripción de dominio. El título que ingresó a los Registros Públicos estuvo constituido por la resolución de adjudicación. El registrador tachó el título, porque de acuerdo con el artículo 2018 del Código Civil, para la primera inscripción de dominio se debían exhibir títulos por un periodo ininterrumpido de cinco años o, en su defecto, títulos supletorios, requisitos que no cumplía la resolución de adjudicación.

El Tribunal Registral revocó la tacha formulada por el registrador y señaló que cuando el título está constituido por una resolución de adjudicación en un remate judicial, no es necesario que el mencionado título tenga una antigüedad de cinco años. El fundamento del Tribunal fue que en el supuesto de títulos otorgados por el Poder Judicial, se hace una verificación del derecho de propiedad, por lo que existe certeza del dominio. En tal sentido, a las resoluciones de adjudicación en un proceso de remate debe aplicarse por analogía el tratamiento de los títulos supletorios, en el sentido de no exigírseles una antigüedad determinada. Discrepo del razonamiento del Tribunal Registral.

Es verdad que en un proceso en el que se discute propiedad la resolución final zanja el tema. Pero en un juicio de dar suma de dinero no se discute propiedad. Se discute si se debe la suma de dinero y nada más.

Por otro lado, el Código Procesal Civil no dice que los bienes adquiridos en un remate judicial sean irreivindicables. Lo único que dispone la norma procesal es que la resolución de adjudicación ordena dejar sin efecto los gravámenes que afectaban la propiedad (y las cargas y derechos de uso o disfrute inscritos con posterioridad al embargo o hipoteca), lo cual es correcto. El hecho de que sea el juez quien adjudica el bien no significa que haya hecho un examen y se haya discutido el derecho de propiedad del titular del bien rematado. No significa tampoco que luego de la adjudicación haya un nuevo derecho propiedad, que nace saneado. Lo único que hace el juez cuando dispone la adjudicación es sustituir al dueño y transmite la propiedad en el mismo estado en que se encontraba. El remate no sanea la titularidad, ya que, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción adquisitiva o con los títulos supletorios, en un proceso judicial sobre obligación de dar suma de dinero no se discute y menos se acredita el derecho de propiedad sobre el inmueble que se remata y adjudica.

Cuando se adjudica un bien en un remate judicial, el adjudicatario lo adquiere en los mismos términos y condiciones que tenía en cabeza del anterior dueño. Si el derecho de propiedad del dueño anterior no estaba acreditado, tampoco lo estará el del adjudicatario.

Con respecto a las resoluciones judiciales de adjudicación en procesos de partición, la lógica del artículo 18 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios para no exigir la antigüedad de cinco años, parecería ser la misma que la seguida por el Tribunal Registral en la Resolución N° 188-2002-SUNARP-TR-L: en el supuesto de títulos otorgados por el Poder Judicial se hace una verificación del derecho de propiedad, por lo que a las resoluciones de adjudicación en una partición se debe aplicar por analogía el tratamiento de los títulos supletorios. Si esta fuera la razón para excluir de los cinco años a las resoluciones que adjudican inmuebles en un proceso de partición, igualmente sería cuestionable. La razón es la misma que para las resoluciones que adjudican inmuebles en un remate judicial: en un proceso judicial de partición no se discute el derecho de propiedad.

## 4. El procedimiento de inmatriculación

El procedimiento para inmatricular un predio es simple, aunque en la práctica puede resultar tortuoso debido a las exigencias técnicas. Se presenta a Registros títulos por un periodo initerrumpido de cinco años. Los títulos pueden estar constituidos por una pluralidad de títulos o por solo uno. No se requieren varios títulos cuando el título tiene la antigüedad de cinco años.

Además de los títulos, se debe presentar plano catastral visado por la municipalidad distrital respectiva y el código catastral del predio. Si la zona donde se ubica el predio no está catastrada, se acompaña la certificación negativa de zona catastrada.

En cuanto al trámite propiamente dicho, el registrador remite el expediente a la Oficina de Catastro para que emita informe técnico que determine si el predio se superpone parcial o totalmente a otro ya inscrito, según la base gráfica con la que cuenta la Oficina de Catastro. Este informe es vinculante para el registrador.

Emitido el informe técnico, y siempre que no haya superposición parcial o total, se procede a la inmatriculación.

## 5. El Decreto Legislativo N° 1209

El 23 de setiembre de 2015 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N° 1209, por el que se regula el procedimiento de inmatriculación de los predios de propiedad privada, conforme al artículo bajo comentario. Esta norma aún no ha sido reglamentada. La entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1209 está supeditada a la publicación de su reglamento en el diario oficial *El Peruano* y entrará en vigor al día siguiente de dicha publicación.

No obstante que el Decreto Legislativo N° 1209 aún no entra en vigor, a continuación analizaré los aspectos centrales de la norma.

### 5.1. El nuevo procedimiento de inmatriculación

El procedimiento se inicia con la anotación preventiva de la inmatriculación, para lo cual el interesado debe presentar los siguientes documentos: (i) título o títulos por un periodo initerrumpido de cinco años; (ii) plano elaborado y suscrito por un verificador catastral de acuerdo a las características técnicas que determine la Sunarp; (iii) constancia de posesión; y (iv) documentación prevista en la normativa especial vinculada al proceso de inmatriculación.

La anotación preventiva de inmatriculación es un asiento provisional y transitorio y tiene por objeto dar prioridad y publicidad a la primera de dominio del predio. Tiene una duración de noventa días hábiles. Durante la vigencia de la anotación preventiva no se puede extender ningún asiento de inscripción posterior, salvo la conversión a definitiva o cancelación de la misma.

Luego de extendido el asiento de anotación preventiva, el verificador debe notificar a los poseedores de los predios colindantes, estén o no inscritos y a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, cuando el predio colindante no esté inscrito. Adicionalmente, el verificador catastral debe poner un cartel en el predio objeto de inmatriculación y realizar una publicación en el diario oficial *El Peruano* y otro de mayor circulación del lugar donde se encuentra el predio que se pretende inmatricular.

Trascurrido el plazo de la anotación preventiva sin que hubiera oposición o si esta hubiera sido desestimada, el interesado debe presentar una solicitud de conversión de la anotación preventiva a inscripción definitiva, debiendo proceder el registrador con la inscripción de la inmatriculación.

En el caso de que se presenten superposiciones gráficas o inexactitudes registrales, el interesado puede eliminar y resolver el conflicto mediante el procedimiento previsto en la Ley N° 27333 o mediante la intervención de un verificador catastral según el procedimiento que establezca el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1209.

Se encuentran facultados para presentar la oposición a la inscripción definitiva: (i) el titular de un derecho de propiedad sobre el predio inscrito con anterioridad a la anotación preventiva de inmatriculación que se superpone total o parcialmente; (ii) el titular de un derecho de propiedad, respecto de un predio no inscrito, que cuente con instrumento público y documentación técnica suficiente que permita su evaluación por el área de catastro de la zona registral respectiva; (iii) la Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi) respecto de predios incautados, decomisados o con proceso de pérdida de dominio, así como las entidades que cuenten con registros respectivos; y (iv) la entidad pública que resulte afectada con la anotación preventiva de inmatriculación.

Cuando se declara fundada la oposición, el registrador procede a extender la cancelación del asiento de anotación preventiva, salvo que la oposición se deba a una superposición parcial y el titular de la anotación preventiva varíe su rogatoria, a fin de obtener la inscripción definitiva respecto del área no superpuesta. Cuando se declara infundada la oposición, resolución que es irrecurrible en sede administrativa, queda a salvo el derecho del interesado para iniciar las acciones judiciales que correspondan.

## 5.2. Algunos comentarios sobre el nuevo procedimiento de inmatriculación

### 5.2.1. La constancia de posesión

La gran crítica que se le puede hacer al artículo 2018 del Código Civil es que para la inmatriculación no debería bastar con acompañar a los Registros Públicos títulos por cinco años, sino que debería acreditarse posesión durante ese plazo, al menos, pues es la posesión lo que realmente interesa para efecto de la prescripción (y prueba de la propiedad).

El Decreto Legislativo N° 1209 parece haber abordado este tema, al exigir para la anotación preventiva de la inmatriculación una constancia de posesión.

Recuérdese que, para adquirir un bien por prescripción (y consecuentemente para probar propiedad), se debe poseer por todo el plazo exigido por ley. No es suficiente con acreditar que uno posee el día de hoy, sino que debe acreditarse haber poseído todo el plazo de la prescripción. Para ello el interesado puede ampararse en la presunción de continuidad prevista en el artículo 915 del Código Civil, con lo cual tiene que probar que posee hoy y que poseyó hace cinco años. En ese sentido, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1209 deberá establecer que la constancia acredite posesión el día de hoy y hace cinco años.

### 5.2.2. La anotación preventiva de inmatriculación

El Decreto Legislativo N° 1209 permite que se anote preventivamente la inmatriculación incluso respecto de predios inscritos. En efecto, el artículo 12 del mencionado decreto legislativo señala que en caso de superposición parcial sobre el área de inmatriculación, el titular de la anotación preventiva puede variar su rogatoria para obtener la inscripción definitiva del área no superpuesta. Esto parecería implicar que en un principio, la anotación preventiva se produce respecto de un área que se superpone. Creo que esto es un error.

La anotación preventiva de inmatriculación es un asiento provisional y transitorio que está destinado a convertirse en una inscripción (definitiva) de inmatriculación. Para que se produzca la inscripción de la inmatriculación no puede haber otro predio previamente inscrito, total o parcialmente, pues de lo contrario se produciría una superposición total o parcial. Sin embargo, al permitirse la anotación preventiva respecto de áreas que ya están inscritas (aunque sea parcialmente), cabe la posibilidad de que la anotación preventiva genere una superposición. A modo de ejemplo, si se anota preventivamente una inmatriculación y se produce una superposición parcial, si no hay oposición a la inscripción definitiva la anotación se convierte en inscripción de la inmatriculación, produciéndose una superposición.

Creo que debería reformularse la anotación preventiva. Presentada la solicitud de anotación preventiva, en caso de superposición parcial, debería observarse el título y luego que el titular de la anotación preventiva varíe su rogatoria, recién debería producirse la anotación.

## DOCTRINA

AVENDAÑO, Jorge. "El Registro Predial y la seguridad jurídica en los predios rústicos". En: Themis - Revista de Derecho. N° 26, Segunda Época, Lima, 1993.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL REGISTRAL

Requisitos para la calificación de la inmatriculación de un predio

*Tratándose de la solicitud de inmatriculación de un predio, el registrador se limitará a la calificación del título presentado y a la verificación de la inexistencia de inscripciones relativas a dicho predio. En tal sentido, no procederá denegar la inscripción sobre la base de presuntos obstáculos que emanen de partidas registrales referidas a otros predios (**Resolución N° 228-2004-SUNARP-TR-L**).*

## Actos, contratos y derechos inscribibles

**Artículo 2019.-** *Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:*

1.- *Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.*

2.- *Los contratos de opción.*

3.- *Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.*

4.- *El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.*

5.- *Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.*

6.- *Los contratos de arrendamiento.*

7.- *Los embargos y demandas verosímilmente acreditados.*

8.- *Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.*

9.- *Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.*

Concordancias:
*C.C. arts. 171 y ss., 885, 926, 1091, 1097, 1419, 1529, 1583, 1586, 1621, 1666, 2020, 2023; C.P.C. arts. 642, 656, 801; LEY 26639 art. 3*

**MARCO PACORA BAZALAR**

El artículo bajo comento ha sido la base para la aplicación de los actos inscribibles en el actual Registro de Predios y podemos apreciar que tiene como fundamento al principio registral de relevancia (principio poco estudiado en nuestro medio, pero que tiene una aplicación teórica en los Derechos Reales vinculado al denominado *numerus clausus* y *numerus apertus* traído al Registro Público).

Este principio (quien para algunos también lo denominan principio de tipicidad de actos) nos señala cuáles son las situaciones jurídicas o actos jurídicos que tienen mérito de inscripción registral en los diferentes registros y que es decidido por el Estado, a través de sus diversas instancias, señalando que considera relevante para la publicitación a terceros. Su importancia es evidente, en tanto que al designar los actos que merecen acogida registral para ser publicitados a terceros en cada uno de los registros (si bien en este artículo se refiere únicamente al Registro de la Propiedad Inmueble), y aquellos actos o situaciones jurídicas que deben de ser rechazados por los funcionarios calificadores de títulos –registradores o Tribunal Registral–, se establece un número cerrado para el sistema registral.

Para el presente caso, contiene la relación de actos, derechos y contratos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (actualmente Registro de Predios, el cual está integrado por las secciones especiales de Predios Rurales, el Registro Predial y el Registro de la Propiedad Inmueble, los mismos que han sido fusionados a nivel nacional el 14 de junio de 2004), y este listado repercutirá indefectiblemente a los actos que se refieran a los Registros de Bienes en general (como al Registro Minero, Registro de Concesiones para Servicios Públicos, Registro de Áreas Protegidas) como al Registro de Bienes Muebles, (aeronaves, naves y buques –en tanto no esté vigente el Decreto Legislativo N° 1400–) y el de Propiedad Vehicular en particular, como comentaremos en el artículo 2043 en su momento.

Cabe indicar que al iniciar el articulado, se ha establecido que las inscripciones se efectuarán en el lugar donde se encuentra ubicado el inmueble, como principio de especialidad y territorialidad, iniciándose con su inmatriculación. Esto no significa que cualquier inscripción deba solicitarse exclusivamente desde la Oficina Registral del respectivo distrito y provincia donde se ubica el predio, sino que, por ejemplo, actualmente una persona puede contratar en la ciudad de Tumbes sobre un predio ubicado en Puerto Maldonado, Madre de Dios, y efectuar la presentación de la escritura pública (en tanto al momento del otorgamiento de la escritura pública el notario pueda identificar a los contratantes mediante el Identificador biométrico de huellas digitales contrastado en el Reniec –norma de restricción irracional prevista para evitar fraudes–) correspondiente a través de cualquiera de las oficinas registrales de la Sunarp a nivel nacional, obteniendo prioridad registral en línea, más aún con los partes electrónicos que el notario de Perú puede enviar a los Registros Públicos con su firma digital.

A continuación, comentaremos cada uno de los incisos de este artículo, sin dejar de mencionar que estos incisos son los iniciales, puesto que los actos inscribibles de manera particular se encuentran en los reglamentos inscriptorios, normas especiales y directivas de Registros Públicos.

## 1. Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles (inciso 1)

Este numeral da la medida a los derechos reales que pueden ser materia de registración, sus mutaciones y las cancelaciones jurídicas del inmueble. Es la base de la aplicación del principio de relevancia.

Entre los actos o contratos que constituyen un derecho real normalmente tienen su origen en sede notarial, a través de la escritura pública, entre ellos la de constitución de hipoteca, la constitución de un derecho de superficie, constitución de usufructo, por ejemplo, o en el caso de el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

Las declaraciones de derechos reales podemos relacionarlas con los actos judiciales como, por ejemplo, la escritura pública de prescripción adquisitiva sobre inmuebles prevista en los asuntos no contenciosos de sede notarial, o la creación de la propiedad superficiaria al inscribir la declaratoria de fábrica en un inmueble, pues esta nace cuando existe la construcción sobre o bajo el suelo, siendo, por tanto, a la vez de una declaración de propiedad sobre una fábrica (construcción) una constitución de derechos de propiedad (lamentablemente, en el Reglamento Inscriptorio del Registro de Predios se han equivocado en su regulación al establecer que el constituir el derecho de superficie sin construcción abre una partida registral).

Entre los actos transmisivos de los derechos reales podemos mencionar a la principal figura de los derechos de los contratos, la compraventa. Figuran también la permuta, la donación y el anticipo de legítima, la dación en pago, el fideicomiso, entre los que consideramos como intercambios intervivos. Y entre los actos denominados *mortis causa* destacan el testamento y la sucesión intestada.

Entre los actos extintivos podemos mencionar la cancelación de hipoteca, la cancelación de anticresis, la cancelación de medidas cautelares de sede administrativa y judicial, y el acto administrativo de declaración de demolición de fábrica o construcción, que podría extinguir a la vez la propiedad superficiaria o la propiedad exclusiva o propiedad común.

Entre los actos que modifican los derechos reales podemos mencionar a aquellos que implican un aumento o reducción del gravamen hipotecario, o una cesión de derechos con

relación al acreedor hipotecario; también la modificación del reglamento interno de un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común de casas en copropiedad, como el regulado en la Ley N° 27157 y su Reglamento, aprobado como Texto Único Ordenado por Decreto Supremo N° 035-2006-Vivienda.

En relación con los actos que limitan los derechos reales sobre el bien inmueble, estos pueden ser establecidos contractualmente o ser limitaciones legales. Entre las limitaciones contractuales han existido algunos conflictos en el Registro de la Propiedad Inmueble, en especial con aquellas cláusulas bancarias contenidas en algunos contratos hipotecarios que limitan la disponibilidad del predio y la posibilidad de efectuar posteriores gravámenes o afectaciones, en clara contravención con lo señalado por el artículo 882 del Código Civil. Entre las limitaciones legales podemos enumerar las cargas técnicas establecidas al momento de efectuar la declaración de una construcción en vías de regularización, debido a que no cumple con los parámetros edificatorios que establece una municipalidad, las restricciones sobre zonificación, entre otros.

## 2. Los contratos de opción (inciso 2)

Se establece la posibilidad de registrar los contratos de opción previstos en los artículos 1419 a 1425 del Código Civil. El citado contrato –que constituye prácticamente una oferta irrevocable y a la vez el único contrato preparatorio registrable– no solo es inscribible cuando tenga relación con una compraventa, sino con cualquier tipo de contrato definitivo inscribible. Inclusive, está muy vinculado con un contrato complejo como el *leasing* o el *lease back*. En los reglamentos inscriptorios, como el de Predios o el del Registro de Propiedad Vehicular, se establece la necesaria obligación de registrar la opción en tanto que es necesaria una publicidad adecuada para cualquier tercero que necesite información del Registro. Asimismo, se establece que ambas partes tienen que suscribir el contrato definitivo cuando se ejerce el contrato de opción. La importancia de esta inscripción cuyo desarrollo será realizado de manera posterior en el artículo 2023, es la prioridad de la inscripción frente a otros actos inscritos posteriormente.

## 3. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa (inciso 3)

Este inciso trata de dos pactos especiales previstos en el capítulo de la compraventa, como son los pactos de reserva de propiedad y de retroventa. Es necesaria su nominación como actos inscribibles, pues su establecimiento tiene vitales consecuencias reales para los terceros, toda vez que informa que, a pesar de la existencia de un contrato de compraventa, el bien aún no ha sido transmitido a la esfera patrimonial del futuro adquirente, y por lo tanto, los riesgos y la responsabilidad civil aún continúan en cabeza del transferente, y por otro lado, que a pesar de haberse transmitido la propiedad en el caso de la retroventa, existe la posibilidad de que esta revierta al transferente, no siendo en todo caso una adquisición plena hasta que se cumpla las condiciones o plazos correspondientes. Esto sí es importante, puesto que estos pactos especiales generan oponibilidad respecto a los terceros. Es una protección para el transferente, en los casos en que existe venta a plazos y existe el temor de su incumplimiento, además el tercero debe tener en claro que el vendedor aún es propietario.

En los reglamentos inscriptorios como el del Registro de Predios y el del Registro de la Propiedad Vehicular se prevé la registración de otros pactos como el de reversión de la donación, cuya lógica es la misma que la del pacto de retroventa, propio del contrato de donación, y también se regula la posibilidad de registrar las cláusulas resolutorias expresas, previstas en

los artículos 1429 y 1430 del Código Civil, aplicándoseles todos los principios registrales y la oponibilidad registral correspondiente.

## 4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados (inciso 4)

Este inciso no ha sido completamente utilizado por los operadores jurídicos, puesto que no han visto la utilidad que pueda tener, o no se tiene en claro los casos en que puede ser aplicado. Algunos señalan que puede registrarse, por ejemplo, el cumplimiento parcial de la deuda (pago parcial) que dio origen a la inscripción de una hipoteca legal, a fin de que se reduzca el monto del gravamen. No obstante, este supuesto se relaciona más con la modificación de la hipoteca que con el cumplimiento parcial de las condiciones de las que dependen los efectos de los actos o contratos registrados. Empero, cuando se señala "de las condiciones" puede ser cualquier tipo de cláusula que condicione un negocio jurídico, como sería el caso en el que, para que opere una conversión de plazos voluntarios a plazos forzosos en un arrendamiento de inmuebles, deban efectuarse algunas obligaciones de hacer, como remodelar el inmueble o introducir mejoras de recreo al mismo predio, con lo cual puede registrarse ese cumplimiento.

## 5. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito (inciso 5)

El inciso 5 permite mostrar a los terceros las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito. En el ámbito de la capacidad, es posible publicitar no solo en el Registro Personal del Registro de Personas Naturales o Jurídicas los impedimentos para contratar que pudieran tener los titulares, como por ejemplo los interdictos –en los casos de los toxicómanos o ebrios habituales o lo que es peor a los pródigos con lo cual se hace muy difícil su identificación a cualquier tercero– más aún si la Ley ha modificado los artículos 43 y 44 del Código Civil, como en los que se establecen las insolvencias tanto de personas naturales como la de personas jurídicas, en los concursos administrativos.

## 6. Los contratos de arrendamiento (inciso 6)

El inciso 6 permite registrar los contratos de arrendamiento, lo que permitirá al arrendatario que accede al Registro ejercer una plena oponibilidad, tanto contra el tercero adquirente (art. 1708 CC) como contra otros arrendatarios que concurran sobre el mismo bien (art. 1670 CC). Esta oponibilidad también admite excepciones, como la regulada en la Ley N° 26702, Ley de Bancos, que otorga mayores privilegios a dichos entes por su condición en el mercado.

Es muy importante ahora que se ha implementado el desalojo con intervención notarial, mediante la Ley N° 30933, con la finalidad de una mayor celeridad en el proceso en favor del propietario. El inconveniente de registrarlo son los costos de los derechos registrales que son muy altos.

Por extensión, es posible registrar el contrato de *leasing* y de *lease back*, y que los Registros permitían su acceso, y a la postre, los reglamentos inscriptorios de predios y vehicular lo han reconocido expresamente. Cabe destacar que los contratantes deben tener presente cuándo les conviene registrar un contrato para tener una oponibilidad plena. Esto a raíz de cómo esté pactado el arrendamiento, puesto que, si se tratare de un arrendamiento a plazo indeterminado, este simplemente no tendrá ningún efecto al momento de querer emplazarlo para su terminación por parte del nuevo adquirente; sin embargo, si se tratase de un arrendamiento sujeto a plazo determinado, el adquirente deberá respetar el término del mismo.

## 7. Los embargos y las demandas verosímilmente acreditados (inciso 7)

Cuando se señala en el Código Civil que los embargos deben estar verosímilmente acreditados, creemos que se trata de una tautología, toda vez que es el juez quien decidirá la aplicación de las medidas cautelares en forma de inscripción para una futura ejecución forzada, y que es parte de la doctrina procesalista la condición de su verisimilitud como requisito para su concesión, en tanto que se ve traducida en el Código Procesal Civil.

En general, para registrar cualquier decisión jurisdiccional debe tenerse como primer referente al artículo 2011 del Código Civil y, en especial, su segundo párrafo, a fin de entender si toda medida cautelar deberá registrarse (ser susceptible de anotación preventiva conforme al Reglamento General de los Registros Públicos y los Reglamentos inscriptorios al no considerárseles como inscripciones propiamente dichas), puesto que está muy vinculada a la calificación registral de todos los principios registrales y solamente restringida al principio de legalidad mencionado. El propio Código Procesal Civil establece en su artículo 656 que el embargo en forma de inscripción podrá registrarse cuando recaiga sobre bienes registrados, siempre que la afectación resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Esto quiere decir que está muy vinculado con la existencia del tracto sucesivo. De la misma manera, la anotación de demanda solo deberá estar vinculada con la existencia o modificación de algún derecho real; no es posible la anotación de demanda de una indemnización, por ejemplo. Creemos importante señalar que el embargo no impide la venta del bien, pero el adquirente asume la carga hasta por el monto inscrito. Otro efecto es registrar una medida cautelar de no innovar o una medida cautelar que pudiese impedir una transferencia. También es importante tener en cuenta que se tiene a las medidas cautelares de inhibición dictadas por los fiscales en los procedimientos anticorrupción y otras referidas en normas especiales.

## 8. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles (inciso 8)

El inciso 8 permite inscribir las cancelaciones o modificaciones de embargos o anotaciones de demandas, puesto que para algunos autores el inciso anterior no permite registrar estos actos. En nuestra opinión, este inciso otorga la posibilidad de registrar sentencias como las de prescripción adquisitiva, de otorgamiento de escritura pública, de nulidad de acto jurídico o de nulidad de asiento registral. Entre las otras medidas que el juez podría ordenar existe la posibilidad que utilizando el numeral que comentamos y del segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil pueda excederse en la solicitud de una inscripción de una resolución que no se refiera a actos o contratos inscribibles, toda vez que sobre la base de su criterio le permitiría abrir la gama de posibilidades que da el mismo artículo 2019 (como por ejemplo, ordenar la inscripción de una resolución referida a un compromiso de contratar); sin embargo, el registrador deberá ser firme al momento de intentar impedir los probables excesos que se podría incurrir, que desdibujarían la finalidad para la cual está investido el Registro Público.

## 9. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles (inciso 9)

Por último, el inciso 9 contempla el caso de autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles como, por ejemplo, la autorización para disponer de bienes de un incapaz a través de las figuras de la patria potestad, el tutor o del curador. Por ejemplo, el artículo 447 del Código Civil prohíbe a los padres enajenar o gravar los bienes de los hijos, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, también en el

artículo 448 del Código Civil se establece la autorización previa para los casos de arrendamiento del bien del menor por más de tres años, la partición judicial, renuncia a herencias, legados o donaciones, a edificar excediéndose de las necesidades de administración, entre otros actos que se tienen que calificar para ver si se registran.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X - Registros Públicos, Gaceta Jurídica. Lima, 2001; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES. Derecho Notarial y Registral (materiales de enseñanza). Tomo I, Lima, 1997; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; PAU PEDRON, Antonio. Curso de práctica registral. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995.

## JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Inscripción del arrendamiento en el Registro de Predios

*{P}odemos concluir que el contrato de arrendamiento es un acto inscribible en el Registro de Predios y que puede ser otorgado por quien tiene autorización para ello; lo que deberá acreditarse ante el Registro* ***(Resolución N° 2044-2013-SUNARP-TR-L).***

## Anotación preventiva

**Artículo 2020.-** ***El reglamento indica los casos en que los actos o contratos a que refiere el artículo 2019 son materia de anotación preventiva.***

Concordancias:
*C.C. art. 2019; LEY 27157 arts. 97 a 100; D. LEG. 1049 6ª D.C.T. y F.; R.G.R.P. art. 64 y ss.*

JORGE LUIS GONZALES LOLI

### 1. Aspectos generales

En el Registro de la Propiedad Inmueble se inscriben los actos y los derechos con transcendencia real, excluyéndose de esta forma la inscripción de actos con contenido obligacional. El artículo 2019 del Código Civil reafirma lo manifestado, ya que contiene un listado cerrado de situaciones jurídicas susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble; estos involucran actos, derechos y cuyo objetivo es el de gozar de los efectos de la legitimación, la oponibilidad y dar publicidad *erga omnes*, de tal forma que aquellos actos que no se encuentran en este listado no tendrán acceso al Registro. A ello la doctrina lo ha denominado un sistema *numerus clausus*.

En efecto, el artículo 2019 hace referencia a los actos inscribibles, es decir, a los actos que dan mérito a que se extienda un asiento de inscripción definitivo; no obstante, el artículo bajo comentario se refiere a aquellos actos que, si bien pueden inscribirse, pero por carecer de determinados presupuestos no pueden dar mérito a que se extienda un asiento de inscripción, sino simplemente un asiento provisional denominado anotación preventiva.

La temporalidad de estos asientos radica en que su vigencia está sujeta a un plazo otorgado a su titular a fin de que pueda cumplir con los requisitos necesarios para convertirlas en un asiento definitivo. La extensión de las anotaciones preventivas en la partida registral no pone fin al procedimiento registral, constituyendo simplemente un medio para la inscripción. Entonces, la regla general de las anotaciones preventivas es tener una vigencia temporal, con una finalidad precautoria para la publicidad, la prelación y la eficacia anticipada del asiento definitivo. Sin embargo, en algunos casos, la vigencia temporal estará claramente determinada por plazos específicos fijados por las normas legales o reglamentarias que las rigen y, en otros, su vigencia será indeterminada hasta que inscriba el acto que anuncian puede registrarse, se cancelen u opere alguna causal general de caducidad, como la regulada por la Ley Nº 26639.

Ahora bien, el artículo bajo comentario hace referencia a la anotación preventiva, pero a diferencia del artículo 2019 del Código Civil, no se señalan los supuestos en los que procede la anotación, sino que solo nos remite al reglamento registral respectivo, el cual deberá especificar los actos y los contratos que serán materia de anotación preventiva. En actualidad, el Reglamento al cual hace referencia el presente artículo es el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, publicado el 22 de mayo de 2012; sin embargo, se debe tener presente que cada registro del sistema nacional de los Registros Públicos tiene sus propios reglamentos en cuales se regulan los supuestos de anotación preventiva.

Aunque el Código Civil haga referencia a la anotación preventiva dentro del título del Registro de la Propiedad Inmueble, debemos tener presente que dicha anotación no constituye una categoría exclusiva del Registro de Propiedad Inmueble, pues, como se indicará en

los acápites siguientes, existen muchas clases de anotaciones preventivas, algunas de carácter general y otras específicas previstamente para determinado o determinados registros conformantes del sistema nacional.

Para efectos de tener una mayor compresión de las anotaciones preventivas, hay que tener presente lo regulado en los ordenamientos registrales en el Derecho comparado. En estos se aprecia que, además de los asientos definitivos o de inscripción, existen otros asientos de carácter provisional denominados "anotaciones preventivas" en el Derecho Registral peruano. Estos asientos tienen diversas finalidades, como reconoce Manzano Solano al señalar que "la anotación preventiva, en efecto, es un instrumento registral eficiente para asegurar y reforzar las posibilidades de ejecución de un fallo judicial (misión histórica del antiguo *pignus judiciale* o hipoteca judicial), para garantizar derechos reales ya existentes, pero que todavía no pueden ser inscritos (...), o para asegurar el puesto registral a aquellos títulos que, por adolecer de algún defecto susceptible de ser corregido o subsanado, no pueden de momento, ser objeto de registración definitiva"[1].

En esta línea de pensamiento, según Roca Sastre y Roca Sastre-Muncunill, la anotación preventiva es el asiento, extendido de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones de contención judicial, de secuestro o de prohibición, judicial o administrativa, de disponer, y de títulos que por defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto de asiento de inscripción al que tienden, o bien que, además tengan por objeto construir una especial garantía registral[2].

De igual forma, otros definen a la anotación preventiva como aquel asiento que logra su registro en el libro diario originado por diversos motivos, dejando marcado claramente que el asiento de anotación preventiva no está vinculado al tracto que determine la propiedad, precisando que su función principal es reservar y guardar los derechos accesorios de una inscripción. Este autor nos muestra que el asiento de anotación preventiva asegura un derecho a favor de quien hizo la anotación y no produce el cierre de la partida de propiedad[3].

Entre las principales características comunes de la anotación preventiva tenemos que: "a) Solo se dan en aquellos supuestos individualmente señalados por la ley (...). b) Tienen una vigencia temporal limitada; cuando transcurre el plazo de vida que les ha señalado la ley, caducan. c) Su eficacia esencial, más limitada que la de la inscripción, es enervar la fuerza protectora de la fe pública registral; pero no se ven protegida por esta; aunque si una anotación preventiva se convierte en inscripción, los efectos (...) se producirán desde la fecha del asiento de presentación"[4].

En tal sentido, entre las notas características de las anotaciones preventivas, además de su naturaleza orientada a obtener una inscripción definitiva y su eficacia limitada, se encuentra la temporalidad de las mismas, puesto que, a diferencia de las inscripciones, nacen con una duración temporalmente limitada.

La naturaleza y los efectos de estos asientos provisionales, que adoptan diversas terminologías en el Derecho comparado, fueron objeto de estudio por el VII Congreso Internacional de

(1) MANZANO LOZANO, Antonio. *Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios*. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, p. 793.
(2) ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho Hipotecario*. Tomo III, 9ª edición, Bosch, Madrid, 2008, p. 385.
(3) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*. Comares, Madrid, 2012, p. 175.
(4) MONSERRAT, Antonio. *Derecho Inmobiliario Registral*. Civitas, Madrid, 2000, p. 300.

Derecho Registral celebrado en Río de Janeiro en 1987, arribándose, entre otras conclusiones, a que son "esencialmente caducables" y que "deben ser, en todo caso, caducables en el plazo determinado por la ley, aunque subsista la situación jurídica que los motiva"[5]. Como puede apreciarse, la temporalidad es, sino la más importante, una de las notas típicas de este tipo de asientos, pues, como señala Pau Pedrón, entre otros muchos autores, su finalidad es publicar derechos, acciones y situaciones jurídicas también provisionales determinadas por la ley.

Para Roca Sastre y Roca Sastre-Muncunill, "la naturaleza jurídica de la anotación preventiva no tiene un carácter unitario, puesto que cada tipo de anotación tiene su naturaleza"[6]; sin embargo, ellos consideran que las anotaciones preventivas se pueden clasificar en dos grandes grupos: las de mera publicidad y las constitutivas, por lo que su distinción con el asiento de inscripción servirá para fijar su naturaleza[7].

Por otro lado, en la exposición de motivos del artículo en comentario se indica que "el texto del artículo 2020 invita a señalar que cuando el Código Civil alude a la inscripción, se está refiriendo no necesariamente a la inscripción. En otros términos, la inscripción puede expresarse por medio del asiento de inscripción, pero también por medio del asiento de anotación preventiva. Este Código hace bien al establecer lo que ya se preveía en el artículo 1043 del Código Civil del 36, en cuanto permite a los reglamentos correspondientes señalar cuáles son los casos de anotación preventiva. Definir lo que debe entenderse por anotación preventiva resulta muy difícil atendiendo a la distinta consideración que de ella se pueda tener a nivel legislativo. Creemos, sin embargo, que este es siempre, o debe serlo, un asiento marcado con la característica de la transitoriedad, en tanto que no tiene propósito de permanencia"[8]. Como podemos advertir, el término 'inscripción' que se utiliza en el presente artículo debe entenderse en un significado lato, esto es, incluye tanto a los asientos de inscripción como a las anotaciones preventivas, teniendo claras sus diferencias.

En efecto, las anotaciones preventivas se distinguen del asiento de inscripción en muchos aspectos: por razón de lo que publican, por su temporalidad en general, por el título documental que se presenta al registro, por su adaptabilidad a todos los asientos practicables en este, por sus circunstancias formales, entre otros. En cambio, los asientos de inscripción se caracterizan por tener validez y vida propia, es decir, se consideran como principales; dan a conocer el nacimiento, modificación o extinción de derechos; son definitivos; son intangibles, puesto que su contenido no puede ser variado ni rectificado sin el asentimiento del titular registral o por sentencia judicial firme, lo que no sucede con las anotaciones preventivas que, normalmente, tienen una duración temporal, pues la relación jurídica que aseguran puede caducar o convertirse en definitiva; es un medio para la inscripción, puesto que la anotación preventiva no pone fin al procedimiento registral.

Ahora bien, según la doctrina española, entre las clases de asientos que pueden practicarse en los libros del Registro de la Propiedad, están las llamadas anotaciones preventivas, conforme lo indica el artículo 41 del Reglamento Hipotecario español. La procedencia alemana de la figura hizo difícil el concepto de este asiento registral, pero actualmente se destacan dos claras notas que caracterizan al mismo y que son: a) la "provisionalidad", pues su

(5) Ver una síntesis del desarrollo de dicho Congreso en GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 528-529.
(6) ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Ob. cit., p. 386.
(7) Ídem.
(8) BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. *Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Registros Públicos*. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998.

destino primordial es o convertirse en un asiento definitivo o caducar, y b) significar una "garantía registral" para derechos en formación, situaciones o expectativas dignas de ser tenidas en cuenta que, por diversas razones, no pueden optar a la inscripción definitiva. Roca Sastre señala tres grandes finalidades que puede tener la anotación preventiva, al ser extendida en los libros registrales:

a) Las que reflejan una "pretensión procesal", referida a bienes inmuebles y procedente de una acción real o derivada de un *ius ad rem* para asegurar el resultado de la misma.

b) Si en todo derecho puede distinguirse el nacimiento y su consumación, existen anotaciones que aseguran derechos "aún no consumados".

c) En los estados formativos de las situaciones jurídicas, las hay aquellas que no están plenamente consolidadas; además, para preparar el asiento definitivo y ganar rango que les asegure frente a todos, está la anotación preventiva que garantiza dicha situación.

Todas las características antes mencionadas, es decir, el carácter provisional y transitorio, la finalidad de reservar la prioridad registral y la advertencia, para terceros, de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito forman parte de la definición recogida en el artículo 64 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual define a las anotaciones preventivas como "asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito".

Para efectos del mejor conocimiento de las distintas clases de anotaciones preventivas, podemos señalar (entre muchas otras clasificaciones posibles) las siguientes:

a) Por su función: de mera publicidad registral o constitutivas. Al respecto, Roca Sastre y Roca Sastre-Muncunill mencionan que "las anotaciones preventivas de publicidad registral mera son las que solo constatan en el Registro la existencia de una demanda judicial entablada frente a lo inscrito o que se pide una incapacidad, o una prohibición judicial o administrativa de disponer o enajenar o de un secuestro judicial, o de un título que por defectos subsanables o imposibilidad del Registrador no puede ser objeto de asiento de inscripción. Su función, de acuerdo con la razón de ser de las anotaciones preventivas, consiste en ser instrumentos de publicidad de fuerza negativa de situaciones jurídicas no susceptibles de ser inscritas normalmente cuya misión es impedir su inoperancia por efecto de la fe pública del Registro. En cambio, las anotaciones preventivas constitutivas son calificadas así, porque, además de ser también la publicidad registral, constituyen una especial garantía de Registro"[9].

b) Por su duración: de duración predeterminada o de duración indefinida (figura excepcional). Entre las anotaciones preventivas de duración predeterminada tenemos al bloqueo registral, la preindependización, el prerreglamento interno, la predeclaratoria de fábrica, entre otros; mientras que en el caso de las anotaciones de duración indefinidas tenemos a medidas cautelares dispuestas en aplicación del Código Procesal Civil.

c) Por su origen: legales, administrativas, judiciales y voluntarias.

d) Por su contenido: las que garantizan derechos reales (constitución, modificación y transmisión) y las que garantizan derechos personales.



(9) ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Ob. cit., p. 398.

e) Por su finalidad: las que tengan por finalidad publicar la posible inexactitud de las partidas registrales (las que se originan, por ejemplo, de un proceso de reconstrucción de partidas registrales) o la afectación del inmueble a ciertas obligaciones; y las que provocan el cierre de la partida registral (incautación o bloqueo, por ejemplo).

## 2. Actos y derechos susceptibles de anotación preventiva según el Reglamento General de los Registros Públicos

El artículo 65 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos dispone que:

Son susceptibles de anotación preventiva:

a) Las demandas y demás medidas cautelares;

b) Las resoluciones judiciales que no den mérito a una inscripción definitiva;

c) Los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane;

d) Los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse porque adolecen de defecto subsanable;

e) Los títulos que, en cualquier otro caso, deben anotarse conforme a disposiciones especiales.

Dentro de los actos que son materia de anotación preventiva, se encuentran las medidas cautelares. Nuestro Código Procesal Civil define en su artículo 612 las características fundamentales de las medidas cautelares, precisando que todas ellas importan un prejuzgamiento, teniendo naturaleza provisoria, instrumental y variable. Entre las medidas cautelares que son frecuentemente materia de anotación preventiva, encontramos, en primer lugar, a los embargos en forma de inscripción (art. 656 del CPC), luego las anotaciones de demanda (art. 673 del CPC), las de no innovar (art. 687 del CPC) y las innovativas (art. 682 del CPC). Sin perjuicio de ello, debe recordarse que el Código Procesal Civil faculta al juez a dictar medidas cautelares no expresamente tipificadas en el ordenamiento legal vigente, a las que denomina medidas cautelares genéricas (art. 629 del CPC). Si bien existen previsiones especiales en otros ordenamientos procesales (por ejemplo: penal, laboral, entre otros), es el ordenamiento procesal civil el que con mayor detalle regula las medidas cautelares y que (frecuentemente) es fuente supletoria aplicada por los demás ordenamientos procesales.

En relación con el embargo en forma de inscripción, este es regulado por el artículo 656 del Código Procesal Civil, siendo aplicable respecto a los Registros de Bienes tanto inmuebles como muebles (predios, aeronaves, buques, concesiones, embarcaciones pesqueras, derechos mineros, vehículos automotores, participaciones en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, entre otros). Como se aprecia del propio texto del Código Procesal Civil, siempre resulta necesario que se encuentre registrado el dominio del embargado para que resulte procedente la inscripción (anotación) de la afectación. La excepción a la exigencia de la previa inscripción del derecho del embargado se encuentra regulada en el artículo 650 del Código Procesal Civil, aplicable al caso de inmuebles no inscrito o no registrados, lo que determina un supuesto excepcional de inmatriculación "preventiva" sujeta a los requisitos técnicos (planos) establecidos por el artículo 31 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. También se registran embargos provenientes de autoridades administrativas con facultades coactivas, dentro del marco normativo establecido por la Ley del Procedimiento de Cobranza Coactiva, cuyo TUO fue aprobado por el Decreto Supremo N° 018-2008-JUS y el procedimiento especial coactivo para Sunat regulado por el Código Tributario.

Respecto a la medida cautelar de anotación de demanda prevista en el artículo 673 del Código Procesal Civil, esta puede dirigirse a cualquier clase de Registro, en la medida que resulte compatible con los derechos ya inscritos, es decir, que el demandado sea el titular dominial del bien o que se refiera a derechos susceptibles de ser objeto de la publicidad registral. Esta anotación tiene como finalidad reservar la prioridad registral y la advertencia, para terceros, de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito en litigio.

Sobre el particular, el Tribunal Registral se ha pronunciado estableciendo como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

**Anotación de demanda de otorgamiento de escritura pública**

"La anotación de demanda de otorgamiento de la escritura pública reserva prioridad para la inscripción de la escritura pública que se otorgue en ejecución de sentencia, inscripción que retrotraerá sus efectos a la fecha del asiento de presentación de la anotación de demanda".

(Precedente vinculante adoptado en el XV Pleno del Tribunal Registral realizado los días 1 y 2 de diciembre de 2005. Publicado en el diario oficial El Peruano el 17 de enero de 2006).

**Efectos de sentencia firme sobre nulidad de acto jurídico**

"La sentencia firme que declara la nulidad de una transferencia de dominio, cualquiera sea el rubro en que se encuentre inscrita, retrotrae sus efectos a la fecha del asiento de presentación de la anotación de la demanda respectiva, enervando los asientos registrales incompatibles que hubieran sido extendidos luego de la referida anotación, tales como transferencias de propiedad, embargos, hipotecas, etc. En consecuencia, en la expedición de certificados de dominio y de gravámenes no serán considerados dichos asientos enervados". Criterio adoptado en la Resolución N° 136-2007-SUNARP-TR-L del 5 de marzo de 2007.

(Precedente vinculante adoptado en el XXV Pleno del Tribunal Registral realizado los días 12 y 13 de abril de 2007. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de junio de 2007).

Por ello, no cualquier demanda tiene vocación inscribible (trascendencia registral), pues el juez debe evaluar que la misma pueda afectar derechos reales o actos susceptibles de inscripción en los Registros de Bienes; o, en todo caso se refiera también a actos inscribibles en los Registros de Personas Jurídicas o Naturales.

Entre otras demandas susceptibles de anotación preventiva, podemos citar la demanda de otorgamiento de escritura pública, la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, la demanda de rectificación de áreas y linderos, la demanda de petición de herencia, la demanda de nulidad de acto jurídico, la demanda de ineficacia de acto jurídico por simulación, entre muchas otras. No serán inscribibles, por regla general, en los Registros Públicos, las demandas referentes a derechos meramente personales (indemnización por daños y perjuicios, obligación de dar suma de dinero, entre otros) que no tengan trascendencia respecto a actos inscribibles en dicha clase de registros, sin perjuicio de que la afectación de garantía de pago, a través del embargo en forma de inscripción, sí pueda dar lugar a una anotación preventiva respecto a los bienes del obligado.

Entre las medidas cautelares frecuentemente materia de anotación preventiva son las medidas cautelares de no innovar y las innovativas, previstas en los artículos 687 y 682, respectivamente, del Código Procesal Civil. En estas medidas, el juez puede disponer que no se extiendan nuevas inscripciones respecto a determinada partida registral, debido a la necesidad de preservar el estado registral existente para asegurar la adecuada eficacia del fallo a ser dictado, evitando perjuicios irreparables a la parte que lo solicita. En sentido contrario, algunas autoridades jurisdiccionales dictan medidas innovativas también para evitar perjuicios derivados de la situación registral existente como, por ejemplo, el otorgamiento de la administración provisional de una persona jurídica, en caso de conflicto de derechos entre sus accionistas.

Otro tipo de anotación preventiva es la regulada en la Ley N° 27379 que regula medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares y establece que el juez penal podrá ordenar el embargo u orden de inhibición para disponer o gravar bienes del investigado, por un plazo de quince días, prorrogables a quince días más, los mismos que se inscribirán en los Registros Públicos cuando ello corresponda. Dicha ley también establece que el fiscal provincial competente bajo responsabilidad será el encargado de ejecutar las medidas limitativas de derechos como la de embargo u orden de inhibición de acuerdo al respectivo mandato judicial. Estas anotaciones preventivas están reguladas por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 075-2001-SUNARP/SN.

Del mismo modo, la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, estableció medidas de secuestro, incautación, embargo u orden de inhibición para disponer o gravar bienes, las mismas que por su propia naturaleza pueden inscribirse en los Registros Públicos. Así, por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 069-2014-SUNARP/SN, se aprobó la Directiva que regula la inscripción de medidas cautelares, cambio de titularidad y demás actos inscribibles en el marco del Decreto Legislativo N° 1104, su Reglamento y la Ley N° 27379.

Según la citada directiva, la incautación dictada sobre bienes registrados se inscribirá en mérito a la copia certificada de la resolución que ordena la incautación, acompañada del correspondiente oficio cursado por el juez especializado en lo penal o mixto. En ningún caso se exigirá la acreditación de que la resolución haya quedado consentida o ejecutoriada.

El efecto de la anotación es que una vez anotada la incautación ordenada por la autoridad judicial competente, no podrá anotarse ni inscribirse en la partida registral del bien incautado ningún acto o contrato, independientemente de su naturaleza, hasta la inscripción de la sentencia respectiva, salvo mandato judicial que deje sin efecto la incautación o aquellos actos de administración o disposición realizados o solicitados por la Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi); circunstancia que deberá constar en forma expresa en el asiento respectivo. Esta anotación de la incautación se extenderá en el rubro de cargas y gravámenes de la partida registral correspondiente. Cabe mencionar que la actual regulación del procedimiento de extinción de dominio se encuentra regulada por el Decreto Legislativo N° 1373, que derogó el Decreto Legislativo N° 1104 y que contiene disposiciones muy similares, con la salvedad de que la administración o disposición de los bienes sujetos a dichas medidas corresponde al Programa Nacional de Bienes Incautados (Pronabi).

Por otro lado, el artículo 65 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos también ha previsto la posibilidad de anotación preventiva de resoluciones judiciales, que no den mérito a una inscripción definitiva. Tal criterio se ha adoptado teniendo en cuenta que puede ocurrir que el órgano jurisdiccional desee hacer oponible a terceros, por ejemplo, la

sentencia de primera instancia (aun objeto de apelación) de una demanda de reivindicación referida a la propiedad de un inmueble. Esta sentencia de primera instancia no es una medida cautelar y, si bien el juez podría tener el criterio de disponer su anotación como una medida cautelar genérica, tendría que observar el procedimiento cautelar establecido por el Código Procesal Civil, que no se encuentra diseñado para la anotación de sentencias.

En esa línea, el Tribunal Registral ha establecido como precedente de observancia obligatoria:

**Anotación preventiva de resoluciones judiciales**

"El supuesto de anotación preventiva de resoluciones judiciales que no den mérito a una inscripción definitiva, previsto en el artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos, está referido a aquellas resoluciones no consentidas, por ende, no comprende a las sentencias consentidas o ejecutoriadas".

Criterio adoptado en la Resolución N° 018-2002-ORLC/TR del 17 de enero de 2002, publicada el 15 de junio de 2002.

(Precedente vinculante adoptado en el I Pleno del Tribunal Registral realizado los días 13 y 14 de setiembre de 2002. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 22 de enero de 2003).

Por ello, para facilitar el acceso al Registro de esta clase de resoluciones judiciales, que por no encontrarse consentidas o ejecutoriadas no serían susceptibles de dar lugar a un asiento de inscripción definitivo, se ha previsto que las mismas puedan dar lugar a anotaciones preventivas en la partida registral correspondiente, esto en concordancia con el inciso 8) del artículo 2019 del presente Código, que establece el carácter inscribible de las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

Sin la intención de efectuar una enumeración integral de todas las anotaciones preventivas existentes (labor que llevaría todo un extenso estudio especial del tema), distintas a las señaladas precedentemente, procederemos a enumerar algunas de ellas:

**A) En el Registro de Predios**

En cuanto algunas anotaciones preventivas que suelen efectuar en el Registro de Predios, según su Reglamento aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP-SN y otras directivas de la Sunarp, son:

- Inmatriculación preventiva para la anotación de embargo, esta anotación se incorporó en el mencionado reglamento en concordancia con la modificación del artículo 650 del Código Procesal Civil, introducida por el Decreto Legislativo N° 1069, la posibilidad de anotar un embargo cuando el inmueble no se encuentre inmatriculado en los Registros Públicos. Tiene su antecedente en el artículo 81 del Reglamento de Inscripciones de 1936, en el cual, en ese mismo supuesto se abría una "partida especial", la cual contenía la anotación de la respectiva resolución. Los reglamentos posteriores no incorporaron esta anotación, por las dificultades que causaban estas inmatriculaciones "preventivas", sobre todo cuando, sin poder evaluar su existencia, se inmatriculaba "definitivamente" el predio objeto de la anotación, sin considerar la existencia de dicho gravamen anterior. Empero, de acuerdo con el vigente artículo 650 del Código Procesal Civil, el juez puede disponer, cursando los partes judiciales respectivos, dicha anotación de embargo

sobre inmueble no inmatriculado. Sin perjuicio de ello, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios exige que el juez acompañe los planos del predio, lo que permitirá que se efectúe la evaluación catastral que descarte lo que ocurría anteriormente, es decir, que el juez disponía anotaciones de embargo de bienes no inmatriculados, cuando en verdad el predio sí se encontraba inmatriculado y a nombre de terceros ajenos a la relación procesal. Adicionalmente, dicho plano servirá para que, cuando se solicite la inmatriculación definitiva, pueda detectarse en forma gráfica la existencia de dicha anotación judicial. Finalmente, cabe mencionar que esta anotación no generará asientos en el rubro C, es decir, no constituye reconocimiento de título de dominio del embargado, pues ello no es materia de la decisión jurisdiccional.

- La inmovilización temporal de partidas regulada en la Directiva N° 008-2013-SUNARP-SN, aprobada por la Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 314-2013-SUNARP-SN, publicada el 26 de noviembre de 2013, mediante la cual se busca impedir la inscripción de un título que contenga un acto voluntario de disposición, carga o gravamen presentado en forma posterior al asiento de presentación de la solicitud de inmovilización temporal de partidas. De acuerdo con el numeral 6.8 de la directiva, "el asiento de inmovilización temporal tendrá una vigencia máxima de 10 años, contados desde el día de su presentación en la Oficina del Diario. El propietario con derecho inscrito podrá solicitar que la inmovilización tenga un plazo menor de 10 años, para lo cual deberá mencionarlo en forma expresa en la Escritura Pública (...)".

  En relación con esta anotación, el Tribunal Registral ha establecido el siguiente precedente de observancia obligatoria:

  **Inmovilización temporal de partidas de predios sujetos a copropiedad**

  "Procede la inscripción de inmovilización temporal de partida respecto de la totalidad de cuotas ideales que ostenta un copropietario sobre un predio determinado, por mérito del artículo 977 del Código Civil y en aplicación de la Directiva N° 008-2013-SUNARP-SN aprobada por Resolución N° 314-2013-SUNARP-SN".

  Criterio sustentado en la Resolución N° 390-2014-SUNARP-TR-A del 04/08/2014.

  (Precedente vinculante adoptado en el CXXXII Pleno del Tribunal Registral realizado el día 27 de agosto de 2015. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 12 de octubre de 2015).

- El bloqueo por presunta falsificación de documentos es una herramienta para poner en conocimiento que un asiento registral se ha extendido sobre la base de un título que contiene presuntamente documentos falsificados y que garantiza la prioridad de la eventual medida cautelar dictada por el órgano jurisdiccional, así lo establece la Directiva N° 001-2012-SUNARP-SN, aprobada por Resolución N° 019-2012-SUNARP-SN. Este bloqueo consiste en una anotación en la partida registral para publicitar sobre la detección, en sede registral, de la existencia de un asiento registral extendido en mérito de un título que presuntamente contiene documento falsificado. La vigencia de la anotación es de 120 días hábiles plazo en

el que se debe proceder anotar la demanda respectiva, en cuyo caso el asiento de presentación de esta se retrotraerá hasta la fecha de presentación del bloqueo.

- El bloqueo registral que tiene una vigencia de 60 días hábiles contados **desde su anotación** según el Decreto Ley N° 18278 y el artículo 136 del Reglamento de Inscripciones del Registro Predios. Cabe precisar que según el precedente de observancia obligatoria, "[n]o corresponde a las instancias registrales calificar la representación en la solicitud de anotación de bloqueo". Criterio sustentado en la Resolución Nº 2379-2014-SUNARP-TR-L del 11/12/14 (precedente vinculante adoptado en el CLX Pleno del Tribunal Registral realizado el día 26 de agosto de 2016. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de octubre de 2016).

- La anotación preventiva de acto administrativo que no se ha acreditado haya quedado firme. En la anotación se dejará constancia de dicha circunstancia y solo podrá cancelarse en mérito a la constancia expedida por la autoridad administrativa correspondiente o la copia certificada de la resolución emitida en última instancia administrativa.

- La anotación preventiva de predeclaratoria de fábrica, prerreglamento interno y preindependización conforme a los artículos 97 a 100 del TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, aprobado por Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA, las cuales tiene una vigencia de un año. Inclusive, puede anotarse preventivamente la compraventa, cesión de derechos u otros análogos, referidos a las unidades inmobiliarias preindependizadas.

- Anotación preventiva de los asuntos no contenciosos de competencia notarial referidos a regularización de edificaciones (Leyes N°s 27157 y 27333, así como el Reglamento de la Ley N° 27157, aprobado por Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA), como la prescripción adquisitiva de propiedad, formación de títulos supletorios y saneamiento de áreas, linderos y medidas perimétricas, tramitados notarialmente. Estas anotaciones no tienen un plazo determinado de vigencia temporal.

- El contrato de opción cuyo asiento, según el artículo 148 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, tiene la calidad de una anotación preventiva, el cual caduca en la fecha establecida por partes para el ejercicio de la opción.

- La anotación preventiva de documentos previos a la habilitación urbana, tales como el certificado de zonificación y vías y los certificados de factibilidad de servicios, cuya vigencia caducará con el vencimiento del plazo de vigencia de los certificados, ello en aplicación de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

- La anotación preventiva del proyecto de habilitación urbana y de la compraventa garantizada de lotes pertenecientes a una habilitación urbana que aún no cuenta con recepción de obras.

- La anotación preventiva de aportes pendientes se da cuando en la resolución que aprueba la recepción parcial se establezcan aportes pendientes de efectuar en la etapa a recepcionar.

- La anotación de preventiva de estar pendiente el informe de verificación *ad hoc* en la declaratoria de fábrica.

- Las anotaciones preventivas previstas en los procedimientos administrativos de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva u otros regulados en disposiciones especiales.

Adicionalmente, hay que mencionar una anotación preventiva que está contenida en la sexta disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo N° 1049 modificado por la Ley N° 30313), nos referimos a la anotación preventiva por presunta suplantación de los otorgantes y será solicitada por el notario. Esta anotación tendrá la vigencia de un año contado a partir de la fecha del asiento de presentación y procederá, aunque el actual titular registral sea un tercero distinto al que adquirió un derecho sobre la base del instrumento notarial sujeto a la presunta falsificación. Si durante el plazo su vigencia se anota la demanda judicial o medida cautelar que se refiera a este mismo hecho, dicha anotación judicial se correlacionará con la anotación preventiva y surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación por presunta suplantación. Así, vencido el plazo de la anotación preventiva sin que se hubiera anotado la demanda o medida cautelar, dicha anotación preventiva caduca de pleno derecho.

**B) En el Registro de Sociedades**

El Reglamento del Registro de Sociedades, aprobado por Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 200-2001-SUNARP/SN, señala en su artículo 9 los siguientes casos:

a) Demandas y otras medidas cautelares de carácter judicial o arbitral (esto último no estaba contemplado) que se refieran a la validez del pacto social inscrito, a sus modificaciones, o a los acuerdos o decisiones societarias inscribibles.

   Asimismo, aquellas que se refieran a la emisión de obligaciones de una sociedad y a los aspectos referidos tanto a ella como a los acuerdos inscritos de la asamblea de obligacionistas.

b) Las resoluciones judiciales o arbitrales no consentidas que ordenen la suspensión de acuerdos adoptados por la sociedad.

c) Las demandas, los embargos y otras medidas cautelares relacionadas con la participación del socio en sociedades distintas a las anónimas. Cuando se trata de sociedades colectivas y comanditarias simples, se aplica lo establecido con referencia a los derechos de los acreedores de un socio de la empresa.

d) Otras que señalen las leyes y reglamentos que, entre otros, se refieren a la reserva de preferencia registral, la cual salvaguarda una denominación completa o abreviada o una razón social durante el proceso de su constitución o modificación de estatutos, teniendo esta una duración de 30 días naturales (artículo 18 del RRS). De igual modo, la apertura preventiva de partida registral en el caso de reorganización de sociedades constituidas en el extranjero (artículo 136 del RRS).

El mencionado Reglamento establece que no procede la anotación preventiva de los siguientes actos:

No son susceptibles de anotación preventiva:

a) Las medidas cautelares relativas a los bienes de la sociedad o sucursal, sin perjuicio de su anotación en la partida registral del bien;

b) Las medidas cautelares que se refieran a las deudas de la propia sociedad o sucursal.

**C) En el Registro de Propiedad Vehicular**

Las anotaciones preventivas provenientes de las medidas cautelares inscribibles (embargos, demandas, innovativas, de no innovar, genéricas, inscripción preventiva a favor del Estado, inhibición de enajenación o gravamen) son aplicables en el Registro de Propiedad Vehicular como registro de bienes. No le es aplicable el bloqueo registral, en la medida que este se encuentra regulado por el Decreto Ley N° 18278 y sus modificatorias solo para el caso de inmuebles. El Reglamento de Inscripciones del Registro de Propiedad Vehicular, aprobado por Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 039-2013-SUNARP-SN, publicado el 20 de febrero de 2013, siendo una particularidad de este Registro la anotación de robo de vehículos, prevista en el artículo 99 del citado Reglamento, así como la anotación de retiro temporal regulada en su artículo 138.

**D) En otros Registros**

a) Registro de Testamento y en Registro de Sucesiones Intestadas. El Reglamento del Registro de Testamento y en Registro de Sucesiones Intestadas aprobado por Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 156-2012-SUNARP/SN, en su artículo 4, señala que no procede la inscripción del testamento si ya consta inscrita la sucesión intestada del mismo causante, salvo mandato judicial que así lo disponga o que el testamento contenga disposiciones compatibles con la sucesión intestada inscrita. Asimismo, dispone que se podrá solicitar la anotación preventiva por existencia de testamento en el Registro de Sucesiones Intestadas.

   Ahora bien, la anotación preventiva de existencia de testamento en el Registro Sucesiones Intestadas constituye un medio de publicidad que permite a los terceros la posibilidad de conocer la existencia de una eventual causa de modificación del acto inscrito. Esta anotación, según el artículo 38 del citado Reglamento, tiene una duración de 120 días hábiles contados desde el día hábil siguiente a la extensión de la anotación en la partida registral con la finalidad de reservar la prioridad de la eventual medida cautelar retrotrayendo sus efectos a la fecha y hora del asiento de presentación, siempre que la medida judicial se presente en el diario de la oficina registral pertinente dentro del plazo de vigencia de la anotación.

   Además, en el Registro de Sucesiones Intestadas, se anotan las que ordenen los jueces de paz, si el trámite se sigue en la vía judicial (art. 833, inc. 2, del CPC, modificado por la Ley N° 26716, publicada el 27 de diciembre de 1996); así como las que dispongan los notarios si se recurre a la competencia notarial (art. 40 de la Ley N° 26662, publicada el 22 de setiembre de 1996). Asimismo, se inscriben las demandas sobre petición de herencia (art. 664 del CC).

b) Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con el Registro Jurídico de Bienes Muebles. La Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley N° 28677) establece el mecanismo de las anotaciones preventivas con el propósito de salvaguardar la prioridad y la oponibilidad de los títulos referidos a las garantías mobiliarias. Estas anotaciones preventivas procedentes cuando el acto inscribible "adolece de falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable", así la mencionada Ley dispone que no podrá formularse observación, sino que deberá extenderse la correspondiente anotación preventiva, cuya vigencia es de 90 días útiles; siendo que, si el defecto se subsana durante la vigencia de la anotación, sus efectos surtirán desde la fecha del asiento de presentación de la anotación; de lo contrario, la anotación caducará. Asimismo, la citada Ley permite la anotación preventiva de

aquellos formularios que contienen "más de un acto inscribible o se refiera a más de un bien mueble" y exista falta de tracto sucesivo u otro defecto subsanable en alguno de ellos.

El Reglamento de Inscripciones del Registro Mobiliario de Contratos y su vinculación con el Registro Jurídico de Bienes Muebles aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 142-2006-SUNARP/SN, del 26 de mayo de 2006, en su artículo 51 regula la anotación preventiva disponiendo que si el acto inscribible adolece de defecto subsanable o falta de tracto sucesivo, el registrador deberá anotar preventivamente el título por 4 meses contados a partir del asiento de presentación, sin necesidad de observación previa. Dicho plazo puede ser renovado por única vez antes de su vencimiento, a solicitud de parte por un plazo similar. En las anotaciones preventivas, el registrador dejará constancia de las causas específicas que motivan dicha anotación, la fecha de su vencimiento y la precisión de que vencido el plazo la anotación ya no surte efecto. Asimismo, se precisa que cuando se anote un acto por falta de tracto sucesivo y durante su vigencia se inicie el procedimiento especial de saneamiento de tracto sucesivo, la vigencia de la anotación se extenderá hasta por un año adicional. Es pertinente señalar, tal como se ha mencionado en nuestros comentarios del artículo 2008 del Código Civil, que el Registro Mobiliario de Contratos será sustituido por el Sistema Informativo de Garantías Mobiliarias y Contratos (SIGM), al entrar en vigor y aplicación el Decreto Legislativo N° 1400, que no contiene disposiciones relativas a anotaciones preventivas, en la medida que no contiene inscripciones propiamente dichas, sino meros avisos electrónicos sin calificación registral alguna.

## 3. Anotación preventiva por falta de tracto sucesivo

El actual texto del artículo 66 del TUO del Reglamento General de Registros Públicos permite la anotación preventiva de los títulos cuya inscripción no pueda efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane, pero limitando su extensión solo al Registro de la Propiedad Inmueble respecto a los actos señalados en los numerales 1 al 6 del artículo 2019 del Código Civil, esto es:

1. Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
2. Los contratos de opción.
3. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
4. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
5. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
6. Los contratos de arrendamiento.

De esta forma, en principio, quedó descartado pretender anotar preventivamente una inmatriculación, hecho que fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Registral:

"No procede anotar preventivamente una inmatriculación, por cuanto la normativa registral, en su artículo 66 limita la anotación preventiva a aquellos actos inscribibles contenidos en los numerales 1 al 6 del artículo 2019 del Código Civil, siendo que la

inmatriculación se encuentra prevista en el artículo 2018 del mismo cuerpo legal". (Res. N° 344-2018-SUNARP-TR-A)

No obstante, debemos mencionar que cuando entre en vigor el Decreto Legislativo N° 1209, que regula el procedimiento para la inmatriculación de predios de propiedad privada de particulares en el Registro de Predios (norma que aún no ha sido reglamentada), será viable que se anote preventivamente la inmatriculación como parte de dicho procedimiento. Así, en ese procedimiento podrán solicitar la anotación preventiva de inmatriculación todas las personas naturales y jurídicas al amparo de lo dispuesto en el artículo 2018 del Código Civil. En este caso, la anotación preventiva tendrá una vigencia de 90 días hábiles y durante esta no podrá extenderse ningún asiento de inscripción posterior, salvo la conversión a definitiva o la cancelación de la misma. También, como ya se ha indicado precedentemente, el artículo 31 del Reglamento de Inscripciones del Registros de Predios regula una especie de "inmatriculación preventiva" en el caso de embargos judiciales respecto a inmuebles no inscritos, en aplicación del artículo 650 del Código Procesal Civil.

Ahora, el artículo 66 del mencionado Reglamento General establece ciertos requisitos para la anotación por falta de tracto sucesivo, nos señala que procederá la extensión de esta clase de anotación preventiva siempre y cuando se acredite el derecho no inscrito del otorgante a la fecha del asiento de presentación, ya sea mediante el respectivo contrato con firmas legalizadas notarialmente, copia legalizada notarialmente de este o declaración jurada del solicitante, en el sentido de que el otorgante del acto adquirió su derecho del titular registral. Téngase en cuenta, entonces, que la falta de tracto sucesivo no implica crear una cadena de titularidades discrepante con el derecho registrado, sino que indica la falta de previa inscripción de una titularidad anterior, que precisamente es la que deberá registrarse durante el plazo de vigencia de la anotación preventiva.

La anotación preventiva extendida por esta causa tendrá vigencia de un año, vencido el cual caducará de pleno derecho. No obstante, la anotación podrá cancelarse, aún antes del vencimiento de ese plazo, a solicitud del titular registral con dominio inscrito de manera definitiva, para lo cual deberá presentar una declaración jurada con firmas legalizadas notarialmente en la que deje constancia de que no realizó transferencia alguna a favor del otorgante del acto o derecho anotado.

También se ha señalado que no procederá la anotación preventiva sustentada en otra anotación preventiva de la misma naturaleza. Tampoco cuando el título esté incurso en los supuestos de tacha sustantiva, ni cuando el instrumento que da mérito a la inscripción no preexiste a la fecha del asiento de presentación del título.

## 4. Las anotaciones preventivas por existir defecto subsanable en el título presentado ante el Registro

El artículo 79 del derogado Reglamento de las Inscripciones contenía, entre otros supuestos de anotación preventiva, la que procedía cuando los títulos presentados al Registro contuvieran "defectos subsanables". Dicho supuesto de anotación preventiva solo tenía la finalidad de otorgar un plazo mayor a los interesados para obtener la documentación necesaria para subsanar el defecto existente en el título presentado. En cuanto a su plazo de vigencia, al igual que las extendidas por no encontrarse inscrito el derecho del otorgante, el artículo 92 del Reglamento de las Inscripciones de 1936 contemplaba un plazo de caducidad de 60 días hábiles, contados a partir del asiento de presentación. Por lo tanto, la conversión en definitiva

debía realizarse en ese plazo, mediante la presentación al Registro del documento referido a la subsanación del defecto o la inscripción del derecho que perfeccione el tracto. Caso contrario, la anotación caducaba automáticamente.

Luego, el vigente Reglamento General de los Registros Públicos, en el texto original del artículo 66, eliminó dicha clase de anotaciones preventivas, principalmente, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, la existencia de anotaciones preventivas de esta clase solo complicaba innecesariamente el contenido de las partidas registrales, dando lugar (en muchas ocasiones) a incorrectas interpretaciones por los usuarios de los servicios de publicidad registral.

b) Si de lo que se trataba era otorgar mayor tiempo para una eventual subsanación de defectos, el vigente Reglamento General estableció un mayor plazo de vigencia del asiento de presentación (25 días hábiles), prorrogables por un plazo igual, y la posibilidad de que el interesado solicitase la prórroga de la vigencia del asiento cuando requiriera un plazo adicional para efectuar la subsanación de la observación (segundo párrafo del artículo 27 del Reglamento General).

c) Asimismo, la carencia de una regulación específica sobre los efectos de dicha clase de anotaciones preventivas originaba diversidad de interpretaciones sobre sus efectos (de mera publicidad o de cierre a nuevas inscripciones); respecto a la posibilidad de su anotación en más de una ocasión (lo que podría recargar la partida registral de anotaciones destinadas a la misma finalidad); en relación con la posibilidad de que una anotación preventiva pudiera servir de soporte para la extensión de otra anotación preventiva; entre otras muchas interrogantes no resueltas expresamente en las normas reglamentarias.

Sin embargo, a través de la Ley N° 28294, Ley que crea el Sistema Nacional de Catastro y su vinculación con el Registro de Predios, publicada el 21 de julio de 2004, se restablece la anotación preventiva aplicable para los títulos que tengan defectos subsanables, con ocasión de crear una nueva clase de anotación preventiva destinada para el caso en que el predio no cuente con Código Único Catastral (ver artículo 21 de la mencionada Ley).

Esta Ley provocó la modificación del artículo 65 del Reglamento General de los Registros Públicos permitiendo la extensión de esta forma de anotación preventiva en el Registro de la Propiedad Inmueble, cuya vigencia será de un año, vencido el cual caducará de pleno derecho.

## 5. Conversión y retroprioridad de la anotación preventiva

La anotación preventiva puede convertirse en una inscripción, con lo cual deja de ser provisional y se convierte en asiento definitivo. En la doctrina española, se dice que los efectos de conversión de las anotaciones preventivas implican un proceso de transformación de un asiento provisional en otro definitivo. El principal efecto de la conversión es la cubrir el rango registral de los títulos en vista al futuro asiento de inscripción[10].

Uno de los efectos de la conversión de la anotación preventiva es que los efectos del nuevo asiento de inscripción se retrotraerán hasta la fecha del asiento de presentación de la anotación preventiva, con lo cual garantiza la preferencia registral del acto o derecho inscrito.

(10) ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Ob. cit., p. 449.

La retroprioridad está regulada en el artículo 68 del Reglamento General de los Registros Públicos, el cual señala que una vez inscrito el acto o derecho cuya prioridad ha sido cautelada por la anotación preventiva, surtirá sus efectos desde la fecha del asiento de presentación de la anotación, salvo disposición distinta.

Siguiendo a Roca Sastre y Roca-Sastre Muncunill al comentar el artículo 70 de la Ley Hipotecaria Española, podemos decir que del artículo 68 del Reglamento de los Registros Públicos se desprende la actuación retroactiva de los efectos propios de la conversión registral que se reputa como verificada o actuante al tiempo de la fecha del asiento de la anotación controvertida[11].

## 6. Extinción de la anotación preventiva

De acuerdo con el artículo 103 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, las anotaciones preventivas se entenderán extinguidas de pleno derecho cuando opere la caducidad. Sin perjuicio de ello, el registrador podrá, de oficio, extender los asientos cancelados respectivos, salvo en los supuestos que por disposición especial se requiera solicitud de parte.

Como podemos advertir, la caducidad de las anotaciones preventivas es automática, por lo que solo será necesario que se cumpla plazo legal a efectos de que pierda vigencia; si bien la norma dispone que el registrador podrá extender un asiento de caducidad, esto es obligatorio, por lo que su no extensión no da lugar a que se considere que la anotación genere efectos.

Es por eso que el artículo 104 del citado Reglamento señala que "se presume, para efectos registrales, que la cancelación de un asiento extingue el acto o derecho que contiene".

De las normas se desprende que una vez vencido el plazo de vigencia de la anotación preventiva, el asiento queda extinguido de pleno derecho y se considera como inexistente el acto o derecho que contiene, no afectando la buena fe del tercero, por lo que, tal como mencionamos en una anterior obra, "el tercero que adquiere bajo la fe que emana del Registro lo hace bajo la presunción de extinción de ese derecho, no enervando su buena fe, el hecho de que el derecho continúe existiendo extrarregistralmente, pudiendo (incluso) constituirse en un tercero registral"[12].

## DOCTRINA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Comares, Madrid, 2012; BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. Exposición de motivos oficial del Código Civil - Registros Públicos. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo I, Civitas, Madrid, 1988; GONZALES LOLI, Jorge. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; MANZANO LOZANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995; ROCA SASTRE, Ramón M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Tomo III, 9ª edición, Bosch, Madrid, 2008; MONSERRAT, Antonio. Derecho Inmobiliario Registral. Civitas, Madrid, 2000.

(11) Ídem.

(12) GONZALES LOLI, Jorge. *Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 475.

# JURISPRUDENCIA

## TRIBUNAL REGISTRAL

### Anotaciones preventivas: concepto

*En principio debemos decir que las anotaciones preventivas, en general, son una de las clases de asientos que nuestra normativa admite, en este caso se trata de asientos de carácter provisional. Como afirma Pau Pedrón, la nota más importante de toda anotación preventiva es su duración temporal o transitoria. En cuanto a su finalidad, resulta pertinente citar a Manzano Solano quien nos comenta que la anotación preventiva "Es un instrumento registral eficiente para asegurar y reforzar las posibilidades de ejecución de un fallo judicial (...) para garantizar derechos reales ya existentes, pero que todavía no pueden ser inscritos (...) o para asegurar el puesto registral a aquellos títulos que por adolecer de algún defecto susceptible de ser corregido o subsanado no pueden de momento ser objeto de registración definitiva" (**Resolución N° 095-2010-SUNARP-TR-A**).*

## Actos o títulos posesorios no inscribibles

**Artículo 2021.-** *Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles.*

Concordancias:
*C.C. art. 950 y ss; D.LEG. 667 art. 5 inc. c); R.I.R.P. art. 1 y ss.*

ÓSCAR HUERTA AYALA

### 1. Concepto

Sobre la posesión hay distintos conceptos. Así, Carlos Ferdinand Cuadros Villena señala que: "La posesión es el aprovechamiento directo, de hecho, o de derecho, del valor de uso o disfrute de una cosa"(1). Esta definición encierra los siguientes elementos:

a) La relación objetiva del hombre con las cosas.

b) La utilización del valor económico de las cosas en cuanto sirven para el uso o disfrute; es la utilización del valor de uso incorporado en las cosas.

c) Comprende dos clases de posesión: la que nace del poder de hecho sobre las cosas, sin título por mera voluntad del poseedor, y la que nace del derecho de propiedad, como una de las facultades del propietario. La primera es la posesión estimada como instituto autónomo y la segunda, la posesión derivada del derecho de propiedad.

Según José Luis Lacruz Berdejo(2), hoy, en sentido vulgar, **posesión** es la dominación de una cosa que **se tiene**. Un contacto físico autónomo y visible.

Luis Alberto Vásquez Rios(3) señalaba que la posesión se protege, bien porque constituye un hecho determinado por la voluntad humana que se realiza sobre las cosas; o bien como derecho, porque es el complemento y la plenitud del derecho de propiedad.

Por su parte, José A. Álvarez Caperochipi afirma que: "Podemos enfocar la posesión desde una triple perspectiva: en primer lugar, es la materialidad de la tenencia de una cosa (que delimita también la cosa misma; v.gr., extensión de la finca); en segundo lugar, es el derecho de goce, disfrute y recuperación de una cosa, fundado en una apariencia social significativa, y en tercer lugar, es un título de propiedad y un medio de publicidad y prueba de la misma. Esta triple perspectiva no agota, desde luego, la funcionalidad de la posesión, pero nos da una primera visión de sus matices"(4).

Para Manuel Peña Bernardo de Quirós, "es un derecho real que consiste en la inmediata tenencia o goce que el Derecho confiere, con carácter **provisionalmente prevalente**, a quien tiene la cosa sujeta a la acción de su voluntad y con independencia de que exista o no derecho real firme que justifique la atribución definitiva de esa propiedad"(5).

(1) CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. *Derechos Reales*. Tomo I, Empresa Editora Latina, Lima, 1988, p. 158.
(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRIA, Jesús y MENDOZA OLIVAN, Víctor. *Derechos Reales*. Volumen I: Posesión y propiedad, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, p. 31.
(3) VÁSQUEZ RÍOS, Luis Alberto. *Los Derechos Reales*. San Marcos. Lima, 1996, p. 118.
(4) ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José. *Derecho Inmobiliario Registral*. 3ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2012, p. 78.
(5) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I. 4ª edición. Fundación Beneficencia Et Peritia Iuris, Madrid, 2001, pp. 161-162.

Según Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, "la posesión puede ser definida como el ejercicio de hecho de las facultades correspondientes a un determinado derecho real, ejercicio del cual emana la apariencia de una auténtica titularidad"(6).

Según Hedemann, "a) la palabra 'posesión' se emplea en el lenguaje vulgar profusamente y con poca precisión. Se habla de posesión en el sentido fortuna (capital) como distinguiendo las clases sociales 'acomodadas' (posidentes) de las 'desposeídas'. También se llama aún hoy día a uno poseedor de fábricas, poseedor de tierras, etc., pero con ello no se quiere expresar la misma cosa que el BGB entiende con la palabra 'posesión'[,] sino más porque el BGB tiene de la posesión un concepto más riguroso y estrecho. Separa tajantemente la posesión de la propiedad. 'Posesión' es la tenencia de hecho; 'propiedad', por el contrario, la tenencia de Derecho. b) Corrientemente, la propiedad y la posesión van juntas; por ejemplo, las tiene el dueño de una fábrica, las tenemos sobre las prendas que llevamos puestas o sobre los libros que están en casa, en nuestro estante. Somos al mismo tiempo propietario y poseedor. Pero **la propiedad y la posesión pueden también estar separados**"(7).

Para José Puig Brutau, "[l]a posesión, se nos dice, es palabra que alude a una relación de hecho, que expresa la adherencia física de la cosa a la persona, el vínculo tangible entre aquella y esta o la disponibilidad en sentido material"(8).

## 2. Posesión y registro

Según Faus(9), posesión y registro son figuras antagónicas: una está en el campo de los derechos y la otra en la de los hechos, pero ambas persiguen el mismo fin: la publicidad y la legitimación del derecho de propiedad.

Para intentar solucionar los problemas de las relaciones entre registro y posesión, se han formulado diversos sistemas:

a) Incorporación de la posesión al Registro: Tesis de los autores que supervaloran la posibilidad del Registro. Se ha dicho que la mejor manera de acabar con la posesión era encerrarla en el recinto amurallado del Registro; no obstante, para ello se debería admitir la llamada posesión tabular y forzar el verdadero sentido del Registro.

b) Ineficacia de la posesión frente al tercer adquirente: Según esta tesis, el Registro sería el único órgano de publicidad para terceros del dominio y los derechos reales sobre inmuebles. Con esta solución, la posesión vive fuera del Registro, pero no perjudica al tercer adquirente; es la victoria del Registro sobre la posesión. Teóricamente, sería la solución perfecta; sin embargo, no cabe desconocer la realidad de la posesión y, se quiera o no, la posesión es un medio de publicidad.

c) Acceso al Registro de la posesión bajo la forma de anotación preventiva como supuesto para que la misma pueda perjudicar al tercer adquirente; supondría así una advertencia para tercero.

(6) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Manual de Derecho Civil*. Bercal, Madrid, 2005, p. 62.
(7) HEDEMANN, J. W. *Derechos Reales*. Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 53-54.
(8) PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo III (reimpresión). Volumen I, Bosch-Urgel, Barcelona, 1978, p. 45.
(9) FAUS, Manuel. "Posesión y registro de la propiedad: inscripciones de posesión". Recuperado de: <https://practicos-vlex.es/vid/registro-inscripciones-505038178>.

La posesión hoy en día tiene una importancia vital en el campo jurídico y social de nuestro país; así, por ejemplo, en el caso de la prescripción adquisitiva de dominio, sin la posesión es impensable dicha figura jurídica, así como en la aplicación de la fe pública registral según alguna jurisprudencia[10].

Con respecto a esto último, tal como señala Alan Pasco, si se concluye que la relevancia que asume la posesión respecto de los bienes inmuebles en un sistema determinado es la causa para que la buena fe del tercero adquirente sea entendida como una buena fe diligencia, obligando al tercero a constatar quién es el poseedor efectivo del bien antes de su adquisición, entonces tendríamos que concluir que la única forma de cambiar la forma de entender y aplicar la fe pública registral en nuestro país es estableciendo un sistema de transferencia de propiedad similar al español, en el cual la posesión juegue el rol de elemento constitutivo de dicha transferencia tanto para los bienes muebles como para los inmuebles. Es decir –siguiendo con esta forma de pensamiento–, para que la doctrina y la jurisprudencia peruanas, al igual que la doctrina y la jurisprudencia españolas, comiencen a exigirle al tercero adquirente que, previa adquisición de la propiedad de un inmueble, agote todos los mecanismos que tenga a su alcance para realizar una constatación in situ en el bien y determine quién es el vigente poseedor, necesariamente primero tendríamos que pasar de un sistema en donde la propiedad se transfiere por el solo consenso a un sistema de título y modo, donde la regla sea que es la posesión (precedida de un contrato traslativo) la que transfiere la propiedad inmobiliaria, pero con el derecho de las partes de modificar esta regla y consagrar que, excepcionalmente, la transferencia se dará con el solo consenso (hoy en día, en nuestro sistema aplica el criterio inverso: si las partes no establecen nada en su contrato, la fecha de celebración del mismo constituye el momento en que se produjo la transferencia de propiedad sobre el inmueble, al margen de que el adquirente aún no hubiese tomado posesión del bien)[11].

Al respecto, Bazán Carranza señala que en el tráfico jurídico de bienes inmuebles, la posesión debe ser el talón de Aquiles de traficantes, falsificadores y estafadores, pues, verificando dicho poder de hecho regulado por nuestro Código Civil, se podrá hablar claramente de buena fe no solamente actuando guiados como corderos por lo que diga el Registro o los títulos archivados, sino por lo que diga la **realidad física**. Si actúas con buena fe, debes actuar con diligencia; si actúas con diligencia, no serás estafado por tu **buena fe**[12].

Desde mi punto de vista, no es un requisito de la fe pública registral la verificación de la posesión, máxime si es que consideramos que la posesión es una forma de publicidad inmobiliaria, limitada a un determinado lugar.

Tal como lo señala Mejorada, por lo mismo, nos centramos en la utilidad práctica de la posesión: el servir como un instrumento de publicidad de derechos reales, partiendo de la idea de que se debe presumir que existe concordancia entre el comportamiento de ejercer de

(10) Casación N° 3667-2010-La Libertad, expedida con fecha 21 de junio de 2001 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de enero de 2012.

(11) PASCO ARAUCO, Alan. "La Corte Suprema revalora la posesión y plantea una nueva forma de entender el principio de fe pública registral en su relación con la prescripción contra tabulas. A propósito de una aproximación comparativa al sistema español: ¿hacia dónde puede seguir virando nuestra jurisprudencia?" Recuperado de: <https://works.bepress.com/alan_pasco/14/download>.

(12) BAZÁN CARRANZA, Víctor Antonio. "La posesión como elemento de hecho necesario para oponerse al propietario no registral en las ventas sucesivas". Recuperado de: <https://legis.pe/la-posesion-elemento-hecho-necesario-oponerse-al-propietario-no-registral-las-ventas-sucesivas>.

hecho un derecho y la titularidad de ese mismo derecho[13], por lo que la posesión cumple la función de manifestación de las relaciones jurídicas (funciones de publicidad y de fijación)[14].

Al respecto, se debe tener en cuenta que el artículo 948 del Código Civil establece lo siguiente: "Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal". Sin embargo, cabe señalar que esto se aplica para bienes muebles; mientras que para bienes inmuebles, "el Registro de la propiedad asume el lugar de la posesión, en casi todos los aspectos (...)"[15].

En tal sentido, considerar a la posesión como elemento decisorio para la aplicación de la fe pública registral no es algo que haya sido considerado por nuestra legislación, tal como lo señala el actual artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley N° 30313: "El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.

La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro".

## 3. La posesión como acto no inscribible

Nuestro Código Civil, en su artículo 2021, señala que los **actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles.**

Según lo que refiere la exposición de motivos, en el Derecho comparado se ha pasado de permitir la inscripción de la posesión a prohibirla expresamente; así ocurre en España, Francia, Italia, Argentina, Venezuela, Colombia, Ecuador, Brasil, entre otros.

La pregunta "¿la inscripción mejora o protege el derecho real de posesión?" se responde que la razón de ser de los Registros Públicos es "otorgar publicidad a derechos que de otro modo no la tendrían", pero la publicidad del derecho de posesión "se encuentra en el ejercicio mismo de los hechos propios de la posesión". Es decir, tratándose de la posesión, la publicidad está dada por el mismo hecho de poseer. Consecuentemente, este derecho no tiene necesidad de ser publicitado mediante el Registro: la inscripción no mejora el derecho real de posesión[16].

Becerra Palomino añade que una interpretación de la norma en sentido contrario permite concluir que los actos o títulos referentes a la sola posesión que sí han cumplido con el plazo de prescripción son inscribibles. Pero en tal caso, en sentido estricto, lo que se inscribe no es la posesión, sino el derecho de propiedad adquirido por el transcurso del tiempo. Debido a esto, la redacción del artículo no parece ser la más adecuada. Más aún, si se tiene en cuenta que el dominio usucapido se adquiere o constituye por el simple transcurso del tiempo de

(13) MEJORADA CHAUCA, Martín y LOAYZA JORDÁN, Fernando. "¿Registrar es poseer? Un vistazo desde el fundamento de la posesión". En: *Ius et Veritas*. N° 45, Lima, diciembre 2012, p. 203.
(14) WESTERMANN, Harry *et al. Derechos Reales*. Volumen I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007, p. 151.
(15) Ibídem, p. 152.
(16) BECERRA PALOMINO, Carlos. *Código Civil comentado*. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 358.

posesión (continua, pacífica y pública) como propietario. Y ello porque la declaración judicial o notarial (Ley N° 27333, Ley complementaria a la Ley N° 26662, artículo 5) del derecho así adquirido es (como su nombre lo indica) simplemente "declarativa", no constitutiva[17].

Sobre el particular, debo concordar con Becerra; en realidad, la posesión nunca llega a inscribirse, porque conforme el artículo 2021 del Código Civil se inscribirá la prescripción adquisitiva de dominio.

En tal sentido, de acuerdo al artículo 138 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, se podrá efectuar la anotación preventiva de la solicitud de declaración notarial de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio.

Además, cabe señalar que el artículo 5 de la Ley Hipotecaria Española establece que los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles[18].

Según Amorós Guardiola, el artículo 5 de la Ley Hipotecaria contiene una prohibición dirigida al registrador, como encargado del Registro de la Propiedad, de inscribir la posesión; sin embargo, con la generalidad propia de toda norma jurídica, advierte a todos que cualquier pretensión –solicitud u orden, de particular o de autoridad, administrativa o judicial– de inscribir el mero o simple hecho de poseer será calificada con una mera o simple denegación.

El citado autor refiere, además: "¿Era necesaria tan tajante determinación? Formalmente, no. Debe tenerse en cuenta que la definición del objeto del Registro, es decir, la expresión de los derechos susceptibles de inscripción, es realizada, básicamente, por el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, que guarda absoluto silencio acerca de la posesión. Ninguno de los artículos de la Ley concordantes con el citado artículo 2 se ocupa de la inscripción de la posesión. Se han suprimido, además, del texto legal todas las referencias a los efectos de las inscripciones de posesión contenidas en la Ley de 1909, así como la regulación del expediente judicial pensado para inscribir el hecho de la posesión. ¿No era suficiente esta batería de actuaciones legislativas para entender que no era posible ya inscribir la posesión? Probablemente, sí, y así lo manifestó algún diputado en el curso de los trámites parlamentarios (2), pero las leyes no se fabrican en un laboratorio atemporal. Nacen en una circunstancia histórica concreta, que justifica su existencia. En el caso que nos ocupa una larga trayectoria favorable a la inscripción de la posesión y un enconado debate doctrinal acerca de su naturaleza jurídica hicieron necesaria la expresa prohibición impuesta por el legislador de 1944"[19].

En nuestro país, se cuenta con la Directiva N° 002-2000-SUNARP/SN, aprobada por Resolución N° 066-2000-SUNARP-SN, en la cual se precisa la responsabilidad del registrador de observar o tachar los partes que provengan de fuero judicial, cuando los mismos se refieran a actos no inscribibles a los que alude el artículo 2021 del Código Civil o exista incompatibilidad entre la resolución judicial que ordena la inscripción de una posesión y los respectivos antecedentes registrales

En los considerandos de la Directiva, se señala que el derecho de posesión se define corno el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad, conforme a lo dispuesto por el artículo 896 del Código Civil.

(17) Ibídem, p. 360.
(18). Recuperado de: <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/ley-hipotecaria/#a5>.
(19) AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-5-234703>.

Asimismo, se refiere que, al regular la posesión, el precitado Código dispuso que ninguna presunción posesoria puede oponerse al propietario con derecho inscrito. "La doctrina ha convenido en excluir del mencionado ejercicio de dichos poderes o la reivindicación propia de quien es titular del derecho de propiedad sobre un inmueble, más aún si este se encuentra inscrito, en cuyo caso su derecho adquiere oponibilidad *erga omnes*", se señala.

Además, se agrega que, salvo la excepción prevista en el Decreto Legislativo N° 667 para la regularización de la propiedad de predios rurales, el derecho de posesión no constituye un derecho inscribible, toda vez que otorga únicamente a quien lo detenta el ejercicio fáctico de uno o más de los poderes antes referidos.

Por ello, se señala que el artículo 2021 del Código Civil prescribe expresamente que: "los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles". Atendiendo a lo expuesto en los párrafos precedentes, con mayor razón, el derecho de posesión no podrá oponerse a aquellos propietarios con derecho inscrito que no tengan vínculo alguno con la relación jurídica sobre la cual recae el derecho de posesión peticionado.Finalmente, se refiere que, para evitar una aplicación contradictoria entre lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011, el artículo 2021 y los demás principios registrales del Código Civil, el registrador deberá cumplir con efectuar una interpretación integral de los principios y las disposiciones legales aplicables a los casos en que la resolución que contiene un parte judicial ordene la inscripción de una resolución o sentencia que verse sobre el derecho de posesión, o sea incompatible con los antecedentes registrales, teniendo en cuenta la nutrida jurisprudencia expedida por el Tribunal Registral. Esto, especialmente cuando dicho parte pretenda que se inscriba un pronunciamiento judicial que afecte a terceros que no forman parte de la relación jurídico material y procesal.

## DOCTRINA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José. Derecho Inmobiliario Registral. 3ª edición, Ediciones Legales, Lima, 2012; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. Recuperado de: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/articulo-5-234703>; BAZÁN CARRANZA, Víctor Antonio. La posesión como elemento de hecho necesario para oponerse al propietario no registral en las ventas sucesivas. Recuperado de: <https://legis.pe/la-posesion-elemento-hecho-necesario-oponerse-al-propietario-no-registral-las-ventas-sucesivas>; BECERRA PALOMINO, Carlos. Código Civil comentado. 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. Manual de Derecho Civil. Bercal, Madrid, 2005; CUADROS VILLENA, Carlos Ferdinand. Derechos reales. Tomo I, Empresa Editora Latina, Lima, 1988; FAUS, Manuel. Posesión y registro de la propiedad: inscripciones de posesión. Recuperado de: <https://practicos-vlex.es/vid/registro-inscripciones-505038178>; HEDEMANN, J. W. Derechos reales. Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; LACRUZ BERDEJO, José Luis; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVARRIA, Jesús; y MENDOZA OLIVAN, Víctor. Derechos reales. Volumen I: Posesión y propiedad, 3ª edición, Bosch, Barcelona, 1991; MEJORADA CHAUCA, Martín y Loayza Jordán, Fernando. "¿Registrar es poseer? Un vistazo desde el fundamento de la posesión". En: Ius et Veritas. N° 45, Lima, diciembre 2012; PASCO ARAUCO, Alan. La Corte Suprema revalora la posesión y plantea una nueva forma de entender el principio de fe pública registral en su relación con la prescripción contra tabulas. A propósito de una aproximación comparativa al sistema español: ¿hacia dónde puede seguir virando nuestra jurisprudencia?". Recuperado de: <https://works.bepress.com/alan_pasco/14/download>; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derechos reales. Derecho Hipotecario. Tomo I, 4ª edición, Fundación Beneficencia Et Peritia Iuris, Madrid, 2001; PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo III (reimpresión), Volumen I, Bosch, Urgel, Barcelona, 1978; VÁSQUEZ RÍOS, Luis Alberto. Los derechos reales. San Marcos, Lima, 1996; WESTERMANN, Harry et al. Derechos reales. Volumen I, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2007.

# JURISPRUDENCIA

## TRIBUNAL REGISTRAL

### La posesión no puede ser materia de inscripción

*Sin embargo, encontrándose inscrita únicamente la posesión, debe tenerse en cuenta el artículo 2021 del Código Civil, que establece que los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el plazo de prescripción adquisitiva, no son inscribibles. Dicha norma se refiere al derecho de posesión, no al derecho a la posesión que forma parte del derecho de propiedad, reconocido en el artículo 923 del Código Civil* (**Resolución N° 291-2014-SUNARP-TR-L**).

# Principio de oponibilidad

**Artículo 2022.-** *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.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1112, 1135, 1670, 2011, 2016, 2023*

**Moisés Arata Solís**

## 1. Preliminares

### 1.1. Alcances registrales del principio de oponibilidad

Una de las primeras inquietudes que surgen de la lectura del artículo bajo comentario es la referida a si, por su ubicación dentro del título referido al Registro de la Propiedad Inmueble, la regla de la oponibilidad de lo inscrito frente a lo no inscrito, así como la regla inversa correspondiente: la inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito, con los matices derivados de la necesaria buena fe de quien quiere invocar la una o la otra a su favor, solo operan respecto de conflictos de derechos que se presenten con relación a bienes inmuebles y, a lo sumo, por afinidad, con respecto a conflictos similares en el caso de bienes muebles.

La respuesta, desde una perspectiva exclusivamente sistemática y literal pareciera ser afirmativa, pero una interpretación integral y funcional debe llevarnos a considerar que la oponibilidad, al igual que el principio de legitimación o el de fe pública registral[1], son principios que conciernen a los efectos de cualquier inscripción en alguno de los distintos registros que conforman el Sistema Nacional de los Registros Públicos[2], con los matices especiales que puedan surgir de las disposiciones particulares que rijan para cada tipo de bien o persona de la que se trate. Así, por ejemplo, en el caso de sociedades civiles o comerciales, tenemos que en el artículo 16 de la Ley General de Sociedades se establece que "toda persona puede ampararse en los actos o acuerdos a que se refiere este artículo para todo lo que le favorezca, aun cuando no se haya producido su inscripción", de lo que se deduce que la inscripción –de modo similar a lo que sucede en los registros de bienes– no es, por regla general, un requisito para la existencia del acto social que la ley considera inscribible y que, además, los actos sociales aun cuando no hayan sido inscritos pueden generar efectos para terceros, con la sola condición de que se trate de efectos que les sean favorables. Se podría sostener que esa es una regulación diferente a la considerada para el caso de bienes, porque centra la protección del tercero en el beneficio que el acto le pueda producir. Sin embargo, del mismo artículo en refe-

(1) Los principios que mencionamos están considerados en los artículos 2013 y 2014 del Código Civil con el carácter de disposiciones generales aplicables a todos los Registros Públicos.

(2) El referido sistema fue creado por la Ley N° 26366 como un conjunto orgánico y funcional en el que quedaron comprendidos todos los registros con efectos protectores creados o por crearse (comúnmente denominados registros jurídicos por contraposición a los denominados registros administrativos), agrupándose a los mismos en cuatro grandes registros: el de personas naturales, el de personas jurídicas, el de propiedad inmueble y el de bienes muebles. La finalidad de crear un sistema fue la de "mantener y preservar la unidad y coherencia de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran" (art. 1). Para lograr dichos cometidos, la mencionada Ley creó y encomendó la gestión del sistema a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp).

rencia se puede también deducir, mediante el uso del argumento a contrario, que los terceros (lo que excluye a quienes tenían la condición de socios al tiempo en que se tomó el acuerdo) pueden invocar la inoponibilidad de lo no inscrito en la medida que pueda afectar a sus intereses. Otro ejemplo es el de algunas inscripciones que se practican en el Registro Personal, que forma parte del Registro de Personas Naturales, como las referidas a las distintas causales por las que fenece el régimen de sociedad de gananciales, tema en el cual el artículo 319 del Código Civil distingue el momento en que el fenecimiento se entiende producido entre los cónyuges y la fecha en que el fenecimiento se entiende producido con relación a terceros que es precisamente con la inscripción de la causal en el citado Registro Personal, resultando evidente que en este segundo caso se está haciendo uso de la idea de oponibilidad de lo inscrito[3].

Debemos, en todo caso, entender que el que no se haya regulado el principio de oponibilidad de lo inscrito con carácter general y que en cada caso concreto, referido a registros distintos a los de bienes, sea necesario acudir a las disposiciones específicas que los regulan, es una deficiencia que responde al hecho histórico y, por tanto, circunstancial, de que los distintos principios registrales que nuestro ordenamiento contempla, incluso aquellos que sistemáticamente se encuentran ubicados en el lugar correcto, es decir, como aplicables a todos los registros, tienen su origen en una institución que inicialmente fue concebida solo para registrar hipotecas y otros gravámenes, luego extendida a todos los derechos reales sobre inmuebles y a algunos derechos personales concernientes a los mismos, para después comprender también a los derechos sobre bienes muebles y, finalmente, cubrir –con sus "principios hipotecarios"– a ciertos actos o situaciones que conciernen a las personas naturales o jurídicas. En todo caso, la futura generalización de dichos principios, a nivel de norma con rango de ley[4], deberá ir acompañada de un necesario redimensionamiento de los mismos para evitar, por un lado, los rasgos hipotecarios que aún puedan traslucirse en su formulación y, por otro, dejar a salvo los matices que puedan derivarse de la naturaleza de los actos o derechos cuyas inscripciones se practican en algunos registros distintos.

### 1.2. La figura general de la oponibilidad de situaciones y relaciones jurídicas

Precisado el verdadero alcance registral de la oponibilidad como instrumento para discernir conflictos sobre derechos o situaciones que conciernen a bienes o personas inscritas en alguno de los distintos registros que existen en nuestro sistema registral, parece oportuno preguntarse, como segunda inquietud que nos plantea esta inicial aproximación al artículo bajo comentario, si la oponibilidad solo puede estar vinculada a la publicidad registral o si es posible hablar de una figura mucho más general que el denominado principio registral de la oponibilidad.

La lectura de diversos artículos del Código Civil[5] permite advertir que el legislador, utilizando expresiones como "puede oponerse", "es oponible", "puede hacer valer", "para que surta efectos frente a", "procede contra", "produce efecto en cuanto a", "se prefiere", "no surte

(3) Parecería pertinente, de modo similar a lo que ocurre en el caso de bienes muebles e inmuebles inscritos, ahondar en la distinta función que cumple una norma como la contenida en el artículo 319 (similar a la que cumple el art. 2022), frente a la norma contenida en el artículo 2034 (similar al art. 2014) referido a la protección a los terceros que a título oneroso y de buena fe contrataron sobre la base de no encontrarse inscrito en el Registro Personal el acto que podía perjudicar la validez del contrato celebrado.

(4) El Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN contiene en su Título Preliminar una "generalización" de diversos principios registrales, aunque no se comprende al principio de oponibilidad registral.

(5) Ver los artículos 40, 194, 197, 285, 295, 329, 330, 665, 671, 848, 875, 902, 926, 931, 934, 993, 1114, 1115, 1128, 1135, 1136, 1193, 1196, 1197, 1198, 1199, 1210, 1215, 1228, 1291, 1292, 1301, 1313, 1372, 1435, 1438, 1474,

efecto", "no producen efecto" y otros términos similares, alude no al efecto típico que genera la situación o relación jurídica de la que se trate, sino a la posibilidad de que personas distintas al titular de la situación[6] o a las partes de la relación[7], genéricamente denominados terceros, se encuentren en la posición de reconocer la existencia de dichas situaciones o relaciones, de respetarlas y de actuar de modo consecuente con dicha comprobación, sea que tal posición los afecte o los beneficie; en tanto que la figura inversa, denominada inoponibilidad consistiría en la insuficiencia de la forma y las condiciones en que se encuentra constituida una situación o relación jurídica, para que el titular o las partes logren afectar o, en su caso, beneficiar a terceros. En ese caso, los derechos o intereses legítimos de estos últimos no podrían resultar concernidos por la eficacia típica de la situación o relación jurídica de la que se trate.

Los medios establecidos para lograr dicho cometido son diversos, en algún caso es algo tan obvio como el conocimiento y la aceptación por el tercero[8], muchos otros casos pueden ser vinculados a distintos medios de dar publicidad a las situaciones jurídicas, como por ejemplo, comunicaciones cursadas a los terceros respecto de los cuales se quiere hacer valer una determinada relación o situación jurídica[9], la posesión[10] o la propia inscripción registral de los actos o derechos correspondientes[11], e, incluso, algunos elementos rudimentarios –no necesariamente significativos de posesión– como pueden ser cercas, sembríos o edificaciones[12] . En otras ocasiones es suficiente una buena prueba de la existencia del acto del que deriva la situación o relación de la que se trate, como podría ser la existencia de un documento de fecha cierta[13] o la comprobación de ciertas calidades que debe ostentar el tercero para evitar ser alcanzado por los efectos perjudiciales que para él tendría la situación o relación jurídica que se le pretende oponer, como podría ser el tener la condición de tercero de buena fe y otros requisitos específicos[14]; o, para gozar de los efectos beneficiosos que para él tendría esa situación o relación, como podría ser también el tener la condición de acreedor, codeudor o acreedor solidario, fiador, cedido o cesionario, etc[15].

Para algunos, la oponibilidad es una forma de eficacia del hecho, acto o negocio jurídico del que deriva la relación o situación jurídica y, a su vez, la inoponibilidad es una forma de ineficacia relativa de alguno de esos hechos jurídicos. Se ha sostenido que la inoponibilidad "puede entenderse como una ineficacia relativa, es decir, solo respecto de ciertos sujetos, cuya posición jurídica no queda afectada por la conclusión de un contrato válido por otras personas. Este contrato se dice que les es inoponible o que no puede oponérseles, o que no les afecta o que no les perjudica. Naturalmente, ha de tratarse de tercero de alguna manera

1476, 1584, 1591, 1597, 1601, 1885, 1894, 1895, 2022 y 2089 del Código Civil. La relación no es taxativa, existen muchos artículos más en los que la idea de oponibilidad o inoponibilidad está presente.

(6) Como es el caso de la nueva situación domiciliaria de una persona que conforme al artículo 40 del Código Civil, modificado por la Ley N° 27723, puede ser opuesta al acreedor de la misma, inclusive por una tercera persona ajena a la relación obligacional que vincula a aquellos. También pueden verse los casos de oponibilidad frente a terceros de la situación patrimonial de los cónyuges, contenidos en los artículos 295, 329 y 330 del Código Civil.

(7) Pueden verse a título de ejemplo las normas sobre oponibilidad a terceros de los pactos de indivisión, reserva de propiedad y retroventa contenidas en los artículos 993, 1584 y 1591 del Código Civil, respectivamente.

(8) Ver, por ejemplo, el inciso 2 del artículo 1708 del Código Civil.

(9) Ver, por ejemplo, los artículos 40, 902, 1215 y 1435 del Código Civil.

(10) Ver los artículos 903, 948, 1136 y 1670 del Código Civil.

(11) Ver, por ejemplo, los artículos 665, 848, 926, 993, 1114, 1115, 1135 en cuanto al titular inscrito y 1128 del Código Civil.

(12) Ver artículos 931 y 934 del Código Civil.

(13) Ver, por ejemplo, los artículos 1210, 1135 y 1136 del Código Civil, estos dos últimos en cuanto se refieren al que cuenta con un título de fecha cierta más antigua o simplemente un título más antiguo.

(14) Ver, por ejemplo, los artículos 194, 197, 285 y 1372 del Código Civil.

(15) Ver, por ejemplo, los artículos 875, 1193, 1196, 1197, 1198, 1199, 1885, 1894 y 1895.

relacionado con el contrato que le es inoponible (por ejemplo, el contrato tiene como objeto una cosa propiedad del tercero, o a la que tiene algún derecho), ya que de otro modo bastaría atender a que el contrato solo produce efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos" (LACRUZ, p. 272).

En cambio, para otros autores, la inoponibilidad es "una figura de carácter más general que la ineficacia. No ofrece el carácter propio de un mecanismo de ineficacia, pues no se deriva de una intrínseca impotencia del negocio. La inoponibilidad resulta del contraste de dos títulos; de la relativa superioridad o inferioridad de los que entre sí se han opuesto sobre una determinada materia u objeto. Lo que dependerá de las circunstancias o requisitos que a cada uno de ellos lo fortifiquen o debiliten. La inoponibilidad, en efecto, se manifiesta también en los casos en que lo que no puede oponerse es la ineficacia del negocio, respecto de unas determinadas personas (mejor dicho de ciertos titulares) (...), será entonces mejor estudiarla como una manifestación del fenómeno general del valor relativo de los negocios jurídicos en cuanto a títulos de derechos y de obligaciones; del que deriva esa jerarquía de títulos conforme a la que ciertos negocios o su ineficacia son inoperantes respecto de otros o quedan a las resultas del mayor o menor alcance de estos" (DE CASTRO Y BRAVO, p. 531).

La distinción entre los efectos de la situación o relación jurídica y la oponibilidad a terceros suele ser estudiada a propósito del denominado principio de la relatividad de los contratos[16], pero lo dicho sobre el particular puede hacerse extensivo de modo general a la relatividad de cualquier situación o relación jurídica. LARROUMET (p. 193) explica la distinción con el siguiente ejemplo: "Si mi deudor vende un inmueble que le pertenece, no siendo yo parte en la venta, tampoco soy acreedor del precio ni deudor de la obligación de entrega para con el comprador (...). Sin embargo, estoy obligado a tener en cuenta la existencia de ese contrato de venta. En efecto si mi deudor no me paga, yo ya no puedo embargar el inmueble en su patrimonio, puesto que ya salió de él. Por consiguiente, el contrato concluido por mi deudor, se me impone en su existencia y me perjudica por cuanto me priva de un elemento sobre el cual podía recaer mi derecho de prenda general sobre el patrimonio de mi deudor. En otras palabras, este contrato se me puede oponer, esto es, que no puedo desconocer su existencia"[17]. Más adelante, el mismo autor nos dice que "el principio de oponibilidad del contrato a terceros significa que los terceros, o sea todos aquellos que no prestan su consentimiento para celebración del contrato, deben tener en cuenta la existencia del contrato en la medida en que puede perjudicarlos, sin que el contrato origine, sin embargo, una obligación a su cargo. De la misma manera, los terceros tienen la posibilidad de aprovecharse del contrato, especialmente para con las partes, sin poder convertirse en acreedores en virtud del contrato"[18].

Coincidimos en cuanto a que la oponibilidad y, por consiguiente, la inoponibilidad no son fenómenos equivalentes a la eficacia o ineficacia de los hechos que generan las situaciones y relaciones jurídicas, sino que más bien conciernen al denominado valor relativo que frente

(16) Reconocido por el artículo 1363 del Código Civil conforme al cual "los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a estos si se trata de derechos y obligaciones no trasmisibles".

(17) El caso planteado como ejemplo es justamente uno de los más polémicos en nuestro país en orden a saber cuáles son los requisitos para que el tercerp pueda oponer al acreedor embargante su derecho de propiedad. Analizaremos el mismo al revisar el segundo párrafo del artículo bajo comentario.

(18) DÍEZ-PICAZO (pp. 402-403) al referirse al segundo caso, prefiere hablar de "utilizabilidad" del negocio por el tercero.

a terceros tienen las titularidades[19] derivadas no solo de los contratos o de los negocios jurídicos sino, en general, de los distintos hechos jurídicos que las pueden producir[20]. Pero no parece correcto restringir su ámbito de aplicación únicamente a los supuestos en que lo que se discute es la afirmación de una "titularidad" que se presenta como no compatible con otra, sino que, en general, debemos hablar de oponibilidad tanto en todos aquellos casos en los que los efectos o la falta de efectos de una situación o relación jurídica pueden ser invocados por las partes en perjuicio de los terceros que deben reconocer la existencia de tales efectos o de tal ineficacia, como también en los casos en que los propios terceros pueden invocar, frente a las partes y en su beneficio, dicha eficacia o ineficacia.

### 1.3. Temática a desarrollar

Con las consideraciones expuestas en cuanto a los alcances del principio registral de oponibilidad y de la figura general de la oponibilidad de las situaciones y relaciones jurídicas, podemos pasar a analizar de manera puntual los dos supuestos específicos de los que se ocupa el artículo que comentamos, esto es, el conflicto de derechos reales sobre un mismo bien inmueble inscrito y el conflicto entre derechos de distinta naturaleza sobre un bien inmueble inscrito. En todo caso, es preciso advertir al lector que exprofesamente hemos decidido aproximarnos al tema de una manera distinta a la que resulta tradicional en los textos sobre Derecho Registral disponibles en el medio, porque hemos preferido vincular la oponibilidad registral con los conceptos e instituciones civiles que junto con las normas de carácter registral permiten perfilar la noción misma de derecho real y sus diferencias con el derecho de crédito, así como con las consecuencias de la publicidad de los derechos para el sistema de intercambio y constitución de derechos patrimoniales.

## 2. Conflicto de derechos reales sobre un mismo bien inmueble inscrito

### 2.1. La oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales

La teoría clásica o tradicional de los derechos reales ha tenido hasta la fecha tres formulaciones, las cuales, a saber, son las siguientes:

i) **Planteamiento original:** Para esta primera formulación el derecho real está integrado solo por dos elementos, un sujeto activo o titular del derecho y el objeto o cosa sobre la que él recae. Como solo hay dos elementos, se dice entonces que lo que existe entre ambos es una relación directa o inmediata que faculta al sujeto a obtener una utilidad integral o parcial con cargo al objeto. Así, por ejemplo, para MACKELDEY: "Derecho real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos los conceptos o bajo algunos solamente" (citado por GATTI y ALTERINI, p. 33).

   En contraposición al derecho real, los denominados derechos de crédito o personales, que son para la doctrina tradicional la única otra especie de derechos patrimoniales, fueron definidos en función de tres elementos: el sujeto activo o acreedor, el sujeto pasivo o deudor y el objeto o prestación constituido por la cosa o el hecho prometido. Se dice que en los derechos de crédito el sujeto activo (acreedor) está facultado para exigir al

(19) Titularidad única para el caso de las situaciones jurídicas y titularidades activa y pasiva para las relaciones jurídicas.

(20) Así, por ejemplo, veremos más adelante la oposición de la adquisición de la propiedad en mérito a la prescripción adquisitiva, frente al tercero que teniendo un título inscrito puede invocar la protección derivada de la fe del Registro.

sujeto pasivo (deudor) el cumplimiento de una prestación consistente en la entrega de una cosa o en la realización de un hecho o abstención prometidos por el deudor.

ii) **Primera revisión:** La noción original de derecho real llevaba implícita la idea de la existencia de una cierta pertenencia del bien respecto del sujeto titular. En la medida que esa pertenencia se encontraba garantizada por el ordenamiento jurídico, se podía afirmar que el derecho real garantizaba al titular la exclusividad de dicha pertenencia, lo cual, viendo las cosas desde la perspectiva de los demás conduce, necesariamente, a la idea de exclusión de estos últimos. Esta última idea que –como repetimos– ya se encontraba implícita en la definición original, dio lugar a la afirmación de la existencia de dos elementos, un elemento interno (denominado inmediatez) constituido por la relación directa e inmediata del sujeto respecto de la cosa y un elemento externo (denominado absolutez) constituido por la oponibilidad de dicha relación frente a todos los demás. Así tenemos que, por ejemplo, AUBRY y RAU afirman que "los derechos reales son aquellos que crean una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona al poder de la cual ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa siendo, por eso mismo, susceptibles de ser ejercidos no solamente contra tal persona determinada, sino contra todos" (citados por GATTI y ALTERINI, p. 34).

En contraposición a la inmediatez y absolutez de los derechos reales, los derechos de crédito o personales se caracterizarían por corresponder a relaciones jurídicas mediatas y relativas. En efecto, en las relaciones obligacionales el sujeto activo (acreedor) no está facultado para actuar directamente sobre el objeto prometido, sino que su satisfacción presupone que el sujeto pasivo (deudor) desarrolle la conducta prometida y, en la medida que el objeto solo puede ser conseguido a través del deudor, la relación es, además, relativa porque solo vincula con sus efectos a las partes de la misma y no a los terceros.

iii) **Segunda revisión:** La inmediatez y la absolutez como notas tipificantes del derecho real no han estado exentas de críticas.

Respecto de la primera, las principales críticas son las siguientes: (a) la idea de una relación directa de la persona con la cosa es jurídicamente inaceptable, el derecho objetivo como el subjetivo siempre tienen por referencia a la conducta humana "en su interferencia intersubjetiva" (ROJINA, p. 19), la relación de la persona con la cosa podrá ser una relación económica, pero no una relación jurídica; y, (b) como todo derecho subjetivo supone la facultad de exigir a otro una conducta determinada que satisfaga el interés del titular, en el caso de los derechos reales –entendidos en el sentido de la primera formulación de la teoría clásica: relación persona-cosa– esa facultad no podría tener por referencia a la cosa, sino que tendría un contenido meramente negativo consistente en la posibilidad de exigir a todos los demás la obligación de abstenerse de todo lo que pueda perturbar al ejercicio del derecho por su titular y resultaría tan cierta la existencia de esta obligación que la misma se patentizaría cada vez que alguien viola el derecho del titular, caso en el cual, la razón por la que el contraventor es condenado es, precisamente, porque se encontraba previamente obligado (el sujeto pasivo indeterminado se torna en sujeto pasivo determinado).

En cuanto a la absolutez, las críticas más importantes son las siguientes: (a) la denominada obligación negativa que afectaría a todos los no titulares no es propiamente una obligación en el sentido estricto que tiene dicha palabra para el Derecho, por cuanto "no sería de la misma naturaleza que la que liga a deudor y acreedor en los derechos personales; pues no tiene naturaleza patrimonial, no figura en el pasivo del patrimonio de esos

miembros obligados a respetar el derecho real, como figuraría, por ejemplo, una obligación de no hacer. Efectivamente, si yo me obligo a no hacer algo me privo por ello de un derecho que me pertenecía; pues el hecho de que deba respetar los derechos reales de los demás, no implica la privación de ninguna facultad de mi parte" (MARIANI, pp. 33-34); y, (b) como consecuencia de lo anterior se tiene que el denominado "deber de respeto" al que se alude como significado de la oponibilidad *erga omnes* de los derechos reales no sería otro que el deber general que tienen todas las personas de respetar los derechos de los demás cualquiera sea la naturaleza de los mismos.

Dichas críticas evidencian que la primera revisión ha sumado lo cuestionable del planteamiento original (derecho real como inmediatez) y del agregado efectuado con la segunda revisión (la suma del elemento externo denominado oponibilidad *erga omnes*), siendo esa la razón por la que, en el replanteo de dichos elementos configurantes, en la actualidad se sostiene lo siguiente:

En lo que respecta al elemento inmediatez se afirma que (a) efectivamente, no puede ser entendido como una relación física o económica de la persona con la cosa, sino como una relación del titular con los demás a propósito de la asignación de los bienes, que se caracteriza porque la satisfacción del titular respecto de los bienes asignados se obtiene sin la necesidad que los demás desplieguen una específica actividad de cooperación o colaboración para con él[21]; y (b) no es cierto que el derecho real puede contraerse a una obligación meramente negativa de todas las demás personas distintas al titular del derecho, es necesario reconocer "que cada derecho subjetivo se caracteriza primariamente por su haz de facultades (su distinto ámbito de poder) (...) y secundariamente, se organiza la especial protección (aparte de la (...) genérica de todos los derechos)" (PEÑA, p. 57), es decir, los derechos reales sí tienen un verdadero aspecto positivo que está constituido "por el conjunto de facultades jurídicas que otorgan (no de facultades económicas) (...) en forma abstracta o concreta" (ROJINA, p. 28), en abstracto estamos hablando de "las diversas posibilidades normativas de ejecutar actos de dominio o de administración, dentro de la connotación estrictamente jurídica de esas actividades" (ídem), mientras que en términos concretos de lo que estamos hablando es del ejercicio, por el titular, de algunos de los actos de dominio o de administración que corresponden a su derecho. Es precisamente ese contenido positivo el que permite distinguir los diversos tipos de derechos reales que el ordenamiento jurídico contempla. Es más, en la

(21) Este sentido de la inmediatez es el que permite rechazar la crítica de quienes consideran que la inmediatez no se cumple en algunos derechos reales como la hipoteca o las servidumbres negativas, porque de lo que se trata no es que el sujeto tenga el control físico de la cosa, sino la posibilidad de obtener directamente el beneficio que las facultades que integran su derecho le garantizan. En el caso de la hipoteca el instar la venta del bien hipotecado, el tener –entre los demás acreedores– un determinado estatus en caso el deudor incurra en insolvencia o el de prevalerse de la sola existencia del gravamen hipotecario para lograr que la pérdida de valor del bien le permita dar por caducos todos los plazos contemplados a favor del deudor en la relación obligacional garantizada; son facultades para cuya actuación no se precisa control físico del bien. De modo semejante, en las servidumbres negativas, el prohibir el acto del propietario del predio sirviente que lesiona su derecho no supone necesidad alguna de una conducta de "cooperación" del afectado (quien resulte propietario del bien gravado). Lo expuesto también permite rechazar el argumento de quienes sostienen que existen derechos personales o de crédito, como el arrendamiento, en los que también estaría presente la inmediatez, porque si bien pareciera que basta la inicial cooperación del arrendador para poner en posesión a la persona a la que se le ha cedido el uso del bien, lo cierto es que por una decisión de política legislativa, los ordenamientos jurídicos comúnmente han organizado el ejercicio del derecho del arrendatario bajo la simultánea tutela del arrendador, de forma tal que a este no le basta entregar el bien al arrendatario (art. 1678 del C.C.) sino que, además, está obligado a mantenerlo en el uso (inc. 1 del art. 1680 del C.C.), lo que, a su vez determina que, si se presentan conflictos con terceros, el arrendatario debe pedir la colaboración del arrendador (el inc. 4 del art. 1681 del C.C.).

actualidad, se sostiene que si se aprecia con detenimiento la situación jurídica del titular de un derecho real encontramos que su derecho subjetivo, sin dejar de ser un ámbito de poder atribuido al sujeto privado, por efecto de las concepciones vigentes, especialmente las derivadas de la noción de Estado social de derecho, debe dejar de ser identificado como un ámbito de completa y total libertad para su titular sino que, como lo sostiene COLINA (p. 200), con palabras formuladas respecto al derecho de propiedad privada, pero aplicables –con mayor razón– a cualquier derecho real, "es perfectamente factible diluir en su interior deberes y obligaciones que acoten y limiten la extensión de los poderes y facultades que se reconocen al propietario".

En lo que concierne al elemento absolutez, aceptándose que no se trata de una obligación, en el sentido estricto que tiene dicho término para el Derecho, igualmente, se estima que no puede ser asimilado al "deber general de respeto" que tenemos frente a cualquier derecho ajeno (el *alterum non laedere* del que hablaba Ulpiano), sea este de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial y que sirve de sustento a la idea a la responsabilidad del sujeto por el daño causado.

Se considera que "el aspecto negativo de los derechos reales, tiene un contenido más enérgico que aquel que menciona la doctrina a través de la obligación general de respeto. Este aspecto negativo se manifiesta (...) en un nuevo derecho subjetivo, o mejor dicho, en una manifestación de ese nuevo tipo, que hemos caracterizado como posibilidad normativa de impedir que otro interfiera en nuestra esfera jurídica o en nuestra conducta" (ROJINA, p. 35). La dimensión de la facultad de impedir la interferencia de otro (eficacia del derecho real) está condicionada a la dimensión de la esfera jurídica de protección, así tenemos que las facultades positivas que se reconocen a un propietario son mayores que las que se reconocen al titular de un derecho de goce sobre cosa ajena (uso, usufructo o habitación) y determinan que el primero tenga una esfera de protección mayor que la del segundo y, por consiguiente, el conjunto de medidas de protección con las que aquel puede hacer efectiva –en un caso concreto– su facultad de no interferencia (pretensiones reivindicatorias, declarativas, de deslinde, etc.) sea más amplio que el que alberga a las de este último.

### 2.2. Diferencias entre la oponibilidad (*rectius* eficacia) *erga omnes* de los derechos reales y la oponibilidad frente a terceros interesados, en particular, la de índole registral

Lo dicho hasta aquí sobre los derechos reales no permite explicar coherentemente cuestiones tan simples y cotidianas como las siguientes: ¿cómo es posible que se pueda hablar, por ejemplo, de derechos de propiedad "interpartes", como el que se dice que surge de la aplicación del artículo 949 del Código Civil por el que se consagra el sistema consensual de transferencia de la propiedad inmobiliaria?; ¿cómo se explica que, por aplicación del artículo 1135 del Código Civil o del artículo 2022 que comentamos, se pueda llegar a la conclusión de que quien no inscribió su derecho pueda verse perjudicado por quien, eventualmente, tiene un título posterior, pero inscribió su derecho primero?; ¿es que la predicada oponibilidad o eficacia *erga omnes* de la que, según la doctrina clásica, gozan los derechos reales por ser tales, no tiene ningún significado práctico y lo único que cuenta es haber acudido a un medio de publicidad del derecho frente a terceros?; ¿siempre será necesario, para hacer valer derechos reales, contar con un medio de publicidad de los mismos?; y, finalmente, ¿es que acaso la oponibilidad registral opera sobre alguna posible oponibilidad preexistente?

Partamos de afirmar que los derechos reales tienen su propia construcción de la eficacia que los llena de contenido y que esa eficacia está constituida tanto por la inmediatez (distinto haz de facultades, restricciones, prohibiciones e, incluso, deberes que cada derecho confiere a quien le resulte atribuida su titularidad) como por la absolutez (distinta y especial estructura protectora frente a la interferencia de terceros, acorde con la dimensión de las facultades que cada derecho real confiere a su titular que, reiteramos, no debe ser confundida con el deber general de respeto al derecho ajeno aplicable tanto a todas las relaciones patrimoniales –reales como crediticias– y a las relaciones extrapatrimoniales).

Esa eficacia es obviamente distinta a la obligacional, en la que el contenido de la relación está configurado por situaciones de ventaja o de desventaja atribuidas a cada parte dentro de la relación de cooperación o intercambio que la voluntad de las partes o la ley han creado. En ambos casos la eficacia se construye sobre el conocimiento de los sujetos que quedan vinculados. Esto es fácil de percibir cuando hablamos de derechos obligacionales, sea porque las partes han contratado, alguien ha formulado una promesa unilateral o alguien ha realizado u omitido una acción que determina que haya incurrido en algún supuesto en el que en virtud de la ley queda obligado a realizar determinada prestación (acto ilícito, enriquecimiento indebido o haberse beneficiado con la gestión de sus intereses por un tercero), en tanto que la eficacia de los derechos reales pareciera estar absorbida por la idea de oponibilidad, al punto que lo usual es que la doctrina hable de oponibilidad *erga omnes* y no de eficacia, pero eso sería un contrasentido, en una posición –como la nuestra– que parte de entender que el Derecho es interacción humana, que la eficacia jurídica de los derechos supone –cualquiera sea su naturaleza– su inserción en el actuar social, porque un derecho sin atribución de eficacia frente a otro u otros es un sinsentido. Por todo ello, hemos señalado anteriormente que, en el ámbito de derechos reales, no se puede hablar de derechos que recaen sobre las cosas, sino sobre otros sujetos, a propósito del aprovechamiento de las cosas. Tenemos propiedades, usufructos, hipotecas o servidumbres que nos permiten un margen determinado de aprovechamiento de los bienes sobre los que recaen solo en la medida que demás pueden vivenciar que tales márgenes de aprovechamiento existen. La eficacia de los derechos reales se construye sobre la base de que quienes no deban interferir tengan conocimiento de que están en esa posición, lo que sucede es que la fuente de la que deriva dicha cognoscibilidad está constituida por el conocimiento que todos tenemos sobre los derechos que son nuestros y, por deducción, sobre los que son ajenos.

La eficacia de los derechos reales es útil y suficiente cuando lo único que le interesa al sujeto es saber si el bien frente al que se encuentra es ajeno y, por consiguiente, tiene el deber de respetar el ámbito de aprovechamiento económico que se reconoce al titular de ese derecho, por ello se suele hablar de terceros en general o terceros "desprovistos de interés legítimo en la mutación, o *poenitus extranei*, también conocidos como terceros desinteresados" (COGHLAN, p. 29). Era a ese caso modesto y simple al que se referían los autores clásicos cuando para demostrar que los derechos reales eran eficaces frente a terceros (oponibles *erga omnes* en terminología común) mencionaban como ejemplo el de aquel propietario cuyo terreno, eventualmente no inscrito o con titulación no saneada, es invadido por un tercero, supuesto en el cual el titular podría reivindicar el bien, quien quiera que fuera el invasor y la razón para que esto sea así es que dicho invasor no podría desconocer la ajenidad del bien, independientemente de si su titular había accedido o no a algún medio de publicidad de su derecho. Los que llamamos terceros y que quizá –de cara a hablar en estricto de eficacia de los derechos reales– debiéramos simplemente llamar los demás integrantes de la comunidad y sus autoridades no solo se encuentran alcanzados por la eficacia mayor o menor que tiene asegurado el titular del derecho real sobre la cosa, sino que incluso, en la medida que las

titularidades reales de nuestro tiempo suponen una compleja amalgama que incluye prohibiciones, limitaciones e, incluso, deberes, tales no titulares se encontraran habilitados para exigir –con independencia de la publicidad o no del derecho real del que se trate– que el titular observe la respectiva prohibición, limitación o deber respectivo.

En cambio, la oponibilidad de los derechos reales –sea o no de signo registral– está concebida no para hacer valer el derecho contra todo el mundo, sino para el caso en que el tercero, contra el que se quiere hacer valer el derecho, requiera adquirir –desde el mundo exterior– el conocimiento sobre la titularidad del bien porque su conocimiento interno es, en este supuesto, insuficiente. Nos estamos refiriendo al caso en que el tercero contra quien actuamos hubiera tenido la necesidad de saber no si el bien era ajeno, sino de quién era el bien, de ahí que la doctrina hable de "terceros interesados" (ídem). Pongamos el caso de quien decide adquirir un derecho de propiedad sobre un bien o que se constituya a su favor una servidumbre o una hipoteca sobre el mismo; no le basta saber que el bien es ajeno, eso ya lo sabe y justamente por ello está tratando de identificar a su propietario para tratar con él la forma de lograr que la propiedad del bien pase a ser suya o que el bien quede afecto a una servidumbre a favor de su predio o a una hipoteca en seguridad de su crédito. A esa persona el mundo moderno, básicamente, le ofrece dos fuentes para obtener dicho conocimiento que son la posesión[22] y el registro[23]. El interesado al que nos venimos refiriendo no solo buscará contratar o, en general, llevar a cabo el hecho o acto de configuración de su derecho con respecto al poseedor o al titular registral, sino que además tratará de asumir el signo externo que ellos ostentan para así y, a partir de entonces, descartar que otras personas puedan pretender titularidades incompatibles con la suya.

Podemos decir, también, que la perspectiva desde la cual eficacia y la oponibilidad analizadas protegen a la exclusividad de los derechos reales es distinta porque, en el caso de la primera (repetimos usualmente denominada oponibilidad *erga omnes*), de lo que se trata es de proteger la titularidad desde un punto de vista estático (nadie debe ser privado de su derecho sin su consentimiento) y, en el de la oponibilidad (llamada oponibilidad frente a terceros interesados), lo que está en el centro de atención es el punto de vista dinámico (nadie que adquiera un derecho y emplace su titularidad con base en un signo de publicidad reconocido por la ley como idóneo para identificar al titular de un derecho real, puede ver defraudado su derecho por consecuencia de actos no publicitados).

Este criterio de división de la eficacia y la oponibilidad no ha sido siempre el que los legisladores han seguido, por el contrario, el incorrecto entendimiento de la doctrina clásica sobre la denominada "oponibilidad *erga omnes*" (*rectius*: eficacia) de los derechos reales ha llevado en muchos casos a considerar que los derechos reales son también oponibles frente a los terceros interesados, aun cuando no hayan sido publicitados a través de alguno de los signos que puedan exteriorizar la existencia de los mismos. Ese fue el caso, por ejemplo, del Código Civil francés de 1804 que instauró el sistema consensual de transferencia de la propiedad sin disponer, en simultáneo, la posibilidad de acudir a la publicidad registral para atribuir a la misma efectos sustantivos, distintos a los meramente probatorios, que permitan resolver los

(22) El artículo que en nuestro derecho consagra a la posesión como fuente de conocimiento para el tercero interesado es el artículo 912 del Código Civil el mismo que establece lo siguiente: "El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito".

(23) El artículo que establece al registro como signo externo de la titularidad es el artículo 2013 del Código Civil conforme al cual: "El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez".

conflictos con terceros interesados, pero como era evidente que resultaba injusto que sobre la base de la supuesta y natural eficacia *erga omnes* de los derechos reales se pudiera imponer a los terceros interesados el respeto a derechos que no tenían la posibilidad de conocer, se dictó la Ley del 23 de marzo de 1855, justamente con el fin de proteger a los terceros interesados, estableciéndose la inoponibilidad de la falta de transcripción "de los actos intervivos y a título oneroso traslativo o constitutivo de derechos reales inmobiliarios" (AREAN, p. 283) y si bien dicha ley tenía muchos vacíos y deficiencias constituyó, dentro de los sistemas no constitutivos de transferencia o constitución de derechos reales, un paso importante para poner en evidencia la diferencia entre la eficacia *erga omnes* de los derechos reales y la oponibilidad frente a terceros interesados que genera algún signo de publicidad, en particular el registral.

Pero del mismo modo que han habido intentos por considerar que la oponibilidad *erga omnes* es suficiente para resolver todos los conflictos con terceros, también se ha llegado a pensar –incluso, en países como el nuestro en los que la inscripción, por regla general[24], no es un requisito para la constitución, modificación o extinción de los derechos reales sobre bienes inscritos– que la publicidad registral es el único medio para acreditar derechos frente a terceros con los que se tiene un conflicto. Así durante algún tiempo nuestros órganos jurisdiccionales habían venido rechazando las pretensiones de reivindicación o de desalojo por ocupación precaria si el demandante no acreditaba contar con un título inscrito. Sin embargo, ya hace algún tiempo la Corte Suprema de la República ha reconocido la clara diferencia que existe entre la denominada oponibilidad *erga omnes* (eficacia en nuestra terminología) y la oponibilidad propiamente dicha, al considerar errónea la desestimación de una pretensión restitutoria sustentada en un título no inscrito, "porque los títulos de propiedad aún no inscritos en los Registros Públicos tienen valor frente a terceros en general; cosa distinta es que el tercero tenga derecho inscrito que se oponga al efecto jurídico de esos títulos, caso en el que no está el demandado" (Casación N° 810-97 publicada en *El Peruano* el 23/11/98).

La distinción entre eficacia y oponibilidad de los derechos reales permite también rebatir las críticas de quienes, confundiendo el ámbito de actuación de cada una, pretenden sostener que la distinción entre derechos reales y derechos crediticios tendría graves fisuras porque existen derechos reales, como la propiedad nacida del mero consenso, que al no estar inscrita no es oponible frente a terceros (dicen que solo valdría interpartes) y derechos crediticios que por poder acceder al registro, como en el caso del contrato de arrendamiento o el contrato de opción, no solo serían oponibles interpartes, sino también frente a todo el mundo. Se sostiene, en suma, que existirían "relaciones jurídicas llamadas reales no oponibles y relaciones jurídicas llamadas personales oponibles (...) todo un caos" (PIZARRO, p. 214).

Si bien el argumento es efectista, contiene una verdadera confusión de conceptos. En un sistema en el que, por regla general, los derechos reales sobre bienes registrados se pueden transmitir o constituir antes de ser publicitados por el Registro, es perfectamente posible que una persona pueda probar su derecho para hacer eficaz el mismo con relación a los terceros en general (lo que incluye, entre otros, al que transmitió o constituyó el derecho a su favor), cumpliendo para ello simplemente con demostrar –bajo las reglas generales de la probanza de los derechos– la existencia del título del cual deriva el mismo y sin necesidad de demostrar que se ha accedido a un medio de publicidad. En todo caso, lo que sí corresponde advertir –en un sistema como el indicado– es que por tratarse de derechos susceptibles de acceder a la publicidad registral, existe para todo adquiriente el riesgo de un posible conflicto con

(24) Se exceptúa el caso de la hipoteca en el que la inscripción es un requisito constitutivo del derecho real (ver inc. 3 del art. 1099 del Código Civil).

terceros interesados que se resuelve a favor de quien primero inscribe, de ahí el interés por acceder al registro para oponer el derecho a dichos terceros, pero se trata de un momento con un función distinta: la de excluir a los terceros interesados por medio de la asunción del signo reconocible del derecho.

Del mismo modo, en lo que se refiere a los derechos de crédito que pueden acceder a la publicidad registral, no existe desnaturalización de las consecuencias que tiene la relación entre las partes ni de las consecuencias de la oponibilidad registral, quienes adquieren derechos y obligaciones con cargo a esa relación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1219 y 1363 del Código Civil, son solo las partes y sus herederos, a esas consecuencias se les llama efectos obligacionales o contractuales, mientras que con la oponibilidad registral lo que se logra es simplemente asegurar frente a terceros interesados en tener derechos reales o crediticios vinculados al bien, la efectividad de lo prometido por el deudor al acreedor. Podemos, en todo caso, advertir que desde un punto de vista práctico la eficacia *erga omnes* de los derechos reales y la oponibilidad frente a terceros interesados persiguen garantizar la exclusividad de la titularidad de un derecho y que cuando el derecho decide admitir que también son inscribibles, en la partida registral de un bien mueble o inmueble, algunos derechos crediticios (ver incs. 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 2019 del C.C.) se ha razonado que por su vinculación con el bien o con la dinámica de los derechos reales es conveniente asegurar la efectividad de lo prometido, pero eso no le confiere a la relación crediticia una estructura igual a la real, así por ejemplo, el que tiene un contrato de arrendamiento inscrito, si se presenta una perturbación por un tercero deberá pedir al arrendador salir en defensa de su derecho (ver inc. 4 del art. 1681 del C.C.) porque la inscripción no cambia la estructura de cooperación o colaboración que corresponde a dicha relación jurídica.

En resumen, la eficacia o absolutez *erga omnes* (también denominada oponibilidad frente a terceros en general) de los derechos reales concierne a la protección del haz de facultades de los que goza el titular de cada derecho real frente a los terceros a los que simplemente les corresponde respetar el margen de aprovechamiento asignado al sujeto sobre el bien por razón de su titularidad, bastando al titular –para reclamar la efectiva exclusión de los terceros en general– demostrar la existencia de su derecho; en tanto que la oponibilidad es algo distinto porque protege al titular que ha logrado su emplazamiento en el signo de publicidad reconocido por la ley como idóneo para hacer valer el derecho frente a los terceros interesados en la titularidad de un derecho sobre el bien que no hubieran obtenido tal emplazamiento o que lo hayan obtenido con posterioridad a aquel. Ciertamente que a todo titular le interesa, finalmente, la exclusión que logra tanto con la eficacia *erga omnes* como con la oponibilidad frente a terceros interesados y, por tanto, convenimos con quienes sostienen que, para el caso de bienes registrables, no es un buen sistema el que impone al interesado en una titularidad excluyente la necesidad de dar dos pasos distintos en cuanto a sus efectos y en cuanto al tiempo en el que ocurren: (i) la adquisición del derecho real y, por ende, de la eficacia frente a terceros en general; y (ii) la publicidad del derecho adquirido y, por ende, de la oponibilidad frente a terceros interesados; pero ese es, obviamente, un tema distinto, concierne a la crítica del derecho vigente y la posible sugerencia de la adopción, para esa clase de bienes, de un sistema registral constitutivo que con todo lo legítimo que pueda ser el planteamiento teórico[25] no puede ser sustentado en la confusión de los conceptos vigentes.

(25) Decimos "teórico" porque en realidad para implantar un sistema constitutivo no basta disponer su puesta en vigor, se requiere, de algunos presupuestos como son, entre otros: i) el abaratamiento de los costos de formalización e inscripción de las titularidades; ii) la presencia efectiva y la calidad homogénea de los servicios de los Registros Públicos en todo el territorio nacional; iii) la efectiva inscripción y actualización de titularidad de todos los bienes

### 2.3. La prueba de los derechos reales y la publicidad registral en un sistema consensual: ubicación y alcances de la eficacia y la oponibilidad de los derechos reales, en particular de la oponibilidad registral dentro de dicho contexto

Se ha dicho respecto de la prueba de la propiedad, en palabras perfectamente aplicables a cualquier derecho real, que "la esencia, naturaleza y contenido de un derecho es siempre inseparable de su prueba. La pretensión del derecho de tutelar la verdad se haya siempre limitada por la inaccesibilidad de la verdad en sí. Por eso la propia ontología del Derecho estriba en el conocimiento y la jerarquización de unos mecanismos de acceso a una verdad formal, que se declara dogmáticamente como la única verdad. Este principio es especialmente constatable con relación al derecho de propiedad; la propiedad en sí no existe, la concepción jurídica de la propiedad es la de una apariencia dogmáticamente definida como la propiedad; la realidad jurídica de la propiedad (la protección de la propiedad) es inseparable de su prueba" (ALVAREZ, p. 45).

Ahora bien, para probar que alguien es titular de un derecho real cualquiera y que, como tal, se encuentra investido del poder que reconoce la ley para asegurarle, frente a la colectividad, el haz de facultades que corresponden a su derecho, es necesario demostrar que se tiene el mismo en virtud de alguno de los denominados "modos de adquirir", esto es, alguno de los diversos hechos que establece la ley como idóneos para producir la adquisición del derecho real del que se trate, como puede ser una compraventa, una donación, la muerte de una persona, el pago de una indemnización justipreciada, una apropiación de alguna de las pocas cosas (muebles) que no pertenecen a nadie, una ley que por su solo mandato ordene una transferencia, un acto de transformación de la materia prima ajena, el cumplimiento del plazo y de las condiciones establecidas para que el poseedor se convierta en titular de un derecho, un acto de constitución de un derecho real sobre cosa ajena, una ley que impone una servidumbre, un hecho o acto considerado por la ley como suficiente para generar una hipoteca legal, etc. Sin embargo, se comprenderá rápidamente que en un mundo en el que, en principio, todos los bienes tienen dueño y en el que se respeta la libre iniciativa privada, el hecho normal y ordinario en virtud del cual las personas logran adquirir un derecho real es a través de los negocios de intercambio de derechos reales preexistentes o negocios de constitución de derechos reales sobre bienes ajenos, celebrados con quienes hasta ese momento ostentan la titularidad de los mismos o la propiedad que justifica la constitución de los últimos. A los primeros se los conoce como actos de transferencia y a los segundos como actos de gravamen. Unos y otros suelen ser denominados también "títulos" de propiedad, de transferencia de un derecho real o de constitución de un derecho sobre cosa ajena.

Nuestro Código Civil solo se ocupa de regular, en el capítulo segundo, título II de la sección tercera del Libro de Derechos Reales, de manera incompleta[26], los distintos modos de adquirir la propiedad. Esto no significa que respecto de los demás derechos reales no se hayan regulado los distintos modos de adquisición que se reconocen para ellos[27], lo que sucede es

calificados como registrables, lo que en el caso de específico de los inmuebles, se relaciona con la implementación de un catastro nacional vinculado al registro; y iv) la existencia de una previa incentivación y desarrollo de lo que se ha dado en denominar "cultura registral", que a nuestro entender no es el efecto de una "campaña de concientización sobre la utilidad del Registro", sino el efecto natural de la expansión del sistema de economía de mercado en forma homogénea en todo el país, porque el Registro es un producto del mundo moderno.

(26) No está considerada, por ejemplo, dentro de dicha regulación la figura de la expropiación, como tampoco la sucesión hereditaria.

(27) Para el caso de usufructo puede verse el artículo 1000 del Código Civil, para los derechos de uso y de habitación pueden verse los artículos 1026 y 1027, para el derecho de superficie el artículo 1031, para el de servidumbre los artículos 1035, 1040, 1041, 1042, 1048, 1051 y 1053; para la prenda, los artículos 1058, 1059, 1063 y 1065; para

que no se cuenta con una regulación general y sistemática de los distintos modos de adquirir los diversos derechos reales.

La lectura de los dispositivos antes referidos permite advertir que, a excepción de la transferencia de bienes muebles (art. 947) y la hipoteca (art. 1099), en todos los casos en que la adquisición del derecho real supone acuerdo de partes para transferir o constituir el mismo, no se ha previsto como exigencia adicional el cumplimiento por las partes de un hecho simultáneo o posterior que pueda ser considerado como un signo de recognoscibilidad, es decir, el derecho real puede nacer sin necesidad de la tradición o de la inscripción que son los medios que conducen a la publicidad posesoria o registral de los derechos reales.

Un sistema como el antes descrito, con las excepciones que se indican, puede ser calificado como un sistema consensual de adquisición de derechos reales, en el que el acto de intercambio o constitución es considerado como suficiente para la incorporación del derecho real dentro del patrimonio del adquirente, por oposición a aquellos sistemas en los que el título es un antecedente de la adquisición que debe ser seguido de un acto posterior consistente en la tradición del bien o en la inscripción del derecho (sistemas de título y modo causalmente vinculados) en los que el nacimiento de un derecho real coincide con el acceso por el adquirente a un signo de publicidad de su derecho.

En consecuencia, en la mayoría de adquisiciones reales (las derivadas de negocios de intercambio o constitución de gravámenes), demostrar que se ostenta un derecho real supone demostrar que se cuenta con un título o acto negocial, calificado por la ley como atributivo del derecho real. Pero esto último solo será posible si se cumplen las dos condiciones siguientes:

i) El acto debe haber sido otorgado a favor del adquirente por quien ostente, hasta entonces, el poder de disposición sobre el bien o derecho del que se trate. Dicho en otras palabras, el título debe haber sido otorgado por el anterior titular del derecho o por quien con cargo a su titularidad (usualmente el propietario[28]) está en condiciones de constituir un derecho sobre bien ajeno.

ii) Debe tratarse de un acto jurídico válido, es decir, se deben haber cumplido con todas las exigencias de carácter estructural establecidas por la ley, así, los sujetos intervinientes deben haber expresado libremente su libertad, deben tener capacidad para adquirir o disponer de sus derechos, así como para ejercerlos; en su caso, deben haber sido debidamente representados; el objeto del acto debe ser física y jurídicamente posible; se deben haber perseguido fines lícitos; y debe haberse observado, en su caso, la forma establecida por la ley con carácter solemne.

Dadas las condiciones mencionadas, se puede decir que un sistema consensual tiene, para la prueba de la titularidad de un derecho real, los dos riesgos siguientes:

i) La **clandestinidad**, es decir, la posibilidad de que el anterior titular o constituyente del derecho pueda practicar, respecto del mismo bien, más de un acto de disposición a favor de distintas personas.

la anticresis, el artículo 1092; para la hipoteca, los artículos 1099 y 1118 al 1121; y para el derecho de retención, el artículo 1127.

(28) El artículo 1041 contempla la posibilidad de que las servidumbres puedan ser constituidas por el usufructuario, dentro del plazo del usufructo y con conocimiento del propietario.

ii) El **efecto en cascada** de la invalidez o ineficacia negocial, derivado de la necesidad de contar con sucesivos contratos válidos y eficaces, toda vez que si en la historia del derecho adquirido uno de dichos contratos resultara nulo, anulable o ineficaz, esa vicisitud determinaría la pérdida de eficacia de todos los contratos posteriores.

De lo hasta aquí expuesto, tenemos que, si de lo que se trata es de acreditar el derecho derivado de una transferencia o una constitución de gravamen, no basta la presentación del título en virtud del cual quien se afirma ahora como actual titular habría adquirido el mismo, sino que, además, se requiere comprobar que ese título deriva de quien, a su vez, era propietario o titular del derecho. Como es obvio, probar estos dos últimos extremos no resulta fácil, podemos revisar los documentos que contienen los actos celebrados pero, en función a lo que observamos, no es posible afirmar que quede descartada la posibilidad de actos anteriores de transferencia o constitución de derechos incompatibles realizados por quien suponíamos como "titular actual"; o de un vicio, precisamente, no documentado como podría ser el derivado de un acto de intimidación o de la existencia de un fin ilícito o de una simulación que pueda afectar a ese título.

Nuestra diligencia podría llevarnos a pedir que se nos acredite que, a su vez, quien transfirió o constituyó el derecho a favor del actual titular era, en su momento, el propietario o titular del derecho, presentando el título en virtud del cual este adquirió la propiedad o el derecho del que se trate, pero eso simplemente nos conducirá después a una idéntica necesidad, debemos revisar el título de quien a su vez efectuó dicha transferencia y así sucesivamente hasta llegar a una adquisición originaria o al dominio del Estado.

Como la probanza indicada en el párrafo anterior, resulta casi imposible (*probatio diabolica*), el derecho recurre a distintos medios que permiten tener por probado lo que, finalmente, es casi imposible demostrar. Esos medios son diversos y, en muchos casos, dependen del tipo de conflicto que se pretende resolver. En unos casos hacemos uso de presunciones humanas, en otros de presunciones legales relativas o absolutas, también de pruebas jerarquizadas, etc.

En ese sentido, teniendo en cuenta: (i) el carácter consensual atribuible a la mayoría de adquisiciones convencionales de derechos reales y, en particular, a las adquisiciones de predios; (ii) la distinción entre el eventual conflicto con terceros en general (aquellos que no tienen sobre la propiedad misma del bien un título que les permita invocar un derecho de propiedad, un derecho real sobre cosa ajena o, incluso, un derecho personal sobre la base del cual pretender oponer su posición ante quien se reclama propietario) y con terceros interesados (aquellos que –por los riesgos propios de un sistema consensual– están en condiciones de invocar también un título, válido y vigente, a su favor sobre la propiedad del bien o, por lo menos, un derecho real sobre cosa ajena o un derecho personal susceptible de ser contrapuesto al título de quien se reclama propietario); y (iii) los supuestos de deficiencias patológicas en la titulación; nos ocuparemos en los numerales siguientes de los distintos conflictos que pueden presentarse y trataremos de poner en evidencia como, en unos casos será suficiente la invocación de la eficacia del derecho real y, para ello, será suficiente la prueba de la propiedad mediante la presentación del título o, en el máximo de exigencia, la exhibición de la titulación que se ostenta y, en otros casos, por el interés específico de las partes en "hacer valer sus títulos" se requerirá acudir a la invocación de la oponibilidad y la prueba se tornará compleja por requerirse que los hechos a acreditar vayan más allá de la titulación y se vinculen con temas ligados a ella como son la posesión y el registro, así como la apreciación de la buena fe de quien se reclama propietario. Todo ello debe ser analizado a la luz de la forma en que se han entendido las cosas en nuestra jurisprudencia, sin perjuicio de los comentarios críticos que

podamos formular sobre el particular. En cualquier caso, dividiremos la temática entre conflictos sobre derechos reales y conflictos entre derechos reales y derechos de otra naturaleza.

## 2.4. Eficacia y oponibilidad en los conflictos sobre derechos reales

### 2.4.1. Suficiencia de la eficacia del derecho real en los conflictos con terceros en general sobre la posesión del bien o para mera defensa de la titularidad que se ostenta

El propietario puede demostrar su derecho mediante la acreditación de la inscripción del mismo en los Registros Públicos. En abstracto, la prueba del derecho a través de su inscripción es una prueba más fuerte que la derivada de la publicidad posesoria, está amparada en el efecto legitimante de las inscripciones previsto en el artículo 2013 del Código Civil, conforme al cual la información registral se presume cierta y legítima, salvo rectificación, cancelación o invalidación, esto último solo por mandato judicial. La mayor jerarquía de la inscripción frente a la posesión está establecida en la parte final del artículo 912 del Código Civil, conforme al cual la presunción de propiedad que la posesión genera no puede oponerse al propietario con derecho inscrito. La razón final de dicha jerarquización es la presunción absoluta de conocimiento de las inscripciones contenida en el artículo 2012 del Código Civil.

Ahora bien, el titular del derecho de propiedad para probar y hacer eficaz su derecho no necesita imprescindiblemente acreditar que ha accedido a algún mecanismo de publicidad de su derecho como lo sería el contar con una inscripción registral, su solo título puede ser considerado como suficiente prueba del mismo, así lo ha reconocido, por ejemplo, nuestra Corte Suprema al señalar lo siguiente:

> "El superior colegiado (...) minimizando el título presentado por el actor (...) declaró improcedente la demanda al considerar que (...) carecía de evidente legitimidad para obrar (...); sin embargo de la escritura pública de compraventa (...) de fecha 26/01/93, se advierte que el demandante adquirió el lote de terreno rústico situado en el caserío Cacán (...) habiendo sido anotado en forma preventiva este acto jurídico (...) que la mencionada fecha de la escritura pública es la que le otorga al referido instrumento el carácter de ser fecha cierta, y no obstante carecer de una inscripción registral definitiva resulta ser título válido que acredita al accionante como propietario del inmueble antes precisado, en consideración a que la sola obligación de enajenar un inmueble hace al acreedor propietario de dicho bien, como lo señala el artículo 949 del CC (...) por lo que teniendo el actor la condición de propietario del predio (...) tiene el poder jurídico que le permite reivindicar su bien" [Casación N° 1017-99 (02/05/02)[29]].

Esto responde a una razón muy simple, el tercero al que nos referimos (tercero en general que simplemente ostenta una posesión no oponible al propietario), por su propio conocimiento, sabe que el bien no es suyo y, por ende, que es ajeno, en tal sentido, si bien le favorecen su condición de demandado y, en muchos casos, la posesión que ejerce sobre el bien que determina la presunción relativa de propiedad a su favor (art. 912 del C.C.), lo cierto es que ahora se enfrenta al sujeto contra el cual no puede hacer valer su posesión, aquel que puede lograr que la situación de hecho existente revierta a su favor demostrando que, efectivamente, cuenta con un título para acreditar el fundamento de su demanda y desvirtuar la presunción

(29) Fecha de publicación en el boletín de casaciones del diario oficial *El Peruano*. En las siguientes casaciones que se citen se utilizará esta misma fuente, salvo indicación en contrario.

de propiedad. Lo único que sucede es que, en este caso, la prueba de la propiedad es, por así decirlo, libre o no necesariamente absoluta e incontrovertible.

Por otro lado, si bien, por hipótesis, el conflicto con el tercero en general usualmente supone que este se encuentra en posesión del bien, es posible que en algunos casos excepcionales los conflictos con terceros se presenten, no obstante que el titular se mantiene en posesión del bien, como en una acción meramente declarativa de la propiedad frente a quien cuestiona su titularidad, pero no tiene título alguno. En esos casos, aun cuando no se ejerza una acción interdictal, le bastaría al titular con demostrar la posesión actual para ampararse en la presunción relativa de propiedad establecida por el artículo 912 del Código Civil. Por cierto, como se desprende de la parte final del artículo mencionado no podrá hacer uso de dicha presunción el poseedor inmediato frente al poseedor mediato ni el poseedor de un bien inscrito a nombre de tercero.

Pero también el propietario, en el mismo supuesto mencionado en el punto anterior (tercero contradictor, pero sin título), para evitar el riesgo de ampararse en la sola presunción de hombre que genera la acreditación de su título o el riesgo y las limitaciones que tiene la presunción relativa derivada de la sola prueba de la posesión actual, podría acudir a la prescripción adquisitiva, es decir, demostrar su propiedad acreditando que mantiene la posesión por un plazo igual o mayor al exigido por la ley para lograr dicho efecto. Si su propia posesión no fuera suficiente, se estudiarán los títulos correspondientes a los anteriores poseedores para verificar que los mismos constituyan "actos válidos", lo cual permitirá, al actual poseedor, sumar a su plazo posesorio el de sus transferentes hasta llegar al plazo exigido por la ley para la prescripción. Esta revisión retrospectiva de los títulos y de la posesión que los acompaña permitirá afirmar que el actual poseedor del bien es de todos modos el propietario del mismo porque si en los títulos de antigüedad mayor al plazo establecido por la ley para la prescripción pudiera existir algún vicio, lo cierto es que el mismo habrá quedado purgado, en muchos casos, por la prescripción extintiva de las acciones correspondientes y, en todos los casos, por la prescripción adquisitiva, lo que en la práctica y, en particular, cuando se estudia la titulación de un bien para efectos de su posible transferencia, permitirá afirmar que en el peor de los casos quien se nos presenta como propietario del bien es, de todos modos, el propietario: sea por los títulos o sea por la prescripción. De esta forma, la prescripción adquisitiva deja de ser vista como el posible premio a quien puede mantener durante un tiempo prolongado una situación de ilegitimidad posesoria y pasa a ser el soporte mismo de la propiedad a la que no aniquila, sino que la renueva en cada oportunidad que sea necesario demostrar que ella existe.

### 2.4.2. Necesidad de la idea de oponibilidad del derecho real en los conflictos de títulos con terceros interesados, igualmente, en ostentar y ejercer un derecho de propiedad (los denominados juicios de mejor derecho de propiedad)

En estos casos, quien se afirma como propietario lo que pretende es evitar que terceras personas interesadas en ostentar igual derecho con cargo al mismo bien puedan invocar algún título que, de hacerse efectivo, resultaría incompatible con el suyo, por ser excluyente uno respecto al otro.

Existe, respecto de un mismo bien, una suerte de "concurrencia conflictiva" que, por un lado, supone la prueba de la existencia y la validez de los títulos, pero al mismo tiempo la insuficiencia de dicha prueba para vencer al adversario. Las esferas que corresponden al haz de facultades dominiales que cada concurrente pretende ostentar, se intersecan de modo tal

que, sea que los títulos en conflicto provengan del mismo transferente o que provengan de titulaciones paralelas y, lógicamente, adversas entre sí, no pueden coexistir, sino que es preciso establecer el sacrificio de uno de ellos.

La lectura de los artículos 1135 y 2022 del Código Civil permite advertir que, para el caso de **títulos provenientes del mismo transferente**, supuesto conocido como "concurso de acreedores" o de "doble venta", existen hasta tres criterios debidamente jerarquizados que se expresan de la siguiente manera: (i) se prefiere al primero que, de buena fe, accede al signo registral de recognoscibilidad de su derecho es el preferido; (ii) a falta de publicidad de la titularidad, se prefiere al que, de buena fe, cuenta con una prueba fehaciente de la antigüedad de su título es el preferido; y, (iii) a falta de publicidad o de una prueba fehaciente de la antigüedad del título, será preferido quien simplemente pueda demostrar la mayor antigüedad de su título.

Con la formulación de dichos criterios, lo que en realidad se pretende es cubrir el riesgo de la clandestinidad que es propio de los sistemas consensuales de transferencia de derechos reales porque se pone a disposición del adquirente la posibilidad de registrar oportunamente su título para contar con la certeza de la irrelevancia de cualquier acto anterior o posterior a su adquisición otorgado a favor de terceros, pero no inscrito. Es más, si ninguno de los que ha entrado en conflicto hubiera accedido a la publicidad, en lugar de pasarse a la inmediata comprobación de la antigüedad del título, se opta por preferir –por cierto, ya dentro del ámbito de la clandestinidad– no a quien a través de la libre prueba pueda demostrar la mayor antigüedad de su título, sino a quien tenga ciertas pruebas fehacientes –usualmente documentales– que demuestren la fecha más antigua de su título (criterio de la fecha cierta más antigua)[30].

Es dentro del contexto de los conflictos de títulos con terceros interesados que derivan del mismo causante que, complementando lo establecido por el artículo 1135 del Código Civil, actúa el principio de oponibilidad registral consagrado por el artículo 2022 del Código Civil. Se jerarquiza a la prueba de la publicidad registral como algo más fuerte que las demás pruebas o indicios de una titularidad, de forma tal que la clandestinidad de dichas pruebas y los riesgos implicados quedan conjurados para el adquirente que –de buena fe– logra parapetarse tras el signo de publicidad registral y se pone a buen recaudo de posibles "enemigos" que él no puede conocer, pero que también pueden tratar o haber tratado con su transferente. La publicidad registral, siendo declarativa, porque los derechos nacen antes de su inscripción, produce verdaderos efectos sustantivos que hacen la diferencia entre un derecho inscrito y un derecho no inscrito, al punto de sostenerse que la resolución de este tipo de conflictos conduce a la ineficacia definitiva del presunto derecho derivado del título no inscrito y que, por consiguiente, debe entenderse que el vencedor, aunque su título sea de fecha posterior, está realizando una adquisición derivada de quien actuó como su transferente y no una adquisición *a non domino*.

Hasta este punto la exposición resumida de la doctrina tradicional y mayoritaria que, en nuestro medio, **congela el conflicto** en el momento en que el mismo pasa por el espejo del **supuesto de hecho** que configura el denominado concurso de acreedores, pero que omite tener en cuenta –como ha sido común, también, en nuestra práctica judicial– el **factor posesión** tanto en orden a incidir sobre la imprescindible exigencia de buena fe para quien exhibe el título inscrito o, en defecto de inscripción, para quien invoca el título de fecha cierta más antigua, como de cara a mirar el conflicto judicial del mejor derecho de propiedad como la



(30) A la prueba de la inscripción precedente o de la fecha cierta más antigua, la ley agrega el requisito de la buena fe.

gran batalla sobre la propiedad que trasciende incluso a las reglas del concurso y en la que, por consiguiente, debería aceptarse como prueba pertinente para la posición del contendiente que –al margen de la falta de prevalencia de su título en el concurso– está en condiciones de invocar la propiedad derivada de la prescripción adquisitiva ganada, pero no declarada.

Nada dice nuestra ley acerca de la forma de resolver la controversia para el supuesto en el que los **títulos en conflicto no provienen del mismo transferente sino de dos titulaciones paralelas**, supuesto derivado de una clandestinidad más compleja que la que produce el concurso de acreedores, originada inicialmente por el propio sistema consensual que permite, por el solo dicho de los interesados, el surgimiento de cadenas paralelas de titulación, pero continuada y agravada por la falta de soporte del Registro en un sistema catastral integral y eficiente, en la cual más que tener a dos contendientes blandiendo sus títulos (que pueden ser entre sí más o menos antiguos, más o menos certeros respecto de su existencia o, incluso, como es muy común en nuestro medio, inscritos uno con mayor antigüedad que el otro), lo que tenemos son a dos contendientes confrontando las titulaciones de las que derivan sus títulos y argumentando por qué su historia es mejor que la historia del contrincante. En la práctica judicial el asunto se ventila, al igual que el caso del concurso de acreedores, bajo la etiqueta de "proceso de mejor derecho de propiedad" y, usualmente, presupone que en el Registro se ha detectado una duplicidad de partidas que no es meramente gráfica[31], sino que corresponde a una situación en la que la titulación de una partida contiene una descripción gráfica que efectivamente se interseca, parcial o totalmente, con la descripción gráfica que corresponde a la titulación de la que da cuenta otra partida. El asunto se resuelve comúnmente haciendo un símil con el caso del concurso y así vence quien tiene un título que proviene de la titulación primeramente inscrita (dato que se define y se prueba en función a la fecha de presentación al Registro de los documentos que dieron mérito a la inmatriculación), siempre que tenga buena fe (entendida como desconocimiento de la existencia de la otra titulación) y no haya sobrevenido una causa de ineficacia para su titulación, ocurriendo, de modo similar a lo que sucede en el concurso, que se suele obviar toda prueba referida a la incidencia de la situación posesoria.

Las **líneas jurisprudenciales** que se siguen en los procesos de **mejor derecho de propiedad**, en orden a definir lo que es materia de probanza en dichos procesos, tanto cuando se discuten títulos provenientes de un mismo transferente como cuando los mismos provienen de distintas titulaciones, pueden ser sintetizadas de la siguiente manera:

**a) La probanza no debe estar orientada a discutir la validez de los títulos, sino su oponibilidad frente a terceros interesados**

En ese sentido tenemos que, por ejemplo, en la Cas. N° 2632-99-Callao, se estableció que:

"(...) si bien el Código Civil acoge un sistema consensualista respecto de la transmisión de la propiedad inmueble (...) no cabe ampliar el marco del análisis a la validez del acto jurídico –que no ha sido cuestionada en la demanda–, ya que en virtud al principio de especialidad de la norma, es de aplicación aquella cuya hipótesis encuentre identidad con la relación fáctica; y siendo el presente, como ya hemos señalado, uno en el que se contraponen derechos reales respecto del mismo inmueble, corresponde resolver

(31) Esto es un problema solo de dibujo, usualmente advertible por la referencia a algunos datos físicos que permiten deducir que el "cruce" de descripciones no es cierto, que a cada predio le corresponde una realidad física distinta aunque los elementos gráficos parecieran decir lo contrario.

este conflicto de intereses al amparo de las normas anteriormente glosadas [arts. 1135, 2016, 2013 y 2014]". (20/06/2000)

Cabe solo agregar que, curiosamente, entre las normas glosadas como pertinentes, la Corte no menciona al artículo 2022 del Código Civil.

La Casación antes glosada resulta plenamente coincidente con el concepto del proceso de mejor derecho de propiedad que tiene la propia Corte, cuando en la Cas. Nº 3643-2000-Cañete se define al mismo como el "proceso (...) en el cual se discute el mejor derecho a la propiedad y en el que se debe determinar qué persona tiene mejor título de dominio respecto de un predio (...)" (02/12/03).

No obstante, es preciso reconocer que no siempre la Corte tiene tan clara la diferencia entre una discusión sobre validez de títulos con una discusión sobre oponibilidad de los mismos, menos entender que justamente se discute oponibilidad porque precisamente en un sistema consensual es perfectamente posible que más de dos personas tengan títulos (promesas de transferencia) concertados en distintos momentos con el mismo "transferente" y que el presupuesto para que hablemos de un "concurso de acreedores" o de una "doble venta" es que ambos títulos sean perfectamente válidos, siendo que la discusión se centra en determinar cuál de dichas promesas será la que pueda hacerse efectiva con sacrificio de la otra y que todo ello ocurra fuera de la lógica de la regla del **solo consenso** (ex art. 949 del C.C.), según la cual con la primera transferencia ya se habría perdido el poder de disposición. Sin embargo, es precisamente la lógica del consensualismo, la que –en muchos casos– lleva a la Corte a pensar que, respecto del segundo acto, se produce una falencia (la falta de poder de disposición en el que vuelve a actuar como transferente), lo que sería determinante de una patología comúnmente asimilada a la nulidad. Así se ha dicho al respecto que:

> "(...) resulta claramente advertible que doña María Clara (...) dispuso del predio rústico materia de autos cuando el mismo le pertenecía a la persona de don José (...) en virtud a un contrato de compraventa que para su validez (...) solo requiere del consentimiento de las partes, por tanto el acto jurídico celebrado por [María Clara], la escritura pública que lo contiene y la inscripción registral del mismo, devienen en nulos e ineficaces, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 219" (Cas. Nº 2062-2004-Lambayeque (03/10/06).

Es verdad que el proceso de mejor derecho a la propiedad puede ir acompañado (vía la propia demanda o la reconvención) de una pretensión de nulidad del título de la otra parte (es parte de la estrategia procesal intentar, en primer lugar, descalificar al contrincante y, solo para el supuesto de no tener éxito en tal intento, discutir con él sobre quien tiene la mejor razón para ser preferido), pero considerar nula la segunda compraventa por la sola razón de existir una primera venta que –según se afirma– tornaría en un imposible jurídico a la segunda no solo es negar la existencia –prevista y regulada por la ley– de la figura del concurso de acreedores o doble venta, sino también afectar toda la lógica del sistema de transferencia de la propiedad (no limitado a la sola lectura del art. 949 del C.C.), según la cual, aun en el supuesto de que la primera venta se estime como la preferente, la segunda venta siempre se entendería como un acto válido; de lo contrario, no tendría sentido la regulación de la figura de la venta de bien ajeno (arts. 1537 a 1541 del C.C.)[32], tampoco el saneamiento por

(32) Es curioso advertir cómo en el Derecho francés, en el que se originó el llamado sistema consensual y en el que el legislador –quizá siendo coherente con el hecho de haber colocado el poder de disposición en el momento mismo de la concertación del contrato– expresamente sancionó la nulidad de la venta de cosa ajena (art. 1599 del *Code*),

evicción (art. 1491 y siguientes del C.C.), la prescripción adquisitiva perdería toda su funcionalidad saneadora y formalizadora porque el poseedor no podría hacer uso de la suma de los plazos posesorios que solo es posible en la medida que existan actos válidos que sustenten la transmisión –por lo menos de la posesión– entre el actual poseedor y sus antecesores (art. 898 del C.C.) y, finalmente, descartaríamos la posibilidad de la existencia de una prescripción corta porque la segunda venta –bajo el razonamiento de la Corte– no podría ser considerada como un justo título. Este es un típico resquicio judicial que aumenta la conflictividad predial porque, en el conflicto de mejor derecho derivado de títulos otorgados por un mismo transferente, el primer adquirente, cuando advierte que no tendrá razones para ser preferido válidamente frente al segundo, opta frecuentemente por demandar la nulidad de la segunda venta, para así tener una oportunidad de descalificar al segundo comprador y evitar pasar a la confrontación de títulos en la que es posible que el primer título no esté aparejado por mejores razones que el segundo para ser preferido.

**b) Es necesario demostrar que se cuenta con un título válido y apto para la adquisición del dominio**

De lo que se trata es que los títulos en conflicto sean idóneos para producir una transferencia de propiedad como podría ser una compraventa, una permuta, una dación en pago, una donación, un aporte societario, etc. En algún caso, la Corte dijo sobre el particular que "los demandantes no acreditaron con prueba idónea (...) tener título suficiente y eficaz para acreditar el derecho de propiedad" [Cas. N° 1269-2003-Cajamarca (28/02/05)].

**c) Se debe acreditar la identidad del bien**

Se trata de una exigencia similar a la que existe en los procesos de reivindicación, es preciso que el título (o si se prefiere la titulación) que se acredita en autos describa un bien que coincide o, por lo menos, comprende al bien al que se hace referencia en el petitorio como aquel respecto al cual se pide la declaración. La Corte al señalar esta exigencia ha dicho lo siguiente: "Se concluye que el inmueble respecto del cual la actora solicita se declare su mejor derecho de propiedad y reivindicación, se encuentra dentro de la totalidad de sus terrenos; por tanto, se aprecia conexión lógica entre los hechos y el petitorio" [Cas. N° 2444-02-La Libertad (30/05/03)].

**d) Acreditar que se goza de un nivel preferente de formalización o publicidad de la titularidad respecto al del adversario o tener una razón para desvirtuar el del adversario**

Esta exigencia está implícita en la razón de ser del proceso de mejor derecho a la propiedad y siendo lo usual que se enfrenten contendientes que derivan título de un mismo causante en que, por lo menos uno de ellos, llegó a inscribir su derecho o contendientes que derivan sus títulos de titulaciones adversas, comúnmente involucradas en una situación de duplicidad de partidas, el criterio prevalente en nuestra jurisprudencia es el de otorgar la preferencia al título primeramente inscrito o al título que proviene de la titulación con mayor antigüedad en la inmatriculación.

---

tanto la doctrina como la jurisprudencia, entendiendo que dicha nulidad no puede convivir con otras instituciones del sistema que presuponen la validez de dicha venta, entiende que estamos frente a un supuesto de nulidad relativa o, incluso, de resolución por incumplimiento, entendiendo que, en todo caso, la racionalidad de la norma es la de superar el esquema del sistema romano en el que el comprador de un bien ajeno que desconocía de dicha circunstancia, debía esperar a la evicción para recién poder actuar contra su vendedor (Cfr. CUENA CASAS, p. 124 y ss.).

En ocasiones, dicha prevalencia se ha fundado únicamente en la invocación del principio de oponibilidad consagrado por el artículo 2022 del Código Civil, como en la Cas. N° 1277-2004-Lambayeque, en que se dijo que:

> "En el caso concreto se configura la identidad del presupuesto de hecho del proceso con el supuesto abstracto contemplado en el artículo 2022 del Código Civil, resultando pertinente su aplicación; por lo que, habiéndose inscrito el derecho de propiedad de la parcela número setenta y ocho a favor de la demandante (...) con fecha anterior al derecho de propiedad de la demandada (...) resulta fundado el recurso de casación" (01/08/06).

En cambio, en otros casos, la idea de protección en favor de quien inscribe primero es expresada como una suerte de *summun* resultante de un conjunto de preceptos registrales, así se ha dicho en la Cas. N° 811-2005-Piura:

> "En consecuencia, debe ampararse el recurso interpuesto, por la causal de interpretación errónea del artículo 2014 del Código Civil, e inaplicación de los artículos 2012, y 2013 del mismo Código. En cuanto a los artículos 2016, 2017 y 2022 del acotado, es evidente que su aplicación es consecuencia de lo primero, pues debe prevalecer la inscripción que primero se asentó en el Registro Público, que es incompatible la inscripción de todo título posterior, y que la demanda de mejor derecho debe ampararse por tener derecho inscrito prioritariamente" (01/08/06).

Si bien estamos tratando de mostrar el sentido de algunas líneas jurisprudenciales prevalentes sobre el tema, la que estamos reseñando es sumamente discutible, al menos cuando es aplicada respecto a los supuestos de doble titulación con doble inmatriculación en el Registro, porque repite en el "gran proceso" cognitivo de mejor derecho de propiedad la misma solución (preferencia de la inmatriculación más antigua) que se tiene en sede registral en el procedimiento de cierre de partida por duplicidad (la única que se puede tener). Sobre el particular, en doctrina se tiene dos soluciones: (i) para algunos, al haber fallado el sistema registral, se neutralizan entre sí los efectos de una y otra partida y, por consiguiente, lo que corresponde es determinar ya solo de acuerdo al Derecho Civil quien es el verdadero propietario; y, (ii) para otros, aún es aplicable la normativa hipotecaria, pero no simplemente para preferir a la titulación primeramente inmatriculada, como lo hace nuestra Corte Suprema, sino para:

> "Llevar a cabo un contraste entre ambos folios y determinar cuál de ellos tiene en su origen un vicio o una inexactitud. Ello puede llevar a descubrir que los mismos proceden de una misma persona y, si bien en este caso la prioridad no es decisiva, puede jugar en el terreno de la prueba del dominio, como señala Lacruz Berdejo (...). También puede llevar a la conclusión de que existen terceros protegidos (...), en cuyo caso debe prevalecer el protegido. Roca, Martínez Escobar, García Monje y Sanz Fernández participan de esta opinión" (Chico y Ortiz, p. 763).

**e) La prevalencia del título que goza de la prioridad en el acceso al Registro supone que en el proceso no se desvirtúe la presunción de buena fe del titular inscrito**

Esta es una precisión importante, porque si bien en el caso del concurso de acreedores (art. 1135 del C.C.), se encuentra clara la exigencia de la buena fe para conferir la prevalencia al título inscrito sobre los que no lo están, para el supuesto del conflicto entre titulaciones una de las cuales, por lo menos, sí accedió al Registro, tal exigencia no resulta del texto legal que se suele invocar como pertinente (art. 2022 del C.C.), aunque como muchas cosas, se entiende que la ley no lo tiene que decir todo textualmente, que es evidente que para beneficiar a alguien con la aplicación de cualquiera de los efectos protectores del Registro, cualquiera

sea el principio o regla específica en el que se sustente dicho beneficio, se requiere tener buena fe. La racionalidad final de tal exigencia radica en que el sistema de transferencia es consensual y, en tal sentido, el sistema registral protector que lo complementa si bien llega –en términos prácticos– a dejar de lado la lógica del consensualismo, ello ocurre así, solo si la razón de ello es la protección a un tercero que actúa de buena fe.

En el sentido, en la jurisprudencia se ha expuesto lo siguiente:

"(...) la buena fe es un presupuesto insalvable para determinar el mejor derecho de propiedad". [Cas. N° 100-96-Lambayeque (17/07/98)].

"(...) la buena fe es una presunción que admite prueba en contrario, correspondiendo a la parte que alega lo contrario –mala fe– probarla en forma indubitable". [Cas. N° 2901-2003-Cono Norte (30/03/05)].

"(...) para que se configure el mejor derecho que otorga la preferencia es necesario la concurrencia de la buena fe y la inscripción en el registro de la propiedad inmueble, porque el adquirente que obra de mala fe en el momento de celebrar el acto jurídico o en el momento de inscribirlo en el registro o en ambos momentos, conociendo la obligación asumida por el deudor, carece de tutela jurídica". [Cas. N° 2531-2000-Huaura (01/12/03)].

"(...) la demandada (...) denuncia la interpretación errónea del 2014 del Código Civil. Esta norma consagra el principio de fe pública registral que para su configuración, exige la concurrencia copulativa de determinados requisitos (...). En lo que respecta al segundo requisito, sin embargo, entendiendo que la presunción de buena fe asiste al adquirente a título oneroso solo si no se acredita que conocía de la inexactitud del registro, es de advertirse que conforme a las conclusiones arribadas por las instancias de mérito, ha quedado acreditado en autos que la demandante no puede alegar que le asiste la buena fe en la transferencia, toda vez que a la fecha de su adquisición conocía de la existencia, en el inmueble sublitis, de poseedores continuos, pacíficos y públicos, pues se encuentra inscrito en la Ficha registral (...) el contenido de la Escritura Pública de Compraventa del dos de noviembre de dos mil seis, en donde se deja constancia de la existencia de terceros poseedores del inmueble (...) razón por la cual a la demandante no le asiste la presunción de la buena fe registral (...) conocía de la existencia, en el inmueble sublitis, de poseedores continuos, pacíficos y públicos, pues se encuentra inscrito en la Ficha registral (...) el contenido de la Escritura Pública de Compraventa del dos de noviembre de dos mil seis, en donde se deja constancia de la existencia de terceros poseedores del inmueble (...) razón por la cual a la demandante no le asiste la presunción de la buena fe registral". [Cas. N° 3667-2010-La Libertad (01/01/12)].

Cabe anotar que la buena fe a la que se ha referido usualmente la Corte es aquella a la que la doctrina llama buena fe-conocimiento (buena fe objetiva), en contraposición a la denominada buena fe-diligencia (buena fe subjetiva), se trata simplemente de que no se haya conocido o podido conocer, hasta el momento del acceso al registro, de la existencia de otro título en conflicto, pero no se pide ninguna actitud proactiva para indagar sobre la posibilidad de algún titular contrapuesto, esto básicamente se nota en lo que se refiere a la posible existencia de situaciones posesorias adversas y sustentadas en títulos de propiedad no inscritos, así si releemos la última de las casaciones citadas advertimos que la razón de considerar que el titular inscrito no actuó de buena fe no es porque se esperara de él una diligente revisión de la situación fáctica del predio, sino porque en la propia escritura pública de compraventa otorgada a su favor se dejó constancia de la existencia de terceros posesionarios. Una casación

posterior parece cambiar esta última orientación, pues se señala textualmente lo siguiente: "Lo mínimo razonable y comprensible de una persona que está interesada en adquirir un inmueble es por lo menos preguntar al 'poseedor' en qué situación se encuentra el inmueble o cuál es el derecho que le asiste (...) por lo tanto la conducta de la compradora (...) no puede ser amparada por el derecho" [Cas. N° 3187-2013 Cajamarca (30/06/15)][33].

**f) Otra excepción a la prevalencia del título inscrito es la sobreviniente ineficacia de dicho título**

Existe en este caso una inexactitud registral en sentido amplio, la titulación o el título que goza de la prioridad registral solo es aparentemente una titulación certera, porque se logra probar que el derecho publicitado, por alguna causa prevista por la ley o el pacto, se había extinguido, es decir, la realidad extrarregistral es distinta a lo publicado por el Registro. Esta excepción se puede apreciar en el siguiente pronunciamiento de la Corte:

> "(...) al haber perdido la propiedad el demandante, por efectos de la reversión a favor del Estado, no puede hacer uso del atributo del poder jurídico del derecho de propiedad que consiste precisamente en el derecho reivindicatorio, pues debido a la ausencia del título de propiedad resulta razonable que no pueda alegar tener mejor derecho que otro con título de propiedad, además inscrito en la partida registral". [Cas. N° 2163-2010-Ica (02/05/12)].

**g) La prescripción adquisitiva no sirve como prueba del mejor derecho**

Aun cuando la idea de un proceso de mejor derecho de propiedad nos lleva a pensar en un juicio en el que ambas partes le presentan al juez todas las pruebas de las razones por las que su posición debe ser considerada como prevaleciente, incluida la posibilidad de invocar la prescripción adquisitiva no como modo de adquirir (art. 952 del C.C. y arts. 505 y siguientes del C.P.C.), sino como medio de defensa del derecho (sustentado en el carácter declarativo de la pretensión de prescripción adquisitiva ex art. 952 del C.C. y en el art. 927 del C.C.). Sin embargo, desconociendo esto último, en múltiples oportunidades, la Corte ha hecho afirmaciones como las siguientes:

> "(...) la sentencia (...) que declaró la prescripción adquisitiva a favor de don Vicente (...) solamente resulta oponible a la parte con la cual se siguió el proceso (...), mas no resulta oponible a la demandada doña Feliza (...) ni a su transferente (...) quienes no intervinieron en dicho proceso por lo que no les resulta oponible los efectos de dicha sentencia; en tal sentido se mantienen vigentes sus títulos de propiedad, remontándose el derecho de la demandada a la inscripción del derecho de su transferente (...) quien se encuentra protegida por haberse inscrito de manera definitiva su derecho de propiedad en virtud del artículo 2014 del Código Civil (...) en cambio el derecho del

(33) Cabe anotar que la lectura de la sentencia en mención permite colegir que se trata de dos procesos acumulados, uno de nulidad de compraventa versus reivindicación y otro de mejor derecho de propiedad y que, finalmente, es por razón de la mala fe de las partes en la venta posterior que sí se encontraba inscrita que se define no que los títulos de los anteriores compradores sean preferentes, sino que la venta posterior es nula respecto de la parte (?) del predio vendido que se encontraba ocupada por los compradores anteriores. Es discutible hablar de una nulidad de la compraventa sustentada en una misma mala fe o si se quiere en una mala fe común (sería la causal de fin ilícito), porque una es la evidente actuación dolosa de quien vende más de una vez y otra la mala fe de quien no verifica la posesión del bien vendido, no habiéndose glosado pruebas que acrediten la existencia del común propósito de conseguir un resultado ilícito. No obstante lo anterior, lo cierto es que el análisis del sentido con el que debe interpretarse esta exigencia moral, para que la inscripción sea preferida, muestra en esta sentencia un claro giro respecto de la tendencia precedente.

demandante (...) no se encuentra inscrito (...) por cuanto ha sido cancelado". [Cas. N° 3643-2000-Cañete (02/12/03)].

### 2.4.3. Conflictos con terceros que pretenden oponer la invalidez o ineficacia de un acto anterior

En estos casos quien resulta como propietario en virtud del acto o actos posteriores al que es calificado como inválido o ineficaz lo que pretenderá es evitar que dichos terceros logren que el defecto patológico del que adolece la titulación de la que deriva su título pueda alcanzar al mismo. Dicho de otro modo, lo que pretenderá quien hoy se llama propietario es que un vicio de invalidez o ineficacia que no afecta a su propio título, sino a un título precedente de su titulación, a pesar de su eventual comprobación, no termine –por el efecto **en cascada** de la ineficacia o invalidez– perjudicando su posición como actual titular de la propiedad[34]. Para ello no le bastará demostrar que cuenta con un título porque, justamente, el defecto detectado en la titulación, desde la perspectiva de las reglas de la nulidad o ineficacia de los negocios jurídicos, muestra que el título que él tiene es ineficaz, que se trató de una adquisición a *non domino*.

Tampoco será suficiente demostrar que su título está inscrito porque, a diferencia del supuesto anterior, este no es un "conflicto de títulos", no se trata de enfrentar en el presente a quienes pretenden ostentar un título válido derivado del mismo transferente o de otra titulación, pero incompatible con el suyo, sino de enfrentarse a los vicios del pasado de su propia titulación para evitar el aniquilamiento al que ellos normalmente conducen respecto de todo lo que se erige sobre las bases de un acto inválido o ineficaz. Se requiere dar un paso más, se requiere demostrar que se tienen "mejores razones" para proteger y mantener en la "posición adquirida" a quien se nos presenta hoy como el titular según la partida registral, frente a quien –por cierto, legítimamente– pretende la restitución de las cosas al pasado, hasta antes de que ocurriera el defecto patológico.

Las "mejores razones" no son, por cierto, un tema dejado al libre arbitrio de quien deba evaluar el conflicto, sino que como dichas razones suponen el sacrificio de un derecho, en este caso el derecho de aquel (se suele hablar del *verus domini*) que logró demostrar que determinado eslabón la titulación de un predio se quebró y que, por consiguiente, en salvaguarda del derecho que tiene a que las cosas se retrotraigan hasta el momento en que se produjo la patología, debería entenderse que nada posterior puede subsistir, porque ningún supuesto titular posterior pudo otorgar a otro un derecho que no tenía. En tal sentido, se debe buscar explicar dichas razones en dos niveles:

a) Uno es el nivel constitucional en donde está claro que no existe referencia alguna a la existencia del Registro, pero sí a la tutela de la propiedad (art. 70 de la Constitución) dentro del contexto de un régimen económico de economía social de mercado en la que la iniciativa privada es libre (art. 58 de la Constitución), en el que se garantiza la libertad de empresa (art. 59 de la Constitución), se facilita y vigila la libre competencia (art. 61 de la Constitución) y se garantiza la libertad de contratar (art. 62 de la Constitución), de todo lo cual se deduce un **implícito** principio de seguridad jurídica que suele ser invocado como soporte final de la función del Registro con relación a ese régimen

(34) Por cierto, dado el tema de nuestro artículo, nos limitamos a los casos en que los que se cuestiona es la titularidad registral del derecho de propiedad, pero obviamente el conflicto se puede presentar respecto de cualquier otra titularidad registral.

económico. Es en atención a esa revelada vinculación que se entiende en nuestra comunidad jurídica[35] que, a nivel de la legislación ordinaria, sea factible construir –como parte del desarrollo del modelo constitucional de propiedad– un régimen de protección al tráfico jurídico de los bienes que permita que el tercero que confió en la información que el Registro publicitaba conserve su adquisición, nótese en todo caso que es en el modelo burgués de propiedad que germina un Registro protector del tráfico y no de la estática[36], modelo que no se ha extinguido, pero que sí se ha ido transformando en el mundo actual por efecto del mayor acento que se pone en la protección de los derechos fundamentales y por el papel garante que asume el Estado a quien le toca "orientar el desarrollo del país" (art. 58 de la Constitución) y velar por que el ejercicio de las típicas libertades burguesas no resulte "lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas" (art. 59 de la Constitución)[37].

b) Otro es el nivel legislativo ordinario, en el que se debe construir un precepto o principio protector que permita mantener la adquisición de quien se presenta como titular actual aún con sacrificio del derecho del verdadero titular. Nos estamos refiriendo al caso específico del tercero protegido por el art. 2014 del Código Civil, conforme al cual tenemos que se trata del adquirente de un bien que practicó el acto de adquisición sobre la base de la información registral, siempre que esa adquisición sea a título oneroso y se inscriba a favor del adquirente, caso en el cual su derecho se torna en inatacable, siempre que los vicios precedentes a su adquisición no pudieran haber sido constatados de la información registral existente y no se tuviera, de otra forma, el conocimiento de los mismos. De lo que se trata ahora es de eliminar el riesgo de la posible existencia de defectos o vicios en la titulación que no pudieran ser advertidos de los documentos que la contienen. Esto guarda relación con otra característica del Registro en nuestro país, cual es la de ser no convalidante, lo que significa que el acto inscrito no queda sanado de los vicios que pudiera contener por el solo hecho de haber accedido al Registro, de forma tal que siempre es posible demandar su invalidez, corregir la inexactitud del Registro e, incluso, cancelar la inscripción en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria o en los supuestos establecidos en las disposiciones vigentes (art. 2013 del C.C. modificado por la primera disposición complementaria y modificatoria de la Ley N° 30313). Sin embargo, por los efectos específicos expuestos es fácil advertir que, aquí también, la publicidad registral tiene trascendentes efectos en lo que concierne a la protección de terceros que actúan de buena fe y cumplen con todas las exigencias para estar protegidos por el Registro, de forma tal que en lo que a ellos concierne lo que es una presunción de exactitud que admite prueba en

(35) Es de advertir que no todos los países que consagran la existencia de un régimen de economía de mercado consideran preciso tener un sistema registral que consagre dentro de sus efectos protectores al de la fe pública registral. Un ejemplo cercano es el de Chile.

(36) La protección del tráfico jurídico resulta impensable, en los términos en que la concebimos actualmente, si estuviéramos viviendo, por ejemplo, en una economía feudal, interesaría proteger –por consiguiente, también hablaríamos de seguridad jurídica– al *verus domini* en su afán de recuperar el estatus que había perdido por causa de los actos que afectaron a su titularidad.

(37) Resulta sumamente interesante el estudio del desarrollo del Registro y su tránsito de la modernidad a la posmodernidad (Cfr. Gonzales Barrón, p. 69 y ss.) El sentido actual de la sociedad y el Derecho impiden pensar –aunque existen aún autores que con sus defensas cerradas del "registralismo" lo afirmen– en un Registro que pretenda ser, como ya en su tiempo lo denunció Rafael Nuñez Lagos: "Más que el Jordán purificador, el creador de un nuevo propietario exento de tal pecado original, calco y traslado, *jure civile*, del hombre naturalmente bueno de los enciclopedistas, sin el estigma de la falta cometida por los abuelos y antepasados más o menos remotos" (Vallet de Goytisolo).

contrario (art. 2013) se convierte en una presunción absoluta que da certeza a la adquisición que ellos han concertado con quien aparecía como facultado para otorgarla (art. 2014).

Corresponde señalar en este punto que la Ley N° 30313 y su Reglamento contiene respecto del principio anotado dos modificaciones:

i) La primera es propiamente, como lo anticipamos en el numeral 2.1., una consolidación de la tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema conforme a la cual se establece como referente de la buena fe registral tanto a los asientos registrales como a los títulos archivados y aun cuando muchos se han adelantado a señalar que esta "modificación" producirá "costos de transacción" que afectarán seriamente al mercado inmobiliario. En nuestra opinión, esa ha sido una conclusión apresurada y, en todo caso, deberíamos remitirnos a las estadísticas y demás comprobaciones que nos muestren que se ha producido una efectiva reducción de operaciones atribuible a dicha consolidación, ello en razón de que el sistema sigue siendo uno de intensa calificación registral de la legalidad y demás requisitos de registrabilidad, de forma tal que los operadores pueden seguir confiando en que probabilísticamente hay poco riesgo porque aunque el legislador les diga que duden de la labor del registrador, ellos saben que estos continuarán exigiendo el cumplimiento de los requisitos de inscripción desarrollados por la normativa registral.

ii) La segunda es la relacionada con la decisión de considerar que los supuestos de suplantación de identidad o falsedad documentaria constituyen supuestos patológicos cubiertos por la fe pública registral, porque se establece que el adquirente mantendrá su adquisición inscrita –entre otros casos– cuando se cancele el derecho de su transferente por virtud de causas que no consten en los asientos ni en los títulos archivados, zanjando –de momento[38]– la discusión doctrinaria y jurisprudencial que existía sobre si la falsedad era o no un supuesto comprendido dentro del manto protector de la fe pública registral.

iii) La tercera es la cancelación del asiento en que obra inscrito el acto que aparentemente facultaba al transferente o constituyente del derecho, pero que resultaba irregular por suplantación de identidad o por falsedad documentaria, en mérito a la sola declaración del juez, notario, cónsul, funcionario público o árbitro. Esta declaración cancelatoria opera administrativamente, aun cuando tercero ya tenga su derecho inscrito o su título tenga prioridad respecto al pedido de cancelación que se haya formulado. Así lo ha establecido el artículo 5 de la Ley y lo detalla el artículo 48 del Reglamento. Si bien la ley se encarga de decir que el tercero es un tercero protegido, lo cierto es que la cancelación efectuada de ese modo, es decir, cuando el asiento irregular ya no se encuentra vigente sí produce un efecto perjudicial para el tercero porque, en adelante, el mercado considerará a su título bajo sospecha, él solo será un tercero protegido el día en que un juez declare la invalidez del asiento de cancelación por considerar que él es efectivamente un tercero registral protegido. Está claro que esta es la modificación que expresa el precio que ha debido pagarse en orden a detener el fraude inmobiliario ya consumado[39]. Es

(38) Decimos que la discusión queda terminada solo por ahora, porque como sabemos, en cada oportunidad que el legislador "cierra una discusión", pese a la textualidad de su mandato lo cierto es que simplemente los operadores doctrinarios y jurisprudenciales abren nuevas discusiones y la vertiginosidad con la que ello se produce suele ser directamente proporcional a la eventual falta de racionalidad de la decisión legislativa.

(39) Junto con la fe pública registral, también se afecta seriamente al principio de legitimación, porque violentándose las garantías de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y la del debido proceso se crean declaraciones

el tercero quien deberá asumir el costo y lograr la invalidación de la cancelación, pero mientras tanto su seguridad jurídica se verá mellada, el Registro ha dejado de ser certero respecto de su derecho, porque solo después de ventilarse el proceso para la invalidación de la cancelación el mercado lo reconocerá como un verdadero tercero.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema sobre los temas discutidos en materia de aplicación del principio de fe pública registral ha sido profusa y contradictoria, alguno tópicos han sido marcados por líneas jurisprudenciales ciertamente mayoritarias (la necesidad de la revisión de los títulos archivados como presupuesto necesario para afirmar que se ha actuado con buena fe registral que –por ahora– ha quedado positivizada por la Ley N° 30313; la idea de que en la búsqueda de antecedentes registrales el adquirente sea proactivo al punto de exigírsele "seguir la pista", eventualmente, fuera del Registro; y, la común exclusión –en el análisis de probidad del adquirente– de la situación posesoria), pero otras líneas han sido tenues o simplemente ocasionales, nada hace previsible que deban repetirse en el razonamiento judicial. Antes de revisar las dos últimas del primer grupo, resulta pertinente citar una Casación en la que se establece lo que debe ser materia de probanza cuando se alega la condición de tercero adquirente de buena fe:

> "El artículo dos mil catorce del Código Civil (...) consagra el principio de buena fe registral y para su configuración (...) exige la concurrencia copulativa de determinados requisitos, como son: a) que el adquirente sea a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe, tanto al momento de la celebración del acto jurídico del que nace su derecho, como al momento de la inscripción del mismo, buena fe que se presumirá mientras no se acredite que tenía conocimiento de la inexactitud del registro (presunción *juris tantum*); c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar el derecho del que se tratase; d) que el adquirente inscriba su derecho; y e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos en los Registros Públicos resulten causas que anulen, rescindan o resuelvan el derecho del otorgante (...)". [Casación N° 4816-2006-Lima (02/12/08)].

En lo que sigue mencionaremos el estado actual de dos líneas jurisprudenciales que se relacionan con el requisito de la buena fe:

**a) Se establece un intenso control de la buena fe en la revisión de la información que consta en los asientos y en los títulos archivados, del que se deriva un deber de diligencia consistente en "seguir la pista", incluso fuera del Registro**

Es común conceptuar el requisito de la buena fe como falta de conocimiento de la inexactitud del Registro que resulte de la revisión de la información que obre en el mismo. Así, por ejemplo, se ha dicho que "la buena fe registral exige el simple desconocimiento o la ignorancia de la inexactitud del registro, buena fe que solo podrá enervarse mediante pruebas directas, seguras e inequívocas" Cas. N° 4737-2007-Lima (03/09/08). Es verdad que en ocasiones

---

**concluyentes** de notarios, cónsules, funcionarios públicos, jueces y árbitros que impedirán la inscripción de títulos en trámite (trámite de oposición a la inscripción) o determinarán la cancelación de las inscripciones de dichos títulos (trámite de cancelación) en supuestos que siendo graves no deberían quedar expuestos a la simple declaración de quien dice que fueron falsificados o que se produjo un supuesto de suplantación de identidad. Una vez más el legislador elude resolver los problemas de fondo (las acciones de modernización de la **infraestructura** necesaria para el funcionamiento de un eficiente sistema inmobiliario) y subsidia la ineficiencia de un sistema que no ha sabido poner costo a los fraudes inmobiliarios tanto mediante la efectiva sanción a los responsables como mediante un adecuado manejo de los casos concretos en los que los "beneficiarios" del fraude fueron fácilmente calificados como terceros protegidos.

se ha llegado a decir y destacar, el otro lado de la buena fe a la que alude el artículo 2014 (la denominada buena fe civil), pero siempre en el sentido de desconocer, como cuando se ha dicho que "la buena fe registral no solamente consiste en adquirir en virtud al contenido del registro, sino también el no haber conocido la situación del bien en una vía distinta" [Cas. N° 2246-2003-San Martín (30/09/04)].

Ahora bien, dentro de dicha tesitura tradicional, si alguna proactividad se exige de parte del adquirente que alega la buena fe, es que si en la búsqueda de asientos y archivados encuentra un **cabo suelto**, entonces se deduzca que está obligado a **seguir la pista** aun fuera del Registro, pero siempre buscando pruebas documentales. Eso es lo que se desprende, por ejemplo, de las siguientes sentencias:

> "(...) existen indicios que demuestran que el recurrente tenía conocimiento de que el inmueble era materia de diversos litigios, por tanto, al no haber obrado de buena fe, los principios registrales no lo protegen". (Cas. N° 3783-2001-Lambayeque)

> "(...) el hecho de la cancelación del asiento registral donde constaba inscrita la anotación de demanda sobre mejor derecho de propiedad no enerva la publicidad a terceros que derivaba de dicho asiento, ya que dicha cancelación no hace más que informar la conclusión del proceso civil antes mencionado pero otorga la información suficiente de que respecto del mismo bien existe una duplicidad de título". [Cas. N° 1168-2009-La Libertad (30/07/2010)].

Lo preocupante de la idea de "seguir la pista", de cara a la aplicación de las modificaciones introducidas por la Ley N° 30313 respecto al artículo 2014 del Código Civil, es que al haberse establecido que la información que el tercero debe revisar es la que consta tanto en el asiento como en el título archivado y, a la par, haberse dispuesto que están comprendidos, dentro de las patologías cubiertas por la fe pública, los supuestos de falsificación documentaria y de suplantación de identidad, es que el razonamiento judicial entienda que en esta intensa búsqueda de información documental, el tercero deba tener la diligencia no solo de verificar el título archivado, sino de corroborarlo ante el órgano productor del mismo (particularmente el notario), quien podría brindarle información suficiente para advertir que el documento es falsificado (incluyendo el supuesto no mencionado por la ley del documento real, pero adulterado antes de su inscripción), aunque quizás –salvo que para entonces ya lo haya advertido (solo en el caso del notario o el cónsul)– no pueda decirle que se trató de un supuesto de suplantación de una persona y, entonces, recién se considere que la diligencia es la suficiente para estar protegido solo en este último y específico supuesto.

### b) Se otorga relevancia a la información posesoria adversa para calificar al adquirente como de mala fe

El recibir la posesión del inmueble adquirido no es un requisito para configurar la figura del tercero registral protegido, pero en ciertos casos, el hecho de que en el proceso en el que se ventila la patología de la que adolece la titulación y que terminaría afectando –por el efecto en cascada de la misma– al título que exhibe el último adquirente, pueda probarse que la posesión en todo momento se mantuvo en manos de quien resultó afectado con la patología producida, bien puede determinar que concluyamos que el tercero registral no deba ser protegido porque la patencia de la posesión debió llevarlo a conocer a ese posible *verus domini*. Esta es la faceta de los hechos que no había venido siendo tomada en cuenta en los procesos en los que la víctima de un "fraude inmobiliario" demandaba la nulidad del título falso o del título en el que lo suplantaron y de todos los actos posteriores y en los que, fundamentalmente, se

había venido razonado la buena fe del último adquirente (el que invoca ser el tercero registral protegido) desde la perspectiva de la sola revisión de antecedentes registrales y es quizá esta miopía judicial la que tornó odiosa, a los ojos de la opinión pública, a la fe pública registral.

Dicha perspectiva es la que, por ejemplo, se trasluce de sentencias como la siguiente:

"Al haberse determinado que la adquisición de los esposos (...) se realizó de buena fe, conforme al análisis probatorio efectuado por los jueces de mérito en base a la prueba actuada no puede concluirse, bajo el razonamiento que habiéndose declarado nula judicialmente la Escritura Pública fraguada por el demandado (...), que sirve de antecedente a la transferencia hecha a favor de los recurrentes, que la Escritura Pública de estos también carece de eficacia legal (...). El principio de buena fe registral que preceptúa el artículo 2014 del Código Sustantivo (C.C.) tiene por finalidad proteger al tercero que actuando de buena fe y amparado en la presunción de veracidad de las inscripciones adquiere un derecho; en tal sentido, la declaración de nulidad de la escritura fraguada no enerva ni debe afectar la adquisición de los recurrentes (...)". [Cas. N° 383-2001-Apurímac (01/03/02)].

Es de mencionar que en algunos casos minoritarios la Corte había señalado la relevancia de la posesión para desvirtuar la pretendida buena fe del adquirente. Así, por ejemplo, se ha dicho lo siguiente:

"(...) no obstante lo anterior, este principio resulta inaplicable cuando, entre otros, el tercero no ha actuado de buena fe; situación que se presenta en el presente caso; toda vez que de los diversos medios probatorios presentados por el demandante fluye que este desde la fecha que adquirió el inmueble subjúdice ha estado ejerciendo plenamente la posesión del mismo, explotándolo satisfactoriamente conforme aparece de los documentos de fojas seis a quince, contando con los respectivos Planes de Cultivo de todos los años, incluso de las campañas agrícolas mil novecientos noventiséis.mil novecientos noventisiete y mil novecientos noventiocho; de tal manera que resulta evidente que cuando el Banco procedió a efectuar la inspección ocular en el predio para su valorización el dos de mayo de mil novecientos noventisiete debió advertir la posesión del actor y con mayor diligencia descubrir la irregularidad en el ofrecimiento de garantía hipotecaria por parte de Tomás Paico García, quien ya no era propietaria del bien; conforme lo indica el actor en sus escritos de fojas ciento sesentidós doscientos cincuentinueve". [Cas. N° 2125-99-Lambayeque (31/05/02)].

Si bien compartimos el razonamiento expuesto en la última sentencia citada, toda vez que la buena fe es una sola y se sustenta, en última instancia, en el actuar honesto de las personas, por consiguiente, considerando el funcionamiento actual de nuestro mercado inmobiliario (aun no compramos inmuebles por internet) y las debilidades de nuestro sistema registral, no puede ser configurada solo como una intensa búsqueda en los antecedentes registrales y un absoluto desdén por la realidad fáctica del predio que a gritos le dice al adquirente de algún derecho inscribible que preexiste una patología que afecta a la titulación; lo cierto es que la lectura de dicha sentencia permite advertir que no nos encontrábamos frente a un caso comprendido en el supuesto del artículo 2014 (conflicto lineal o confrontación con una patología del pasado de la propia titulación), sino que se trataba de un supuesto de doble disposición incompatible respecto de un mismo bien: primero se había vendido el bien a unos compradores que pasaron a ejercer de manera ostensible la posesión; y, después, se había hipotecado el bien a favor de un banco, en consecuencia, se trataba de un problema de oponibilidad

de derechos reales en el que si bien el adquirente de la hipoteca había inscrito su derecho y los compradores no, no correspondía reconocer la preferencia a favor del acreedor hipotecario por cuanto este habría actuado de mala fe. Sin embargo, es preciso reconocer que las cosas venían distorsionadas desde el inicio en la medida que los primeros compradores no plantean un conflicto de preferencia de su derecho frente a la hipoteca por razón de la mala fe del acreedor hipotecario, sino uno de nulidad de la hipoteca. La demanda era improcedente –nadie lo advirtió y el proceso llegó hasta la Corte Suprema– porque los hechos invocados no corresponden a alguna causal que configure el supuesto de hecho de la nulidad y, en todo caso, no era posible, siquiera, discutir que el acreedor fuera un tercero registral protegido porque no era tercero, sino parte en el acto cuestionado, pero no esta la primera vez que la Corte admite la existencia de una nulidad sin causal fundada en la existencia de una infracción reprochable, pero que no debe ser tratada como un supuesto de invalidez y, a su vez, desarrolla –respecto de la fe pública registral– una idea genérica de protección a la confianza que el Registro debe generar en favor de quien es parte en el propio acto cuestionado, lo que representa un contrasentido con los compartimientos precisos que la doctrina asigna a las categorías de nulidad, ineficacia, inoponibilidad y fe pública registral.

Con posterioridad a la Casación últimamente comentada, de modo similar a lo que ha ocurrido respecto a la apreciación de la buena fe en los procesos de mejor derecho de propiedad, la Corte viene haciendo referencia a las diligencias "necesarias para conocer el estado del inmueble sub litis [les hubiera permitido advertir que el mismo] viene siendo ocupado por la ex cónyuge [del vendedor] (...) estuvieron en razonable situación de conocer la acreencia [alimentaria], pues una conducta diligente (...) les hubiera conllevado adoptar medidas (...), por lo que el acto jurídico cuestionado no se encuentra protegido por el principio de la buena fe registral" [Cas. N° 890-2017-Huaura (04/03/2020)].

### 2.4.4. Conflicto entre quien invoca la oponibilidad de su condición de adquirente por prescripción y el tercero interesado que invoca su condición de titular protegido por la fe pública registral

De lo establecido en los artículos 912, 914 y 2012 del Código Civil, podemos inferir que en nuestro sistema la publicidad registral generaría un medio de prueba mucho más fuerte que la prueba derivada de la publicidad posesoria, así lo demostraría la lectura de los mencionados artículos. Sin embargo, en el caso específico en que se enfrenten el poseedor que ya logró cumplir el plazo exigido por la ley para prescripción adquisitiva, pero que aún no ha logrado su emplazamiento registral como nuevo titular del bien (supuesto conocido como prescripción contra tábulas) y el titular registral que puede invocar a su favor la protección que brinda el artículo 2014 del Código Civil, por efectos de la pretensión declarativa de prescripción que autoriza el artículo 952 a favor del prescribiente este siempre puede vencer al nuevo titular registral tanto porque lo que cubre la fe pública registral son las patologías no cognoscibles de la titulación, pero no circunstancias fáctico-jurídicas como la prescripción, como porque el poseedor siempre puede computar retrospectivamente su plazo posesorio hasta completar el plazo de diez años exigido por la ley para la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Este conflicto usualmente se presentará en los procesos de declaración de prescripción adquisitiva, pero –aun cuando nuestros jueces se muestran renuentes a aceptarlo– la invocación de la misma también debería ser considerada como medio de prueba de la propiedad ya adquirida, tanto en los conflictos con terceros en general como en los procesos de mejor derecho de propiedad.

### 2.4.5. Apreciación general sobre la probanza, en nuestro sistema, del sustento de la eficacia y la oponibilidad del derecho en los conflictos de derechos reales

Los distintos conflictos que han sido analizados en los acápites anteriores nos permiten afirmar que en nuestro país la prueba de la propiedad no está en un solo medio, el título (léase el consentimiento) por sí solo no basta ni siquiera aunado a títulos anteriores, se requiere, además, que se trate de un título inscrito tanto para vencer a otros posibles contrincantes que no se pueden conocer (principio de oponibilidad registral) como para desconocer válidamente los defectos patológicos que pudiera haber tenido la titulación precedente (principio de la fe pública registral); y, finalmente, se deberá tener en cuenta la información que resulte de la publicidad posesoria para, por lo menos, descartar la existencia de un prescribiente.

La oponibilidad registral, en el contexto antes señalado, opera en el ámbito específico del conflicto de titularidades con terceros interesados y la función específica que cumple es la de cubrir el riesgo de la clandestinidad que tiene todo sistema consensual de transferencia o constitución de derechos reales. Es justamente dicho ámbito y función los que nos permiten diferenciar al tercero que resulta protegido por la oponibilidad de su título inscrito frente a los títulos no inscritos de otros, con respecto al tercero que es protegido por la fe pública registral frente a los vicios patológicos de la titulación y a quien el ordenamiento jurídico persigue poner a salvo de un riesgo distinto del sistema consensual, cual es el de la nulidad o ineficacia en cascada.

Las consideraciones expuestas en el párrafo precedente nos permiten concluir que en nuestro país se ha adoptado la tesis dualista de protección a los terceros. Tenemos tanto al tercero latino, denominado así porque se trata de una figura proveniente de los sistemas latinos (Francia e Italia), protegido por los artículos 1135, 1670 y 2022, como al tercero germano, denominado así porque se trata de una figura proveniente de la legislación alemana, protegido por el artículo 2014. Frente a dicha tesis, en países como España en que también se contemplan supuestos normativos similares, se ha formulado la denominada tesis monista, según la cual no existen dos terceros protegidos sino uno solo, que está comprendido dentro de la idea de protección más completa y evolucionada que representa el sistema de protección germánico.

La diferencia y razón fundamental de la discusión radica en que si se opta por considerar que el sistema actual es enteramente "un sistema de protección a la apariencia registral, solo quien adquiere de un titular inscrito puede rechazar, en el caso de una doble venta, alegando su condición de tercero hipotecario, la acción del primer comprador despojado (...); mientras que si se acepta que adicionalmente persiste el sistema latino de salvar la adquisición de cualquiera que lleva al Registro su escritura, también el segundo comprador de una finca no registrada que la inmatricula en su favor puede repeler, en cuanto a tercero protegido, la acción del primer adquirente que no adoptó la misma precaución" (LACRUZ, p. 133).

La pregunta final de quienes sostienen la tesis monista es la siguiente: "¿por qué quien adquiere una finca sin inmatricular y luego la inmatricula no está protegido si se resuelve el derecho de su transmitente, ya que este no es el titular registral y, en cambio, está protegido si resulta que el transmitente había vendido su derecho antes a otro?" (MONSERRAT, p. 241). A nuestro entender, la razón del tratamiento diferenciado radica en que mientras para el tercero latino la publicidad registral es un punto de llegada que le permite atribuir a su título eficacia frente a los denominados terceros interesados, para el tercero germánico, la publicidad registral es un punto de partida para atribuir a su título una suerte de inatacabilidad

frente a vicios del pasado que él no puede conocer, en el primer caso se protege la diligencia en asumir el signo registral y en el segundo la confianza en lo publicado.

Obviamente, no existe discusión alguna sobre la necesidad de que el tercero latino, para alcanzar la protección que le brinda la oponibilidad inscriba su derecho, tampoco debería plantearse cuestión alguna sobre la necesidad de la buena fe del tercero que resulta del juego con el artículo 1135. En cambio, en lo que respecta al requisito de la onerosidad –sí exigido para el tercero germano– no solo no se encuentra previsto por el artículo 2022, sino que, entre las tantas razones que se han dado para sostener que el mismo no es necesario, resulta razonable sostener "que la cuestión de la contraprestación es un problema de la relación jurídica 'entre partes', que nada tiene que ver respecto a terceros" (GARCÍA, p. 183), lo cual, por lo demás, es concordante con el artículo 1135 del Código Civil, que tampoco exige el requisito de la onerosidad.

## 3. Conflicto entre derechos de distinta naturaleza sobre un mismo bien inmueble inscrito y el Sétimo Pleno Casatorio Civil

### 3.1. Nuestro comentario original

El artículo que comentamos contiene una diferenciación de conflictos entre derechos inscribibles sobre un inmueble; si están en conflicto derechos reales, se aplica el primer párrafo que hemos analizado y contextualizado con toda la eficacia del sistema registral en el numeral anterior y podemos concluir que, básicamente, se resuelve el conflicto de títulos asignando el derecho a quien inscribió primero, siempre que haya actuado de buena fe (con las exigencias jurisprudenciales oportunamente analizadas); en cambio, si están en conflicto derechos de distinta naturaleza la solución no la da el propio artículo, sino que se remite a lo que resuelvan "las disposiciones del derecho común".

Se ha señalado con razón que dicha solución resulta "no del todo satisfactoria (...) por ser demasiado genérica y obliga a analizar cada caso concretamente, estableciendo si el supuesto se encuentra debidamente tipificado en el ordenamiento vigente. Además, si se tiene en cuenta que el art. 1135 del Código Civil de 1984 es también una manifestación bastante amplia en el ordenamiento peruano del principio de oponibilidad, habrá que establecer cuando es aplicable una u otra norma; y, luego, si hay una norma específica para el segundo párrafo del art. 2022" (ARIAS-SCHREIBER, p. 173).

En nuestra opinión, no debió hacerse diferencia alguna, si la ley admite la inscripción de un derecho no real y este se inscribe primero que un derecho real, no hay ninguna razón para que como consecuencia del principio de prioridad, la oponibilidad sea conferida en favor del derecho no real.

Existen algunos casos que se encuentran expresamente resueltos en la ley, así por ejemplo, el artículo 1708 del Código Civil prevé que en caso de transferencia del bien arrendado si el contrato estaba inscrito, entonces el arrendatario no solo mantendrá el uso del bien, sino que el adquirente asumirá la condición de arrendador[40]. Por otro lado, el artículo 2023

(40) Adviértase que, en este caso particular, la ley no solo atribuye a la inscripción el efecto de la oponibilidad, sino que, además, haciéndose una verdadera excepción al principio según el cual los contratos solo surten efectos entre las partes y sus herederos, se establece que el adquirente asumirá la condición de arrendador. Se trata de una suerte de cesión de posición contractual por mandato de la ley.

se refiere al caso de la oponibilidad del contrato de opción inscrito frente a cualquier derecho real o personal que se inscriba posteriormente. Puede en todo caso, verse que, en ambos casos, el sustento final de la oponibilidad ha estado en la prioridad del acceso del derecho personal al Registro.

Entre los casos no previstos expresamente en la legislación, el supuesto paradigmático es el conflicto que se presenta entre el embargante de un bien inscrito y el propietario del mismo bien que no ha inscrito su derecho antes de la traba de la medida cautelar. La posición mayoritaria de la jurisprudencia y la doctrina se inclinó siempre por pensar que el conflicto debe ser resuelto a favor del propietario[41], los argumentos son diversos.

Según la exposición de motivos del Código Civil, del derecho común se desprendería que en esos casos "tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y, además, porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria de la que también carece el derecho personal".

Lo ampliamente explicado en el numeral 2.2 nos releva de mayores comentarios con relación al evidente error de concepto que existe respecto a los alcances de la oponibilidad (*rectius* eficacia) *erga omnes*, esta solo vale frente a terceros en general, pero no frente a terceros interesados que precisamente requieren de información sobre quién es el titular, máxime si se trata de un supuesto en el que sí existe un medio de publicidad de los derechos en conflicto, por lo que no hay razón para dejar de lado la prueba que aporta la publicidad para pasar a la búsqueda de la prueba de la antigüedad de la titularidad.

Cuando se intentó sostener que las disposiciones comunes no son otras que las propias reglas registrales establecidas por el Código Civil, entre ellas, las que consagran los principios de prioridad registral y legitimación de las inscripciones, la jurisprudencia nacional descartó que esta sea la solución y ha dicho que la norma pertinente es el artículo 949 del Código Civil que establece el sistema consensual de transferencia de la propiedad: "(...) en este caso se trata de derechos de diferente naturaleza, por un lado real el de los terceristas y por otro personal el del embargante, se tiene que aplicar el derecho común y, por lo tanto, no rigen las disposiciones del derecho registral (...); el artículo 949 del Código Civil dispone que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (...)" [Cas. N° 2472-2001 publicada en *El Peruano* el 01/07/02)].

Coincidimos en que la ley expresamente ha descartado la aplicabilidad de los principios registrales, pero la referencia al artículo 949 no resulta suficiente porque este artículo no resuelve un conflicto de derechos entre terceros interesados, se limita a decir cuando opera la transferencia de la propiedad entre las partes y frente a los terceros en general.

También se ha dicho que las normas de derecho común estarían constituidas por el principio de responsabilidad universal del deudor conforme al cual este debe responder por sus deudas con todos sus bienes y no con bienes ajenos. Frente a este argumento, igualmente, se puede decir que el principio invocado no resuelve un conflicto con relación a terceros interesados. No está en juego si el deudor debe o no responder con sus bienes, sino el hecho de que sobre la base de la apariencia de titularidad del deudor se han trabado medidas cautelares que ahora se enfrentan a una titularidad clandestina.

(41) Para el amparo de la tercería de propiedad, en la práctica judicial, se exige contar con un título de fecha cierta y confiable (Cas. N°s 1931-99 publicada el 02/12/02; 1932-99 publicada el 30/11/01; 2557-2000 publicada el 30/11/01; y 3743-2001 publicada el 30/05/03); y buena fe (Cas. N° 2570-02 publicada el 30/05/03).

Siempre hemos pensado que es posible sostener una interpretación diferente, el acudir a las disposiciones del derecho común supone buscar normas o principios que resuelvan el conflicto de derechos entre el titular y los terceros interesados y no el recurrir a normas que se refieren simplemente a la posición del propietario frente a los terceros en general o a la posición del deudor frente a su acreedor, porque estamos frente a un tema en el que lo que interesa es saber de quién es lo ajeno. No podemos acudir a los principios registrales porque están expresamente excluidos y, si bien en el derecho común no existe norma expresa que resuelva el conflicto entre un embargante que ha inscrito su derecho y un propietario que no ha inscrito o ha inscrito después, lo cierto es que los artículos 1135 y 1670 del Código Civil permiten deducir que también es un principio del derecho común resolver el conflicto con terceros interesados asignando, en primera instancia, el derecho a quien primero accedió a la publicidad registral. Esta interpretación otorga racionalidad a la regulación de este tipo de conflictos porque, en muchos casos, la decisión de iniciar o no un proceso judicial puede haber dependido de si figuraban o no inscritos bienes a nombre del deudor o tal vez la información registral sirvió para decidir si se embargaban bienes inscritos en lugar de bienes no inscritos[42].

### 3.2. El VII Pleno Casatorio Civil y sus reglas vinculantes

Con fecha 5 de noviembre de 2015 se emitió la sentencia correspondiente al Sétimo Pleno Casatorio Civil mediante la cual se resolvió la problemática derivada del conflicto que surge entre un embargante que ha inscrito su derecho en la partida registral de un bien que figura en la misma como de titularidad de su deudor demandado y el tercero que plantea una tercería de propiedad fundada en la propiedad del bien en mérito a un título anterior a la inscripción del embargo.

Las reglas vinculantes son las siguientes:

1. En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo.

2. El juez de primera instancia, de oficio, una vez que sea admitida la demanda, deberá velar por la legalidad de la certificación de la fecha cierta del documento que presente el tercerista. Para tal fin, podrá oficiar al notario, juez y/o funcionario que haya emitido tal certificación, a efectos de que informe sobre la autenticidad o falsedad de la misma.

3. En caso de que el notario, juez o funcionario correspondiente no reconozca la autenticidad de la certificación que se le atribuye en el documento presentado por el tercerista, la demanda deberá ser declarada infundada, debiéndose expedir las copias certificadas correspondientes al Ministerio Público, para que este actúe conforme a sus atribuciones.

(42) Hasta este punto nos hemos limitado a transcribir –sin más variante que el uso del tiempo pasado– lo que habíamos sostenido en el comentario original que formuláramos respecto al artículo materia de análisis.

### 3.3. Análisis de los fundamentos del VII Pleno vinculados al problema de la oponibilidad

Corresponde analizar cuáles han sido los fundamentos que ha tenido la Corte Suprema para llegar a definir que, en el conflicto entre el acreedor embargante con anotación de su medida cautelar en la partida registral del bien y el tercerista propietario del bien inscrito cuyo derecho –acreditado con documento de fecha cierta anterior a la anotación de la demanda– no estaba inscrito con anterioridad a presentación de la solicitud de anotación de la demanda (porque la anotación se retrotrae a esa fecha), debe prevalecer el derecho del tercerista.

La razón no es una sola, sino varias, conectadas entre sí a una manera de concebir la oponibilidad de los derechos reales y la función del registro respecto de un derecho de naturaleza distinta a la real como lo es el embargo, pero que podríamos disgregar –con evidente ánimo didáctico, sin seguir los rotulados de la Corte y concretándonos específicamente en los argumentos relacionados con la oponibilidad– en las siguientes:

**a) El problema a resolver es uno de oponibilidad**

Centrando el debate, la Corte en el numeral III.1. de sus fundamentos señala que:

"III.1. (...) **nos hallamos ante un asunto de oponibilidad de derechos de naturaleza diversa.** Así es, mientras que, por un lado, se tiene al acreedor garantizado con embargo inscrito, de otro lado, se tiene al propietario no inscrito. Se trata, entonces, de **verificar solamente cuál derecho subjetivo debe prevalecer o resultar oponible frente al otro, según nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que no se trata de ventilar si los derechos (en conflicto) efectivamente existen o no.** No se trata de establecer si existe o no un derecho de crédito. Tampoco se trata de establecer si existe o no un derecho real de propiedad. La cuestión es diferente, **solo se busca establecer qué derecho debe prevalecer en caso de conflicto.** Por ende, resulta un error de perspectiva pretender incluir análisis probatorios sobre el derecho de propiedad o la posesión en este problema. No se trata, cabe reiterarlo, de establecer si un derecho existe o no. La cuestión principal es un asunto de oponibilidad de derechos. Este mismo enfoque ha sido planteado por la doctrina procesal que se ha ocupado del tema, cuando precisa que, por lo general, **el tema de fondo en una tercería no es el relativo a la prueba del derecho alegado por el tercerista, sino fundamentalmente si ese derecho, de haberlo, es oponible o no al acreedor ejecutante**, lo cual se resuelve con normas de derecho sustantivo, y no con normas procesales".

Este primer argumento parece mostrar un correcto encuadramiento del conflicto, no hay un problema de existencia de derechos sino un conflicto entre dos titularidades, la real (propiedad) y la personal o crediticia (el embargo anotado). Es importante anotar que más adelante (numeral III.5.), al descartarse la aplicabilidad de otras normas que habían sido invocadas en el debate doctrinario, la Corte –reiterando la aproximación inicial de la que estamos dando cuenta– descarta las mismas por no estar referidas a la dinámica de un conflicto de derechos, por ello afirma que "cuando se dice que 'el acreedor puede embargar los bienes que son de su deudor', se hace referencia a dos partes, no a tres, como correspondería en una auténtica norma que regula conflictos de derechos".

**b) La anotación del embargo no lo convierte en un derecho real**

La Corte en el literal a) del numeral IV.1, al desarrollar el tema de los derechos absolutos (el derecho de propiedad y los demás derechos reales formarían parte de esta categoría) y

relativos (el derecho de crédito protegido por el embargo trabado formaría parte de este grupo de derechos subjetivos), reproduce los fundamentos expuestos en la Cas. N° 1253-2002-Ica en la que había sostenido lo siguiente:

> "**Décimo segundo**.- Que, en consecuencia, el presente debate se encuentra orientado a determinar si es que, la medida de embargo dictada a favor del Banco demandado, constituye un derecho real y no un derecho personal, conforme parece sugerir el recurrente; en ese contexto, resulta necesario precisar que **el derecho personal o de crédito responde a una expectativa de acción que tiene el acreedor para con el deudor; mientras que el derecho real, constituye una vinculación directa que recae e incide sobre el bien. Décimo tercero.**- Que, por tal razón, la naturaleza jurídica del derecho de crédito o personal no puede ser convertida en un derecho real por el solo hecho de inscripción en el Registro Público, esto es, que **la inscripción registral no puede desnaturalizar o convertir el derecho, sea real o personal**, que se ha logrado inscribir, porque **ambos derechos**, de acuerdo a la legislación nacional, **responden a una situación jurídica distinta** (...)".

La tesis del embargo inscrito como derecho real no ha tenido mucho eco en nuestro país (la Corte cita a LOHMANN, pp. 18-19 y MEJORADA, p. 55), tal vez debido al carácter taxativo de los derechos reales (sistema del numerus clausus) consagrado por el artículo 881 del Código Civil y al hecho de que en nuestro sistema registral se permita la inscripción de varios derechos personales o creditorios sin que ello los convierta en un bien de la misma naturaleza que el bien sobre el que recaen y menos en un derecho real. En cualquier caso, según la Corte Suprema, de cara a los términos en que se encontraba encuadrado en debate en la doctrina y la jurisprudencia nacional, correspondía dejar en claro que no estábamos frente a la confrontación de un derecho real (el de propiedad no inscrito) con otro derecho real (supuestamente el embargo inscrito) porque, si ello fuera así, el asunto se encontraría resuelto por el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil y se favorecería –mediante la oponibilidad registral– al embargante (titular del derecho de crédito que está detrás del embargo) por haber inscrito su derecho primero, pero todos sabemos que la discusión estaba centrada en el segundo párrafo de ese mismo artículo, referido al conflicto entre un derecho real y un derecho de otra naturaleza.

Para dejar constancia de ello, la Corte recurre a la versión originaria de la tesis clásica sobre la división de los derechos patrimoniales en creditorios y reales, en función a lo que en dicha doctrina se estima como los términos de cada relación, siendo que las primeras se vincula al acreedor y al deudor respecto de una prestación de este último (la Corte utiliza la expresión "una expectativa de acción", inapropiada en la medida que se trata de un derecho perfectamente exigible en su oportunidad) y las segundas vinculan directamente al titular del derecho con un bien. Fuera que esta formulación clásica de la distinción, como se ha expuesto líneas arriba, se encuentra doctrinariamente superada, lo que nos parece criticable es que después se abandone esta formulación inicial para después acoger la segunda versión de la tesis clásica, según la cual, al lado de la relación inmediata con el bien (aspecto interno), se encuentra un lado externo constituido por la relación del titular con todo el mundo, en virtud de la cual este puede –por el solo hecho de ser real su derecho– oponerles a todos su titularidad (oponibilidad *erga omnes*), siendo esto último el punto de apoyo central de lo que se decide en el Pleno.

**c) La protección resarcitoria de la que gozan todos los derechos subjetivos no elimina la vigencia de la clasificación de los derechos en absolutos y relativos. Tampoco los iguala**

En el mismo literal a) del numeral IV.1 la Corte da cuenta de uno de los argumentos que se habían sostenido en la doctrina en contra de favorecer al propietario no inscrito sobre la base del carácter absoluto de su derecho. El argumento consistía en sostener que también el derecho personal o de crédito podía dar lugar a una protección absoluta o *erga omnes*. La respuesta de la Corte fue la siguiente:

> "En la doctrina nacional, se ha sostenido la **vigencia de la clasificación de derechos subjetivos entre absolutos y relativos**, la misma que debe mantenerse. Ante las críticas a esta clasificación, las cuales postulan que todos los derechos subjetivos tienen protección extracontractual o *erga omnes*, se ha sostenido que **al final, todo derecho subjetivo tiene un remedio resarcitorio, cosa que no iguala el derecho de crédito al derecho real de ningún modo** (...)".

Quizá este fue el argumento menos estratégico de los partidarios de preferir al embargo inscrito. El problema no radica en reconocer que, en el estado actual de la doctrina, se haya reconocido que un derecho relativo, como lo es el crédito, no solo puede ser violado por el deudor con su incumplimiento, sino que también puede ser afectado por terceros en general. "El deber de respeto de los derechos ajenos no se limita a los derechos reales (que por su naturaleza son eficaces contra todos), sino que puede extenderse también a los derechos de crédito. En este último caso, el incumplimiento del deber de respeto genera responsabilidad para el tercero. Ahora bien, el alcance del citado deber de respeto en relación con los derechos de crédito no será absoluto, sino que se activará para los terceros cuando estos conozcan o, dadas las circunstancias, no puedan desconocer la existencia del derecho de crédito ajeno" (PÉREZ GARCÍA, p. 451).

Nadie duda que existe un nivel de protección general de todos los derechos subjetivos que se sustenta en el viejo *alterum nom laedere*. Sin embargo, el uso de este argumento permitió a la Corte desenfocarse del tema por definir cuál era el alcance –en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico– del nivel concreto de eficacia de los derechos reales en relación con los demás integrantes de la comunidad, nivel que como hemos dicho tiene un lado interno que fija el haz de facultades, prohibiciones, limitaciones e, incluso, deberes que conciernen al titular de cada derecho y un lado externo, comúnmente denominado oponibilidad *erga omnes*, que no se confunde con el deber general de respeto de los derechos ajenos porque supone un conjunto de medidas concretas de protección, organizadas por el Derecho en función a la dimensión de cada derecho real protegido y destinadas a asegurar la libertad y el goce o ejercicio de las facultades respectivas, las cuales se ejercen contra los llamados terceros en general sobre la base de identificar que el problema del tercero es, simplemente, saber –con base en su propio conocimiento– que el bien es ajeno; pero que tampoco se confunde con la oponibilidad propiamente dicha, fundada en un medio de publicidad del derecho o, en su defecto, en un medio de prueba fehaciente de la antigüedad de la titularidad, que permite resolver las posiciones de conflicto en las que se puede encontrar el titular con los terceros interesados, igual que él, en obtener y gozar de un determinado derecho que tiene por referencia al mismo bien, sea este derecho real o personal, cuando se presenta una situación de incompatibilidad entre dichas titularidades, todo lo cual tiene su origen en el problema de saber –mediante medios de prueba adecuados– de quién era lo ajeno.

### d) La referencia al Derecho Común determina la imposibilidad de aplicar la prioridad registral

Después de haber dicho –en el numeral VI.2.– que el "punto de partida inevitable (...) del proceso interpretativo es el empleo del criterio literal, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las palabras que la conforman, es decir, al interpretar la ley es necesario atender a las palabras de su texto, pero no aisladamente, sino en la integridad del discurso" y que no existe laguna interpretativa alguna en el segundo párrafo del 2022 del Código Civil que autorice a hacer uso de la analogía, "puesto que sí hay un texto normativo (...) cuya redacción dista de ser la mejor, pero justamente por ello es tarea del intérprete construir un sentido", se concluye –en el numeral VI.3.– que como el Código en diversas normas (arts. 1135, 1136, 1584, 1591, 1670, 1708 y 2023) opta clara y expresamente por dirimir los conflictos de derechos con base en criterios registrales, se debe concluir que la desentonante frase "Derecho Común", de la que se hace uso en el párrafo en mención, "revela sin lugar a duda razonable, que el legislador civil ha optado por no aplicar el criterio registral en la solución del conflicto de derechos previsto en la segunda parte del artículo 2022".

Si lo anterior es así, la Corte –en el mismo numeral VI.3.– rechaza la posibilidad de aplicar el principio de prioridad registral del que habían hablado algunas sentencias casatorias que, considerando descartada la oponibilidad registral, estimaron que el sentido del Derecho común al que se remite el artículo 2022 es el de aplicar la prioridad registral porque siempre se privilegia al que accede primero al registro. La Corte se expresa en los siguientes términos:

> "En efecto, conforme a lo ya expuesto, **al prescindirse del registro público como medio de solución del conflicto de derechos, corresponde adoptar el criterio ajeno a la prioridad registral, que hace primar el derecho subjetivo alegado por el tercerista, no pudiendo el acreedor embargante imponer su inscripción, al no ser aplicables las reglas registrales**. De este modo, conforme también a la doctrina prevaleciente, al tercerista le corresponde acreditar que su derecho de propiedad data de un momento anterior a la traba del embargo. En ese caso, su pretensión deberá ser amparada".

De nuestra parte convenimos en que la remisión al Derecho común solo algo parece dejar en claro, ese algo es un mandato negativo para el intérprete que parece decirle: "no busques la solución en este Libro referido a los Registros Públicos". Nada, absolutamente nada más puede decir la "desentonante" frase "Derecho Común", todo lo demás, es decir, el cómo se resuelve no está aquí, hay que ir a buscarlo a otro lado. Volveremos sobre este punto y sobre los cánones de la interpretación más adelante.

Fuera de lo anotado, aun cuando participáramos de la interpretación de quienes sin temor a "dar la vuelta en círculo" encuentran que la preferencia –en los diversos conflictos– siempre es conferida a quien llega a acceder primero a la publicidad registral, no podríamos afirmar que ello sea consecuencia de aplicar el principio de prioridad registral, porque este es un principio relativo al procedimiento registral previo a la obtención de la inscripción y no uno concerniente a los efectos de la inscripción. En ese sentido convenimos con quien sostiene que entre estos últimos efectos "no está la prioridad. Al revés: porque la inscripción ha tenido prioridad, puede producir todos sus efectos: y en especial, la oponibilidad, la legitimación y la salvaguardia judicial. Con toda razón, algunos autores suelen considerar la prioridad, en la clasificación de los principios hipotecarios, como un principio procedimental, o como un principio previo a la inscripción. Eso no supone una desvalorización de la prioridad, simplemente significa que no es un principio de eficacia de la inscripción (...). Previos

son también el principio de calificación y el principio de tracto, y no puede decirse que sean principios de menor importancia en el sistema registral español. La importancia de los principios previos es tal, que sin ellos carecerían de base los principios sustantivos" (PAU, p. 65).

**e) La propiedad no inscrita es propiedad**

Luego de haber descartado cualquier "solución registral" la Corte, en el numeral VI.3., recurre a un argumento absolutamente insólito, porque hasta donde sabemos, fuera de algún precedente judicial aislado, a nadie se le había ocurrido decir seriamente que un derecho de propiedad no inscrito, sea porque el inmueble mismo no está inscrito o porque estando inscrito el bien no se ha inscrito **aún** el título del que emana la titularidad que se reclama, no sea propiedad. Las afirmaciones sobre el particular son las siguientes:

> "Consideramos que **la propiedad inmobiliaria no inscrita en nuestro país, no es una propiedad oculta, clandestina; simplemente es propiedad, de conformidad con el sistema de transmisión de la propiedad inmueble recogido en el artículo 949 del Código Civil**, el cual solo exige el consentimiento de las partes contratantes, y como ya se acotó, no necesariamente se requiere la entrega de posesión del bien ni la inscripción en el Registro Público, por lo que siendo esto así, se favorece la tesis de protección al derecho de propiedad frente al embargo".
>
> "La inscripción no es obligatoria ni constitutiva del derecho real de propiedad; por ende el Código Civil incurriría en una contradicción si prefiere el embargo inscrito, porque para que se transfiera la propiedad inmueble solo es necesario el acuerdo de voluntades entre el vendedor y el comprador".

Pareciera que de nada sirvió que la Corte advirtiera al inicio de su encuadramiento del caso (ver el literal a) que lo que iba a resolver no era un problema de prueba de la existencia del derecho de propiedad, sino un problema de oponibilidad o conflicto de derechos, en el que lo que correspondía era definir qué derecho debería prevalecer. Sin embargo, es en este punto en donde se inician las contradicciones en la argumentación, porque se termina teniendo por definitorio el momento a partir del cual, según el artículo 949 del Código Civil, se produce en nuestro Derecho la transmisión de la propiedad inmueble. No se niega que la propiedad exista por el solo mérito de la "obligación de enajenarla" y que pueda tener eficacia frente a terceros en general, el propietario podrá vivir en el inmueble, arrendarlo, pagar el impuesto predial y, como lo hemos visto, podrá incluso ejercer las acciones para la defensa de su propiedad sin que le deba ser exigida la inscripción de tu titularidad. Sin embargo, ello no pone al propietario a salvo de conflictos con terceros interesados de buena fe (en los términos absolutamente exigentes en que ella se encuentra configurada en nuestro sistema jurídico, especialmente por acción de la jurisprudencia) que buscan saber de quién es el bien y cuál es su estatus jurídico para efectos de implementar las acciones necesarias para obtener algún derecho sobre el mismo.

**f) La oponibilidad registral no es natural, sino "delineada" por el legislador**

En el numeral VI.4. la Corte establece lo siguiente:

> "(...) debe recordarse que en nuestro país no se instala todavía el sistema de transferencia de propiedad inmueble basado en el registro, por el contrario, los bienes inmuebles se enajenan vía el sistema francés o espiritualista, según lo estipula el artículo 949 del Código Civil. Por consiguiente, **la transferencia de propiedad no necesita del registro**

**público para ser obtenida. El registro tiene una función referida solo a la oponibilidad, pero esta no tiene una función 'natural', sino una función delineada por la legislación**. Y, como ya vimos, **no se precisa la inscripción registral para que la propiedad sea oponible a un embargo judicial**, según lo preceptúa la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil.

En efecto, debe tenerse en cuenta que **el derecho de propiedad, en tanto facultad de obrar sobre un determinado bien corporal, puede ser transferido sin mayor problema por un acuerdo de voluntades** no conocido por terceros. La facultad en cuestión, como tal, puede transferirse por la sola celebración de un contrato. **La oponibilidad es una cuestión harto diferente, que depende de lo que establezca el legislador.**

Según lo expuesto, **el solo contrato, en principio, puede transferir el derecho de propiedad, mas no la oponibilidad a terceros, cosa que depende de los Registros Públicos. No es este el caso, en cambio, cuando se trata de oponer la propiedad a un acreedor embargante, donde el legislador, mal que bien, ha optado por dejar de lado la oponibilidad registral**".

Si seguimos el razonamiento de la Corte, existiría una división entre oponibilidad natural de los derechos reales y oponibilidad artificial, construida esta última por el legislador respecto de los derechos inscritos. En el Derecho no existe nada natural, todo es producto de la conjugación de la realidad social con la superestructura de control social que se ejerce dentro de la sociedad en orden a conseguir, cada día, un mejor nivel de convivencia. El que las creaciones modernas nos resulten más sutiles y complejas no las convierte en artificiales, sino simplemente en superestructuras más sofisticadas de protección y de definición de los intereses en juego.

En todo caso, lo que la Corte parece llamar natural es la consecuencia lógica que se da en las sociedades que reconocen la existencia de propiedad privada y de otros derechos reales sobre los bienes, en la medida que el reconocimiento de un margen de aprovechamiento –más o menos extenso– del bien, asegurado en exclusiva al titular del derecho, supone reconocer, necesariamente, la existencia de un ámbito de exclusión respecto de los demás y eso está garantizado mediante concretas medidas de protección de cada derecho. Pero hasta ese punto las sociedades solo habían resuelto, particularmente respecto de los derechos reales que conceden un goce o, por lo menos, la posesión sobre los bienes (propiedad, derechos reales de goce sobre bien ajeno y garantías con desplazamiento posesorio), el problema con los llamados terceros en general, en el sentido de que estos no pueden tomar de facto el goce de un bien que saben que no les pertenece.

El problema que quedaba sin resolver específicamente era el de los terceros interesados en tener derechos sobre los bienes, lo cual quedaba más o menos acotado mediante el uso de la publicidad posesoria que se requería (en los comunes regímenes de transferencia o constitución de derechos afiliados a la teoría del título y modo) como consecuencia de la exigencia de la tradición como requisito para ser titular del derecho de propiedad, quedando sin solución alguna el caso de las hipotecas y de las servidumbres negativas que, precisamente, se caracterizan por no atribuir facultad de goce alguna sobre el bien y, en consecuencia, no podían hacer uso, siquiera, de la publicidad posesoria, excepto para considerar que si trataban con quien estaba en posesión del bien deberían estar contratando válida y eficazmente con su propietario, salvo prueba en contrario que demostrara que el signo posesorio, siempre pasible de equivocidad, no se correspondía con la verdadera titularidad de la propiedad.

Esta situación de posibles conflictos con terceros interesados que se resolvía mediante la prueba de la existencia del título más antiguo en favor de un propietario o del acreedor de un gravamen que no se pudieron conocer (*prior tempore potior iure*), es decir, mediante un juego de azar, en el que se podía ganar o perder, en el que las manos podían quedar vacías: sin el dinero pagado o prestado y sin derecho alguno sobre el bien, pudo subsistir por siglos en sociedades que no requirieron de la dinámica de las transferencias ni del crédito territorial como presupuestos de su vida económica, pero para el mundo que surge con las revoluciones burguesas de los siglos XVIII y XIX esa situación era insostenible, el presupuesto de la vida económica capitalista era tanto la dinámica del mercado (todo tiene un precio que alguien puede pagar y alguien puede querer cobrar) como la tendencial aceleración de dicha dinámica, lo que suponía la imperiosa necesidad del crédito territorial.

Le cupo a la hipoteca, desprovista desde su origen de cualquier contacto factual con el bien, ser la locomotora de una nueva ruta hacia la eliminación de la arbitrariedad del sistema de solución de conflictos de derechos, en la que más importante que el punto de llegada que –hasta este momento– parece ser el registro, es la roturación –en la construcción de la vía– de la clandestinidad para así poder despejar el camino a seguir. Se ha señalado sobre el particular que "aunque inicialmente el énfasis en la afirmación de la publicidad y la especialidad se va a referir a las hipotecas y gravámenes, con el evidente significado de destacar la reacción del Derecho moderno contra las hipotecas ocultas y generales y el sometimiento de estas a los nuevos principios exigidos por la seguridad del tráfico, pronto se advertirá la necesidad de que sea el íntegro del ordenamiento inmobiliario el que quede sujeto al influjo informador de los nuevos principios: es la situación completa y concreta de la propiedad de los bienes raíces la que, como condición de seguridad de su transmisión y como base fiable del crédito territorial, debe resultar cognoscible en el tráfico" (GORDILLO CAÑAS, pp. 45-46).

El camino de la eliminación de la clandestinidad basado en la utilización de signos de recognoscibilidad de los derechos reales (la posesión o el registro) se encuentra limitado por la falta de acceso real de los interesados a alguno de dichos signos y, por consiguiente, en algunos casos el sistema se conforma con exigir –no como condición de existencia, sino de oponibilidad– la presencia de un medio de prueba fehaciente de la existencia del título para asignarle una antigüedad más fehaciente a un título respecto a otro(s), pero aún en este caso seguimos moviéndonos en el mundo de la oponibilidad. Tan cierto es esto que, ni siquiera la "natural" oponibilidad del derecho de propiedad que la Corte reconoce tiene la extensión que sus palabras parecieran –hasta aquí– reflejar, porque aun cuando el artículo 535 del Código Procesal Civil admite que el tercerista que no cuenta con prueba de su derecho que conste en documento público o en documento privado de fecha cierta, pueda dar garantía suficiente, a criterio del juez, respecto de los posibles daños y perjuicios que causaría una demanda fundada en pruebas distintas que luego sea desestimada, lo cierto es que el Pleno que comentamos establece como regla vinculante (no ciertamente concordante con la literalidad de la norma procesal citada) que la preferencia a favor del tercerista solo es posible "siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo".

Esta evolución hacia la eliminación de la clandestinidad que advertimos en el mundo de los derechos reales no es privativa de estos derechos, se encuentra diseminada a todo lo largo del Código Civil. Como lo hemos señalado en el numeral 1.2 de este comentario (véanse las normas sobre oponibilidad e inoponibilidad citadas en la nota a pie de página N° 5), existen diversas situaciones o relaciones en las que las partes logran "hacer valer" la eficacia o ineficacia de los actos generadores de las mismas frente a terceros, como también casos en los que

los terceros logran invocar en su beneficio la eficacia o ineficacia de dichos actos. Se puede advertir que, en general, ese "hacer valer" se logra en primer lugar mediante la toma de conocimiento (consentimiento del tercero o notificación) o, por lo menos, en el establecimiento de un mecanismo de cognoscibilidad (como lo son la posesión o el registro, pero también algunas cosas más rudimentarias como la existencia de una cerca, un sembrío o una edificación), para pasar, en segundo lugar, a la probanza –entre involucrados– de la certeza en la antigüedad del acto que genera la relación o situación jurídica invocada; y, en tercer lugar, se puede encontrar la prueba de la existencia misma del acto paralizada solo por la prueba de alguna cualidad del sujeto y características del acto en el que sustenta su posición (buena fe y onerosidad).

No hay nada artificial en la experiencia vital descrita sino, todo lo contrario, una sentida necesidad axiológica de eliminar, con más o menos eficacia, los efectos arbitrarios de la clandestinidad de las relaciones o situaciones jurídicas. Lo único artificial parece ser el mundo de una propiedad naturalmente oponible que ya no existe como consecuencia de todo lo que la sociedad (no solo el legislador) ha hecho para construir un mundo predecible o, por lo menos, uno en el que se puedan tomar ciertas precauciones –como crear conocimiento o cognoscibilidad o, en su defecto, crear fehaciencia en la prueba de la existencia de un derecho o situación jurídica concreta– para evitar perjuicios o tomar beneficios respecto de las situaciones y relaciones ajenas que coexisten con las nuestras.

### g) La incoherencia de lo "delineado" por el legislador

En el mismo numeral VI.4. la Corte, recogiendo la opinión de Martín Mejorada, advierte lo siguiente:

> "Y es que, en general, los diversos conflictos de derechos se resuelven en base a las reglas registrales, tal como lo establece nuestro Código Civil en diferentes preceptos. Sobre el particular, se señala que 'esta solución incentiva la inscripción de los derechos sobre bienes y transmite un mensaje muy claro: ¡el título no inscrito se puede perder! Además, protegiendo a los que inscriben se da seguridad y confianza al tráfico de bienes (...)".

Parece que, finalmente, la Corte comprueba que el delineamiento de la oponibilidad por parte del legislador, incluyendo derechos personales, *sí* tiene un profuso desarrollo, pero es el propio legislador –según la Corte– el que ha resuelto incoherentemente el tema del embargo anotado frente a la propiedad que al tiempo de la traba de la medida cautelar no se encontraba inscrita, pero al menos contaba con prueba fehaciente de la existencia de su título.

La pregunta es si la mítica figura del "legislador" invocada, aún con la precisión de que lo que se busca es la voluntad de la ley[43], efectivamente, ¿ha resuelto el conflicto materia del pleno con solo decirnos que vayamos a buscar la solución en el "Derecho Común"?

La expresión misma proviene de un tiempo distinto, de la época medioeval, en la que por obra de los glosadores y los posglosadores, la *interpretatio* de los autores sobre el texto del *Corpus iuris civilis* y el *Corpus iuris canonici*, cumple una función integradora, correctora y modificatoria del texto, "que se enfrenta a dos objetos, formalmente el texto, materialmente los hechos (...); ella es la mediadora entre estos y aquel. De tal forma que es constructora y

(43) Ideológicamente, la referencia a la voluntad del legislador o de la ley sigue asociada a un rancio positivismo que, después de haber reinado por tan largo tiempo con su idea de búsqueda de la "respuesta correcta" (la que coincide con la voluntad del autor o del texto), se ha quedado en nuestra retórica jurídica como una imagen de la primacía de una voluntad que se sitúa por sobre la práctica decisoria de los actores a los que les toque interpretar el libreto de la obra normativa.

creadora de Derecho (...) y no puede ser la continuación en el terreno medieval del antiguo Derecho Romano; porque su contenido son los hechos del tiempo medieval, que merced al conducto de la costumbre y la equidad se convierten también en fuente formal. Esta es la razón por la que 'glosadores' y 'comentaristas' son en sustancia bastante poco glosadores y comentaristas; son bastante poco romanistas y el Derecho común es bastante poco Derecho Romano modernizado" (GROSSI, pp. 225-226). Fue llamado Derecho común por contraposición con los derechos particulares de las ciudades o países medievales, pero nunca fue un derecho vigente, sino solo un derecho que tenía "eficacia (...) no como derecho común absoluto, sino solamente como un derecho común subsidiario; es decir, que no excluye los ordenamientos jurídicos particulares, sino que viene a ser aplicado solo en aquello que tales ordenamientos no se opongan" (WINDSCHEID, p. 5).

Con la modernidad sobreviene el proceso codificador, el Estado liberal asume la vocación de regular, en su integridad, la vida privada, la *interpretatio* deja de ser considerada una fuente formal de producción del Derecho, pero la tradición continuó hablando del derecho civil como un derecho común, ya no para contraponerlo con el derecho particular de cada país, porque el derecho estatal ya había absorbido, con su "plenitud hermenéutica", todo el espacio regulable de la convivencia social, sino para, teniendo en cuenta la distinta amplitud del contenido normativo, decir que "el Derecho común será el conjunto de disposiciones destinadas a reglamentar la vida social considerada en su totalidad, y se llama Derecho especial al que contiene normas que regulan solo una institución o una serie de relaciones determinadas, o sea, las que tienen por fin una regulación parcial (se autolimitan)" (DE CASTRO Y BRAVO, p. 101), lo que permite concluir que "las disposiciones de un Derecho especial son de aplicación preferente (dentro de su materia) a las del Derecho común; las deficiencias de las normas contenidas en los derechos especiales –de aplicación general o local– serán suplidas por las disposiciones y por los principios del Derecho común" (ibídem, p. 102).

La historia posterior es la de la decodificación, han proliferado las leyes especiales sobre diversas materias nuevas y antiguas que han venido vaciando el contenido práctico de los Códigos, las leyes excepcionales o temporales se vuelven permanentes, la ingente e incesante producción normativa sobre ciertas materias se mantiene ordenada a través de leyes consolidadoras o recopiladoras llamadas en nuestro medio "textos únicos ordenados". "La relación entre Código y ley, antes descrita en los términos de general y especial, se convierte en la disciplina general y disciplina residual: en la que general es la ley externa, y residual el Código. El Código Civil, que sin embargo regula supuestos de hecho más amplios (o bien, pobres de elementos y características diferenciadoras) y, por lo tanto, teóricamente generales, es rebajado, en la concreción de la experiencia jurídica, a derecho residual. General es verdaderamente la ley, nacida como excepcional o especial, que poco a poco ha conquistado círculos más amplios de destinatarios y ya obedece a una crítica propia o autónoma" (IRTI, p. 39).

No obstante, algunos pensamos que la codificación, aun con todos los embates del proceso decodificador y recopilador que es dato evidente de nuestros tiempos, especialmente en épocas de crisis, sigue siendo parte de nuestro acervo cultural, ese que se va formando cual roca metamórfica que contiene no solo el material original, sino el material acumulado a lo largo del tiempo dando lugar a la llamada tradición jurídica civil que "ha sedimentado las sólidas bases de una sociedad moderna, liberal y democrática (...), bases de una sociedad de hombres libres que persiguen construir una sociedad justa y pacífica, que saben que en dichos preceptos [los del Código Civil] se garantizan –en clave de Derecho Privado– las libertades civiles esenciales, se protege a la persona como fin supremo de la sociedad, se auspicia la autonomía privada y se interdicta a la violencia como medio de solución de los conflictos.

[Y sirven] para rechazar las 'improvisadas creaciones de los legisladores especiales' que sin darse cuenta de lo que hacen empiezan a demoler las columnas maestras de la propia sociedad civil en la que viven" (ARATA, pp. 502-503). Los Códigos Civiles promulgados en pleno siglo XXI, como el brasileño (2002) y el argentino (2014), nos llevan a pensar que el espíritu codificador no ha muerto, sigue vivo en nuestra tradición cultural, renovándose en su vocación de aportar no solo un fondo conceptual común protector de los valores individuales y sociales que las sociedades libres desean preservar sino, también, ofreciendo soluciones acordes con nuestra muticulturalidad (un caso especial es el de la renovación del Derecho de Familia) y proponiendo "ser el factor de integración del conjunto de microsistemas del Derecho Privado. Dicho de otro modo, las fuentes dialogan: las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento, en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al CCyC [Código Civil y Comercial argentino] como instrumento de integración al sistema" (KEMELMAJER, p. IX).

Sea que entendamos la remisión al Derecho común como una remisión, hecha por una "norma registral" del propio Código Civil, a las demás normas de dicho Código que puedan ser calificadas como estrictamente civiles o, si se prefiere, como no registrales, lo cierto es que estaríamos obligados a buscar, en el Derecho Civil que algunos entienden como supletorio, otros como residual o, incluso, como fundante y sistematizador del Derecho Privado, primero una norma que resuelva el conflicto (tendría que decir algo así como: en caso un acreedor obtuviera un embargo sobre un bien inscrito a nombre de su deudor demandado, pero después se probara, mediante un documento fehaciente, que dicho bien le perteneciera a un adquirente de la propiedad que no tenía inscrito su derecho, entonces se preferirá a este último y se ordenará el levantamiento del embargo), pero todos estamos de acuerdo, incluida la Corte, en que una norma, en esos términos, no existe en nuestro ordenamiento civil. Entonces nos queda buscar algún principio, ese principio no es otro que el principio general de oponibilidad que se puede estimar presente en las diversas normas que han sido citadas –a título de ejemplo– en la nota a pie de página N° 5, de las cuales se puede deducir que un criterio relevante para resolver el conflicto es el del acceso a alguna forma de publicitación de la titularidad antes que la sola fehaciencia de la antigüedad de la prueba del título correspondiente. Que esto último termina llegando al punto práctico donde al parecer el legislador no quería llegar: el registro, pudiera sonar incoherente, pero más incoherente es encontrar en el Derecho común lo que este no tiene en ninguna norma ni principio. Finalmente, solo queda decir que la coherencia no es la del legislador, sino del sistema, él no es dueño de la vida de la norma, sino que esta siempre está sometida al aquí y ahora de la interpretación.

El problema en la interpretación de la Corte radica en que, antes de ir a buscar en el Derecho común algo que sea común en él para resolver semejante conflicto, sale del libro de Registros Públicos con la idea de que le dieron una orden textual que dice que el Derecho común significa que no debe llegar a preferir el registro y, entonces, ya no tiene nada que buscar, porque antes de salir a buscar, el prejuicio de decir que se le dice lo que no se le dice realmente, le quita todo valor a su exploración. Ella se torna en ociosa y sin sentido, ya nada habría que buscar en el Derecho Civil. Una búsqueda desprejuiciada la hubiera llevado a comprobar que la aparente orden incoherente, tenía, finalmente, un resultado coherente con todo el ordenamiento jurídico.

### h) La solución coherente está en manos del legislador

Igualmente, en numeral VI.4. la Corte, como colofón de su argumento sobre la imposibilidad de resolver las cosas de otra manera con el derecho vigente, advierte lo siguiente:

"Es menester agregar en este punto, que **futuros trabajos de reforma legislativa deberían tener en cuenta esta circunstancia, a efectos de establecer una solución coherente, con el resto de normas del Código Civil, para el conflicto que se presenta entre un embargo (crédito) inscrito y una propiedad no inscrita**. La falta de establecimiento del registro público en diferentes lugares del Perú no es, qué duda cabe, un argumento atendible para lograr progresivamente la inscripción de las propiedades. **Naturalmente, actualmente no cabe invocar una solución basada en reglas registrales para bienes no registrados**".

Este es el punto quizá más difícil de abordar. Si el operador del Derecho, en particular el juez, dice que nada hay que hacer, que hay que llamar al legislador para que repare el entuerto (recordemos que la Corte acusa al legislador de haber incurrido en una incoherencia), lo que sucede es que entra en juego no solo qué entiende el operador respecto a sus posibilidades de manejo de los casos concretos dentro del "marco normativo", a través de la interpretación, sino su propio concepto de Derecho, todo lo cual se hace presente en el numeral VI.2. donde se dice, entre otras cosas, lo siguiente: "jamás puede exigirse al juez (simplemente porque no es legislador) modificar o desnaturalizar el texto y la voluntad legislativa contenida en las disposiciones normativas a interpretar (...) toda interpretación tiene que comenzar con la decisión del intérprete de ajustarse a la obra y no introducir nada en el texto, sino revelar los que en texto se contiene, **este canon es con toda seguridad el fundamento de la jurisprudencia como ciencia** (...). Punto de partida inevitable, entonces, del proceso interpretativo es el empleo del **criterio literal**, el cual impone al intérprete atribuir a la ley el significado derivado de las palabras que la conforman".

No podemos dejar de empezar por convenir que existe una inescindible vinculación entre el Derecho y el lenguaje, "solo mediante el lenguaje puede este transmitirse, explicarse y desarrollarse. Incluso para quien se imagine un derecho prelingüístico –por ejemplo, en el sentido de un 'sentimiento del derecho' o de una 'conciencia del derecho'– debe recurrir también al lenguaje para articular y hacer efectivos los contenidos jurídicos imaginados o sentidos (...) la calidad del derecho depende, directamente, de la calidad del lenguaje en que este se redacta y se transmite (...). Un dominio del lenguaje, lo más adecuado posible, es una precondición insustituible del trabajo exitoso con el derecho en todos sus ámbitos" (RÜTHERS, p. 77).

Ahora bien, el necesario apoyo del Derecho en el lenguaje traslada al primero las debilidades del segundo: la polisemia de las palabras, la indeterminación de los significados lingüísticos, la mutabilidad del significado de las palabras, etc., revelan una suerte de opacidad o borrosidad natural. Pero en ocasiones el propio Derecho busca –en aras de la adaptabilidad de sus preceptos a las circunstancias de las relaciones sociales a las que se pretende aplicar– una cierta indeterminación calculada y una apertura de los conceptos legales, en tanto que, en otros casos, el uso de un lenguaje altamente técnico o especializado revela la necesidad de dar dureza a los preceptos o de contar con una alta condensación de conceptos para evitar una dispersión del mandato que se quiere transmitir. Algunas teorías lingüísticas han pretendido monopolizar la tarea de la interpretación y desconocer su especificidad, pero como se ha señalado "proveen una imagen empobrecida de la interpretación de la ley (...) se centran solo en la borrosidad natural, pasan por alto la borrosidad artificial y sus factores sociales y prácticos (...) representan a los abogados y a los juristas como un 'hablante ordinario' de un lenguaje natural. Sin embargo, los abogados y juristas no son exactamente 'hablantes ordinarios' de un lenguaje natural [sino que suelen estar ocupados en forjar] interpretaciones del material jurídico, conforme a las reglas derivadas de una larga tradición argumentativa" (CHIASSONI , pp. 37-38).

El entendimiento actual del Derecho nos dice que en la tarea esencialísima y configuradora de su propio ser llamada interpretación, lo que corresponde no solo es dejar de lado toda pretensión monopolizadora de los métodos lingüísticos, sino que no hay método único ni mucho menos método prevalente, los preceptos lingüísticamente expresados no contienen "respuestas únicas preestablecidas" ni sobre lo que es materia de regulación (el llamado supuesto de hecho) ni sobre sus consecuencias, sino que las pretensiones de los sujetos se vuelven derecho tangible cuando, en la interacción con los demás y, mediando o no la intervención de la autoridad llamada a resolver los conflictos, se logra el reconocimiento de esa pretensión, no porque ella represente "la lectura correcta", sino porque en el estado actual de las cosas esa es, dentro de otras posibles lecturas de lo preceptuado, la respuesta que se considera más aceptable en orden a lograr los fines individuales y generales que la colectividad tiene en mira.

En ese sentido convenimos en que: "Si queremos, en efecto, conocer el sistema jurídico en vigor, debemos partir del modo en el que los miembros de una comunidad usan las reglas comunes y, con eso mismo, las aceptan y las reconocen. La comunidad jurídica es, por consiguiente, una comunidad interpretativa" (VIOLA y ZACCARIA, p. 80). Por cierto, eso no significa que no existan desacuerdos y conflictos, pero estos se procesan a través de cauces que garantizan la búsqueda soluciones justas al problema de la convivencia y la cooperación, encomendándose a una autoridad –en nombre de la necesaria efectividad del Derecho– la toma de "decisiones que pongan término a la búsqueda en común de la regla justa" (ibídem, p. 82).

Las comunidades interpretativas pueden ser dialogantes o no en razón al nivel de interacción que alcancen dentro de ella los formantes normativo, jurisprudencial (entendido en el sentido más amplio posible, como conjunto de pronunciamientos de las autoridades administrativas y jurisdiccionales), el dogmático o doctrinario y la insoslayable fuerza de la opinión pública. Por cierto, como en todo esfuerzo de entendimiento colectivo, debe existir una base mínima común de entendimiento de los preceptos, esa base mínima es el nivel de cultura jurídica alcanzado por los actores, mientras más homogéneo y elevado sea ese nivel, más posibilidades tendremos de tener un Derecho estable, adaptado a los requerimientos de la sociedad y satisfactorio respecto de los fines comunes. En caso contrario, lo que tendremos será un desesperanzador diálogo de sordos.

Podemos convenir con la Corte Suprema en que las palabras "se aplican las disposiciones del derecho común", de las que hace uso el segundo párrafo del artículo 2022, aludan a la imposibilidad de resolver el conflicto entre el acreedor embargante con derecho inscrito y el propietario no inscrito como tal al tiempo de la traba de la medida, mediante la aplicación del principio de oponibilidad registral contenido en el primer párrafo del dicho artículo, así como cualquier otro principio registral. Sin embargo, como creemos haberlo demostrado en el literal anterior la idea de Derecho común en la tradición jurídica occidental aun en cualquiera de sus acepciones propias del llamado mundo moderno nos conduce a la idea del Derecho Civil dentro del cual encontramos como principio informador de tales conflictos al principio de oponibilidad cuya justificación hemos explicado ampliamente y conforme al cual llegamos a la conclusión, axiológicamente necesaria para una sociedad a la que la clandestinidad le produce un sentimiento de arbitrariedad, que debe establecerse una preferencia o priorización en favor de quien ha alcanzado alguna forma de publicitación de su titularidad frente a la sola fehaciencia de la antigüedad de la prueba del título correspondiente al otro, a condición, lógicamente, que el primero tenga buena fe, requisito indispensable para gozar de la protección y que permite cohonestar el principio con ciertas situaciones extremas argumentadas en favor de la propiedad no inscrita cuando esto no obedece a la voluntad del titular, sino a circunstancias objetivas que impiden, de momento, la inscripción como ocurre en

el caso de los compradores de unidades inmobiliarias futuras que, si bien toman un riesgo, no deberían verse afectados por ninguno de los acreedores que forman parte del proceso de financiación y producción de las unidades.

Pero es en este punto que nuestra honestidad con nuestro propio entendimiento del Derecho y de la actividad clave para forjarlo en el día a día, como lo es la interpretación jurídica, nos lleva a reconocer que el sentido del Pleno que comentamos era el que, de alguna manera, se adecuaba con el entendimiento mayoritario de nuestra comunidad jurídica: i) el formante normativo había preferido huir de la determinación expresa de la forma de resolver el conflicto; ii) el formante jurisprudencial –hay que reconocerlo– favorecía mayoritariamente la posición del tercerista de propiedad; iii) el formante doctrinario se debatía, de modo encarnizado, entre una posición, tradicionalmente sólida, favorable a la propiedad no inscrita[44] y una creciente posición favorable al crédito anotado a través del embargo[45]; y iv) el formante opinión pública no parece –por la tecnicidad de la argumentación– haber tenido alguna participación relevante en el asunto. En cualquier caso, el "criterio literal" en el que dice fundarse la Corte para la decisión tomada no le hace honor a la altura del debate.

i) **Preocupa, pero es irrelevante para la decisión, el alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos**

Casi al finalizar el juicio de fundabilidad del recurso de casación (numeral VII), la Corte expresa un argumento que, a nuestro entender, pone en evidencia la estrechez del "criterio literal" que no le permite ir, siquiera, contra aquello que le resulta preocupante: el alto índice de tercerías fraudulentas.

> "7.7. Con relación a que la protección de la **propiedad no inscrita** atenta contra la finalidad de los registros públicos y **facilita los actos de fraude**, también se ha expuesto en esta resolución la necesidad de que **se adopten cambios normativos para dar una mejor solución a este particular conflicto de derechos, que haga primar el registro público**. De hecho, **este Colegiado Supremo comparte la preocupación acerca del alto índice de tercerías planteadas por medio de actos fraudulentos**. Empero, como se explicó también, aunque la solución prevista por la norma diste de ser la más adecuada, **el intérprete no puede alterar o proceder a plantear una interpretación que violente el texto de la disposición materia de interpretación**. A tenor de lo ya dicho, resulta que la segunda parte del **artículo 2022 del Código Civil** consagra una política legislativa que **prefiere la aplicación de un criterio no registral**, cosa que no puede ser obviada por este Supremo Tribunal. **La adecuada interpretación de la ley, y no el criterio personal de la judicatura**, es la que el Juez debe aplicar para resolver el caso concreto".

A nuestro entender, no contribuye a la generación del imprescindible consenso interpretativo una decisión jurisdiccional que reconoce que, a través de ella, se mantienen abiertas las puertas al fraude, sobre la base de la literalidad del texto de la ley contra el que nada puede hacer el intérprete. Es en este punto en el que el criterio de la literalidad pierde cualquier base de razonabilidad. Todos siempre tenemos una primera interpretación literal respecto del "marco normativo" y podemos quedarnos, finalmente con ella, si la misma es razonable y beneficiosa para construir una buena decibilidad de los conflictos, de lo contrario no

(44) Cfr. GONZALES BARRÓN y ALVAREZ CAPEROCHIPI (2014).
(45) Cfr. RONQUILLO PASCUAL (2015).

debemos quedarnos con ella. Se ha señalado que "la 'buena' o válida interpretación no será aquella en que en la búsqueda de la verdad (de cognitiva objetividad) se proponga la explicación exegética o la determinación comprensiva del significado de los textos-normas como objeto, sino aquella que en la búsqueda de la justicia (de práctica justeza normativa) llegue a obtener del derecho positivo o de la global normatividad jurídica las soluciones jurisdiccional-decisorias que mejor realizan en sentido axiológico fundamentador que debe ser asumido por el propio derecho, en todos sus niveles y en todos sus momentos" (CASTANHEIRA NEVES, citado por FERRAZ JR., p. 229).

## DOCTRINA

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Curso de Derechos Reales. Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1986; AREAN, Beatriz. Curso de Derechos Reales. Tercera edición. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994; ARATA SOLÍS, Moisés. "La restauración de la 'justicia por mano propia' (artículos 65 al 67 de la Ley N° 30230). Reflexiones sobre el Código Civil y la tradición jurídica". En: Estudios críticos sobre el Código Civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2014; ARIAS-SCHREIBER, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis. Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; CHIASSONI, Pierluigi. Desencantos para abogados realistas. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012; CHICO Y ORTIZ, José María. Estudios de Derecho Hipotecario. Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2000; COGHLAN, Antonio R. Teoría general del Derecho Inmobiliario Registral. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984; COLINA GAREA, Rafael. La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978. Bosch Editor, Barcelona, 1997; CUENA CASAS, Matilde. Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales. Bosch Editor, Barcelona, 1996; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Derecho Civil de España. Editorial Civitas, Madrid, 1984; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volúmenes 1 y 3, cuarta edición. Editorial Civitas, Madrid, 1993; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introducción al estudio del Derecho. Técnica, decisión, dominación. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2009; GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge. El derecho real. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; GONZALES BARRÓN, Gunther. Derecho Registral y Notarial, Vol. 1, cuarta edición. Ediciones Legales, Lima, 2015; GONZALES BARRÓN, Gunther y ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. Embargo, tercería de propiedad y remate judicial de inmuebles. Jurista Editores, Lima, 2014; GORDILLO CAÑAS, Antonio. Bases del derecho de cosas: sistema español. En: DE REINA TARTIÈRE, Gabriel (coordinador). Derechos Reales. Principios, elementos y tendencias. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008; GROSSI, Paolo. El orden jurídico medieval. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996; IRTI, Natalino, La edad de la decodificación. Bosch Editor, Barcelona, 1992; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, Prólogo de la obra Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirigida por HERRERA, Marisa; CARMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián, Segunda edición, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2016; LACRUZ BERDEJO, José Luis, LUNA SERRANO, José Luis y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. Elementos de Derecho Civil I. Volumen tercero. El derecho subjetivo. Bosch Editor, Barcelona, 1990; LARROUMET, Christian. Teoría general del contrato. Volumen II. Editorial Temis. Bogotá, 1993; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. "¡No hay derechos absolutos! El derecho de propiedad no puede merecer protección si antes no es conocido vía la inscripción registral". En: Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 26. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2015; MARIANI DE VIDAL, Marina. Curso de Derechos Reales. Tomo I. Sexta edición. Zavalía Editor. Buenos Aires, 2000; MEJORADA CHAUCA, Martín. "El carácter real del embargo y la especialidad de la tercería". En: Gaceta Civil & Procesal Civil N° 26. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2015; PAU, Antonio. La prioridad registral: un nuevo enfoque. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derechos Reales. Derecho hipotecario. Tomos I y II, tercera edición. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1999; PÉREZ GARCÍA, Máximo Juan. La protección aquiliana del derecho de crédito. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2005; PIZARRO ARANGUREN, Luis. Un estudio preliminar sobre la modificación integral del Libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984. En: El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993; ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa. México, 1995; RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. Tercería de propiedad contra embargo e hipoteca. Gaceta Jurídica, Lima, 2015; RÜTHERS, Bernd. "Teoría general del Derecho". Editorial Temis, Bogotá, 2018; VALLET DE GOYTISOLO, Juan. "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica

de la fe pública". En: Estudios sobre derecho de cosas, Tomo I. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985; VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe. Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho. Dykinson, Madrid, 2007; WINDSCHEID, Bernhard. Tratado de Derecho Civil alemán, Tomo I, Volumen I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976.

## JURISPRUDENCIA

PLENO CASATORIO

Oponibilidad de derechos en el proceso de tercería de propiedad

*En los procesos de tercería de propiedad que involucren bienes inscritos, debe considerarse, de conformidad con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, en concordancia con los artículos 949 y 1219 inciso 1 del mismo cuerpo legal, que el derecho de propiedad del tercerista es oponible al derecho del acreedor embargante, siempre que dicho derecho real quede acreditado mediante documento de fecha cierta más antigua que la inscripción del embargo respectivo* ***(Sétimo Pleno Casatorio Civil, primer precedente vinculante, Cas. N° 3671-2014-Lima).***

CORTE SUPREMA

Derecho real vs. derecho personal: ¿cuál prevalece?

*{H}ay que señalar que si se trata de un enfrentamiento entre un derecho real y otro personal, y a esto alude la segunda parte del artículo 2022 del Código Civil, tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad* erga omnes, *que no tiene el derecho personal; y porque además el derecho real goza de lo que se denomina energía persecutoria, de la que también carece el derecho personal* ***(Cas. N° 2229-2007-Lima).***

## Inscripción del contrato de opción

**Artículo 2023.-** ***La inscripción de los contratos de opción otorga durante su vigencia derecho preferente sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1419, 2016, 2019 inc. 2); R.I.R.P. arts. 148 y 149*

JORGE LUIS GONZALES LOLI

### 1. Introducción

Artículo por demás polémico, complicado y conflictivo, ello simplemente porque la definición, la naturaleza jurídica y la ubicación en la doctrina del contrato de opción también reviste las mismas características. Establece para los contratos de opción dos particularidades: primero, que se inscriben (lo cual ya está previsto también en el artículo 2019, inciso 2, del Código Civil); y, segundo, que otorgan preferencia durante su vigencia sobre otro derecho real o personal que llegue al Registro posteriormente.

En efecto, debemos tener presente que el inciso 2 del artículo 2019 del Código Civil dispone que los contratos de opción son inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmueble; sin embargo, es el artículo bajo comentario el que regula los efectos de la inscripción del contrato de opción respecto del derecho real o personal cuya prioridad se pretende garantizar, definiendo de esta forma la naturaleza del asiento registral.

Así, de la redacción del artículo 2023, se puede concluir que el asiento que publicita el contrato de opción tiene la naturaleza de una anotación preventiva, ya que el asiento registral es temporal, pues su plazo su vigencia no se extenderá más allá del plazo pactado en el contrato o, en su defecto, del establecido en el artículo 1423 de este Código.

Ahora bien, es evidente el propósito del legislador civil de proteger al beneficiario del contrato de opción, pues de no existir la norma bajo comentario afrontaría el riesgo de que, no obstante la inscripción de dicho contrato y en tanto no se presentare al Registro el contrato definitivo, perdiese su derecho y su prioridad frente a otro adquirente del inmueble, que con anterioridad a él, y no obstante estar registrada la opción, inscribiese un derecho real (como la propiedad) o personal (arrendamiento). Obviamente, este beneficiario de una opción de compraventa, al haberse inscrito solo un contrato preparatorio de naturaleza personal, de seguirse la regla general del artículo 2022 del Código Civil, no podría oponer su derecho personal inscrito con anterioridad (contrato de opción) a un derecho real (propiedad) adquirido posteriormente por un tercero y registrado antes que el beneficiario de la opción presentase al Registro la compraventa definitiva (si es que, obviamente, esta llegó a celebrarse). Por ello, como fluye de la misma exposición de motivos del Código Civil, este artículo "[p]retende que ello no ocurra, que el beneficiario de una opción se encuentre burlado su derecho, cuando decida ejercerlo, porque encuentra que el inmueble ya ha sido transferido a un tercero, que inscribe su derecho después de inscrita la opción, pero antes de ejercitada esta"[1].

Es claro también que el tercero adquirente del mismo inmueble, si lo hace durante el plazo de vigencia de la opción, no podría ampararse en la protección que brinda el artículo

(1) BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. *Exposición de Motivos oficial del Código Civil - Registros Públicos.* Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998.

2014 del Código Civil, en la medida que, de encontrarse inscrita la opción, se desvirtuaría su buena fe. Pero ello no es suficiente para resguardar el derecho del beneficiario de la opción, pues de no existir este artículo 2023 del Código Civil, para inscribir el contrato de compraventa definitiva derivada de la opción tendría que, previamente, declararse judicialmente la nulidad de la compraventa registrada a favor del tercero, lo que, obviamente, no garantizaría en lo más mínimo la eficacia del contrato de opción.

A efectos de realizar el análisis respectivo del presente artículo, creemos por conveniente desarrollar las diferencias entre los contratos preparatorios regulados en el Código Civil, esto es, el contrato de opción y el contrato de compromiso de contratar.

## 2. El contrato de opción

Como mencionamos, el Código Civil regula dos contratos preparatorios: i) el compromiso de contratar y ii) el contrato de opción. Por el primero, las partes se obligan a celebrar un contrato definitivo, exigiéndose solamente que en el contrato preparatorio cuente, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo. Por su parte, en el contrato de opción, una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

En cuanto al contrato de opción, Arias Schreiber lo define como "(...) el común denominador de cualquier contrato definitivo" que se reduce "a preparar y asegurar situaciones jurídicas para el futuro, comprometiendo a las partes a la formalización o ejecución de un contrato posterior. Su función, de consiguiente, es de garantía o aseguramiento contractual"[2].

Las diferencias entre ambos contratos preparatorios es que uno obliga a ambas partes a celebrar un contrato, mientras que en el de opción, solo una de ellas está obligada a celebrarlo siempre que la otra ejerza su derecho de opción.

Al respecto, De la Puente y Lavalle afirma que "la distinción entre el compromiso de contratar, tal como está regulado en nuestro Código Civil, y el contrato de opción, también como está regulado en el mismo Código, radica en que el compromiso de contratar quien tiene el derecho de formular la oferta goza de la libertad de hacerlo o no, mientras que en el contrato de opción, tanto el de opción unilateral contemplado en el artículo 1419 como el de opción recíproca a que se refiere el artículo 1420, la parte que debe ofertar queda obligada a ello por la sola celebración del contrato. Por otro lado, en el compromiso de contratar el destinatario de la oferta está obligada a aceptarla, mientras que en el contrato de opción el destinatario de la oferta queda en libertad de aceptarla o no" [3].

Por otro lado, Torres Méndez sostiene que "tres son los principales caracteres de este contrato, caracteres que se infieren de la descripción dada en el artículo 1419 del Código Civil de 1984. En primer lugar, es preparatorio; es decir, se celebra para en el futuro celebrar otro contrato. En ese sentido, el contrato de opción es preparatorio de otro contrato, el definitivo. Asimismo, este contrato tiene la principal característica de que una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no tal como exactamente lo describe el artículo 1419 del vigente Código Civil. Y, en tal virtud, el contrato de opción puede ser de prestaciones recíprocas

(2) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I: Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995, p. 210.

(3) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Tomo II, Palestra, Lima, 2001, p. 239.

como de prestación unilateral, será de prestaciones recíprocas si existe, por haberse pactado así, a cargo del optante una contraprestación recíproca de la prestación del opcionista que es la oferta irrevocable. Y será de prestación unilateral si simplemente no existe contraprestación alguna a cargo del optante"[4].

Por su parte, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha señalado que:

> [Por] el contrato de opción las partes celebran un contrato cuyos efectos se sujetan a la aceptación de sus estipulaciones por parte del destinatario de la oferta (esto es, las partes no se obligan a celebrar un nuevo contrato, sino que basta que la oferta sea aceptada por el destinatario de la misma para que el contrato definitivo quede celebrado). (Cas. N° 4154-06-Santa).

Asimismo, en la sentencia emitida en el IX Pleno Casatorio, los magistrados supremos refieren que:

> En el contrato de opción (artículo 1419 del Código Civil), para la celebración del contrato definitivo, el concedente no deberá realizar ninguna conducta, sino que aquella (la celebración del contrato definitivo) más bien dependerá del comportamiento del optante, la relación jurídica que se genera aquí es una que vincula un derecho potestativo y un estado de sujeción. (Cas. N° 4442-2015-Moquegua. IX Pleno. Considerando 5).

## 3. Inscripción del contrato de opción

Conforme al artículo 1422 del Código Civil, el contrato de opción debe tener todos los elementos y las condiciones del contrato definitivo.

Sobre el particular, De la Puente y Lavalle explica que "mediante el contrato de opción el concedente formula una oferta irrevocable al optante para la celebración del contrato definitivo, deben figurar en el contrato de opción todos los elementos y condiciones del contrato definitivo para que pueda funcionar la oferta (...)[;] la oferta debe contener todas condiciones (utilizando este término en un sentido lato y no en su acepción jurídica) del futuro contrato, porque solo de esta manera podrá formarse el contrato con la mera anuencia del aceptante. Consecuentemente, todas los elementos y condiciones del contrato deben estar determinados –específicamente indicados cada uno de ellos– en el contrato de opción. Sin embargo, no hay inconveniente para, como dicen Torres Lana y Ossorio, que tales elementos sean determinables –de manera que existan elementos suficientes para que mediante una operación o procedimiento puedan determinarse, aunque con posterioridad a la celebración del contrato definitivo–"[5].

Debemos mencionar que el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios no regula los presupuestos que debe cumplir el contrato de opción para acceder al Registro; no obstante, somos de la opinión a efectos de que el contrato de opción se inscriba, los elementos del contrato deben ser los mismos del contrato definitivo; en ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Registral en la Resolución N° 2236-2014-SUNARP-TR-L del 21 de noviembre de 2014, el cual afirma que "[n]o es procedente inscribir el contrato de opción que

(4) TORRES MÉNDEZ, Miguel. "La utilidad del contrato de opción en el Código Civil de 1984". En: *Derecho PUCP*. N° 42, PUCP, Lima, 1988, p. 296.
(5) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 258.

no contiene todos los elementos del contrato definitivo, entre los que se encuentra la determinación del bien, el precio y la forma de pago".

En esa línea, Guevara Porlles nos refiere que el contrato de opción "[d]ebe reunir todos los elementos del contrato definitivo, tanto estructurales como funcionales, principales y accesorios, pues con la sola aceptación del beneficiario el contrato quedará celebrado; por ello, el programa contractual no debe quedar carente de regulación y debe guardar idéntica forma a la del contrato definitivo bajo sanción de nulidad. Por ello, no tienen acogida registral las cartas de intención (*letter of intent* o LOI) por no contener todos los elementos del contrato"[6].

Por otro lado, el Tribunal Registral ha confirmado la viabilidad de que algunos de los elementos del contrato de opción puedan ser determinados por un tercero, tal cual como lo mencionaba De la Puente y Lavalle. De ese modo, la Resolución N° 1923-2011-SUNARP-TR-L del 14 de octubre de 2011 señala que "[e]l hecho de haberse estipulado contractualmente que el precio de venta será determinado por un tercero no implica que el contrato preparatorio de opción no tenga todos los elementos del contrato definitivo, pues como se ha señalado, diferir la determinación del precio a la voluntad de un tercero implica un contrato de compraventa completo".

Mención aparte merece el ejercicio del derecho de opción, pues si estamos ante un contrato que tiene plenamente determinados los elementos y las condiciones del contrato definitivo, entonces no será necesaria la intervención del concedente de la opción en el momento cuando el optante ejercite la opción. El Tribunal Registral se ha pronunciado al respecto en la Resolución N° 1054-2010-SUNARP-TR-L: "Al contener el contrato de opción de compra todos los elementos y condiciones del contrato definitivo, para el ejercicio de opción, no se requerirá la intervención del propietario del inmueble, por cuanto el contrato de opción constituye la voluntad de una de las partes necesaria para la formación del contrato, puesto que contiene la oferta, quedando pendiente solo la aceptación para que se perfeccione el contrato".

## 4. Efectos del asiento registral del contrato de opción

El artículo en comentario trata acerca de los efectos que genera el contrato de opción inscrito en el Registro de la Propiedad Inmueble, su redacción dota de preferencia al contrato durante su vigencia, lo que nos permite interpretar *contrario sensu* que, vencida la vigencia del contrato de opción (que no puede ser otra que la vigencia del plazo establecido para el ejercicio de la misma), su inscripción dejaría de dotar de preferencia alguna al contrato definitivo que pudiera haberse celebrado.

Se ha dicho que la vigencia a que alude este artículo no se cuenta desde la fecha de la inscripción, sino desde la fecha de celebración del contrato. Esto significa que si el contrato de opción se ha celebrado por un plazo máximo de seis meses y es inscrito al tercer mes, la vigencia de este derecho preferente, sobre todo derecho real o personal, será solo por los tres meses restantes al plazo del contrato, lo que es obvio, por cuanto una interpretación distinta sería ir en contra de lo que dispone el artículo 1423 del Código Civil[7].

(6) GUEVARA PORLLES, Karina. "Anotación preventiva del contrato de opción". En: *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, 2019, p. 492.

(7) REVOREDO MARSANO, Delia. *Código Civil, Exposición de Motivos y comentarios*. Thomson Reuters, Lima, 2015, p. 944.

Ahora bien, debemos indicar que el contrato de opción es la única mención a un contrato nominado dentro del Título del Registro de la Propiedad Inmueble, la referencia a los efectos de la inscripción está tratada por el Código dentro de las normas de cada uno de ellos. Por ello, es difícil comprender la razón por la que el contrato de opción recibe una protección especial, sobre todo derecho real o personal, a diferencia de otros contratos que no han recibido esta distinción y deben usar la protección general que consagra para todos los contratos las disposiciones generales del Libro de los Registros Públicos.

En la exposición oficial de motivos del Código Civil, se justifica la inclusión como acto inscribible de los contratos de opción, expresando que: "Se menciona a los contratos de opción y no a los contratos de promesa de venta, con el objeto de respetar la decisión legislativa adoptada de llamar contratos de opción a lo que antes se designaba como promesa. Tal como está redactado este inciso y en atención a la circunstancia de que el contrato de opción como tal se encuentra legislado en la parte general de contratos, siendo aplicable a cualquier modalidad de contrato definitivo, lo que se puede inscribir son los contratos de opción en general. Esto es, no solo los contratos de opción de compra[,] sino en general cualquier tipo de contrato de opción, en el que el objeto sea un contrato definitivo, el cual a su vez tenga por finalidad la constitución, transmisión, etc., de cualquier derecho real (opción de compra, opción de permuta, opción de suministro en el que la prestación consista en la transmisión de propiedad inmueble, etc.). Cuando en el seno de la Comisión Revisora se discutió sobre el tema, existían distintas posiciones, entre ellas las que sostenían que este inciso debía decir: 'Los contratos de opción de compra' o mejor aún 'los contratos de opción otorgados por el titular del derecho inscrito'. Probablemente[,] hubiera sido más exacta esta solución, por cuanto permitir la inscripción de los contratos de opción de venta o en general, la opción otorgada por quien no es titular del derecho que aparece inscrito, es una posibilidad que cae en el vacío. Por medio del contrato de opción de venta, el comprador emite una oferta irrevocable. Se crea una obligación de la que el deudor es el comprador. Esta obligación es inútil inscribirla en la ficha o tomo correspondiente al inmueble que es de propiedad del eventual vendedor, por cuanto este no ha contraído ninguna obligación. En otros términos, el inciso 2 del artículo 2019 permite la inscripción del contrato de opción, que obligue tanto al titular del derecho inscrito como a su contraparte. Sin embargo, resulta tan útil la inscripción de la opción otorgada por el titular del derecho inscrito, como inútil en caso contrario"[8].

Con relación a lo expresado por la exposición de motivos del Código Civil, De la Puente y Lavalle sostiene que "[e]l artículo 2023 del Código Civil tiene por objeto que el derecho de opción, pese a ser personal, tenga preferencia, sobre todo, derecho real o personal que se inscriba con posterioridad. Dada la ubicación del artículo 2023 en el título II referente al Registro de la Propiedad Inmueble, debe considerarse que se refiere a todos los contratos de opción para celebrar contratos referentes a derechos sobre bienes inmuebles"[9].

Al respecto, sin perjuicio de señalar que son totalmente ociosas las consideraciones expresadas en la exposición de motivos del Código Civil respecto a la posibilidad de que se inscriba un contrato de opción otorgado por quien no es titular registral, puesto que ello no sería factible por simple aplicación del principio de tracto sucesivo, regulado por el artículo 2015 del mismo Código Sustantivo, puesto que es evidente que el verdadero propósito de la tipificación registrable del contrato de opción es la de protección del beneficiario del contrato de opción, para lo cual se otorga preferencia a dicha inscripción, **durante su vigencia**,

(8) BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. Ob. cit.
(9) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 244.

sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad, sin la cual dicho beneficiario afrontaría el riesgo que, no obstante la inscripción de dicho contrato y en tanto no se presentare al Registro el contrato definitivo, perdiese su derecho y su prioridad, frente a otro adquirente del inmueble que, con anterioridad a él y no obstante estar registrada la opción, inscribiese un derecho real (como la propiedad) o personal (arrendamiento).

## 5. La naturaleza del asiento registral del contrato de opción

Toda vez que, si bien el artículo 2023 del Código Civil hace referencia a que los contratos de opción se inscriben, es decir, que dan lugar a asientos definitivos y con efectos permanentes, se podría decir que lo correcto es que se debió indicar que estos contratos se anotan, pues al estar sujetos a un plazo para su ejercicio, los asientos registrales que se extiendan tendrían la naturaleza de anotación preventiva al ser provisionales, consideramos que es evidente que la terminología utilizada por el Código Civil se refiere a la inscripción en sentido "lato", comprendiendo tanto a las inscripciones definitivas como a las anotaciones preventivas, por lo que no tendría sentido que se realice ninguna modificación, siendo que los reglamentos registrales realicen tal precisión.

Al respecto, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución N° 093-2013-SUNARP-SN, se ha encargado de precisar la verdadera naturaleza del asiento registral de los contratos de opción en su artículo 48 que establece lo siguiente:

**Artículo 148.- Anotación preventiva del contrato de opción**

El asiento registral de contrato de opción a que se refiere el artículo 1419 del Código Civil tendrá la calidad de anotación preventiva.

Al extender el asiento registral, el registrador deberá consignar expresamente lo siguiente:

i. El plazo previsto por las partes para ejercitar el derecho de opción, o en su defecto el plazo legal previsto en el artículo 1423 del Código Civil;

ii. El término inicial del plazo, de acuerdo a lo pactado por los contratantes, o en su defecto la fecha del contrato;

iii. En su caso, el plazo adicional que los contratantes hubieran pactado para efectos de formalizar el ejercicio del derecho de opción concedido.

El contrato de opción, y de ser el caso, su prórroga, podrán ser anotados preventivamente, siempre que se encuentre vigente el plazo para el ejercicio de la opción.

El contrato de opción podrá ser anotado preventivamente, una vez vencido el plazo para su ejercicio, si es que es presentado conjuntamente con su renovación.

La renovación podrá ser anotada preventivamente, aún después de haber caducado la anotación del contrato de opción por vencimiento del plazo, siempre que hubiese sido pactado antes de tal vencimiento y que no conste en la partida registral un asiento incompatible.

El artículo 148 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios otorga su verdadera naturaleza al asiento de inscripción derivado de un contrato preparatorio de opción, toda vez que si bien el artículo 2023 del Código Civil hace referencia al término inscripción, el artículo 148 del referido Reglamento refiere que el contrato de opción se anota preventivamente, esto es, el asiento es provisional.

Así, como podemos apreciar, el artículo precedente contiene los presupuestos que deben cumplir los contratos de opción para su acceso al Registro Predios de la misma forma como lo hace el Reglamento Hipotecario español, el cual en su artículo 14 dispone que:

Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúnan las siguientes:

1° convenio expreso de las partes para que se inscriba;

2° precio estipulado para la adquisición de la finca, y, en su caso, el que se hubiera convenido para conceder la opción;

3° plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años.

## 6. El plazo del contrato de opción

El plazo del contrato de opción es un elemento que debe consignarse en la anotación que se extienda, así lo establece el artículo 148 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios; esta disposición concuerda con el artículo 1423 del Código Civil, norma de la cual se advierte que el plazo de dicho contrato es determinado o determinable y en caso de que no se fije, entonces aquel no podrá ser mayor a un año. Esto ratifica el carácter temporal del contrato de opción, pues el derecho potestativo de celebrar el contrato definitivo no puede ser indefinido.

Con relación al plazo del contrato de opción, Guevara Porlles sostiene que "[e]l plazo es uno de caducidad mas no de prescripción y menos uno de cumplimiento[,] pues no existen obligaciones (recordemos que se trata de relaciones intersubjetivas de derecho potestativo y estado de sujeción). Caducidad por cuanto a su vencimiento la aceptación no surte efectos y ambas partes se liberan de la relación contractual. Este tipo de plazos operan por el solo transcurso del tiempo sin requerir formalidad alguna"[10].

No obstante, nosotros convenimos con De la Puente Lavalle, quien señala que la naturaleza del plazo de contrato de opción no es de caducidad ni de prescripción, sino simplemente la de ser un plazo resolutorio. Así, para el mencionado autor: "En el caso del contrato de opción, el optante puede ejercitar el derecho de opción durante la vigencia del plazo del contrato, vencido el cual, por tratarse de un plazo resolutorio, su derecho simplemente deja de existir porque el acto que lo genera ha perdido eficacia. No se trata pues de un plazo de caducidad o de prescripción, por cuanto no se está con las acciones que puedan surgir del contrato de opción"[11].

## 7. Prórroga y renovación del asiento registral del contrato de opción

La prórroga evita que caduque la anotación preventiva del contrato de opción, pero para que proceda aquella se requiere que el asiento registral se encuentre vigente, esto es, que el título de prórroga se ingrese al diario antes de que venza el plazo del asiento registral del contrato de opción.

(10) GUEVARA PORLLES, Karina. Ob. cit., p. 493.
(11) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 263.

Asimismo, es viable que se pacte la renovación del contrato de opción y esta se anote previamente, para lo cual se requiere que no exista un acto incompatible en la partida registral. El referido artículo 148 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios dispone que la renovación procede siempre que se encuentre vigente el plazo para el ejercicio de la opción o vencido el plazo siempre que la renovación hubiese sido pactada antes de su vencimiento.

En opinión de Guevara Porlles, en la renovación del contrato de opción, bastará que en el instrumento público de renovación se indique que el pacto se efectuó mientras se hallaba vigente el contrato sin necesidad de acreditar la fecha cierta, puede pactarse incluso de forma verbal. La mencionada autora sostiene que "el Tribunal Registral con motivo de la casuística abordada en la Resolución N° 1941-2014-SUNARP-TR-L del 16 de octubre de 2014, donde se solicitó la ampliación del plazo del contrato de opción, en cuyas cláusulas se aludió a un acuerdo verbal de prórroga del plazo y que las partes ratificaron mediante minuta. El tribunal señaló: 'Serán las partes quienes en base a la autonomía de la voluntad, determinen su extensión'. De lo señalado se puede deducir que las partes podrán decidir sobre todos los aspectos del contrato de opción, incluso el plazo, en consecuencia, es posible aceptar que las partes en virtud de dicha autonomía convengan en establecer ciertas modalidades o particularidades en dicho plazo, más aún cuando ello no se encuentra prohibido por la ley"[12].

Sobre el particular, consideramos que, a efectos de que se anote una renovación del contrato de opción, no bastará que se indique en el instrumento público que la renovación se pactó verbalmente durante la vigencia del contrato, pues al ser la renovación en sí una modificación del contrato primigenio aquella deberá cumplir con la misma forma por la que se celebró la opción; es decir, si la opción se pactó por escrito, no sería correcto que en la escritura pública de renovación se señale que esta se pactó de manera verbal.

Diferente es el caso de la renovación automática del contrato de opción, puesto que las partes podrían pactar ante determinados supuestos se renueve de manera automática la opción. El Tribunal Registral así lo ha permitido en la Resolución N° 1388-2013-SUNARP-TR-L: "Procede registrar un contrato de opción cuyo plazo inicial ha caducado siempre que se haya pactado su renovación automática".

## 8. Vigencia del asiento registral del contrato de opción

En la legislación española, pese a que las inscripciones de los contratos de opción no tienen la naturaleza de anotaciones preventivas, se encuentran sujetos a caducidad específica, expresamente prevista en el artículo 177 del mismo Reglamento Hipotecario español. Así, García García, en sus anotaciones al referido artículo 177 del Reglamento Hipotecario español, indica sobre este tema: "Artículo redactado por el Real Decreto 1867/1998, del 4 de setiembre, explicándolo la Exposición de Motivos diciendo que: se regula una necesidad sentida socialmente, que es la posibilidad de la cancelación de derechos inscritos sometidos en cuanto a su ejercicio a un plazo determinado de caducidad (opción de compra, retractas convencionales, etc.) una vez transcurridos cinco años desde el vencimiento pactado, de manera que no solo los asientos que en sí mismos caduquen puedan ser cancelados de oficio por el registrador (caso de las anotaciones preventivas), sino también aquellos otros relativos



(12) GUEVARA PORLLES, Karina. Ob. cit., p. 493.

a derechos sometidos a caducidad en su ejercicio, al margen de lo que pudiera haber ocurrido extrarregistralmente, fiel al principio de inoponibilidad respecto de terceros de lo no inscrito"[13].

Ahora bien, como se dijo, el artículo 148 del Reglamento de Inscripciones precisó que el contrato preparatorio de opción regulado por el artículo 1419 del Código Civil se registrará a través de un asiento de anotación preventiva. Por su parte, el artículo 149 del mismo Reglamento dispone que:

**Artículo 149.- Caducidad de la anotación del contrato de opción**

La anotación preventiva del contrato de opción caducará automáticamente y de pleno derecho, al cumplirse el plazo para el ejercicio de la opción, salvo que las partes hubieran pactado el plazo adicional a que se refiere el segundo párrafo del numeral iii del artículo precedente.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la anotación del contrato de opción caducará antes de dicho término, en mérito de una declaración unilateral del optante, formalizada mediante escritura pública o formulario registral, salvo que se trate de un contrato de opción recíproca.

El artículo 149 del citado Reglamento, al disponer que la caducidad de la anotación preventiva se produzca en forma "automática y de pleno derecho al cumplirse el plazo de ejercicio de la opción", resolvió el problema existente respecto al equivocado criterio de algunas instancias registrales que en algunas ocasiones, **no obstante haber vencido hace muchos años el plazo de ejercicio de la opción**, se atrevían a exigir que la cancelación del asiento de "inscripción" de la opción solo pudiera lograrse mediante documento que contuviera la conformidad del beneficiario de la opción[14].

La caducidad automática del asiento del contrato de opción concuerda con lo dispuesto en el artículo 103 del Reglamento General de los Registros Públicos, las anotaciones preventivas se entenderán extinguidas de pleno derecho cuando opere la caducidad. Sin perjuicio de ello, el Registrador podrá, de oficio, extender los asientos cancelados respectivos, salvo en los supuestos de que por disposición especial se requiera solicitud de parte, norma que hace innecesario que se extienda un asiento de cancelación para considerar que la anotación preventiva no genera efectos.

En ese sentido, Bouby Tolentino y Huertas Ayala nos dicen que la consideración del asiento del contrato de opción como anotación preventiva va a "determinar su carácter temporal, es decir, no se trata de una inscripción definitiva y además va facilitar su levantamiento por caducidad automática, sin esta consideración normativa tornaba muy difícil la inscripción de actos posteriores en las partidas del Registro de Predios, obstaculizando el tráfico económico"[15].

(13) GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil.* 22ª edición, Civitas-Biblioteca de Legislación, Madrid, 2001, pp. 14 y 117.

(14) La necesidad de establecer la caducidad automática de la inscripción del contrato de opción, mediante su regulación como anotación preventiva, había sido planteada por nosotros desde 2005, siendo acogida en la modificación de los artículos 115 y 116 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios efectuada mediante Resolución N° 048-2012-SUNARP/SN publicada el 21 de marzo de 2012. Luego, ello fue recogido en el artículo 149 del vigente Reglamento de Inscripciones del mismo Registro. *Vide*: GONZALES LOLI, Jorge Luis. "El contrato de opción: ¿es inscribible aún vencido el plazo para celebrar el contrato definitivo?". En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Tomo 87, Año 11, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005, pp. 233-241.

(15) BOUBY TOLENTINO, Norma y HUERTA AYALA, Óscar. "Anotación preventiva del contrato de opción". En: *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.* Grijley, 2017, p. 1320.

Por otro lado, este artículo 149 del mencionado Reglamento pretende superar una limitación que también planteamos cuando registralmente se estableció que el contrato de opción se inscribiría como anotación preventiva. Y es que, con la finalidad de ser concluyente y establecer una norma fácilmente aplicable, en la Resolución N° 048-2012-SUNARP/SN, al regular la caducidad automática de la anotación preventiva del contrato de opción al vencimiento de su plazo de ejercicio, se había ignorado que el beneficiario de una opción de compra de un inmueble tiene la posibilidad de ejercerla hasta el último día de esta, ejercicio que no es equivalente al ingreso a registro del contrato definitivo, previa su instrumentación pública. Así, por ejemplo, si se encontrara registrada la anotación preventiva de un contrato de opción de compra inmobiliaria a favor del señor A, por el plazo de un mes contado a partir del 7 de enero de 2020, venciendo el plazo de ejercicio del mismo el 7 de febrero de 2020, es perfectamente posible que el señor A haya ejercido, válidamente, la opción de compra el último día de vigencia de la misma, sin que le hubiera sido materialmente posible presentar al Registro, el mismo día y con instrumentación pública, el contrato definitivo, debidamente formalizado por ambas partes o la declaración unilateral del beneficiario de la opción[16]; con lo que, en aplicación "estricta" de la caducidad automática de la anotación preventiva, el 8 de febrero de 2020, la anotación preventiva de la opción ya habría caducado, pudiendo dar lugar a que el aún titular registral, en forma fraudulenta, disponga del bien a favor de terceros e inclusive registrar dicho derecho antes de que ingrese al Registro el instrumento público que contenga el ejercicio de la opción, el mismo que ya no se encontraría resguardado por la prioridad y la preferencia derivadas de la anotación preventiva "caduca".

Entendemos, entonces, que la necesidad de superar dicha limitación operativa es lo que ha determinado que el artículo 149 del Reglamento del Registro de Predios disponga que la caducidad automática de la anotación preventiva del contrato de opción por vencimiento del plazo de su ejercicio **no ocurrirá** si es que las partes hubieran pactado un plazo adicional para efectos de formalizar el ejercicio del plazo de opción concedido. Empero, esta "solución" ha surtido escasos efectos en la práctica registral, pues solo es aplicable cuando las partes del contrato han tomado la previsión de establecer dicho plazo adicional de formalización. Por ello, consideramos que era mejor nuestra propuesta en el sentido de que el mismo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, en ausencia de plazo adicional de formalización contractualmente establecido, prevea que la caducidad de la anotación preventiva del contrato de opción solo opere, por ejemplo, **a los treinta días útiles del vencimiento del plazo de ejercicio de la opción, para que el contrato definitivo siempre tenga un plazo adicional para ser presentado al Registro**, sin afectar la retroprioridad y la preferencia que emana del mismo.

En adición a ello, hubiera sido deseable que en los artículos del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se hubiera regulado, en forma expresa, la inscripción del

(16) Como ha reconocido diversa jurisprudencia registral, para la inscripción de la transferencia de propiedad derivada del ejercicio de un contrato de opción debidamente registrado, no es indispensable presentar el contrato definitivo, suscrito por ambas partes, sino que es suficiente que conste, en escritura pública, el ejercicio de la opción. Así, por ejemplo, la Resolución N° 1054-2010-SUNARP-TR-L del 11 de julio de 2010, cuando expresa que: "Al contener el contrato de opción de compra todos los elementos y [las] condiciones del contrato definitivo, para el ejercicio de la opción no se requerirá la intervención del propietario del inmueble, por cuanto el contrato de opción constituye la voluntad de una de las partes necesaria para la formación de un contrato, puesto que contiene la oferta, quedando pendiente solo la aceptación para que se forme el contrato". El problema, en muchas ocasiones, radica en que, para la elevación a escritura pública del ejercicio unilateral de la opción, es necesario acreditar el pago de tributos como el impuesto predial y, en algunas ocasiones, impuesto a la renta de segunda categoría, cuya declaración y pago no corresponde a la parte compradora, sino a la vendedora.

ejercicio unilateral de la opción, que, como se ha indicado anteriormente, ya se encuentra jurisprudencialmente previsto, pero que al no constituir precedente de observancia obligatoria aprobado por el Tribunal Registral de la Sunarp, podría no ser aplicado por la Primera Instancia Registral.

Finalmente, consideramos pertinente señalar que "la caducidad a que refiere este artículo no se ampara en la Ley N° 26339, pues esta rige para los supuestos taxativamente regulados en la citada norma; por tanto, no debe exigirse igual formalidad (declaración jurada con firma certificada como señala el actual Reglamento de Predios para estos supuestos) y tampoco debe rogarse bajo su amparo[,] pues el que registralmente tenga el carácter de anotación preventiva no lo hace una carga, gravamen o restricción. La opción conserva su carácter contractual"[17].

## 9. De la injustificada discriminación del compromiso de contratar

Como es conocido, entre los contratos preparatorios regulados por el Código Civil, además del contrato de opción, se encuentra previsto el contrato de compromiso de contratar, regulado por los artículos 1414 a 1418 del Código Sustantivo. La simple revisión de la exposición de motivos del Código Civil nos permite advertir que el legislador civil estableció que únicamente era inscribible el contrato de opción, por ser este equivalente (reemplazar) al contrato de promesa de venta regulado en el Código derogado. No se hace ningún razonamiento ni argumentación respecto al motivo por el cual no se consideró como inscribible al contrato de compromiso de contratar. Pueden sostenerse muchas razones, tales como la eficacia superior del contrato de opción al requerir solo el ejercicio de la misma por su beneficiario, mientras que el compromiso de contratar requiere nueva manifestación de todos los contratantes; el hecho de que la opción contenga todos los elementos del contrato mientras que el compromiso de contratar solo los elementos esenciales; la menor duración de plazo de vigencia de la opción (ello en la redacción original del Código Civil antes de la modificatoria establecida por la Ley N° 27420), entre otras. Sin embargo, nos parece, además, que ninguno de dichos argumentos fue expresado por el legislador civil, que ninguno de ellos hace válida la discriminación efectuada por el Código Sustantivo, al permitir la inscripción del contrato de opción y negar la del contrato de compromiso de contratar.

Dejamos en claro que bajo la normativa vigente no es factible inscribir (ni anotar preventivamente) el contrato de compromiso de contratar. Ello ha sido materia de numerosa jurisprudencia del Tribunal Registral, tal como la Resolución N° 428-98-0RLC/TR de fecha 18 de noviembre de 1998, en la cual se expresó que "[e]l compromiso de contratar, por no contener un contrato destinado a crear, regular, modificar o extinguir derechos reales sobre inmuebles, no resulta inscribible en el Registro de la Propiedad Inmueble, dado que constituye un contrato preparatorio que vincula a las partes a celebrar en el futuro un contrato definitivo". Empero, siendo que ambos contratos preparatorios tienen naturaleza personal y no real, solo es la alternativa legislativa elegida por el Código Civil la que niega el acceso al Registro al compromiso de contratar y sí lo permite en el caso del contrato de opción.

Esta "alternativa legislativa" es, en nuestro concepto, errada. Impedir el acceso del contrato preparatorio de compromiso de contratar al Registro torna al mismo en un contrato de débiles efectos y, en muchas ocasiones, totalmente carente de utilidad. Si en un compromiso

(17) GUEVARA PORLLES, Karina. "Caducidad de la anotación del contrato de opción". En: *Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios*. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, 2019, p. 495.

de contratar la compraventa de un inmueble, el obligado a constituirse en vendedor en el contrato definitivo puede apartarse de lo pactado procediendo, durante la vigencia del compromiso de contratar, a venderlo a un tercero, que una vez inscrito su derecho hará inatacable su adquisición, por aplicación de los principios registrales de oponibilidad de lo inscrito (art. 2022 del Código Civil) y de fe pública registral (art. 2014 del Código Civil): ¿qué sentido y protección jurídica efectiva proporciona haber celebrado un contrato de compromiso de contratar? Obviamente, el compromiso de contratar, dentro de un sistema en el que la oponibilidad de derechos se basa en el acceso al Registro, al no poder inscribirse, solo genera una obligación que puede o no ser cumplida, no garantizando en nada la posibilidad efectiva que el contrato definitivo surta efectos prioritarios.

En el mismo sentido de lo que estamos planteando, se pronuncia Misari Argandoña, quien indica como conclusiones de su tesis que: "(...) [a]firmamos que la redacción del artículo 2019 del Código Civil es deficiente, ya que el supuesto de su primer numeral señala una suerte de 'regla general' o 'llave maestra', el cual permite que el compromiso de contratar, siempre y cuando tenga efectos sobre derechos reales, es materia de amparo registral; con lo cual, encontraría la herramienta necesaria para tener acceso a las esferas registrales, bajo la modalidad de 'Función de Limitar Derechos Reales', dejando establecido que esta limitación debe ser entendida como una 'limitación convencional' por medio de la cual las partes pactan con la sola suscripción del Compromiso de Contratar la reserva de disposición del bien durante la duración del plazo establecido en el contrato. Esta inadecuada redacción del 2019 ha tenido además una lectura mecanizada y superficial desde su promulgación y ello ha generado que los Registradores piensen que el Contrato de Compromiso de Contratar no debe tener amparo registral, por no ser un supuesto expreso del referido artículo (...). Finalmente, para proteger el derecho de quien pretende adquirir un determinado bien con la celebración del contrato definitivo es necesario asignarle al Compromiso de Contratar la redacción del artículo 2023 del Código Civil como sucede con el Contrato de Opción, ya que de no encontrarse este dispositivo legal, para inscribir el contrato de compraventa definitivo que deriva del Contrato de Compromiso de Contratar se tendría que, preliminarmente se declare la nulidad judicial de la compraventa registrada en favor del tercero, lo que indudablemente no garantizaría en nada la utilidad del Contrato de Compromiso de Contratar"[18].

También coincide con lo expresado Guevara Porlles, en otro estudio de investigación, al indicar, entre otras conclusiones, que: "(...) [e]s trascendental regular el compromiso de contratar como acto inscribible ante el Registro de Predios a fin de asegurar y cautelar la celebración del contrato definitivo y allanar el iter entre ambos estadios (preliminar y definitivo) a través de la publicidad del contrato con efecto de derecho preferente sobre todo acto o derecho incompatible que se inscriba con posterioridad (...). El compromiso de contratar debe constituir un acto inscribible dada la garantía que brinda el Registro dentro del tráfico jurídico que vivimos, pues las relaciones comerciales son cada vez más intensas y los contratantes celebran todo tipo de negocios que necesitan ser cada vez más protegidos, no solo en la parte de celebración y ejecución[,] sino incluso desde la fase de las tratativas a fin de cautelar los derechos de los contratantes y poner en conocimiento de terceros que se viene negociando una relación jurídica que potencialmente modificará la realidad jurídica actual (...). Los fundamentos que justifican la anotación del compromiso de contratar ante el Registro de

(18) MISARI ARGANDOÑA, Carlos Manuel. "El compromiso de contratar y su acceso al Registro de Propiedad Inmueble". Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Civil. PUCP, Lima, 2013, pp. 81-82. Recuperado el 9 de diciembre de 2019 de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5289?show=full>.

Predios son el carácter autónomo del contrato, la voluntad de celebrar y asegurar el contrato definitivo, el derecho de preferencia sobre todo acto o derecho que se inscriba o anote con posterioridad y la eficacia frente a terceros (...). La incorporación del compromiso de contratar como acto inscribible en el artículo 2019 del Código Civil otorgará una protección más sofisticada al promitente fiel[,] pues su latente derecho (de celebración del contrato definitivo) sería de público conocimiento, le concederá prioridad frente a otros derechos no incompatibles inscritos con posterioridad, el derecho o promesa sería oponible a terceros actuando como carga frente a posteriores adquirentes, volviendo incluso ineficaces los actos o derechos no inscritos que sean incompatibles al compromiso de contratar inscrito (...). El compromiso de contratar debe ser merecedor de tutela registral a fin de brindar al contratante que anotó diligentemente su derecho seguridad jurídica en la transacción operando como carga frente al eventual adquirente (...). La anotación del compromiso de contratar incentivará las transacciones comerciales, la confianza en las negociaciones activando de esta forma el tráfico inmobiliario. En el plano procesal, la anotación del compromiso de contratar le otorgará medio de prueba suficiente para reclamar su derecho en vía judicial o arbitral dada la legitimación del asiento"[19].

Esperamos que en un próxima reforma del Código Civil se contemple, con carácter general, la posibilidad del acceso al Registro: "[D]e los contratos preparatorios de un contrato definitivo inscribible, bajo la forma de anotación preventiva, con los efectos y duración temporal establecida por los reglamentos registrales"; y que la reglamentación registral que pudiera expedirse considere los lineamientos y las características que en el punto precedente hemos atribuido a la "inscripción" del contrato de opción.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I: Contratos - Parte general. Gaceta Jurídica, Lima, 1995; BIGIO CHREM, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. Exposición de motivos oficial del Código Civil - Registros Públicos. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998; BOUBY TOLENTINO, Norma y HUERTA AYALA, Oscar. "Anotación preventiva del contrato de opción". En: Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Grijley, 2017; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Tomo II. Palestra, Lima, 2001; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil. 22ª edición, Civitas-Biblioteca de Legislación, Madrid, 2001; GUEVARA PORLLES, Karina. "Anotación preventiva del contrato de opción". En: Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, 2019; GUEVARA PORLLES, Karina. "Caducidad de la anotación del contrato de opción". En: Comentarios al Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Lima, 2019; GUEVARA PORLLES, Karina. "El compromiso de contratar y el Registro de Predios". Tesis para optar por el grado académico de magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial. UNMSM, Lima, 2017. Recuperado el 9 de noviembre de 2019 de: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/6836?show=full>; GONZALES LOLI, Jorge Luis. "El contrato de opción: ¿es inscribible aún vencido el plazo para celebrar el contrato definitivo?". En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 87, Año 11. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2005; MISARI ARGANDOÑA, Carlos Manuel. El compromiso de contratar y su acceso al Registro de Propiedad Inmueble. Tesis para optar al grado de magíster en Derecho Civil. PUCP, Lima, 2013. Recuperado el 9 de diciembre de 2019 de: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5289?show=full>; TORRES MÉNDEZ, Miguel. "La utilidad del contrato de opción en el Código Civil de 1984". En: Derecho PUCP N° 42, 1988; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil, exposición de motivos y comentarios. Thomson Reuters, Lima, 2015.

(19) GUEVARA PORLLES, Karina. "El compromiso de contratar y el Registro de Predios". Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho mención en Derecho Civil y Comercial. UNMSM, Lima, 2017, pp. 85-86. Recuperado el 9 de noviembre de 2019 en: <http://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/cybertesis/6836?show=full>.

# TÍTULO III
# REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

## Libros del Registro de Personas Jurídicas

**Artículo 2024.-** *Este registro consta de los siguientes libros:*

*1.- De asociaciones.*

*2.- De fundaciones.*

*3.- De comités.*

*4.- De sociedades civiles.*

*5.- De comunidades campesinas y nativas.*

*6.- De cooperativas.*

*7.- De empresas de propiedad social.*

*8.- De empresas de derecho público.*

*9.- De los demás que establece la ley.*

---

Concordancias:
*C. arts. 2 inc. 13), 59, 89; C.C. arts. 76, 77, 80, 81 y ss. 89, 90, 99, 111 y ss., 134 y ss., 2025; LEY 26887 arts. 5, 6, 433.*

ZEGEL BASILIO SANTOS

## 1. Aspectos introductorios para conocer el Registro de Personas Jurídicas

Del artículo 2, inciso 13, de la Constitución Política de 1993, se desprende que toda persona tiene derecho: "A asociarse y constituirse fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa". Asimismo, en el artículo 59 de la misma norma constitucional, el Estado reconoce el ejercicio de la libertad de empresa de la siguiente forma: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades". En lo que respecta al reconocimiento como personas jurídicas a las comunidades campesinas y nativas, esto está regulado en el artículo 89 de la norma constitucional indicada[1].

De acuerdo a aquella regulación constitucional, todas las personas (en algunos casos solo entre personas naturales y en otros casos entre personas naturales y personas jurídicas) tienen el derecho y la libertad de constituir personas jurídicas con fines lucrativos o no lucrativos y que el desarrollo de sus actividades estén conformes a las reglas contenidas en sus estatutos, normas jurídicas que las regulan, al orden público y con las buenas costumbres.



(1) "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas (...)".

Pero ¿qué es la persona jurídica? En principio, la persona jurídica es un sujeto de derecho (al igual que la persona natural, el concebido y el ente no personificado) y, como tal, es el centro de imputación de derechos y deberes; se llega a constituir una persona jurídica por una persona (como es el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada - E.I.R.L.) o por el acuerdo de varias personas (sean solo por personas naturales o entre personas jurídicas o naturales; esto dependerá del tipo de personas jurídicas que se desee constituir) con el fin de desarrollar actividades en común que pueden ser de naturaleza social, cultural, económica, altruista, laboral, entre otros. Además, "el derecho reconoce la existencia de la persona jurídica en mérito de la necesidad humana de cumplir finalidades sociales que, individualmente, no podría alcanzar. La unidad de acción y dirección de esfuerzos, la comunidad de intereses para la consecución de tales efectos es lo esencial, de ahí la necesidad de considerar como persona al conjunto de individuos vinculados por determinados fines de carácter colectivo. Está integrada por un grupo social coherente, con finalidad establecida y un estatuto jurídico. Por oposición a la persona natural, se denomina persona colectiva a cualquier entidad susceptible de derechos y obligaciones cuya existencia depende de la voluntad humana, de ciertos fines sociales o de la ley. Entonces, es aquella entidad distinta a quienes la integran, capacitada para ser parte de relaciones jurídicas adquirir derechos y contraer obligaciones, con capacidad de celebrar actos y contratos" (VARSI ROSPIGLIOSI, pp. 255-256).

Sabiendo ya el reconocimiento constitucional y la concepción de la persona jurídica, ahora es necesario saber qué tipo de personas jurídicas tenemos y cómo están reguladas en nuestro sistema normativo. En realidad, hay varias formas de clasificación de las personas jurídicas, pero por cuestiones didácticas y por su relación con la disposición que se está comentando solo haremos mención de dos formas o esferas de clasificación (que por cierto son la vértebra). Entonces, tenemos a las personas jurídicas lucrativas y a las personas jurídicas no lucrativas, a las personas jurídicas de Derecho Privado interno y a las personas jurídicas de Derecho Público interno. Por ejemplo, entre las personas jurídicas lucrativas, tenemos a la E.I.R.L. regulada por la Ley N° 21621, todas las empresas societarias reguladas en la Ley General de Sociedades N° 26887 y a las demás empresas reguladas por leyes especiales; entre las personas jurídicas no lucrativas, tenemos a las reguladas en el Código Civil (asociación, comité, fundación, comunidades campesinas y nativas) y en otras leyes especiales (rondas campesinas, Cafae, Organizaciones Sociales de Base –OSB–, organizaciones de usuarios de agua, clubes deportivos, organizaciones sindicales de trabajadores de la actividad privada, entre otros). Por otro lado, las personas jurídicas de Derecho Privado interno son los que se constituyen por voluntad de los particulares y estas pueden realizarse por escrituras públicas o documentos privados; mientras que las personas jurídicas de Derecho Público interno son los constituidos por el Estado y esto se hace solo mediante ley u otra norma jurídica del mismo rango.

Por regla general, las inscripciones de las personas jurídicas son de carácter constitutivas, es decir, para que adquieran la categoría de personalidad jurídica necesariamente tienen que estar inscritos en el libro que le corresponde del Registro de Personas Jurídicas macro, es el caso de asociaciones, comités, fundaciones, entre otras más; la excepción sería la inscripción facultativa de aquellas personas jurídicas de Derecho Público interno que han sido creados y adquiridos personalidad jurídica solo mediante ley, o sea, la inscripción registral no es obligatoria.

## 2. ¿Qué son los Registros Públicos y cómo está organizado o compuesto?

Muchas veces se llega a confundir a los Registros Públicos con el ente que lo administra o con la oficina registral misma. Hecho que permite hacer algunas precisiones para no

seguir en ese entramado de la confusión. En efecto, con la Ley N° 26366[2] se crea el Sistema Nacional de los Registros Públicos[3] (en adelante, el Sinarp) y se crea a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos[4] (en adelante, la Sunarp), este como órgano descentralizado y autónomo del Sector Justicia y como ente rector del Sinarp. La Sunarp tiene como misión inscribir actos jurídicos y derechos para su respectiva publicidad, oponibilidad frente a terceros y para su seguridad jurídica. Para desarrollar aquella misión, a nivel nacional, la Sunarp está compuesta de catorce zonas registrales ubicadas en las sedes de cada región; cada una de estas zonas registrales está compuesta de oficinas registrales y oficinas receptoras[5]. A través de todas estas oficinas registrales del país, la Sunarp administra a cuatro importantes Registros Públicos o Registros Jurídicos donde se llegan a inscribir actos jurídicos y derechos relevantes y tipificados jurídicamente como inscribibles.

Ahora bien, los Registros Públicos o Registros Jurídicos se diferencian del ente que los administra, es decir, son los órganos jurídicos o instrumentos de publicidad organizados sistemáticamente y electrónicamente (en la actualidad es así, ya que antes se realizaba en tomos y fichas físicas). Cuando se ha explicado sobre el "registro" desde el punto de vista jurídico, se ha dicho que "el término registro se emplea, por lo menos, en tres acepciones: primero, como conjunto de libros en los cuales se inscriben los actos; segunda, como institución pública encargada de llevar dichos libros; tercera, como institución jurídica que otorga publicidad a determinados hechos y actos de relevancia jurídica" (GONZALES BARRÓN, p. 46). La primera y la segunda significación del Registro se adecúan a lo que estamos diciendo; es decir, los Registros Públicos son Registros Jurídicos o instrumentos de publicidad u órgano jurídico que están compuestos por un conjunto de libros o subregistros en el cual se inscriben todos los actos jurídicos o derechos previstos por la norma jurídica.

En cuanto se refiere a la organización de los Registros Públicos, cabe indicar que está organizado o compuesto por cuatro macros e importantes registros jurídicos o registros de publicidad: Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de Bienes Muebles, Registro de Personas Jurídicas y Registro de Personas Naturales. Según lo regulado en el artículo 2 de la Ley N° 26366, cada uno de estos registros están compuestos por otros registros o subregistros; por ejemplo, el Registro de Personas Jurídicas unifica a los siguientes registros o subregistros: **Registro de Personas Jurídicas**, Registro Mercantil, Registro de Sociedades Mineras, Registro de Sociedades del Registro Público de Hidrocarburos, Registro de Sociedades Pesqueras, Registro de Sociedades Mercantiles, Registro de Personas Jurídicas creadas por Ley y el Registro de Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada. Asimismo, el registro o subregistro de Personas Jurídicas, al igual que los demás subregistros, está organizado por los Libros (o también subregistros) previstos en la disposición que estamos comentando y otras

(2) De fecha 4 de octubre de 1994, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de octubre de 1994.

(3) **Artículo 1.-**
"Créase el Sistema Nacional de los Registros Públicos con la finalidad de mantener y preservar la unidad y coherencia del ejercicio de la función registral en todo el país, orientado a la especialización, simplificación, integración y modernización de la función, procedimientos y gestión de todos los registros que lo integran".

(4) **Artículo 10.-**
"Créase la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos como organismo descentralizado autónomo del Sector Justicia y ente rector del Sistema Nacional de los Registros Públicos, con personería jurídica de Derecho Público, con patrimonio propio y autonomía funcional, jurídico registral, técnica, económica, financiera y administrativa (...)".

(5) Así está regulado en los artículos 58 y 59 del Reglamento de Organizaciones y Funciones (ROF) de la Sunarp, aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2013-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 15 de octubre de 2013.

que han venido incorporándose mediante ley expresa (como es el caso de las Organizaciones Sociales de Base –OSB–, de las rondas campesinas, de los Comités de Administración de los Fondos de Asistencia y Estímulo –CAFAE–, entre otras más).

## 3. Objeto y finalidad del Registro de Personas Jurídicas

Antes que nada, se tiene que saber que en el Registro de Personas Jurídicas las inscripciones se realizan en observancia a la técnica del folio personal (parte integrante del principio de especialidad que se encuentra regulado en artículo IV del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos), es decir, que el registrador público creará una partida registral por cada constitución de persona jurídica. Por ejemplo, una partida registral para la constitución de una asociación X, otra partida registral para la constitución de un comité Y, otra partida registral para la constitución de una fundación Z, entre otros.

El objeto del Registro de Personas Jurídicas es la inscripción de actos y derechos relacionadas a las personas jurídicas (como es el caso de su constitución y los segundos actos que se pudieran dar) y la publicidad registral de todas esas inscripciones para la cognoscibilidad por terceros. En cambio, la finalidad del Registro de Personas Jurídicas es el otorgamiento de la seguridad jurídica que se manifiesta mediante la publicidad material y la publicidad formal; seguridad jurídica que se manifiesta "en dos vértices: una seguridad jurídica dinámica o seguridad en la contratación, consistente en brindar a los contratantes información sobre los derechos inscritos como vigencias de poder, titularidades, entre otros; y otra seguridad jurídica estática, que no es otra cosa que la intangibilidad del contenido de los asientos registrales" (ALCA ROBLES, p. 119).

## 4. Explicación sobre los libros que forman parte del Registro de Personas Jurídicas

En primer lugar, como un punto de partida, podemos decir que en la exposición de motivos del Código Civil vigente se ha detallado que en el artículo 1053 del Código Civil de 1936 solo constaba tres libros que formaban parte del Registro de Personas Jurídicas, los cuales eran las de sociedades civiles, asociaciones y fundaciones; "posteriormente se agregó a su texto las cooperativas, a las empresas de propiedad social, en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 15260 y luego por el artículo 190 del Decreto Ley N° 20598" (MURO P., p. 68). Con la dación del Código Civil de 1984, se incorporaron a los siguientes libros más: de comités, de empresas de derecho público y de las comunidades campesinas y nativas.

Recordemos que el Código Civil es de 1984 y que la disposición contenida en el artículo que estamos comentando a partir de esa fecha no ha sufrido ninguna mutación. Por lo que a la fecha existen otros libros o subregistros más que forman parte del Registro de Personas Jurídicas que han sido reguladas por leyes especiales y que lo explicamos en el punto 9 que dice "los demás que establece la ley".

Entre las regulaciones del artículo 2024 del Código Civil de 1984 y la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley N° 26366 (del año 1994), referidas a la organización del Registro de Personas Jurídicas, existe una falta de coherencia, por lo que urge que se haga una revisión inmediata del artículo que estamos comentando (hecho que no ha sido advertido por la comisión del anteproyecto modificatorio del Código Civil); cambios que sí deben darse por su trascendencia.

### 4.1. De asociaciones, fundaciones y comités

Las asociaciones y las fundaciones como personas jurídicas, inicialmente, fueron reguladas en el Código Civil de 1936 y ahora continúan reguladas en el Código Civil de 1984; en cambio, los comités adquieren regulación desde la dación del Código Civil de 1984. Es por ello que, en el artículo que estamos comentando, se regulan el Libro de Asociaciones, Libro de Fundaciones y Libro de Comités que forman parte del Registro de Personas Jurídicas. Estas organizaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento que se inscriben en el Libro del Registro de Personas Jurídicas que les corresponde. Con la inscripción de la constitución de cada una de ellas, se crea una partida registral conforme al sistema de folio personal y dentro de cada una de esas partidas se irán inscribiendo todos los segundos actos que corresponde a cada una de las personas jurídicas (art. 2 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas[6]; por ejemplo, tenemos a la modificación de estatutos, renovación de consejos directivos, nombramiento de representantes o apoderados, otorgamiento de poderes, renovación o delegación de poderes, entre otras).

Las asociaciones solo se constituyen por escrituras públicas, salvo disposición contraria; las fundaciones se constituyen por escritura pública o por testamento (testamentos ordinarios: escritura pública, cerrado u ológrafo; testamentos especiales: marítimo, militar y aéreo); los comités pueden constituirse por escrituras públicas o por documentos privados. Estos documentos son los generadores de la creación de las partidas registrales y de la personalidad jurídica de cada una de las personas jurídicas.

### 4.2. De sociedades civiles

En este Libro se inscriben todas las sociedades civiles constituidas conforme a lo regulado en el artículo 295 y siguientes de la Ley General de Sociedades N° 26887; esta modalidad empresarial puede ser de dos tipos: ordinaria o de responsabilidad limitada. Su constitución se realiza mediante escritura pública y adquiere personalidad jurídica desde su inscripción registral (art. 433 de la LGS). Una vez creada la partida registral por cada una de ellas, ahí se inscribirán todos los segundos actos que les corresponda.

Como ya lo dijimos, este Libro debería formar parte del Registro de Sociedades Mercantiles por su naturaleza que tiene.

### 4.3. De comunidades campesinas y nativas

En este Libro se inscriben las constituciones y los segundos actos (ejemplo: modificación de estatuto, renovación de junta directiva, otorgamiento de poderes, entre otros) relacionados a las comunidades campesinas y nativas. Las comunidades campesinas están reguladas por la Ley N° 24656 (EP, 14/04/1987) y reglamentada con el Decreto Supremo N° 008-81-TR (EP, 15/02/1991); las comunidades nativas están reguladas por el Decreto Ley N° 22175. Por otro lado, "las comunidades campesinas y nativas, en virtud del artículo 135 del CC, obtendrán la personalidad jurídica no solo con la inscripción en el registro correspondiente, sino con su reconocimiento oficial" (ESPINOZA ESPINOZA, p. 441).

### 4.4. De cooperativas

Las cooperativas se constituirán, sin propósito de lucro, por escrituras públicas o por documentos privados; adquirirán personería jurídica desde el momento de su inscripción



(6) Aprobado por la Resolución N° 038-2013-Sunarp/SN, de fecha 15 de febrero de 2013.

en este Libro que forma parte del Registro de Personas Jurídicas; así consta regulado en los artículos 3, 4 y 11 del TUO de la Ley General de Cooperativas aprobada con el Decreto Supremo Nº 074-90-TR (EP, 07/01/1991).

### 4.5. De empresas de propiedad social

En este Libro se inscriben las empresas de propiedad social y sus segundos actos conforme a lo previsto en el Decreto Ley Nº 20598. En el artículo de dicha ley, se establece que "las empresas de propiedad social son personas jurídicas de Derecho Social, integradas exclusivamente por trabajadores, constituidas dentro del principio de solidaridad con el objeto de realizar actividades económicas; sus características son participación plena, propiedad social de la empresa, acumulación social y capacitación permanente; estas empresas en conjunto conforman el Sector de Propiedad Social".

De acuerdo al artículo 11 de la mencionada Ley, las inscripciones registrales de las empresas de propiedad social se harán en mérito a las resoluciones administrativas de constitución emitidas por la Comisión Nacional de Propiedad Social y adquirirán su personalidad jurídica a partir de dicha inscripción en su Libro respectivo del Registro de Personas Jurídicas.

### 4.6. De empresas de Derecho Público

Las empresas de Derecho Público interno tienen su origen en la ley, esto las diferencian de las empresas de Derecho Privado interno donde la constitución se da por voluntad de los particulares; aquellas empresas adquieren personalidad jurídica mediante la dación de una ley que los aprueba y que no necesitan de inscripción registral, dentro de estas tenemos a la Banco de la Nación, Banco Central de Reserva del Perú, entre otras. En conclusión, la inscripción resulta ser facultativa.

### 4.7. De los demás que establece la ley

Esto permite el ingreso de otros Libros más que pueden ser aprobadas por ley. En ese orden, desde la dación del Código Civil de 1984 a la fecha existen otros Libros más que forman parte del Registro de Personas Jurídicas que se han ido incorporando mediante leyes especiales; dentro de estas tenemos a las Organizaciones Sociales de Base –OSB–, rondas campesinas, empresas comunales, entre otros.

## DOCTRINA

ALCA ROBLES, Wuilber Jorge. Los actos arbitrarios en la disposición de bienes conyugales: Perú un país de solteros. Pacífico, Lima, 2016; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. Tomo II, 6ª edición, Grijley, Lima, 2012; GONZALES BARRÓN, Gunther. Manual práctico de sociedades. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2016; MURO P. A. Exposición de motivos del Código Civil. Libro IX: Registros Públicos. Parte I. Marsol Perú Editores, Trujillo, 1994; VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. Tratado de derecho de las personas. Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

## Inscripción en los libros de personas jurídicas

**Artículo 2025.-** *En los libros de asociaciones, de fundaciones y de comités se inscriben los datos exigidos en los artículos 82, 101 y 113. En el libro de sociedades civiles, la inscripción se efectúa con observancia de la ley de la materia. Se inscriben en ellos, además, lo siguiente:*

*1.- Las modificaciones de la escritura o del estatuto.*

*2.- El nombramiento, facultades y cesación de los administradores y representantes.*

*3.- La disolución y liquidación.*

Concordancias:
*C.C. arts. 77, 82, 101, 113; LEY 26887 arts. 4, 5, 14, 66, 340, 412. 413, 421*

ZEGEL BASILIO SANTOS

### 1. Misión de la Sunarp

Como toda institución de la Administración Pública, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, la Sunarp) tiene una misión institucional que está establecido en el Plan Estratégico Institucional (PEI) 2019-2022[1] de la siguiente manera: "Inscribir y publicitar actos, contratos, derechos y titularidades de los ciudadanos mediante un servicio de calidad, accesible, oportuno y predictible". En resumidas cuentas, la misión de la Sunarp es inscribir actos y derechos para su respectiva publicidad frente a terceros y para la garantía de la seguridad jurídica.

El cometido de esta misión se da en los Registros Públicos o Registros Jurídicos que forman parte del Sistema Nacional de los Registros Públicos (en adelante, el Sinarp) y que son administrados por la Sunarp. Uno de estos registros jurídicos es el Registro de Personas Jurídicas que está compuesto por varios libros y que, entre las demás, están los libros de asociaciones, de fundaciones, de comités y de sociedades civiles; detalle que ya consta en el comentario que se ha desarrollado en el artículo 2024 del Código Civil. ¿Qué se inscriben en cada uno de estos libros que forman parte del Registro de Personas Jurídicas? Esto y más se detallan en los numerales que continúan.

### 2. La importancia de los principios de tipicidad y relevancia (de trascendencia) para la inscripción de los actos y derechos en el Registro de Personas Jurídicas

El artículo que se está comentando está vinculado específicamente a lo que se inscribe en los libros indicados que forman parte del Registro de Personas Jurídicas (de asociaciones, de fundaciones, de comités y de sociedades civiles). Para entender esto, es necesario comprender la esencia de dos principios registrales generales que son básicos y que se interrelacionan entre sí, nos estamos refiriendo al principio de tipicidad y al principio de relevancia o de trascendencia.

(1) Aprobado por la Resolución N° 326-2018-SUNARP/SN, de fecha 31 de diciembre de 2018.

Decimos que en los Registros Públicos solo se inscriben actos y derechos que así consten regulados en las normas jurídicas. Pero ¿cuál es el sustento de ello? Es el llamado principio de tipicidad que está regulado implícitamente en el artículo 2009 del Código Civil: "Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales. Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales".

¿Qué implica la tipicidad en la esfera del Derecho Registral? Implica que en los Registros Públicos solo se inscribirán o se incorporarán actos y derechos autorizados por normas jurídicas, o sea, hay catálogos de actos y derechos contenidos en las normas jurídicas que son susceptibles de inscripción, pero también existen otros que al no estar dentro de ese catálogo normativo no serán inscribibles.

"En la medida que el tipo es producto de una valoración y ordenación de conductas, se necesitará siempre de un mecanismo que permita realizar dicha valoración destinada a su creación. Este mecanismo es la tipicidad que consiste en la acogida y regulación de una serie de supuestos de hecho concretos, por un ordenamiento jurídico determinado y la concreta manera de indicar ya recepción por el ordenamiento jurídico determinado y la concreta manera de indicar la recepción por el ordenamiento de ciertos supuestos considerados por este último como relevantes" (PALACIOS MARTÍNEZ, p. 19).

Entendido ya de lo que es el principio de tipicidad registral, ahora toca saber qué es el principio de relevancia o de trascendencia para luego ver cómo es que se interrelacionan. El principio de trascendencia se manifiesta en dos ámbitos y para todos los registros jurídicos: uno que va relacionado con el principio tipicidad registral y otro con la extensión del contenido de los asientos registrales. En cuanto al primero, cabe indicar que todos los actos y derechos que han sido regulados como inscribibles en una determinada norma jurídica son porque el legislador ha definido claramente su relevancia o trascendencia jurídica y su razón de oponibilidad frente a terceros. "Lo que hemos dado en llamar principio de relevancia o trascendencia registral del título inscribible no es otra cosa sino la determinación de que la situación jurídica que se pretende inscribir, por su naturaleza, merece acogida registral, al ser importante su conocimiento por los terceros adquirentes y tener vocación de oponibilidad hacia estos" (DELGADO SCHEELJE, p. 261).

El otro aspecto o manifestación del principio de relevancia lo encontramos en la práctica de los asientos registrales, es decir, en la información que el registrador debe ingresar para que sean publicitadas en una partida registral determinada. ¿Qué informaciones se ingresarán en los asientos registrales a generarse? De hecho que no son cualquier tipo de información, sino los que tengan relevancia o trascendencia registral conforme ha sido regulado en el artículo 50 del TUO del RGRP y en las disposiciones de los reglamentos de inscripciones para cada registro (como es el caso para el Registro de Personas Jurídicas). Esta relevancia regulada tiene su base en el sistema de inscripción que rige para nuestro Derecho Registral, es decir, "en los sistemas registrales de inscripción los registradores al momento de la inscripción extraen de los títulos presentados para la calificación registral e inscripción, **los principales datos**, para que estos figuren en los asientos registrales de inscripción para que formen parte de las partidas registrales. Es decir, en los sistemas registrales de inscripción se copia a la partida registral correspondiente un resumen del título presentado en el cual ha recaído la calificación registral positiva" (GUTIÉRREZ PRADEL, p. 10).

## 3. Procedimiento registral de inscripción, calificación registral y funcionario legitimado para hacerlo

Para que la Sunarp brinde los servicios públicos registrales de inscripción y publicidad ha regulado dos procedimientos especiales: el procedimiento registral de inscripción[2] y el procedimiento registral de publicidad formal[3]. El procedimiento registral de inscripción es el conjunto de actos destinados a atender la inscripción de un título; este procedimiento se inicia a petición de parte (según el principio de rogación; salvo las excepciones que permite realizarse de oficio; esta rogación puede ser de manera presencial o virtual) y se concluye con la inscripción, por desistimiento total de la rogatoria o con la tacha por caducidad del plazo de la vigencia del siento de presentación; es un procedimiento de naturaleza no contenciosa y no admite apersonamiento de terceros. Mientras que el procedimiento de publicidad formal implica el conjunto de actos para exteriorizarse a favor de los terceros el contenido de las inscripciones registrales y de los documentos que obran en el título archivado; la cognoscibilidad de la información registral se materializa mediante medios físicos o virtualmente.

Para que un título tenga acceso a cualquiera de los Registros Públicos administrados por la Sunarp, previamente tiene que pasar por el tamiz de la calificación registral. Pero ¿qué es la calificación registral? En realidad, es la columna vertebral de todo el procedimiento de inscripción registral. "La calificación registral se define como el examen técnico-formal, sujeto a límites estrictos, cuyo objetivo es determinar la existencia y legalidad de los títulos que pretenden su acceso al registro. Decimos que es un examen técnico por cuanto la evaluación se circunscribe a comprobar algunos aspectos referidos al título formal (instrumento) y al título material (acto o negocio jurídico), de acuerdo con los parámetros que establece el ordenamiento jurídico. Este análisis se hace bajo la perspectiva de un examen formal, pues el objeto de evaluación lo constituye básicamente el título y su conexión con los antecedentes del registro. Por tal motivo, en gran medida se trata de la comprobación de textos, según la legalidad, por lo que no se examinan cuestiones subjetivas, intenciones, voluntades, buena o mala fe, ánimo de fraude, entre otros. La calificación debe asegurar cuestiones fundamentales en orden a la legalidad, como ocurre con la autenticidad de los instrumentos, que es lo mismo que se puede exigir a la entidad estatal, pues, sin certeza, entonces el examen posterior carece de sentido" (GONZALES BARRÓN, pp. 283-284).

La calificación registral está a cargo del registrador público (en primera instancia) y del Tribunal Registral (órgano colegiado en segunda instancia), así está establecido en el artículo 31 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, el TUO del RGRP).

En ese sentido, si se desea realizar las inscripciones de los títulos que estén relacionadas a los Libros de asociaciones, de fundaciones, de comités y de sociedades civiles, se tendrá que iniciar el procedimiento registral de inscripción para que dichos títulos sean calificados por las instancias registrales conforme al principio de legalidad (previstas en el art. 32 del TUO del RGRP), demás principios registrales específicos y generales, así como conforme a las otras normas jurídicas que correspondan ser aplicadas.

(2) Artículo 1 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado con la Resolución N° 126-2012-SUNARP/SN, de fecha 18 de mayo de 2012.

(3) Reglamento del Servicio de Publicidad Registral, aprobado por la Resolución N° 281-2015-Sunarp/SN, de fecha 30 de octubre de 2015.
"Artículo 18.- Naturaleza del procedimiento
El procedimiento de publicidad formal es de evaluación previa con silencio administrativo negativo. Se inicia por el solicitante con la finalidad de obtener la prestación de un servicio de publicidad formal simple o certificada".

## 4. Actos y derechos que se inscriben en los libros de asociaciones, de fundaciones y de comités

### 4.1. Inscripción en el Libro de Asociaciones

Según lo regulado en el artículo 80 del Código Civil, la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo. La constitución y la aprobación del estatuto deberá realizarse por escritura pública y para que adquiera personalidad jurídica deberá estar inscrito en el Libro de Asociaciones del Registro de Personas Jurídicas; sin embargo, en el artículo 81 del mismo cuerpo normativo sustantivo se indica "salvo disposición distinta de ley", es decir, se da la posibilidad que por ley sea suficiente que la constitución y aprobación del estatuto conste en documento privado o resolución administrativa para que sea inscrito en el Libro del Registro arriba indicado (como es el caso de las organizaciones de usuarios de agua regulados por la Ley N° 30157) o en otro Libro del Registro de Personas Jurídicas (así tenemos a las Organizaciones Sociales de Base regulada por la Ley N° 25307 –OSB– que, a pesar de inscribirse en el Libro de Organizaciones Sociales de Base y no en el Libro de Asociaciones, tiene la naturaleza de una asociación).

Entonces, el primer acto inscribible en el Libro de Asociaciones es el acto constitutivo (que involucra a la voluntad de constitución, estatuto y nombramiento del consejo directivo). Además de los actos o situaciones jurídicas inscribibles que están reguladas en la disposición que estamos comentando, también son inscribibles los segundos actos, tal como están regulados en el artículo 2 del Reglamento del Registro de Personas Jurídicas[4]: modificación de estatuto; nombramiento de los integrantes del consejo directivo; nombramiento de los liquidadores y de los demás representantes o apoderados, su aceptación, remoción, suspensión, renuncia; el otorgamiento de poderes, su modificación, revocación, sustitución, delegación o reasunción de estos; la fusión, escisión y transformación; la disolución, los acuerdos de los liquidadores, entre otros. Como vemos, el catálogo de estos, y otros, actos inscribibles tienen su sustento en el principio de tipicidad y en el principio de relevancia.

### 4.2. Inscripción en el Libro de Fundaciones

La fundación, al igual que la asociación, es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social (art. 99 del C.C.). Las fundaciones se constituyen por escritura pública (por una o varias personas naturales o jurídicas) o mediante testamento (se entiende que pueden ser mediante los testamentos ordinarios: por escritura pública, cerrado u ológrafo; o mediante los testamentos especiales: marítimo, militar y aéreo) y que adquieren personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Libro de Fundaciones del Registro de Personas Jurídicas.

Al igual que la asociación, para las fundaciones, a parte de su constitución (acto constitutivo, estatuto y consejo directivo), también son inscribibles sus segundos actos mencionados en la presente disposición que es matèria de comentario y las previstas en el artículo 2 del Reglamento del Registro de Personas Jurídicas (las cuales la mayoría ya constan mencionadas en la explicación del Libro de Asociaciones).

(4) Aprobado por la Resolución N° 038-2013-Sunarp/SN, de fecha 15 de febrero de 2013.

### 4.3. Inscripción en el Libro de Comités

El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista (art. 111 del C.C.). El acto constitutivo, su estatuto y su nombramiento de consejo directivo puede constar en escritura pública o en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores; en el caso de los documentos privados, para que tengan acogida registral, estos tendrán que estar certificadas por notario o juez de paz donde no haya notario, así como debe adjuntarse las constancias de convocatoria y cuórum con firmas certificadas por notario o juez de paz. Las fundaciones adquieren personalidad jurídica desde el momento que llega a inscribirse en el Libro de Fundaciones del Registro de Personas Jurídicas (art. 111 del C.C.).

Los segundos actos, como la modificación de su estatuto, renovación de consejo directivo, nombramiento de apoderados, disolución y liquidación, y entre otros más que constan reguladas el artículo 2 del Reglamento del Registro de Personas Jurídicas, son inscribibles en la partida registral del Registro de Personas Jurídicas donde consta inscrito la fundación.

## 5. Actos y derechos que se inscriben en el Libro de Sociedades Civiles

Las sociedades civiles son personas jurídicas lucrativas y son una modalidad más de las personas jurídicas de Derecho Privado; este tipo de persona jurídica está regulado en los artículos 295 al 303 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades; la sociedad civil puede ser de dos formas: ordinaria o de responsabilidad limitada. La sociedad civil se constituye por escritura pública que debe contener el pacto social, estatuto y el nombramiento de los primeros administradores, y adquiere personalidad jurídica una vez inscrito en el Libro de Sociedades Civiles (arts. 5 y 6 de la LGS). Toda modificatoria del estatuto de la sociedad civil deberá realizarse mediante escritura pública, instrumento que es suficiente para su inscripción en la partida registral donde consta inscrita la sociedad civil.

Los segundos actos que correspondan a las sociedades civiles (por ejemplo, revocación y nombramiento de gerente, cambio de domicilio, cambio de denominación, entre otros actos más que constan reguladas en este artículo que es materia de comentario y en el artículo 3 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Sociedades[5]) pueden ser inscritos mediante escritura pública o mediante documentos privados certificados por notario, ello conforme al principio de titulación auténtica regulada ante el artículo 2010 del Código Civil y en el artículo III del Título Preliminar del TUO del RGRP.

## DOCTRINA

DELGADO SCHEELJE, Alvaro. "Aplicación de los principios registrales en la calificación registral. Redefiniendo los conceptos tradicionales y planteando los nuevos principios". En: Ius et Veritas, (18), Lima, 1999; GONZALES BARRÓN, Gunther. Sistema registral y contratación inmobiliaria en la Ley N° 30313 - Ley de oposición al procedimiento registral en trámite y cancelación del asiento registral por suplantación de identidad o falsificación. Ediciones Legales, Lima, 2016; GUTIÉRREZ PRADEL, María Susana. Guía rápida de Derecho Registral. Guy Editores-Gaceta Notarial, Lima, 2013; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. "Tipo, tipicidad, situaciones jurídicas subjetivas y contrato de arrendamiento - A propósito del Decreto Legislativo que establece el régimen de promoción del arrendamiento para vivienda". En: Gaceta Civil & Procesal Civil N° 27. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.



(5) Aprobado por la Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN, de fecha 24 de julio de 2001.

# JURISPRUDENCIA

## TRIBUNAL REGISTRAL

### No es inscribible la ratificación de los poderes vigentes otorgados por persona jurídica

*Cabe precisar que la ratificación de un poder otorgado e inscrito con anterioridad no tiene mayor efecto que expresar la total conformidad del órgano de gobierno de la asociación que lo otorgó. Así tenemos que esta ratificación acordada no incidiría de manera directa o indirecta sobre el poder otorgado con anterioridad por la persona jurídica, puesto que no le da una relevancia mayor ni le quita importancia. En este sentido, esta ratificación de poder no da mérito alguno para que acceda al Registro, constituyendo un acto no inscribible* (**Resolución** N° *362-2009-SUNARP-TR-L*).

## Inscripción de personas jurídicas regidas por leyes especiales

**Artículo 2026.-** *La inscripción de las comunidades campesinas y nativas, cooperativas, empresas de propiedad social y demás personas jurídicas regidas por leyes especiales, se efectúa a solicitud de estas.*

Concordancias:
*C. art. 2 inc. 20, 89; CC. arts. IX. 134 y ss.*

ZEGEL BASILIO SANTOS

# 1. El principio de rogación como punto de partida para la calificación e inscripción en los Registros Públicos (en específico, en el Registro de Personas Jurídicas)

## 1.1. Regulación y concepto del principio registral de rogación

Este dispositivo que es materia de comentario está íntimamente vinculado con el principio registral de rogación; es lógico que sea así porque el procedimiento registral de inscripción inicia con la rogación o llamado a instancia de parte (petición, solicitud), salvo las excepciones previstas por ley. La petición es un derecho constitucional de toda persona[1] y ello se plasma, en la esfera registral, con el principio de rogación regulado en los artículos 2011 del Código Civil[2] y III del Título Preliminar del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos[3] (en adelante, el TUO del RGRP).

Claro que el principio registral de rogación da inicio al procedimiento registral; porque sin rogación no hay procedimiento y, por ende, nada que calificar. Esta rogación o petición se concreta con la declaración de voluntad del interesado que se dirige al registrador en busca de la inscripción del acto o derecho, voluntad que está plasmada en la llamada solicitud de inscripción registral.

El principio de rogación es una norma directriz que consolida el ejercicio del derecho de petición y que da inicio al procedimiento registral mediante la manifestación de voluntad en la solicitud de inscripción registral; por tanto, no se trata de una súplica o rogar algo, sino del ejercicio de un derecho por el cual el registrador está obligado a calificar el título presentado en virtud de la rogación (es un deber que éste debe cumplir y del que no se puede sustraer); la rogación no es otra cosa que la petición formal, esto es, se da mediante el llenado del formulario de inscripción registral para la inscripción del acto o derecho contenido en el título (está claro que con la rogación se materializa la presentación del documento donde consta

(1) Constitución Política de 1993
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
"Toda persona tiene derecho:
(...)
Inc. 20. Derecho de petición
A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad (...)".

(2) "Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción (...)".

(3) "Los asientos registrales se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho, o de tercero interesado (...)".

el acto o derecho que será materia de calificación). Por eso está establecido que, como regla general, la inscripción es realizada a instancia o rogación de parte (háblese de los otorgantes del acto o de tercero interesado) y no de oficio por parte del registrador, salvo las excepciones previstas en una determinada norma jurídica. Esta rogatoria se tiene que dar por escrito, sea mediante la solicitud física de inscripción o mediante la solicitud electrónica. Debe quedar claro que la rogatoria contenida en la solicitud de inscripción puede estar direccionada para la inscripción de un acto, derecho o contrato o para realizarse las modificaciones que correspondan; en uno u otro caso, a la rogatoria deben acompañarse las documentaciones respectivas que dará pie a la calificación registral.

Por otro lado, "el principio de rogación, llamado también principio de instancia, de solicitud o de petición, significa que las inscripciones en los Registros Públicos, se extienden necesariamente a solicitud de parte interesada, no procediendo de oficio (salvo las hipotecas legales y las rectificaciones de oficio); la rogatoria o solicitud es necesaria (...). Según este principio el registrador público no puede proceder de oficio respecto a la práctica de los asientos registrales, sino que tiene que actuar a instancia o solicitud de parte, salvo que se trate de una rectificación de oficio por error materia (...). Para efectuar una inscripción en el registro, es necesaria la previa solicitud de persona interesada; sin este requisito el registrador público no se puede proceder a la calificación de un título, y mucho menos a su inscripción" (AMADO RAMÍREZ, p. 249). Esto va relacionado con "la libertad de las personas para formular pedidos" (MORÓN URBINA, p. 606).

Finalmente, cabe precisar que el principio de rogación rige para todos los registros jurídicos administrados por la Sunarp y dentro de ello está el Registro de Personas Jurídicas.

### 1.2. Clases de rogación registral

De acuerdo a las disposiciones indicadas en el numeral anterior y viendo la política digital priorizada por la Sunarp, se ha visto por conveniente clasificar a la rogación de la siguiente manera:

- **Por la forma de su petición, tenemos a la rogación expresa y tácita**

  La rogación expresa es la manifestación de voluntad expresa que consta en el formato de la solicitud de inscripción registral, es decir, consta de manera escrita la petición de la inscripción de un determinado acto o derecho.

  La rogación tácita es la manifestación de una voluntad tácita contenida en los documentos presentados con la solicitud de inscripción[4]; esta rogación tácita se configura porque en la solicitud de inscripción, por error, se solicitó la inscripción del documento y no del acto o derecho inscribible que consta en el documento indicado por el solicitante o porque los demás actos o derechos que no figuran en la rogación expresa lo constan en los documentos adjuntos a ella.

(4) Código Civil de 1984
Art. 141.- Manifestación de voluntad
"(...)
Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia: No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario".

- **Por el medio empleado, tenemos a la rogación documentada y virtual (digital o electrónica). La rogación documentada está referida a que la petición de la inscripción registral consta en el formato físico de la solicitud de inscripción registral**

  La rogación virtual o digital está referida a que la petición de la inscripción registral consta en un formato de solicitud electrónica o digital, el cual ha sido aprobado por la Sunarp. Hoy en día, esta modalidad de rogación virtual está cobrando mucha importancia por los beneficios que brinda al público usuario, como es la simplificación en el procedimiento de inscripción, ahorro de tiempo y dinero para el usuario o administrado y hay garantía de la inalterabilidad del título (no más falsificaciones o suplantaciones de identidades). Por ejemplo, para el Registro de Personas Jurídicas, ahora ya se pueden solicitar virtualmente la inscripción de constitución de asociación[5], constitución de Organización Social de Base (OSB)[6], constitución de empresas (las societarias reguladas en la Ley N° 26887 y la E.I.R.L.)[7], así como otros actos y derechos más que han venido aprobándose por la Sunarp para su inscripción de los demás registros jurídicos[8]; todas estas solicitudes virtuales se realizan a través de la plataforma del Sistema de Intermediación Digital (SID-Sunarp).

### 1.3. Elementos que configuran al principio registral de rogación

Ya hemos dicho que el principio registral de rogación se aplica para todos los Registros Públicos, por lo que es necesario saber, al menos como aspecto general, cuáles son esos elementos que lo configuran. Estos son:

- **Existencia de voluntad en la solicitud de inscripción registral**

  La manifestación de la voluntad de petición de una inscripción debe constar en un formulario de solicitud física o virtualmente.

- **Personas legitimadas para formular la rogación**

  La petición de inscripción puede ser realizada por cualquier persona natural (esta personalmente o a través de su apoderado) o persona jurídica a través de su representante. Sin embargo, para el caso de los instrumentos notariales, está previsto que el notario o su dependiente está legitimado para formular la rogación, pero sus datos deben constar en el Módulo del Sistema Notario.

  En cuanto a los representantes legales o voluntarios, se dice lo siguiente: "La representación legal, también llamada necesaria no se genera en un acto jurídico que de creación a una relación jurídica entre el representante y el representado, como ocurre en la representación voluntaria, por cuanto tiene su origen en la ley, pues así lo precisa el artículo 145 del Código Civil cuando, en su segundo párrafo, hace referencia a la facultad de representación que confiere la ley. La facultad de representación puede dar lugar a la sustitución del representado por el representante, quien deberá actuar en su nombre y en interés, configurando la representación directa, también llamada representación de personas; o, puede dar lugar a la interposición del representante entre el representado y

(5) Aprobada por la Resolución N° 046-2020-SUNARP/SN, de fecha 7 de mayo de 2020.
(6) Aprobada por la Resolución N° 067-2020-SUNARP/SN, de fecha 11 de junio de 2020.
(7) Aprobada por la Resolución N° 045-2020-SUNARP/SN, de fecha 27 de abril de 2020.
(8) Aprobada por la Resolución N° 043-2020-SUNARP/SN, de fecha 11 de marzo de 2020.

el tercero contratante, actuando el representante en nombre propio, pero en interés del representado, configurando la representación indirecta, también llamada representación de intereses" (VIDAL RAMÍREZ, pp. 293 y 305).

## 2. Catálogo de personas jurídicas inscribibles según leyes especiales

Existe una gama de personas jurídicas reguladas no solo por el Código Civil, sino también por otras leyes especiales; hay personas jurídicas lucrativas y no lucrativas, personas jurídicas de Derecho Privado y personas jurídicas de Derecho Público, entre otros. No es momento para hacer toda una estructura global de la clasificación de las personas jurídicas, sino haber indicado lo necesario para comprender el contenido de esta disposición que se está comentando. Sabemos que en nuestro Código Civil están regulados asociaciones, fundaciones, comités, comunidades campesinas y nativas, pero cuáles son las otras personas jurídicas que están reguladas en normas jurídicas especiales. En realidad hay muchas, pero veamos algunas de ellas que son inscribibles en el Registro de Personas Jurídicas:

- Rondas campesinas reguladas por la Ley N° 27908, Organización Social de Base (OSB) regulada por Ley N° 25307, organizaciones de usuarios de agua reguladas por Ley N° 30157, Comité de Administración de Fondo de Asistencia y Estímulo (Cafae) –regulados por el Decreto Supremo N° 006-75-PM-INAP, Decreto de Urgencia N° 088-2001 y Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 015-2002-Sunarp-SN (de fecha 09/01/2002)–, cooperativas regidas por el Decreto Supremo N° 074-90-TR, Comunidad Local de Administración de Salud (CLAS) regida por la Ley N° 29124, clubes deportivos regulados por la Ley N° 29363, asociación de padres de familia en centros educativos públicos regulados por la Ley N° 28628, empresas comunales regidos por el Decreto Supremo N° 004-92-TR, comunidades campesinas reguladas por su Ley N° 24656, entre muchas más que existen.
- Si hablamos de leyes especiales, se entiende también que se involucra a personas jurídicas lucrativas, así tenemos a las empresas societarias reguladas por la Ley General de Sociedades N° 26887 y a la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.) regulada en la Ley N° 21621.

## 3. Analizando el contenido del artículo 2026 del Código Civil

Todo el catálogo de las personas jurídicas indicadas en el artículo 2026 del Código Civil adquieren personalidad jurídica desde el momento de su inscripción en el Libro que le corresponde del Registro de Personas Jurídicas, así como las demás personas jurídicas regidas por leyes especiales como las que han sido mencionadas en el numeral 2 de este comentario. Toda inscripción de constitución de las personas jurídicas mencionadas se realizan a instancia de parte y esto implica el respeto al principio de rogación que hemos explicado líneas arriba. Además, las inscripciones se realizan en cumplimiento del principio de titulación auténtica (sea por instrumento público o documento privado, dependiendo de cada caso) y una vez culminado la calificación registral de manea positiva. Es por eso que cuando se dice que "la inscripción se realiza a solicitud de la persona jurídica" se comprende que el legislador ha querido dejar en claro que la rogatoria sólo será realizada por el representante de la persona jurídica y de ninguna manera puede ser realizada la inscripción de oficio (o sea, por el registrador público). Esta misma regla también comprende a los segundos actos inscribibles que corresponden a cada persona jurídica.

Por otro lado, es necesario traer a colación que esta regla de la rogación de inscripción, para las personas jurídicas regulada en el artículo 2026 del Código Civil vigente, ha desaparecido en el anteproyecto del Código Civil (art. 2026)[9] concluido por el Grupo de Trabajos de Revisión y Mejoras, cuyo contenido es:

**Artículo 2026.- Personas jurídicas reguladas por leyes especiales**

Las cooperativas, empresas de propiedad social, empresas de derecho público, empresas individuales de responsabilidad limitada, rondas campesinas, organizaciones sociales de base, y demás personas jurídicas se inscriben en el Registro de Personas Jurídicas reguladas por leyes especiales.

Creemos que el cambio es un tanto bueno por técnica legislativa, pero no sustancial. El suprimir que las inscripciones se realizan a solicitud de las personas jurídicas, ello en nada cambia porque al final todo está reglado en el principio de rogación que involucra para todos los registros jurídicos. El suprimir a las comunidades campesinas y nativas, creemos que se ha realizado para no llevar a confusión de la doble regulación que tiene, tanto en el Código Civil, por la Ley N° 24656 y Decreto Ley N° 22175; pero eso en nada afecta porque aquellas siguen siendo reguladas en leyes especiales. En vez de hacer estos tipos de reformas que son intrascendentes, lo que sí se debe hacer, aún más por tratarse de una norma jurídica sustantiva, es tratar de consolidar todas estas disposiciones con la Ley N° 26366 y con la regulación del principio de tipicidad.

## DOCTRINA

AMADO RAMÍREZ, Elizabeth Del Pilar. Derecho Registral Inmobiliario. Tomo I. Ediciones Legales, Lima, 2018; MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Tomo I, 12ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2017; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. 9ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

(9) Se dispuso la publicación de dicho anteproyecto mediante Resolución Ministerial N° 0046-2020-JUS, de fecha 5 de febrero de 2020.

## Inscripción de actos de empresas de Derecho Público

**Artículo 2027.-** *En el libro de empresas de derecho público se inscriben los siguientes actos:*

*1.- La ley de creación y sus modificaciones.*

*2.- El reglamento o estatuto y sus modificaciones.*

*3.- El nombramiento, remoción y renuncia de los miembros del órgano de dirección.*

*4.- El nombramiento y facultades de los administradores y representantes.*

*5.- La ley que ordene su disolución, transformación o transferencia.*

*6.- Todos aquellos actos que por disposición de sus normas especiales deba ser inscrito.*

Concordancias:
*C. art. 60; CC. art. 76; LEY N° 27809 arts. 21, 22*

ZEGEL BASILIO SANTOS

## 1. Una mirada constitucional sobre las empresas de Derecho Público

Para el entendimiento de cómo se regula hoy en día a las empresas de Derecho Público y de qué forma se inscribe en el Libro de Empresa de Derecho Público del Registro de Personas Jurídicas, es conveniente partir del marco regulatorio constitucional y para ello transcribimos algunos artículos de las Constituciones Políticas de 1979 y 1993:

**Constitución Política de 1979**

**Artículo 112.-** El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionadas, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.

**Artículo 113.-** El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar los servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

**Constitución Política de 1993**

**Artículo 60.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En principio, nuestra Constitución Política de 1993, según la tendencia actual, está compuesto de tres partes: dogmática (sobre los principios y derechos de las personas), orgánica (sobre la estructura orgánica y social del Estado) y económica (que sustenta el desarrollo económico de la sociedad y del Estado). En segundo lugar, con esta Constitución entró en vigor el modelo económico social de mercado, donde la potestad de la creación de la riqueza pasa a la actividad empresarial privada y donde el Estado de manera subsidiaria y excepcional (pasivo) realiza una actividad empresarial mediante las empresas de Derecho Público (el Estado solo actúa para atender algunas deficiencias de los agentes económicos privados y para

la garantía del bien común). Este modelo económico se diferencia de lo que estaba regulado en la Constitución de 1979, donde el Estado participaba activamente en la creación de empresas de Derecho Público y competía de igual a igual con las empresas privadas. Como vemos, la Constitución de 1993 "ha sancionado el llamado principio de subsidiaridad, lo cual significa que el Estado solo participa en el mercado como agente económico cuando no exista iniciativa privada capaz de satisfacer la demanda" (GUTIÉRREZ CAMACHO, p. 58).

En ambas Constituciones se reconoce la existencia de empresas privadas y de empresas del Estado. Durante la vigencia de la Constitución de 1979, entró en vigor la Ley N° 24948 (1988), Ley que regulaba la actividad empresarial del Estado (empresas de Derecho Público); como aquella ley tenía otra realidad regulatoria que difería del modelo económico previsto en la Constitución de 1993, se puso en vigencia el Decreto Legislativo N° 1031[1] que regula la eficiencia de la actividad empresarial del Estado y deroga a la Ley N° 24948. Toda esta actividad empresarial del Estado regida por las normas indicadas está dirigida por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe) creado mediante Ley N° 27170.

Por último, hay que dejar precisado que las empresas del Estado son creadas por ley, para atender al interés público y cuando haya deficiencia de los agentes económicos privados. La personalidad jurídica de las empresas del Derecho Público son adquiridas por la ley de su creación y que su inscripción en el Libro de Empresas de Derecho Público se torna facultativo.

## 2. Regulación de las empresas de Derecho Público

Para saber cuál es la regulación general de las empresas de Derecho Público, tenemos que remitirnos al Decreto Legislativo N° 1031 y a su Reglamento aprobado con el Decreto Supremo N° 176-2010-EF. En el numeral 4.3 del artículo 4 de dicho decreto legislativo se hace mención a las empresas del Estado de Derecho Público de la siguiente manera: "Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de Derecho Público para el ejercicio de sus funciones. Se organiza bajo la forma que disponga su ley de creación".

Así que todas las empresas del Estado de Derecho Público son creadas por ley u otra norma jurídica que tenga ese mismo rango. Pero, ¿cuáles serían esas empresas del Estado que forman parte del Derecho Público? Lo que se ha dicho es que en nuestro país existen, aproximadamente, 35 empresas estatales y cuyos objetos abarcan varios rubros (economía, social, construcción, electrificación, entre otros). De entre todas ellas, tenemos a algunas como:

- Fonafe: creado con la Ley N° 27170, adscrito al sector de economía y finanzas.
- Banco Central de Reserva (BCR) del Perú: creado por Decreto Ley N° 26123.
- Banco de la Nación (BN): creado con Ley N° 16000.
- Mincetur: creado por Decreto Ley N° 22155.

Así como estas hay muchas empresas más del Estado que forman parte del Derecho Público interno. Que para adquirir personería jurídica no necesita estar inscrito en los Registros Públicos, bastando tan solo con el reconocimiento legal (por ley). Cada empresa del

(1) Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2008 y reglamentado por el Decreto Supremo N° 176-2010-EF.

Estado de Derecho Público se regirá por la disposición indicada arriba, por la ley que creó al Fonafe y por su propia ley de creación.

## 3. ¿Qué es el Libro de Empresas de Derecho Público?

El Libro de Empresas de Derecho Público es un subregistro que forma parte del Registro de Personas Jurídicas, esta al ser parte de los Registros Públicos macro es administrada por la Sunarp. En dicho Libro se inscriben una serie de actos o situaciones jurídicas para su publicidad, conocimiento de terceros y se garantice la seguridad jurídica. Como ya venimos diciendo, las inscripciones en este Libro o subregistro es facultativo (bastando con la publicidad legal de la ley en el diario oficial *El Peruano*, es decir, con ello se consolida su personalidad jurídica y la presunción de conocimiento) a diferencia de las personas jurídicas de Derecho Privado interno que requiere su inscripción en el Libro respectivo del Registro de Personas Jurídicas para que adquieran personalidad jurídica. En ese orden de ideas, en este artículo, que es materia de comentario, se regulan una serie de actos que son inscribibles en el Libro de Empresas de Derecho Público y que constan comentadas detalladamente en el siguiente numeral.

Para que tengan acogida registral los actos inscribibles respecto de las empresas de Derecho Público, las documentaciones que lo sustentan deberán pasar por la etapa de la calificación registral que está a cargo de las instancias registrales: registrador público y Tribunal Registral. La calificación que haga la instancia registral deberá realizar conforme a las reglas previstas en los artículos 31 y 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, a los principios registrales (específicos y generales), a las disposiciones contenidas en el Libro IX del Código Civil y demás normas jurídicas que correspondan ser aplicadas.

## 4. Actos o situaciones jurídicas inscribibles en el Libro de Empresas de Derecho Público

El artículo 2027 del Código Civil detalla qué es lo que se puede inscribir en el Libro de Empresas de Derecho Público que forma parte del Registro de Personas Jurídicas. Claro que no se inscriben cualquier acto, sino los que tengan relevancia y regulación expresa; entre estas tenemos a los siguientes:

### 4.1. La ley de creación y sus modificaciones

Las empresas del Estado que pertenecen al Derecho Público son creadas por ley o con otras normas jurídicas de igual jerarquía. No basta que la ley sea aprobada por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo (cuando haya delegación de facultades legislativas), sino que debe ser publicada en el diario oficial *El Peruano*. Con esta publicación se consolida la personalidad jurídica de la empresa del Estado y la presunción de conocimiento por la sociedad. Su inscripción en el Libro de Empresas de Derecho Público del Registro de Personas Jurídicas es facultativa[2]; pero si desean inscribir la constitución o reconocimiento, ¿qué debe presentarse para la calificación registral? Primero, deberá constar la voluntad de inscripción y el acto de constitución inscribible en el formato de solicitud de inscripción, así como, mediante solicitud adicional, precisar el número de ley con el que fue creada la empresa de Derecho Público

(2) Así consta regulado en el artículo 27 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas, aprobado por Resolución N° 038-2013-SUNARP/SN: "La inscripción de la persona jurídica en el Registro de Personas Jurídicas creadas por ley tiene carácter declarativo y es facultativa (...)".

y la fecha de publicación en el diario oficial *El Peruano*; segundo, pagar la tasa registral respectiva. Entonces, el registrador al momento de realizar la calificación registral verificará el contenido de la ley indicada, de ser positiva procederá con la inscripción.

Hay una cosa que debe quedar claro, si en la ley de creación constara el estatuto no habría problema para la creación de la partida registral; de lo contrario, si se aprobó con diferentes leyes, se tendrá que indicar los datos de ambas normas jurídicas para ser sometida a calificación registral. Pero si en la ley de creación se indica que el estatuto deberá ser aprobado por la misma persona jurídica, deberá acompañarse la copia certificada del acta de la asamblea donde se aprobó el estatuto, así como adjuntar la constancia de convocatoria y cuórum (art. 27 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas).

En caso hubiera modificación de la denominación de la empresa del Estado de Derecho Público, su inscripción se hará siguiendo la misma formalidad.

### 4.2. El Reglamento o estatuto y sus modificaciones

Este acto inscribible va ligado con el acto explicado en el numeral 4.1. Si hubiera alguna modificación del estatuto de la empresa de Derecho Público también se seguirá con la misma formalidad prevista en el mismo numeral, pero al final todo dependerá de cómo está regulado en el estatuto y en la ley de creación de la empresa estatal.

¿Qué es un estatuto? Se entiende que es un reglamento interno por el cual se regirá alguna empresa de Derecho Público. Asimismo, "el estatuto es imprescindible para la constitución de cualquier persona jurídica" (FERNÁNDEZ SESSAREGO, p. 289).

### 4.3. El nombramiento, la remoción y la renuncia de los miembros del órgano de dirección

Estos órganos de dirección dependerán de cómo esté previsto en su estatuto o ley de creación. Cualquiera de los órganos de dirección que existan será inscribible en el Libro de Empresas de Derecho Público, es decir, su nombramiento, remoción o renuncia; por ejemplo, aquí juega un rol muy importante el directorio de una empresa de Derecho Público.

### 4.4. El nombramiento y las facultades de administradores y representantes

También serán inscribibles nombramientos y facultades que se les otorguen a los administradores y representantes de las empresas de Derecho Público. Para el nombramiento y otorgamiento de facultades, también deberá seguirse las reglas previstas en el estatuto y en la ley de creación de la empresa estatal.

### 4.5. La ley que ordene su disolución, transformación o transferencia

Así como una empresa de Derecho Público tiene su nacimiento, también está sujeto a su extinción; esta extinción se hace por ley y previa disolución que también es aprobada por ley. Las empresas de Derecho Público pueden transformarse en otras personas jurídicas o ser transferidas, según ley que así lo disponga. "La transformación de una persona jurídica, además de ser una forma de reorganización, entraña una variación de gran trascendencia en la organización societaria" (ELÍAS LAROZA, p. 364). Todos estos actos que son sumamente relevantes son inscribibles en la partida registral de la empresa estatal del Registro de Personas Jurídicas.

La inscripción de la extinción de la empresa de Derecho Público genera el cierre de la partida registral, así consta previsto en el artículo 94 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

### 4.6. Todos aquellos actos que por disposición de sus normas especiales deban ser inscritos

Existen otros actos más que son inscribibles y que constan reguladas en sus normas especiales, así como pueden incorporarse otros actos como inscribibles conforme a ley. Vemos que aquí prevalece el principio registral de tipicidad y el principio registral de prevalencia.

## 5. Existencia de un anteproyecto modificatorio intrascendente

El contenido actual del artículo 2027 del Código Civil ha sido modificada en su integridad por el anteproyecto del Código Civil (art. 2026)[3], concluido por el Grupo de Trabajos de Revisión y Mejoras, lo cual consideramos que es correcta por dos razones: porque se está ante una persona jurídica (empresa de Derecho Público) que ya no requiere inscripción en los Registros Públicos y porque los actos inscribibles ya se pueden desprender de los 2024, 2025 y 2026 del Código Civil. En ese sentido, el contenido del artículo 2027 del Código Civil en el anteproyecto tiene el siguiente contenido:

> **Artículo 2027.- Actos inscribibles en el Registro de Personas Jurídicas reguladas por leyes especiales**
>
> En el Registro de Personas Jurídicas reguladas por leyes especiales se inscriben los actos previstos en el artículo 2025, en cuanto les sean aplicables; así como, las normas legales que las regulan.

Como las empresas de Derecho Público son creadas por leyes especiales, con este proyecto lo único que se logra es una legislación remisiva a lo regulado en el artículo 2025 del Código Civil. En el fondo, este nuevo contenido, definitivamente, no tiene trascendencia jurídica ni registral. Una vez más, se está diciendo algo que ya está regulado en los demás artículos relacionado al Registro de Personas Jurídicas que constan en el Código Civil.

## DOCTRINA

ELÍAS LAROZA, Enrique. Derecho Societario peruano. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2015; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. 11ª edición, Grijley, Lima, 2009; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Comentario del artículo 60 de la Constitución Política". En: La Constitución comentada. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

## JURISPRUDENCIA

**TRIBUNAL REGISTRAL**

**Inscripción de la renuncia al cargo de órgano directivo**

*En ese sentido, al socio elegido como miembro de un órgano directivo que renuncia de "manera inmediata" no puede considerarse que ha ejercido el poder o en todo caso que ha concentrado el poder por más tiempo del establecido estatutariamente. Sin embargo, siendo que la renuncia implica la vacancia del cargo, dicho acto debe ser inscrito en su oportunidad para conocimiento de los terceros que confían en el Registro para realizar actos jurídicos o transacciones económicas* ***(Resolución Nº 665-2009-SUNARP-TR-L).***

(3) Se dispuso la publicación de dicho anteproyecto mediante Resolución Ministerial Nº 0046-2020-JUS, de fecha 5 de febrero de 2020.

## Inscripción de la persona jurídica

**Artículo 2028.-** *La constitución de la persona jurídica se inscribe en el registro correspondiente a su domicilio.*

*No se requiere el otorgamiento de escritura pública para la inscripción del nombramiento de representantes, mandatarios y otorgamiento de poderes. Para su inscripción basta la presentación de copia notarialmente certificada de la parte pertinente del acta en que consta el respectivo acuerdo(*).*

*En la constitución de personas jurídicas, modificación de estatutos o reglamento que importe un cambio de nombre, el derecho a la reserva de preferencia registral de nombre es aplicable por un plazo de 30 días hábiles, vencido el cual caduca de pleno derecho (**).*

*No se podrá adoptar un nombre igual al de una persona jurídica en formación que goce del derecho de reserva o esté inscrita en el Registro correspondiente (**).*

Concordancias:
*C.C. arts. 2024 a 2027; LEY 26887 arts. 5, 6, 7, 9, 10, 14, 15, 16, 18, 46; R.R.S. art. 2, 6, 15 a 23*

## Inscripción de personas jurídicas constituidas en el extranjero

**Artículo 2029.-** *Las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país.*

Concordancias:
*C.C. art. 2073; LEY 26887 arts. 5, 6, 9, 21; R.R.S. art. 2*

**OSWALDO ARIAS MONTOYA**

El papel del Registro en hacer visible la existencia de las personas jurídicas es fundamental para el desarrollo de las relaciones jurídicas; en particular, las de relevancia patrimonial. En la antigüedad, no se concebía que ninguna forma de asociación privada pudiera ser considerada como sujeto de derecho. Pero gracias a la presunción general de cognoscibilidad de los registros públicos tal concepción ha sido posible alcanzando la persona jurídica plena tutela de derechos en la medida que su equiparación a la persona natural sea verdaderamente posible.

La primera regla del artículo que comentamos es la de la obligatoriedad de inscribir a la persona jurídica en el registro correspondiente a su domicilio. Ello porque conforme al principio registral de especialidad, tratándose de personas jurídicas debe existir una sola fuente de información (partida registral) sobre los aspectos fundamentales de carácter jurídico que habiliten a cualquier persona jurídica a interactuar con las demás personas naturales o jurídicas, estableciendo relaciones obligatorias o como regla de responsabilidad. Es natural entonces que se determine como oficina registral competente la del domicilio social.

Desarrollando la norma en comentario, el artículo 1 del Reglamento de Inscripciones del Registros de Personas Jurídicas indica en sus primeros párrafos lo siguiente:

> "Las inscripciones previstas en este Reglamento se efectuarán en el Registro de la Oficina Registral correspondiente al domicilio de las personas jurídicas o de sus sucursales, respectivamente.

(*) Segundo párrafo incorporado por la Ley N°25372 del 27/12/1991.
(**) Tercer y cuarto párrafos incorporados por la Ley N° 26364 del 02/10/1994.

En el caso de personas jurídicas creadas por ley, a falta de indicación de domicilio en la ley de creación o en su estatuto, se inscribirán en la Oficina Registral de Lima".

Respecto de la representación de las personas jurídicas que en nuestro Código Civil son la asociación, la fundación y el comité, nuestro Código Civil en su artículo 77 señala que la existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley; estableciendo como consecuencia jurídica de la no inscripción oportuna que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Y como sanción se prevé que si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros. Es decir, el levantamiento de velo que separa el patrimonio personal de los constituyentes del patrimonio social.

Por lo tanto, la representación requiere estar inscrita. Tratándose concretamente de la asociación, el estatuto, que debe contener la designación del primer consejo directivo, se formaliza por escritura pública, de acuerdo al artículo 81 del mismo Código. En el caso de la fundación, el artículo 101 también señala que en la escritura de constitución debe indicarse la designación del administrador o administradores. Y en el caso del comité, el artículo 112 permite su constitución mediante instrumento privado con firmas legalizadas. Sin embargo, el Código omite regular de manera detallada el acceso al Registro de los actos posteriores referidos a la representación de estas personas jurídicas, tales como los referidos a la renovación de los integrantes de los órganos sociales, la remoción de todos o cada uno de ellos, el nombramiento de apoderados, entre otros, refiriendo en forma genérica que es la copia certificada el título idóneo para tal fin.

Este vacío ha sido llenado por el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas que en su artículo 6 señala lo siguiente:

"**Artículo 6.- Copia certificada**

La inscripción de los nombramientos de órganos o representantes, su renovación, remoción, renuncia, modificación o sustitución, la declaración de vacancia o de suspensión en el cargo; sus poderes y facultades, ampliación, revocación, sustitución, delegación o reasunción de estos, se efectuará en mérito de copia certificada por notario o, en su defecto por el juez de paz en los casos establecidos por disposiciones legales, del acta que contenga el acto o acuerdo. La copia certificada consistirá en la transcripción literal de la integridad o de la parte pertinente del acta, mecanografiada, impresa o fotocopiada, con la indicación de los datos de la certificación del libro u hojas sueltas, folios de los que consta y donde corren los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido".

Conforme al artículo 104 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N° 1049:

"El notario expedirá copia certificada que contenga la transcripción literal o parte pertinente de actas y demás documentos, con indicación, en su caso, de la certificación del libro u hojas sueltas, folios de que consta y donde obran los mismos, número de firmas y otras circunstancias que sean necesarias para dar una idea cabal de su contenido".

Se trata por tanto de un instrumento extraprotocolar en el que el notario no da fe de identidad, no redacta el documento, no conserva la matriz, sino que realiza una certificación de transcripción del acta contenida en un libro social. Es de remarcarse que, debido a esta atenuación del principio de titulación auténtica o instrumentación pública que recoge el artículo 2010 del Código Civil (la inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria), en estos actos inscribibles se produjeron una serie de inscripción indebidas basadas en falsificaciones de estos instrumentos, pues resultaba una práctica común de la mafia documentaria (puede recordarse al grupo delincuencial asociado a un abogado de apellido Orellana) el clonar libros sociales (particularmente de actas) o extender actas fraudulentas en libros auténticos.

Por todo ello, mediante disposición complementaria contenida en el Decreto Supremo N° 006-2013-JUS, se dispuso que:

> "(...) cuando se trate de Actas de las sociedades comerciales o civiles, estas serán certificadas por el Gerente General con nombramiento inscrito, quien al final del Acta declarará bajo su responsabilidad que los socios o accionistas sean efectivamente tales y que sus firmas corresponden a los mismos. Además, la firma del gerente en esta declaración, deberá estar certificada notarialmente. Adicionalmente, la emisión de la copia certificada notarial deberá ser solicitada por el gerente, quien acreditará con el documento registral o mediante consulta en línea su nombramiento correspondiente. Tratándose de asociaciones, fundaciones, y otras entidades distintas de las sociedades civiles o comerciales, tales como cooperativas, u otras, dicha responsabilidad recaerá en el Presidente".

Es cierto que el prescindir de la escritura pública para inscribir determinados actos y optar por la copia certificada de acta, en la que el notario no conforma la voluntad de las partes, no da fe de identidad, ni de capacidad, ni de lectura, ni de suscripción ante él es un riesgo, pero resulta poco razonable el intentar atenuarse dicho riesgo sobreponiendo a un instrumento extraprotocolar (copia certificada) otro adicional (certificación de firmas), confiando en la supuesta infalibilidad del lector de huellas biométrico. Pero, sobre todo, se está haciendo complejo y difícil el acceso al registro que, precisamente, la recurrencia a la copia certificada quería hacer más sencillo.

En relación con el nombre de las personas jurídicas, nuestra legislación trata de impedir que se presente la homonimia, lo que sin duda es una diferencia muy significativa con las personas naturales donde tal prohibición no existe. Esta opción legislativa tiene como clara finalidad el evitar la confusión entre los que recurren a la publicidad registral para conocer a la persona jurídica con la que pretenden interactuar jurídicamente, y evitar el indebido aprovechamiento de la buena reputación de la persona jurídica anteriormente inscrita con la que pretende acceder de forma posterior al registro.

Por ello, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas señala lo siguiente:

> **"Artículo 28.- Inscripción del nombre**
>
> No procederá la inscripción del nombre completo o abreviado de una persona jurídica cuando:
>
> a) Induzca a error o confusión sobre el tipo de persona jurídica;

b) Haya igualdad con otro nombre completo o abreviado, sea cual fuere el tipo de persona jurídica inscrita con anterioridad o amparada por la reserva de preferencia registral, durante el plazo de vigencia de esta;

c) El nombre abreviado no esté compuesto por una o más palabras o primeras letras o primeras sílabas de todas o algunas de las palabras que integran el nombre completo, en el orden que este se presente.

También existe igualdad en las variaciones de matices de escasa significación, tales como el uso de las mismas palabras en distinto orden o en singular y plural; o, con la adición o supresión de artículos, espacios, preposiciones, conjunciones, tildes, guiones o signos de puntuación.

Excepcionalmente, procederá la inscripción del nombre completo o abreviado en los supuestos del párrafo anterior, si la persona que tiene su derecho al nombre protegido conforme a las disposiciones legales vigentes, autoriza su uso mediante decisión del órgano competente".

Asimismo, los artículos 31 al 35 de dicho reglamento registral desarrollan de manera minuciosa la reserva de preferencia registral para salvaguardar el nombre de la persona jurídica, sea en el proceso de constitución o cuando pretende la modificación del mismo.

Finalmente, cabe señalar algunas precisiones sobre el artículo 2029 del Código Civil, el cual establece que las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país.

Sobre este artículo, es preciso citar lo establecido en los últimos parágrafos del artículo 1 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas:

"Las inscripciones de las personas jurídicas o sucursales de personas jurídicas constituidas o establecidas en el extranjero se realizarán en el Registro de la Oficina Registral correspondiente al lugar que señalen como domicilio en el país y en su defecto en el que señale el representante. A falta de indicación se inscribirán en la Oficina Registral de Lima.

Los poderes otorgados por una persona jurídica extranjera que no tenga sucursal en el lugar donde deban inscribirse o cuyo reconocimiento no se haya inscrito, se inscribirán en el lugar indicado en el poder y en su defecto en el que señale el apoderado. A falla de indicación del apoderado se inscribirán en la Oficina Registral de Lima".

Inscribir la existencia de una persona jurídica extranjera en nuestro país, o la mera constitución de una sucursal o establecimiento permanente en nuestro país, necesariamente indica que se van a realizar actividades de manera constante o continua, lo que requiere una identificación plena a través de una inscripción en partida registral propia.

Tratándose de actividades esporádicas o eventuales debe recurrirse a la inscripción de apoderado especial, para cuyo fin –y en atención al principio de especialidad– igualmente deberá abrirse partida registral propia.

# JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

Importancia de la denominación de la persona jurídica en las relaciones jurídicas

*Debe tenerse en cuenta que siendo la denominación el elemento que vincula a la persona jurídica con el entorno en el que se desenvuelve, el mensaje que este elemento proporcione debe ser claro -o por lo menos neutral-, es decir, debe permitir que los terceros se vinculen adecuadamente con la persona jurídica y no que sean inducidos a error sobre su verdadera naturaleza, alcances y limitaciones (**Resolución** N° 055-2009-SUNARP-TR-L).*

# TÍTULO IV
# REGISTRO PERSONAL(*)

## Actos y resoluciones inscribibles

**Artículo 2030.-** *Se inscriben en este Registro:*

1. *Las resoluciones o escrituras públicas en que se establezca o modifique la designación, apoyos y salvaguardias de personas naturales(**).*
2. *Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas(***).*
3. *Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad.*
4. *Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia.*
5. *Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles.*
6. *Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.*
7. *El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.*
8. *La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia(****).*
9. *Las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen sin efecto (SIC)(*****).*
10. *Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial(******).*

---

Concordancias

*C.C. arts. 43, 44, 47, 49, 63, 67, 274 y ss., 295, 296, 297, 332, 346, 348, 356, 502, 520, 549, 550, 554; C.P.C. art. 793; LEY N° 27809 art. 21*

**JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO**

## 1. Introducción

De acuerdo con el principio de especialidad, los registros jurídicos pueden organizar sus partidas registrales en razón de los bienes o de las personas. Esta forma de organización constituye en sí dos técnicas de inscripción, denominadas folio real y folio personal.

---

(*) El Título IV (Registro Personal, arts. 2030 al 2035) fue derogado por la sétima disposición final de la Ley N° 26497 del 12/07/1995 y, posteriormente, reincorporado por el artículo 1 de la Ley N° 26589 del 18/04/1996.

(**) Texto del inciso 1 según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

(***) Texto del inciso 2 según modificatoria efectuada por la Ley N° 28413 del 11/12/2004.

(****) Texto del inciso 8 según modificatoria efectuada por la Ley N° 27809 del 08/08/2002.

(*****) Inciso 9 incorporado por la Ley N° 29633 del 17/12/2010. Texto del mismo según modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1384 del 04/09/2018.

(******) Inciso 10 incorporado por la Ley N° 30007 del 17/04/2013.

El folio real es la técnica de inscripción utilizada generalmente para los registros de bienes, en los cuales el elemento esencial para abrir una partida registral es el bien y no la persona. En esta partida abierta se inscribirán todos los actos y los derechos relativos al bien.

Por el contrario, en los registros que utilizan el folio personal, por cada persona se abre una partida registral. Esta técnica registral es utilizada por el Registro de Personas Naturales y por el Registro de Personas Jurídicas.

En esa línea, el artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos señala que en el caso del Registro de Personas Naturales y en cada registro que lo integra (el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes), se abrirá una sola partida por cada persona natural en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles.

Excepcionalmente, la citada norma también dispuso que podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral. Es así que el artículo 1 de la Resolución Nº 067-2002-SUNARP/SN comprendió en esta excepción al Registro Personal, permitiendo que la apertura de una partida sea también por una sociedad conyugal, para efectos de la inscripción de la separación de patrimonio, la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos o la reconciliación, en vez de abrir una partida registral por cada cónyuge para inscribir tales situaciones jurídicas.

Conforme lo establecen los artículos 152 y 153 del Reglamento de las Inscripciones, se abrirá una partida para cada acto jurídico. En el primer asiento, se inscribe la resolución consentida del juez que ordena la inscripción de cada hecho o acto jurídico, y en los asientos sucesivos, las resoluciones que modifiquen o revoquen los mismos, así como las cancelaciones que ordene el juez o que resulten de los documentos, según los casos. Asimismo, se llevará un índice alfabético al pie de este libro con los nombres de todas las personas que aparezcan afectadas por razón de actos inscritos en él.

Ahora bien, en relación con los actos inscribibles consignados en este artículo, consideramos que no se restringen a los mismos, pues conforme se señala en la exposición de motivos[1], los reglamentos correspondientes podrán ampliar lo que puede inscribirse en este Registro, respetando el sentido de la norma en comentario. No creemos que la falta de reglamentos sea impedimento para la inscripción de actos en este Registro, pues puede haber casos que merezcan ser conocidos por terceros cuyo supuesto no sea taxativamente señalado. Es por ello que dependerá mucho de la interpretación que realice el registrador para determinar la inclusión o exclusión de la publicidad registral.

Al respecto, Luis Aliaga expresa que el criterio para determinar qué actos son inscribibles vendría dado, en primer lugar, por la ley y, en segundo, de manera excepcional, por la interpretación de carácter restringido que realice el registrador en determinadas circunstancias, a fin de determinar aquellos actos o contratos que afecten a los terceros[2].

(1) Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Registros Públicos. Separata especial de *El Peruano*, publicada el 19 de noviembre de 1990, p. 26.

(2) ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. "Apuntes sobre la publicidad registral y sus particularidades en el Registro de Personas Naturales y Jurídicas". En: *Derecho Registral*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 196.

## 2. Análisis de los supuestos contemplados por la norma

### 2.1. Inscripción de resoluciones o escrituras públicas sobre la designación de apoyos y salvaguardas de las personas naturales (Inciso 1)

El texto original de este inciso se refería a las resoluciones en que se declare la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas, norma que se refería a los fallos judiciales dictados como consecuencia de un proceso de interdicción civil, pues a través de dicho proceso se podía restringir la capacidad de las personas, tal como se desprendía del texto original del artículo 581 del Código Procesal Civil.

No obstante, el Decreto Legislativo N° 1384, norma que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, modificó y derogó diversas normas del Código Civil y del Código Procesal Civil, reconociendo la capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, esto con la finalidad de concordar el Código Civil con lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú y con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, los cuales fueron ratificados por Perú.

Como es de conocimiento púbico, antes del Decreto Legislativo N° 1384, el Código Civil establecía que los representantes legales de los denominados incapaces absolutos (a quienes se referirían los numerales 2 y 3 del texto original del artículo 43) y de los denominados incapaces relativos (a quienes se referían los hoy derogados numerales 2 y 3 del artículo 44) eran los curadores.

En cambio, en la actualidad, las personas con discapacidad, conforme al artículo 45-B del Código Civil, pueden manifestar su voluntad, por lo que podrán nombrar notarialmente apoyos y salvaguardias; no obstante, para el caso de aquellas personas que no puedan manifestar su voluntad, será el juez quien les nombrará apoyos y salvaguardias.

Al respecto, Oré Guerra y Giurfa Chávez nos indican "que las personas con discapacidad no necesitan sustituciones, ya que lo que se busca es que ellos mismos ejerzan sus derechos designando apoyos necesarios"[3]. Así, según el cuadro elaborado por las mencionadas autoras, se puede resumir el contenido del artículo 45-B del Código Civil en el siguiente cuadro:

**Cuadro resumen del contenido del artículo 45-B del Código Civil[4]**

| Manifestación de voluntad de la persona con discapacidad | Aplicación de la designación de apoyos y salvaguardias notarialmente | Aplicación de la designación de apoyos y salvaguardias judicialmente |
|---|---|---|
| Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad. | Aplica | Aplica |
| Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad. | No aplica | Aplica |
| Las personas que se encuentren en estado de coma. | No aplica | Aplica |

(3) ORÉ GUERRA, Gladys y GIURFA CHÁVEZ, María Alejandra. "Medidas normativas con respecto al reconocimiento de la igualdad de condiciones, la capacidad jurídica y los derechos de las personas con discapacidad". En: *Actualidad Jurídica* N° 308. Gaceta Jurídica, Lima, 2019, p. 62.

(4) Ídem.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la norma bajo comentario, podemos decir que esta se refiere a los actos que instituyan o modifiquen la designación de apoyos o salvaguardias; sin embargo, a efectos de la aplicación de esta norma, se requiere hacer la distinción si el título es otorgado notarial o judicialmente.

En tal sentido, si el nombramiento de la designación del apoyo y salvaguardia es otorgado notarialmente, entonces el título suficiente para su inscripción será el parte notarial respectivo.

No obstante, para la inscripción de las resoluciones judiciales de nombramiento de apoyo y salvaguardia, se requerirá parte judicial que debe contener el oficio del juez y las copias de la resolución que ampara la demanda y de la resolución que declara consentida o ejecutoriada la misma.

En aplicación de los artículos 149 y 122 del Código Procesal Civil, tales copias deberán estar certificadas por el secretario de juzgado y las resoluciones suscritas por el juez y el auxiliar jurisdiccional, respectivamente.

Por lo expuesto, se puede concluir que el inciso en comentario comprende en gran medida los actos de inscripción contenidos en el inciso 3, esto es, las sentencias de interdicción e inhabilitación y las que declaran la pérdida de la patria potestad como consecuencia de una sentencia penal.

### 2.2. Inscripción de resoluciones acerca de desaparición, ausencia, muerte presunta, ausencia por desaparición forzada y reconocimiento de existencia (Inciso 2)

Conforme se desprende del artículo 47 del Código Civil, si se acredita la desaparición por más de sesenta días, se puede solicitar al juez la designación de un curador interino a fin de que administre los bienes del desaparecido. Tal nombramiento no procederá en el caso de que el desaparecido tenga un apoderado o mandatario cuyo nombramiento esté inscrito en el Registro de Mandatos y Poderes.

En tal sentido, el objetivo del artículo 47 del Código mencionado no es la declaración de desaparición, sino simplemente el nombramiento de un curador interino, tanto es así que en caso que el desaparecido cuente con representante no procederá la designación del curador.

En consecuencia, tal como lo expresa Juan Espinoza Espinoza, la desaparición no debería ser susceptible de inscripción en el Registro Personal, pues la sentencia no declarará la desaparición, sino simplemente nombrará al curador interino a que se refiere el primer párrafo del citado artículo 47, el mismo que se deberá inscribir en el Registro de Mandatos y Poderes[5].

Con relación a la declaración de ausencia, el mismo autor considera que sí es relevante el reconocimiento judicial del estatus de la persona, por lo que es procedente su inscripción en el Registro Personal. Sin embargo, respecto a este punto discrepamos con él, puesto que, si bien es cierto es importante publicitar el nuevo estatus de la persona, no advertimos que tal inscripción impida al ausente, en caso de que aparezca, otorgar poderes o transferir sus bienes.

Es cierto, según se desprende de los artículos 49 y siguientes del Código Civil, que los efectos de la declaratoria de ausencia son entregar la posesión de los bienes del ausente a sus herederos forzosos o en su defecto al curador, así como extinguir los mandatos y los poderes



(5) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 608.

otorgados por el ausente, para lo cual se deberá inscribir la declaratoria en el Registro de Mandatos y Poderes.

Entonces, si la declaratoria de ausencia no limita los derechos del ausente, sino que extingue sus actos de representación y entrega la posesión de sus bienes a sus herederos (o al curador interino nombrado con la declaratoria de desaparición), podemos concluir que la inscripción de la declaración de ausencia en el Registro Personal no genera ningún efecto, pues ni siquiera constituye un acto previo para la inscripción de la muerte presunta, debido a que, según del artículo 63 del Código Civil, la declaración de ausencia no es requisito para la declaración de muerte presunta.

No obstante, la inscripción de la declaratoria de desaparición y de ausencia constituyen actos previos para la inscripción del nombramiento de curador en este mismo Registro (el Personal). Aun cuando la declaratoria de ausencia tiene, como uno de sus efectos, la extinción de los mandatos y los poderes otorgados por quien anteriormente fue declarado desaparecido (esto es, con implicancias registralmente publicitarias correspondiente al Registro de Mandatos y Poderes), la norma bajo comentario exige que dicho estado se inscriba en el Registro Personal.

Ahora bien, debido a que el artículo en comentario permite la inscripción de la ausencia, cabe preguntarnos cuál sería el título suficiente para la cancelación del asiento registral.

De acuerdo con el artículo 59 del Código, los efectos de la declaración de ausencia cesan por:

i. Regreso del ausente.

ii. Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.

iii. Comprobación de la muerte del ausente.

iv. Declaración judicial de muerte presunta.

En nuestra opinión, en los dos primeros supuestos se requerirá que el presunto ausente presente ante el Registro una sentencia en la cual se reconozca su presencia y se ordene la cesación de los efectos de la sentencia, según se desprende del artículo 794 del Código Procesal Civil.

No obstante, estimamos que la no inscripción de la sentencia del reconocimiento de presencia no será impedimento para que se inscriba el mandato o poder otorgado por el ausente, así como las transferencias efectuadas por aquel o por sus representantes, por cuanto la declaratoria de ausencia no tiene como efecto limitar los derechos del ausente, sino simplemente nombrar a un administrador de sus bienes.

Por ello, consideramos que solo será necesario que el notario dé fe de que la persona que suscribe el acto corresponde al titular de los bienes para que tales actos se inscriban. Concluir que, para la inscripción de tales actos, se requiere la inscripción previa de la sentencia de reconocimiento de presencia es privar de efectos a los incisos 1 y 2 del referido artículo 59.

Por otro lado, según la modificatoria efectuada al presente artículo por la segunda disposición final de la Ley Nº 28413, Ley que regula la ausencia por desaparición forzada durante el periodo 1980-2000, también se inscribe en este Registro la desaparición forzada regulada por la citada Ley, la cual se hará en mérito a la sentencia expedida por el juez de paz letrado (artículo 11.3).

Los efectos de la declaración de ausencia por desaparición forzada corresponden a los de la declaración judicial de muerte presunta establecida en el Código Civil y permiten dar inicio a las acciones que correspondan. En tal sentido, se entiende que esta declaración originará la extinción de los mandatos y los poderes que hubiera extendido el desaparecido y producirá la apertura de la sucesión, por lo que procederá la inscripción de su sucesión intestada.

Cabe señalar que, si el ausente reaparece con vida, deberá tramitar su reconocimiento de existencia, cuya sentencia deberá inscribirse en el Registro Personal a fin de cancelar la inscripción de ausencia.

En caso de fallecimiento o de declaración de muerte presunta del ausente, bastará la partida de defunción o inscribir la muerte presunta para que se cancele el asiento de inscripción de ausencia.

Por último, en cuanto a la muerte presunta, consideramos que su inscripción en este Registro constituirá acto previo para la inscripción de la sucesión intestada o la ampliación del testamento del causante.

### 2.3. Inscripción de la inhabilitación, interdicción o de la pérdida de la patria potestad (Inciso 3)

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1384, los procesos de interdicción solo proceden para nombrar curador a las personas señaladas en los incisos 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 44 del Código Civil, es o es, para los pródigos, quienes incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y quienes sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

La interdicción es una situación judicialmente reconocida porque, para que el juez declare interdicto a una persona, debe llegar a la certeza de que el sujeto se encuentra inmerso en los supuestos de capacidad restringida establecidos en la ley.

Asimismo, el inciso en comentario incluye a las sentencias penales que inhabiliten al condenado para la obtención de mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; para el ejercicio, por cuenta propia o por intermedio de tercero, de profesión, comercio, arte o industria; o para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, tal como lo disponen los numerales 2, 3 y 5 del Código Penal.

En cuanto a la pérdida de la patria potestad, como se desprende de lo mencionado, puede disponerse tanto en un proceso penal como en uno civil, y en ambos casos se requerirá que la sentencia esté consentida o ejecutoriada.

En nuestra opinión, la publicidad de este acto tiene por finalidad poner en conocimiento de terceros cuál de los padres no está autorizado para celebrar en representación del menor contratos sobre sus bienes.

Por otra parte, cabe señalar que la inscripción de la pérdida de la patria potestad por ambos padres constituirá un acto previo para registrar el nombramiento de tutor del menor.

Ahora bien, el título suficiente para la inscripción de las sentencias de interdicción, inhabilitación o pérdida de la patria potestad será el oficio del juez y las copias de la resolución que ampara la demanda y de la resolución que declara consentida o ejecutoriada la misma. Las copias deben estar certificadas por el secretario de juzgado y las resoluciones suscritas por el juez y el auxiliar jurisdiccional respectivo.

### 2.4. Inscripción de las facultades del tutor y el curador, remoción, finalización, cese y renuncia (Inciso 4)

A fin de inscribir el nombramiento y las facultades del tutor de un menor por pérdida de la patria potestad de sus padres, consideramos que es necesario que tal hecho (pérdida de la patria potestad) se encuentre registrado.

En caso de orfandad del menor, el cargo de tutor recaerá en la persona que su padre, abuelo o abuela (en caso de tutela legítima) o testador (en casos de que el heredero o legatario no tenga tutor) designen como tutor en su testamento o por escritura pública. A falta de tutor nombrado por testamento o por escritura pública, el juez designará a los abuelos o demás ascendientes.

A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.

El título suficiente para la inscripción del nombramiento de cargo de tutor será la resolución judicial del discernimiento del cargo por el cual el juez encarga a una persona el ejercicio del cargo o tutor[6].

Asimismo, se deberán adjuntar los partes expedidos por el notario en cuyo despacho se ha protocolizado el expediente sobre inventario en el que indiquen los bienes inmuebles pertenecientes a la persona sujeta a tutela, así como la constitución de garantía hipotecaria o mobiliarias, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquellas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, no estará obligado a otorgar garantías.

Las garantías mobiliarias e hipotecarias deberán inscribirse en su respectivo Registro adjuntando el título suficiente para su inscripción.

Los títulos suficientes para inscribir la extinción de la tutela son:

i. Muerte del menor: copia certificada de su partida de defunción.

ii. Mayoría de edad del menor: copia certificada de su partida de nacimiento o, en su defecto, un certificado del Reniec en el que consigne su fecha de nacimiento.

iii. Matrimonio del menor: copia certificada de su partida de matrimonio.

iv. Obtención de título para el ejercicio de una profesión u oficio: constancia de la institución que otorgó el título.

v. Retorno a la patria potestad: documentación sustentatoria que acredite tal hecho.

Por otra parte, para la inscripción del cese del cargo del tutor por:

i. Muerte: se deberá presentar copia certificada de la partida de defunción del tutor; sin embargo, sus herederos estarán obligados a continuar con la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.

ii. Aceptación de la renuncia: se deberá presentar el acta del consejo de familia en el que se acepta la renuncia; no obstante, el tutor deberá ejercer el cargo hasta que se le releve.

(6) SOKOLICH ALVA, María Isabel. "Discernimiento del cargo de tutor". En: *Código Civil comentado*. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 364.

iii. Por quiebra: la declaración judicial que declara en quiebra al tutor, la cual deberá estar inscrita en el Registro Personal.

iv. Por la no ratificación: el acta del consejo de familia en el que no se ratifique en el cargo al tutor.

v. Por remoción: se deberá presentar la resolución judicial que remueva al tutor del cargo.

En cuanto a la inscripción del nombramiento de curadores para la administración de los bienes de los pródigos, quienes incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y quienes sufren pena que lleva anexa la interdicción civil o de quienes sufren pena de inhabilitación para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros comercio o industria (artículo 36, inciso 4, del Código Penal), se requerirá que obre inscrita la interdicción o la inhabilitación.

Para el nombramiento de curadores por desaparición y ausencia, se requerirá que obre inscrita la desaparición y la ausencia.

Los curadores deberán adjuntar los partes expedidos por el notario en cuyo despacho se ha protocolizado el expediente sobre inventario en el cual indiquen los bienes inmuebles pertenecientes a la persona sujeta a curatela, salvo que el curador sea su cónyuge. De igual modo, deberá constituir garantía hipotecaria o mobiliaria, o de fianza si le es imposible al curador dar alguna de aquellas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Los curadores legítimos no estarán obligados a otorgar garantías.

El cese del cargo del curador del inhabilitado se producirá con la extinción de la pena de inhabilitación. En este caso, creemos que el inhabilitado deberá presentar al Registro una declaración jurada con todos los datos necesarios que permitan al registrador verificar el cumplimiento de la pena.

La rehabilitación de interdicto genera el cese de la curatela, para lo cual se deberá inscribir dicha rehabilitación en este Registro.

Por otra parte, la curatela de los bienes del desaparecido o ausente cesa con su aparición o muerte presunta. Para efecto de cancelar la inscripción de la curatela, se deberá presentar la declaración judicial de reconocimiento de presencia o inscribir la declaración de muerte presunta.

### 2.5 Inscripción de resoluciones de rehabilitación de interdictos (Inciso 5)

La rehabilitación de los pródigos, del mal gestor, del ebrio habitual y toxicómano solo procederá cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos. Mientras aquellos que sufren la pena que lleva anexa la interdicción civil deberán acreditar el cumplimiento de su pena.

Como es lógico, para efectos de inscribir la rehabilitación del interdicto se deberá presentar la resolución judicial ejecutoriada que así lo declare.

### 2.6. Inscripción de sentencias de nulidad de matrimonio, divorcio, separación de cuerpos y reconciliación(Inciso 6)

Tal como lo dispone el artículo 2031 del Código Civil, para la inscripción de las sentencias a que se refiere el artículo 2030, estas deberán estar ejecutoriadas.

En el caso de las sentencias de nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, se entenderán por ejecutoriadas cuando la otra parte no la impugne o no proceda recurso impugnatorio alguno. Cabe señalar que, declarada la separación de cuerpos, se extinguirá de pleno derecho la sociedad de gananciales; por consiguiente, bastará la inscripción de la separación de cuerpos para que el nuevo régimen sea oponible a los terceros.

Por su parte, la sentencia de divorcio se considerará ejecutoriada cuando no proceda recurso alguno o cuando sea aprobada por el superior jerárquico vía consulta en caso de que no sea impugnada por la otra parte. No será necesario enviar en consulta el divorcio declarado en mérito a una separación convencional.

Cabe agregar que el divorcio declarado notarial o municipalmente siguiendo el procedimiento establecido en la Ley N° 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, también se inscriben en este Registro. El título suficiente para la inscripción del divorcio declarado por el notario es el acta de notarial respectiva, mientras que en el caso de los divorcios declarados municipalmente, será la copia certificada la resolución de alcaldía correspondiente.

Respecto a la sentencia que declara la reconciliación, procederá su inscripción en mérito a sentencia consentida que la declare. Su inscripción hará oponible a terceros el régimen de sociedad de gananciales.

### 2.7. Inscripción de cambio de régimen patrimonial del matrimonio, medidas de seguridad correspondientes y su cesación (Inciso 7)

El acuerdo de separación de patrimonios se inscribe en mérito a los partes notariales que contenga la escritura pública de separación de patrimonios en la que se deberá insertar la partida de matrimonio.

Tratándose de separación de patrimonios y sustitución de régimen patrimonial no convencionales, se tendrá que adjuntar parte judicial que debe contener el oficio del juez, las copias de la resolución que ampara la demanda y de la resolución que declara consentida o ejecutoriada la misma. Las copias deben estar certificadas por el especialista legal del juzgado y las resoluciones suscritas por este y el juez respectivo.

La inscripción de las medidas de seguridad procede en virtud de resolución judicial dictada en el proceso de sustitución de régimen patrimonial. Para su inscripción no se requerirá que la resolución esté consentida o ejecutoriada, pues conforme al artículo 51 del Reglamento General de los Registros Públicos solo las resoluciones judiciales que den lugar a inscripciones definitivas requieren cumplir tal condición; por lo que al ser estas medidas provisionales, no requerirán cumplir esa exigencia.

No obstante, la inscripción de la cesación de tales medidas siempre se hará en mérito a una resolución judicial ejecutoriada, puesto que la revocación de estas se pedirán como consecuencia de la concesión de la medida.

### 2.8. Inscripción del inicio y demás actos registrables del procedimiento concursal (Inciso 8)

En este Registro se inscribe el inicio del procedimiento concursal o el inicio de la disolución y la liquidación del deudor persona natural, para lo cual es suficiente la copia certificada

de la resolución que declara el inicio de tales actos, así como la publicación del sometimiento a concurso a que se refiere el artículo 32 de la Ley General del Sistema Concursal N° 27809.

Es preciso señalar que, conforme al artículo 330 del Código Civil, la declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, debe inscribirse en el Registro Personal de oficio o a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, del presidente de la junta de acreedores o cualquier acreedor interesado. No obstante, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia antes indicada en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento.

Por otra parte, también se inscribirá en este Registro la conclusión del procedimiento concursal, para lo cual se presentará copia certificada de la resolución que la declara, en la cual se debe señalar la fecha cuando la resolución quedó consentida o con autoridad de cosa decidida, según el caso.

Los acuerdos adoptados en junta y el acuerdo global de refinanciación se inscribirán en mérito a la copia del instrumento correspondiente, debidamente certificado por un representante de la Comisión.

Finalmente, en este Registro se inscribirá la extinción del patrimonio del deudor, lo cual se hará en mérito a parte judicial que contenga el oficio del juez y las copias del auto que declara la quiebra y la resolución que declara consentida o ejecutoriada la misma. Las copias deben estar certificadas por el especialista legal y las resoluciones suscritas por este y el juez respectivo.

### 2.9. Inscripción del nombramiento de tutor o apoyo (Inciso 9)

La Ley N° 29633, del 18 de diciembre de 2010, que fortaleció la tutela del incapaz o adulto mayor mediante la modificación de diversos artículos del Código Civil, modificó el inciso 9 del artículo 2030 para establecer que también se inscribe en el Registro Personal el nombramiento de curadores de mayores incapaces, al que se refería el artículo 568-A del Código Civil.

No obstante, como el Decreto Legislativo N° 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, restringió la curatela solo a cuestiones patrimoniales, queda sobreentendido que lo establecido en el mencionado artículo 568-A ha quedado derogado.

Por la derogación del artículo 568-A, el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, del 25 de agosto de 2019, en su primera disposición transitoria y complementaria dispuso que los notarios estaban obligados a comunicar a las personas que hayan designado anticipadamente a sus curadores respecto de la eliminación de la interdicción por motivos de discapacidad, a efectos de que, en caso lo estimen conveniente, puedan tramitar su designación de apoyos y salvaguardias, en un plazo de ciento ochenta días calendario, plazo desde la vigencia del citado reglamento, plazo que venció el 25 de febrero de 2020.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1384 modificó el inciso 9 del presente artículo señalando que las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen sin efecto se inscriben este Registro.

La inscripción del nombramiento notarial de apoyo actual o a futuro se realiza en mérito a escritura pública mientras que la inscripción de designación de apoyo judicial se efectúa en mérito a la sentencia respectiva.

Cabe precisar que las sentencias que designan apoyos, las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44 del Código Civil, se elevarán en consulta según previsto en el artículo 408 del Código Procesal Civil.

### 2.10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial (Inciso 10)

Según el artículo 5 de la Constitución Política, "[l]a unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable". En relación con la unión de hecho, el Tribunal Constitucional en la STC N° 06572-2006-PA/TC del 06/11/07 señaló que: "(...) se trata de una unión monogámica heterosexual, con vocación de habitualidad y permanencia, que conforma un hogar de hecho. Efecto de esta situación jurídica es que, como ya se expuso, se reconozca una comunidad de bienes concubinarios. Se excluye, por lo tanto, que alguno de los convivientes esté casado o tenga otra unión de hecho". En cuanto al aspecto patrimonial, el Tribunal Constitucional en diversas sentencias ha reconocido la existencia de la comunidad de bienes de los concubinos, la cual debe sujetarse a la regulación de la sociedad de gananciales como las SSTC N°s 3605-2005-PA/TC y 6572-2006-PA/TC.

Ahora bien, antes el reconocimiento de la unión solo debía ser declarada judicialmente; sin embargo, fue por la Ley N° 29560, del 16 de julio de 2010, que amplió la competencia notarial en asuntos no contenciosos, que facultó a los notarios a declarar la unión de hecho. Por la Ley N° 29560, se incorporó el título VIII, Declaración de unión de hecho, y el título IX, Convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general de accionistas, a la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos. Entre los artículos que se incorporaron en el capítulo sobre unión de hecho, se dispuso que una vez que el notario la declare, debía remitir partes al Registro Personal del lugar donde domicilian los solicitantes, con esta disposición se modificó tácitamente el presente artículo del Código Civil, puesto que su redacción original no incluía a la unión de hecho un acto inscribible.

Fue recién que mediante la Ley N° 30007, Ley que reconoce derechos sucesorios entre los miembros de uniones de hecho que se modificó diversos artículos del Código Civil que se incorporó en el inciso 10 del presente artículo disponiendo que las uniones de hecho se inscriban en el Registro Personal.

En sede registral mediante la Resolución del Superintendente Adjunto de los Registros Públicos N° 088-2011-SUNARP/SA, del 30 de noviembre de 2011, se aprobó la Directiva N° 002-2011-SUNARP/SA que establece criterios registrales para la inscripción de las uniones de hecho, su cese y otros actos inscribibles directamente vinculados. La referida directiva señala que, además de los actos inscribibles previstos en el artículo 2030 del Código Civil, se inscriben en el Registro Personal los siguientes actos: a) el reconocimiento de la unión de

hecho, b) el cese de la unión de hecho y c) las medidas cautelares y las sentencias ordenadas por la autoridad jurisdiccional relacionadas con la unión de hecho.

Se dispone que la inscripción del reconocimiento de unión de hecho se realiza en mérito al parte notarial o judicial respectivo, en el que deberá indicarse el documento de identidad de los convivientes. Por su parte, la inscripción del cese de la unión de hecho se realiza en mérito de los siguientes documentos, según corresponda:

i. Parte notarial de la escritura pública del reconocimiento de cese de la unión de hecho y, de ser el caso, de la liquidación del patrimonio social.

ii. Copia certificada de la partida de defunción o parte judicial que contenga la declaración de muerte presunta.

iii. Parte judicial que contenga la declaración de ausencia.

Se precisa que, de encontrarse ya inscrita en el Registro de Personas Naturales la declaración de ausencia, muerte presunta, sucesión intestada o testamentaria de los convivientes, el registrador no requerirá los documentos antes señalados.

Con relación a los alcances de calificación registral de los títulos de reconocimiento de uniones de hecho o su cese, se establece que no es materia de calificación la validez de los actos procedimentales ni el fondo o motivación de la declaración notarial en el proceso no contencioso acerca de uniones de hecho regulado en la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos; no obstante, el registrador deberá verificar que:

i. La escritura pública o el documento público respectivo contenga la declaración de los convivientes sobre la fecha de inicio de la unión de hecho. Asimismo, deberá contener la declaración de la fecha de cese, de ser el caso.

ii. La inscripción previa o simultánea del reconocimiento de unión de hecho para acceder a la inscripción del cese de unión de hecho.

iii. La no existencia de inscripciones anteriores de uno o de ambos convivientes, según lo que se desprenda del Índice Nacional de Uniones de Hecho.

iv. Que no existan inscripciones incompatibles referidas a los convivientes en el Registro Personal de su zona registral, que desvirtúe el reconocimiento de la unión de hecho, mientras se implemente el Índice Nacional del Registro Personal.

Pese a que la directiva fijó qué aspectos de los partes notariales sobre unión de hecho debían ser objeto de calificación, el Tribunal Registral debió precisar en el Pleno LXXXV, realizado el 2 de marzo de 2012, mediante un precedente de observancia obligatoria, lo siguiente:

> No resulta necesario que el notario de manera expresa señale la fecha de iniciación de la unión de hecho, cuando dicho dato consta en la solicitud presentada por los convivientes, la misma que obra inserta en la escritura pública. (Criterio adoptado en las Res. N°s 2249-2011-SUNARP-TR-L del 09/12/11 y N° 351-2012-SUNARP-TR-L del 02/03/12)

Finalmente, por disposición expresa de la directiva, en este registro no son inscribibles los actos sobre modificaciones o aclaraciones relativos a los aspectos patrimoniales del

reconocimiento de unión de hecho ya inscrito y referidos a la sola liquidación o adjudicación de bienes.

## 3. La publicidad registral en el Registro Personal

Como se puede advertir, en este Registro se publicitan actos sensibles respecto a la condición, el estado y la situación de las personas físicas, que muchas veces pueden afectar su intimidad.

En efecto, la información de este Registro puede afectar la intimidad, debido a que contiene hechos irrelevantes para los terceros, que no contribuyen para la seguridad jurídica.

Es por eso que en una anterior edición de esta obra señalamos que: "Si bien es cierto que la función del Registro es publicitar la situación jurídica de las personas naturales, creemos que no es indispensable para lograr tal objetivo que se den a conocer las razones que las motivaron. ¿Acaso es indispensable que el Registro publicite que Juan Pérez se divorció por ser infiel, abandonado, víctima de violencia, entre otros, o que se le declaró interdicto por ser alcohólico, por no saber administrar su patrimonio? Algunos podrían decir que al no consignarse en el asiento de inscripción tales datos, no se produce la afectación a la intimidad, y que en caso consten en el título archivado, no podrán ser conocidos por las personas que no tengan legítimo interés si se aplica el artículo 128 del Reglamento General de los Registros Públicos, norma que impide la entrega de información que afecte la intimidad a cualquier persona, salvo que demuestre legítimo interés. Sin embargo, debido a que en la actualidad no se evalúa el interés del tercero para acceder a la publicidad formal, estamos casi seguros de que tal información sí sería entregada a cualquiera"[7].

En la actualidad, tal peligro ya no es latente porque el Reglamento del Servicio de Publicidad Registral aprobado por Resolución de Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 281-2015-SUNARP/SN, del 3 de noviembre de 2015, establece que no se podrá brindar publicidad registral cuando exista una norma prohibitiva o la información solicitada es protegida por el derecho a la intimidad, considerándose como tal los siguientes:

i. Las causales de invalidez del matrimonio, de divorcio y de separación de cuerpos.

ii. Las causales de interdicción o inhabilitación de las personas naturales.

iii. Las causales de pérdida de la patria potestad.

iv. La condición de adoptado.

v. Las causales del inicio del procedimiento concursal de las personas naturales.

vi. La calidad de hijo extramatrimonial o el reconocimiento en un testamento.

vii. Las causales de desheredación y/o indignidad.

Es muy bueno que el mencionado Reglamento haya tomado nuestra propuesta garantizando de esta forma la intimidad de las personas.

(7) ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. "Actos y resoluciones inscribibles". En: *Código Civil comentado*. Tomo X. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 581.

## DOCTRINA

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto. "Apuntes sobre la publicidad registral y sus particularidades en el Registro de Personas Naturales y Jurídicas". En: Derecho Registral. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1998; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica, Lima, 2004; Exposición de Motivos Oficial del Código Civil. Registros Públicos. Separata Especial de El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990; ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. "Actos y resoluciones inscribibles". En: Código Civil comentado. Tomo X. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. El derecho a la autodeterminación informativa, citado por LUQUE RÁZURI, Martín. Agenda pendiente para la publicidad registral. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 61, Año 9, Lima, 2003; ORÉ GUERRA, Gladys y GIURFA CHÁVEZ, María Alejandra. "Medidas normativas con respecto al reconocimiento de la igualdad de condiciones, la capacidad jurídica y los derechos de las personas con discapacidad". En: Actualidad Jurídica N° 308, Gaceta Jurídica, Lima, 2019; SOKOLICH ALVA, María Isabel. "Discernimiento del cargo de tutor". En: Código Civil Comentado. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

## Inscripción de resoluciones judiciales

**Artículo 2031.-** ***Para las inscripciones previstas en el artículo 2030, las resoluciones judiciales deberán estar ejecutoriadas, salvo lo ordenado respecto de las quiebras en la ley de la materia.***

Concordancia:
*C.C. art. 2030*

**JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL**

Para entender cabalmente los efectos de esta disposición que, en buena cuenta, solamente se limita a prescribir[1] que las resoluciones judiciales, que contengan actos subsumibles en los supuestos normativos descritos en el artículo precedente (art. 2030 CC) deben estar ejecutoriadas para su inscripción en el Registro Personal, debemos tener en cuenta cuál es la naturaleza de este tipo de Registro en particular, su ubicación dentro del íntegro sistema registral y la función social que cumple frente al fenómeno de las contrataciones y la seguridad jurídica que el sistema registral en su conjunto ofrece a la sociedad.

En efecto, como se ha explicado en el comentario relativo al artículo que apertura este título sobre el Registro Personal, la función asignada a este Registro es publicitar algunas circunstancias que alteren, menoscaben, modifiquen o atribuyan algún estatus jurídico a determinadas personas naturales con relación a su capacidad, bajo el presupuesto de que si bien todas las personas gozan de capacidad para ser parte y recibir válida y eficazmente los efectos derivados de los actos jurídicos necesarios para sus relación intersubjetivas, en algunos casos, deberán contar con un régimen especial y flexible[2] de protección y ayuda personal (apoyo, tutor, curador o consejo de familia) o, si bien no existiría ningún menoscabo en sus capacidades personales, se habría configurado alguna situación que altere la relación que el sujeto tiene con su patrimonio o con parte del mismo (como la sustitución del régimen de gananciales, unión de hecho, divorcio, declaración de ausencia, entre otros).

Estas circunstancias, constituyen, propiamente, situaciones jurídicas o estatus jurídicos estables que afectan a la persona e, indirectamente, a los actos de disposición que pueden

(1) De acuerdo con MORESO (1997), esta disposición bajo análisis se trataría de una formulación prescriptiva, ya que está ordenando la realización de un comportamiento específico ("las resoluciones judiciales deberán estar ejecutoriadas"). En este sentido: "Entre las formulaciones normativas hay, al menos, dos tipos principales de enunciados: (1) prescripciones, enunciados que ordenan, prohíben o permiten determinados comportamientos, y (ii) definiciones, enunciados que explican el significado de determinados de determinados términos usados en otras formulaciones normativas" (p. 19).

(2) En referencia con la modificación del sistema de capacidades, en el sistema español al igual que en el nuestro, se ha enrumbado hacia uno más flexible. Donde se tenga en cuenta la situación concreta de la persona afectada por la discapacidad para la fijación de las limitaciones y los alcances de la representación que se va a ejercer sobre ella. Al respecto, CAFFARENA (2003) nos dice que: "(...) una vez que se establece un sistema flexible en la que la sentencia que declara la incapacitación determina la extensión y los límites de esta no hay inconveniente para prescindir de una norma que reconozca la posibilidad de testar en intervalo lúcido al incapacitado. En un sistema como el vigente el juez atendiendo al tipo de enfermedad o de deficiencias psíquicas que afecten al incapacitado puede determinar la capacidad o la incapacidad de testar de este o la posibilidad de que otorgue testamento en los periodos de lucidez. Seguramente, el proceso de incapacitación permite un conocimiento más exacto de la situación del declarado incapaz, incluso de la posibilidad de que se produzcan periodos de verdadera lucidez (...)" (p. 340).

celebrarse sobre su patrimonio. Tal estabilidad y su inherencia al sujeto en torno al cual se configura el Registro Personal las haría idóneas para ser objeto de publicidad registral[3].

En efecto, debemos recordar que, por especialidad, este Registro se organizará bajo el criterio del **folio personal**. Por tanto, en este Registro se apertura una partida registral por cada persona en donde se inscribirán todos los actos descritos en el artículo 2030 del CC. Siendo así "(...) el Registro Personal se constituye en un registro de actos o hechos jurídicos relevantes frente a terceros, relativos a alguno de los atributos de la personalidad de las personas naturales, a saber, la capacidad, estado civil, etc." (Tribunal Registral, Resolución N° 133-2012-SUNARP-TR-A, del 14 de marzo de 2012).

Sin embargo, no debemos olvidar que muchas de las situaciones que ingresan a este Registro están relacionadas con la significativa alteración en la idoneidad para el ejercicio de algunos derechos de personas en especial estado de vulnerabilidad, por alguna discapacidad física, mental o psicológica. Por esta razón, se ha implementado un régimen jurídico singular que les permite interactuar en su vida civil con relativa normalidad y en condiciones de paridad, tanto para la persona natural a la que están referidas dichas medidas, así como también, para los terceros que pretendan relacionarse jurídicamente con ellas, como es el caso de la designación de apoyos[4] y salvaguardas. Visión tuitiva o de protección a la persona que también inspira y justifica el régimen de los tutores y curadores, quienes no solamente asumen la representación de la persona afectada, sino también especiales deberes de cuidado frente a ella.

Ahora bien, dar publicidad jurídica para la formación de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, o la pérdida de los mismos, es de vital importancia para el sistema jurídico, ya que, por ejemplo, una persona que está privada de discernimiento al no poder expresar su voluntad libremente, los actos que celebre serán nulos. Invalidez que también afectará al tercero que pretenda derivar efectos para sí mismo de aquel acto. En consecuencia, inscribir la resolución judicial que ha verificado la circunstancia que incapacita relativamente al sujeto y le designa un apoyo o un curador, no solamente instituye una cobertura de cuidado y representación en favor del discapacitado, sino también permitirá a los terceros vincularse jurídicamente con aquel a través de sus representantes. Siendo esta situación de particular relevancia para las transacciones y la estabilidad de los vínculos jurídicos que se configuran para la circulación de derechos y bienes[5].

(3) Al respecto, PAU PADRÓN (2001) sostiene que la inherencia y la estabilidad de una situación jurídica con respecto a un objeto registrable (inmueble *p. e.*) es una razón suficiente para que sea incorporada al Registro. En efecto, en aquel autor español sostiene que: "La inherencia y la estabilidad es lo que caracteriza las situaciones jurídicas frente a determinadas conductas que tiene por objeto un inmueble: las prestaciones (...). Pero hay otras muchas situaciones jurídicas que, por ser tales, pueden acceder al Registro, y no son derechos reales: prohibiciones de disponer, condiciones, derechos de arrendamiento y retorno, afecciones, cargas reales, volúmenes edificables, estado ecológico, estatutos de propiedad horizontal(...). Situaciones que, como se ve extremadamente heterogéneas, que tienen de común la estabilidad y la inherencia" (p. 270).

(4) Para el Tribunal Registral la figura jurídica de los apoyos regulada en el Decreto Legislativo N° 1384, "(...) consiste en la designación de una persona natural, jurídica, institución benéfica que asiste a una persona natural para facilitar el ejercicio de los derechos de una persona y garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica, que se caracterizan porque no sustituye o reemplazan a la persona que nombre el apoyo, sino que lo ayuda a tomar decisiones, situación que si ocurre en la representación" (considerando 4 de la Resolución N° 2377-2019-SUNARP-TR-L del 13 de setiembre de 2019).

(5) Debemos recordar que todo fenómeno jurídico de Publicidad Registral siempre está conectada a los criterios para la determinación de los actos inscribibles o incorporables al Registro, en cualquiera de sus manifestaciones. Criterios, entre los que destaca, la relevancia para el tráfico comercial y su utilidad para la contratación. Así lo ha expresado el Tribunal Registral en la Resolución N° 340-2012-SUNARP-TR-L, del 27 de febrero de 2012, según el cual: "4. (...) existe una tendencia al numerus clausus con cierta apertura a actos inscribibles análogos o

Al respecto, FERNÁNDEZ (2001) acotaba que: "Es importante reafirmar que la aptitud para gozar de derechos, la capacidad jurídica, comienza con el nacimiento de la persona y que no existe ningún ser humano privado de ella. La muerte civil y la esclavitud son instituciones del pasado. Por lo demás ellas no tienen que ver con la capacidad –que es inherente al hombre por el hecho de ser tal–, sino con mayor o menor libertad que se concede al sujeto. En todo caso, no se concibe la hipótesis de la incapacidad jurídica absoluta. Ella es solo relativa, en relación con las especificas situaciones prescritas por la ley" (p. 127). En este sentido, la excepcionalidad y la gravedad de los efectos a los que estará sujeta una persona con capacidad de ejercicio restringida, es una cuestión que requiere un tratamiento especial y un control particularmente exhaustivo por parte de los órganos jurisdiccionales que instituirán tal situación.

Es por esta razón que nuestro legislador ha considerado, por regla general, que algunas de las resoluciones judiciales que contengan actos que van a ser incorporados al Registro Personal, deben haber tenido un pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional de jerarquía superior, esto es que hayan sido ejecutoriadas. Lo que implica revestir de una garantía adicional a estas resoluciones judiciales (sean sentencias o autos de otra naturaleza)[6], ya que las decisiones judiciales que van a producir efectos definitivos en el Registro con su inscripción requieren siempre estar firmes. Esto es, deben tener la naturaleza de cosa juzgada[7], estado que puede alcanzarse o bien por que la decisión no fue impugnada, se renunció expresamente a la impugnación o, en todo caso, porque un órgano jurisdiccional superior ha emitido una segunda resolución sea en vía de impugnación (apelación) o en consulta. Estas últimas maneras, son las que el artículo 2031 estaría prescribiendo como condición o requisito para que el acto pueda inscribirse en el Registro Personal.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 51 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, publicada el 19 de mayo de 2012: "El asiento de inscripción extendido en mérito de una resolución judicial comprenderá, además de los requisitos señalados en el artículo precedente que resulten pertinentes, la indicación de la Sala o Juzgado que haya pronunciado la resolución, la fecha de ésta, los nombres de las partes litigantes y del auxiliar jurisdiccional, la transcripción clara del mandato judicial y **la constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada, de ser el caso**" (el énfasis es nuestro).Lo que significa que toda inscripción tiene la finalidad de dar

modificatorios de lo inscrito. Ello implica que no todos los actos se inscriben en el Registro, sino únicamente los que producen los efectos de publicidad registral, aquellos que serán relevantes para el tráfico comercial y servirán para la contratación. En esa línea, los usuarios deben estar informados respecto a qué actos se inscriben y así saber cuándo acudirán al Registro, además la partida no debe ser recargada con actos que no beneficien a la publicidad."

(6) De acuerdo con el artículo 120 del Código Procesal Civil: "Los actos procesales a través de los cuales se impulsa o decide al interior del proceso o se pone fin a éste, pueden ser decretos, autos y sentencias". Solamente estas dos últimas clases de decisiones judiciales (autos y sentencias) son las que pueden ingresar al Registro, ya que contienen la solución de una controversia o incertidumbre discutida al interior del proceso. En este sentido, el artículo 121 del mismo cuerpo adjetivo antes citado: "(...) Mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvención, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento. Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal".

(7) De acuerdo con el artículo 123 del Código Procesal Civil, una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando: "1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o / 2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos (...). La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407".

publicidad a una situación jurídica consolidada y estable, que causará una alteración permanente en el registro y de la cual pueden derivarse los efectos jurídicos registrales de publicidad material (art. 2012 CC), legitimación (art. 2013) y fe pública registral (art. 2014). Razón por la cual, si dicho acto a inscribirse se encuentra contenido en una resolución judicial, esta siempre deberá tener naturaleza firme. De lo contrario, esto es, si solamente se trata de una situación temporal o precaria –como por ejemplo una resolución judicial que ordena inscribir una medida cautelar– no se realizará inscripción alguna, sino una simple "anotación"[8] en el Registro que tiene una naturaleza transitoria y sirve, sustancialmente, para reservar la prioridad de una situación cuando se vuelva definitiva[9].

Lo anterior sucedería si es que se ha iniciado el proceso no contencioso de declaración de interdicción o la designación de apoyo o tutor, por ejemplo, y se desea dar publicidad a esta situación, podría obtenerse una medida cautelar de anotación de la demanda que será "anotada" (más no inscrita) en el Registro. Al respecto, PUIG BRUTAU (1987) sostiene que: "(...) puede ser anotada la demanda de incapacitación y las dirigidas a modificar la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre administración de sus bienes (...). Mientras se esté sustanciando la declaración de incapacidad o esta no quede firme, esta anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado, pues si bien podrán, en general, inscribir su adquisición quedan sujetos a las contingencias de la resolución definitiva que en definitiva se dicte en el procedimiento" (p. 203).

En este orden de ideas, el Tribunal Registral en la Resolución N° 542-2019-TR-T del 6 de agosto de 2019, ha señalado que: "5. Se ha establecido en reiteradas resoluciones que también deberá conformar el parte judicial, la copia certificada de la resolución que declare que la sentencia cuya inscripción se solicita ha quedado Resolución N° 542-2019-Sunarp-TR-T (página 6 de 7 consentida). Tal exigencia tiene su fundamento en el hecho de que en el Registro se inscriben situaciones jurídicas consolidadas con el fin de dar certeza a los agentes económicos respecto a la situación jurídica de los bienes, ya que es sobre la base de dicha información que se contrata. Así, el artículo 51 del TUO del RGRP al regular el contenido del asiento extendido en mérito de resolución judicial impone que este comprenderá, además de los requisitos señalados en el artículo 50 precedente que resulten pertinentes, la indicación de la sala o juzgado que haya pronunciado la resolución, la fecha de esta, los nombres de las partes litigantes y del auxiliar jurisdiccional, la transcripción clara del mandato judicial y "la constancia de haber quedado consentida o ejecutoriada", de ser el caso. **En el caso concreto de las inscripciones en el Registro Personal el artículo 2031 del Código Civil es claro**

(8) En efecto de acuerdo con el artículo 64 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, esta clase asientos de registrales es definido de la siguiente manera: "Las anotaciones preventivas son asientos provisionales y transitorios que tienen por finalidad reservar la prioridad y advertir la existencia de una eventual causa de modificación del acto o derecho inscrito". Quedando de manifiesto su naturaleza temporal razón por la cual no requiere para su realización que el acto haya quedado firme. Por esta razón, el artículo 69 del cuerpo normativo antes mencionado, recalca que: "Las anotaciones preventivas que procedan de resolución judicial se extienden sin perjuicio de que hayan sido impugnadas dentro del procedimiento, salvo disposición en contrario".

(9) Debemos recordar, siguiendo a MANZANO *et al.* (p. 263), que los asientos que se practican en el Registro no solamente pueden tratarse de inscripciones, que están reservados para la publicitación de "(...) constitución, modificación o extinción de los derechos inscribibles sin limitación temporal (...)". Al respecto, los autores antes mencionados sostienen que en los libros que integran el Registro: "(...) se practican distintas clases de asientos, según el alcance de la publicidad en cada caso: que se solicite la petición de registración (asiento de presentación); que se pretenda la registración de un derecho plenamente formado (inscripciones); que se trate de derechos en formación o en litigio (anotaciones preventivas); que se pretenda la expresión de circunstancias que afectan o complementan un derecho registrado (notas marginales); o que el objeto sea publicar la extinción de un derecho o de otro asiento (cancelación)" (p. 263).

**en prescribir: "Para las inscripciones previstas en el artículo 2030 [entre ellas el divorcio], las resoluciones judiciales deberán estar ejecutoriadas, salvo lo ordenado respecto de las quiebras en la ley de la materia"** (el énfasis es nuestro).

Como puede advertirse, entonces, una resolución judicial puede alcanzar el estatus de inamovilidad, firmeza o cosa juzgada por dos vías, a saber: (i) porque la resolución no ha sido impugnada por una de las partes en el plazo de preclusión establecido y, por tanto, ha quedado consentida (y por tanto firme); o (ii) porque habiendo sido impugnada o elevada en consulta, el órgano jurisdiccional superior ha resuelto definitivamente la controversia o incertidumbre jurídica mediante un pronunciamiento expreso. En este último caso, la decisión ha quedado firme por haber sido ejecutoriada. Lo que implica, una necesaria segunda revisión de lo resuelto. Llevándonos a pensar que, teóricamente, una situación jurídica que ha sido evaluada y resuelta por dos instancias judiciales reviste mayores garantías frente a la persona natural que sufrirá las consecuencias.

Entonces, esta norma no solamente tiene la finalidad de que se incorpore al registro decisiones inmutables que hayan causado estado, esto es situaciones jurídicas consolidadas declaradas judicialmente con naturaleza de cosa juzgada, ya que esta es una regla general para todas las inscripciones en todos los registros dentro del sistema, como ya se ha señalado. Sino que, al tratarse de situaciones particularmente graves que afectan la capacidad –e incluso la misma existencia jurídica del individuo–, se requiere una doble evaluación por parte de los órganos de justicia, en principio.

En efecto, designarle a una persona un apoyo o un tutor, declararla presuntamente muerta, desaparecida o ausente, su interdicción civil, la pérdida o suspensión de la patria potestad sobre sus hijos, entre otras, son circunstancias que alteran o pueden alterar significativamente su vida en relación, razón por la cual el artículo en comentario ordena que, para su inscripción hayan sido confirmadas o resueltas definitivamente por un órgano jurisdiccional en segunda instancia, aun cuando no haya mediado impugnación, sino que tendría que hacerse de oficio por el juez que emitió la Resolución mediante el mecanismo de la consulta prevista en los artículos 408 y 409 del Código Procesal Civil.

Al respecto, el artículo 408 de cuerpo normativo antes mencionado prescribe que el mecanismo de la consulta solamente procedería contra las resoluciones de primera instancia que no hayan sido apeladas, entre las cuales se encuentran "la que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador" y "la que declara la interdicción y el nombramiento de tutor, curador o designación de apoyo". Sin embargo, también se deja abierta la posibilidad de elevar en consulta "las demás que la Ley señala". Entre las que se encontrarían algunos de los supuestos de hecho previstos en el artículo 2031, en comentario.

Asimismo, el trámite de la consulta implica que sea el mismo órgano jurisdiccional el que de oficio eleve el expediente para que el superior jerárquico emita una "resolución definitiva" previa vista de la causa, aunque no proceda informe oral alguno en el entendido que no ha mediado recurso impugnatorio para arribar a esta instancia. Mientras tanto, se produce la suspensión temporal de los efectos de la resolución consultada (art. 409 del Código Procesal Civil).

Finalmente, de todos los actos descritos en el artículo 2030 del CC, muchos de ellos pueden constar por instrumento notarial o administrativo siempre y cuando, la persona sobre quién van a recaer los efectos y que puede adolecer algún estado de discapacidad, manifieste libremente su voluntad ante la autoridad correspondiente. Tal es el caso de la designación de

apoyos y salvaguardas mediante escritura pública notarial, la declaración de separación convencional y divorcio ulterior como procedimiento no contencioso seguido ante la autoridad municipal o notarial de acuerdo con la Ley N° 29227 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS, el acuerdo de separación de patrimonios o su sustitución convencional que puede constar por escritura pública notarial, la declaración de unión de hecho reconocida en la vía notarial, supuesto incorporado por la Ley N° 30007, la declaración de inicio del procedimiento concursal regulada en la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809. En todos estos supuestos, el acto se inscribirá mediante un instrumento o título formal que no es una resolución judicial.

## DOCTRINA

CAFFARENA LAPORTA, Jorge. "La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar". En: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. I, Civitas, Madrid, 2003; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al libro primero del Código Civil peruano. Grijley, Lima, 2001; MANZANO SOLANO, Antonio y MANZANO FERNÁNDEZ, M. del Mar. Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008; MORESO, José Juan. La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997; PAU PADRÓN, Antonio. La publicidad registral. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001; PUIG BRUTAU, José. Compendio de Derecho Civil. Vol. I, Bosch, Barcelona, 1987.

## Partes judiciales

**Artículo 2032.-** ***En el caso del artículo 2031, los jueces ordenan pasar partes al registro, bajo responsabilidad.***

**Concordancias:**
*C.C. art. 2031*

**JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL**

Esta norma prescribe una orden dirigida a los jueces que han conocido los procedimientos civiles que preceden a los actos descritos en el artículo 2030 del CC, para que de manera obligatoria comuniquen al Registro Personal lo que han decidido, para su inscripción correspondiente. Esto se deduce de la expresión "bajo responsabilidad", que implica una amenaza sumamente amplia para el órgano jurisdiccional, ya que la "responsabilidad" puede ser orden penal si se ha cometido una infracción tipificada como delito, administrativa si se ha omitido algún deber propio de la función pública y civil si la conducta culpable y antijurídica, en este caso omisiva por no oficiar al Registro, ha generado algún daño injusto.

Sin embargo, en el presente caso no analizaremos el tipo de "responsabilidad" o las consecuencias jurídicas de omitir la comunicación al Registro Personal, ya que esto excedería el comentario al presente artículo por la diversidad de las aristas que un tema de tal envergadura tiene, sino que profundizaremos en otro aspecto de medular importancia y que sí resulta pertinente en el ámbito propio del sistema registral al cual está sistemáticamente referido el artículo bajo comentario. Esto es, los requisitos que debe cumplir el "parte judicial" dirigido al Registro Personal. Instrumento formal que constituye el sustento físico de la orden judicial dirigida al registrador público y que será objeto de calificación registral.

En efecto, si bien el registrador público realiza la inscripción en el Registro correspondiente en base a un instrumento público, por regla general, en el caso de un acto inscribible contenido en una resolución judicial, obviamente lo que deberá tener a mano como objeto material del acto de calificación es la reproducción de dicho instrumento de origen jurisdiccional. Razón por la cual, el ingreso del mismo deberá ser encausado a través del diario de la oficina registral correspondiente. Sin embargo, dicha "reproducción" de la resolución judicial deberá cumplir con algunas formalidades que garantizan, no solamente la autenticidad del instrumento público judicial, sino también la correcta ejecución del mandato por parte del funcionario registral, ya que la rogatoria de lo que se será inscrito, en principio, la define el juez en su mandato.

En este sentido, el Tribunal Registral en la Resolución N° 542-2019-TR-T del 6 de agosto de 2019, ha establecido al respecto que:

> "4. De otro lado, conforme se ha pronunciado esta instancia en forma reiterada, debe tenerse en cuenta que cuando el título consiste en partes judiciales donde se ordena practicar una inscripción, la rogatoria corresponde al juez, la que se encuentra comprendida en el mandato contenido en la respectiva resolución, sin perjuicio que la solicitud de inscripción la realice la parte interesada o cualquier tercero por encargo de esta, toda vez que tal solicitud de inscripción no es más que el medio a través del cual se concretiza la rogatoria, por lo que si bien generalmente ambas coinciden, la inscripción se efectuará siempre a instancia y por mandato del juez, al margen de quien la haya solicitado.

Con relación a las inscripciones efectuadas en mérito a mandato judicial, el primer párrafo del artículo 8 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios dispone que: 'Cuando las inscripciones se efectúen en mérito a mandato judicial se presentará copia certificada de la resolución que declara o constituye el derecho y de los demás actuados pertinentes, acompañados del correspondiente oficio cursado por el Juez competente'.

El Código Procesal Civil no define expresamente qué es un parte judicial; sin embargo, del artículo 148 del mismo Código se desprende que a los fines del proceso, los jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él. De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que el mandato judicial que ordena una inscripción al constar en una resolución que constituye un instrumento público al amparo del artículo 120 del Código Procesal Civil, su eficacia para efectos registrales opera a través de copias certificadas por el auxiliar jurisdiccional respectivo, las que se cursan al Registro a través de un oficio por el cual el juez solicita al Registro se proceda a la inscripción o anotación del mandato. Podemos concluir, entonces, que el parte judicial está conformado por el oficio dirigido por el juez al funcionario público y las copias certificadas de los actuados judiciales pertinentes, siendo éste el título formal para la inscripción de un mandato judicial".

En efecto, la reproducción certificada de las resoluciones judiciales pertinentes a ser inscritas debe ir acompañada de una orden del mismo órgano jurisdiccional dirigida al Registro para que practique la inscripción, la misma que se encuentra contenida en un "oficio", que es la forma habitual cómo un juez se comunica de manera oficial con otros funcionarios de la administración pública. Así, el artículo 148 del Código Procesal Civil establece que "(...) los Jueces se dirigen mediante oficio a los funcionarios públicos que no sean parte en él.". El mismo que es remitido por facsímil oficial u otro medio, según el artículo 149 del mismo Código Adjetivo. Debemos recordar que, el "facsímil oficial" vendría a ser una reproducción exacta del contenido de la resolución judicial certificada por el auxiliar jurisdiccional, al cual debe agregarse el oficio suscrito por el juez competente, ordenando al Registro inscribir el acto.

Estas disposiciones encuentran su correlato en los reglamentos registrales, toda vez que el artículo 14 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (en adelante, RGRP), prescribe que: "Los pedidos de inscripción formulados por autoridades judiciales, mediante oficio dirigido al funcionario competente de la oficina registral, serán derivados por el citado funcionario para su ingreso por el Diario". En consecuencia, el parte judicial estará conformado no solamente por la reproducción del mandato judicial debidamente certificado (facsímil oficial), sino por el oficio que contiene la orden del juez relativa a practicar la inscripción.

No debemos dejar de mencionar, que esta clase solicitudes de inscripción están sujetas a un tipo particular de calificación registral, a la que podríamos denominar como "restringida", toda vez que en aplicación del principio de legalidad la calificación registral abarca la capacidad de los otorgantes y la validez del acto de lo que derive del título, así como de los obstáculos registrales que emanen de las partidas vinculadas. Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 2011 del CC, prescribe que esto no aplicaría "(...) cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción". En este mismo sentido, el último párrafo del artículo 32 del RGRP, que regula los alcances de la calificación registral establece que: "(...) En los casos de resoluciones judiciales que contengan mandatos de inscripción o de anotaciones preventivas, el registrador y el Tribunal Registral se sujetarán a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 2011 del Código Civil".

En consecuencia, el registrador estaría impedido de formular observaciones o tachas por los defectos de fondo que contenga la orden judicial, sino solamente a requerir "aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro". Sin embargo, el Tribunal Registral ha aclarado que esta limitación debe entenderse en el sentido que la función calificadora: "(...) se encuentra limitada a verificar si el mandato judicial efectivamente se ha producido, si cumple con las formalidades requeridas, los obstáculos que se puedan presentar en cuanto a la incompatibilidad entre la resolución judicial y los antecedentes registrales, quedando fuera de calificación, la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio que hubiese dictado, los fundamentos o el contenido de la resolución, así como su adecuación a la ley" (considerando 3 de la Res. N° 542-2019-TR-T del 6 de agosto de 2019).

Estas limitaciones a la calificación registral están referidas a lo que se denominaría como el título material, que es el contenido del acto que será materia de inscripción, más no al título formal[1], que es a lo que nos referimos propiamente cuando hablamos de "parte judicial". Esto es, el oficio o mandato suscrito por el juez acompañado de la reproducción exacta y certificada de las resoluciones judiciales pertinentes que serán inscritas o anotadas. La cual está sujeta a calificación registral y podrá ser observada (o inclusive tachada) si es que adolece de defectos de tal magnitud que impidan realizar el asiento respectivo. En este sentido, los defectos observables en el "parte judicial" –o título formal– pueden ir desde errores en la certificación de la reproducción (como la ausencia de firmas o nombre del auxiliar jurisdiccional, fechas de la certificación, incompletitud del instrumento[2], ausencia del oficio suscrito por el juez, entre otros), hasta su presentación en copias simples, error que en este último caso motivaría la tacha de la solitud de inscripción (si se ha admitido por error su ingreso al diario registral)[3].

(1) Respecto a la distinción que existe entre título material y título formal el Tribunal Registral, en la Resolución N° 2506-2015-Sunarp-TR-L del 4 de diciembre de 2005, ha señalado que: "2. Doctrinariamente, se distingue entre título material y título formal. El primero está referido a la causa o razón justificativa de la adquisición del derecho o su modificación o extinción. El segundo, al documento en el cual consta la causa del pacto o contrato que se desea inscribir".

(2) Este fue el caso resuelto con la Resolución N° 542-2019-TR-T del 6 de agosto de 2019, con el cual se pretendió la inscripción de una sentencia de divorcio en el Registro Personal de Lima, habiéndose omitido acompañar al parte notarial, la resolución que declaró ejecutoria la decisión judicial. En este caso el Tribunal Registral resolvió lo siguiente: "6. En este orden de ideas, siendo que en el presente caso estamos frente a una inscripción definitiva como lo es la inscripción del divorcio, se requiere que se acredite que la resolución expedida por la última instancia haya quedado consentida o ejecutoriada. / En el caso materia de análisis se ha presentado para su inscripción copias certificadas de la sentencia contenida en la resolución número veinticinco de fecha 2.7.2018 (...); sin embargo[,] en el parte no se ha adjuntado copia certificada de la resolución que declare que la resolución expedida pro la última instancia haya quedado consentida o ejecutoriada".

(3) Así lo establece el artículo 43-A del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, incorporado por el artículo segundo de la Resolución N° 158-2012-Sunarp/SN, publicada el 21 junio 2012, según el cual se produce la tacha especial de títulos por presentación de copias simples de documentos principales, en el siguiente supuesto: "En caso que el documento o documentos en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible, haya sido presentado en copia simple no autorizada por norma expresa, el registrador tachará el título dentro de los tres (03) primeros días de su presentación. Si se formula la tacha aludida, el asiento de presentación estará vigente sólo por tres (03) días más para que pueda ser interpuesto el recurso de apelación correspondiente. Dicho supuesto de tacha especial de título no se aplica cuando de la documentación presentada se advierta que existe otro acto o derecho inscribible, que si está contenido en un instrumento que cumple con las formalidades previstas por este reglamento. Cuando se interponga recurso de apelación el registrador deberá elevarlo en el mismo día, dejando constancia en el oficio de remisión que se trata del supuesto de tacha especial, no siendo necesario efectuar la anotación del recurso de apelación en la partida registral respectiva. En caso [de] que el título tachado no sea

Efectuada la calificación restringida al parte judicial, si bien se formulará la denegatoria a la solicitud mediante la correspondiente esquela de observación, no solo se pondrá a disposición del presentante en la mesa de partes de la oficina registral correspondiente y el la pagina web de la Sunarp, sino también deberá obligatoriamente cursarse un oficio al órgano jurisdiccional solicitando la aclaración o la información complementaria para incorporar el acto al Registro. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 44 del TUO del RGRP, establece que: "Los pedidos de aclaración de resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, serán comunicados directamente al órgano judicial correspondiente, mediante oficio cursado por el registrador, sin perjuicio de la expedición de la esquela respectiva". Algo equivalente sucede cuando se deniega definitivamente la orden judicial por vencimiento del plazo de vigencia del asiento de presentación, cuando la solicitud fue observada (art. 45 del TUO del RGRP).

Ante la observación al mandato judicial o, mejor dicho, al requerimiento de aclaración, el RGRP establece la posibilidad de que el instrumento subsanatorio sea ingresado por el mismo interesado o comunicada directamente por el mismo magistrado. En este último caso, tendrá que presentarse a su vez un nuevo oficio judicial acompañando en instrumento subsanatorio del defecto advertido (art. 38 del TUO del RGRP). Sin embargo, también podrá el juez reiterar la realización de la inscripción en los mismos términos sin formular aclaración alguna, bajo su responsabilidad.

Una vez inscrito el acto habrá concluido el procedimiento registral de manera regular, habiéndose cumplido el mandato establecido en el artículo 2032 del CC. Lo cual también se encuentra previsto expresamente en las normas procesales que regulan los procedimientos no contenciosos relativos a la capacidad de las personas naturales, entre los cuales se encuentra la declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta y la designación de apoyos para personas con discapacidad (art. 749 del CPC). Para estos casos, el artículo 762 del CPC prescribe que: "Las resoluciones finales que requieran inscribirse, se ejecutarán mediante oficio o partes firmados por el Juez, según corresponda".

En síntesis, de acuerdo a todo lo explicado en el presente comentario, el parte judicial de las resoluciones judiciales firmes que pretendan inscribir alguno de los actos subsumibles en los supuesto normativos descritos en le artículo 2030 del CC estará conformado por: (i) el oficio judicial suscrito por el juez competente; y (ii) reproducción exacta debidamente certificada de las resoluciones pertinentes (la que contenga la decisión final (sentencia) y la resolución que la declara firme por haber quedado consentida o ejecutoriada).

## DOCTRINA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. Tomos I y II. Librería Studium, Lima, 1991; RODRÍGUEZ ROSSI, Ernesto. Cosa juzgada. Ediar. Editoria Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1974; ZANNONI. Derecho Civil. Derecho de Familia. Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1981.

apelado en el plazo antes indicado, caducara automáticamente el asiento de presentación respectivo, concluyendo en virtud de ello el procedimiento registral de inscripción".

## Lugar de inscripción

**Artículo 2033.-** *Las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso.*

Concordancias:
*C.C. arts. 33 y ss., 2019*

**Jesús David Vásquez Vidal**

El sistema registral administrado por la Sunarp se encuentra conformado por catorce zonas registrales cuyos ámbitos de competencia están circunscritos a la jurisdicción territorial que les ha sido asignada a nivel departamental o regional. Cada zona registral, a su vez, cuenta con oficinas registrales que circunscriben sus funciones a específicos limites provinciales. Ahora bien, las singulares oficinas registrales distribuidas a lo largo del territorio nacional cuentan con los cuatro principales registros públicos que forman el sistema registral, a saber, Registro de Propiedad Inmueble, Registro de Bienes Muebles, Registros de Personas Jurídicas y el Registro de Personas Naturales.

Es, precisamente, este último registro el que se encuentra conformado por el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes, conforme lo establece el literal a) del artículo 2 de la Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema Registral. En este contexto, los actos descritos en el artículo 2030 del CC se deberán inscribir en el Registro Personal del Registro de Personas Naturales de una oficina registral perteneciente a una de las catorce zonas que componen el sistema nacional, pero ¿en cuál? El artículo en comentario (2033) trata de dar una respuesta.

Ahora bien, el artículo 2033 CC contiene una disposición que respondió, en su momento histórico, al desarrollo de la tecnología para la administración de la información contenida en los diversos registros que cada oficina registral tenía cuando entró en vigor el Código Civil de 1984. En aquella época, el sistema registral no contaba con la capacidad tecnológica de llevar índices nacionales que permitiesen tomar conocimiento efectivo de manera inmediata sobre el contenido de un asiento registral practicado en un ámbito territorial diferente al del lugar donde se efectuaba un requerimiento de información registral para la celebración de una transacción. Por esta razón, se justificaba fijar reglas inflexibles en torno a los lugares donde se tenía que efectuar la inscripción, tanto como criterio para determinar la competencia del registrador público, así como del radio de alcance de los efectos registrales.

En el caso de los bienes inmuebles registrados, delimitar la competencia territorial de la oficina registral correspondiente resulta fácil y obvio, ya que al encontrarse el bien inmueble en un espacio físico delimitado siempre pertenecerá en todo (o en parte) a una oficina registral, en donde se le abrirá una partida registral donde se registrarán todos los actos que recaigan sobre el inmueble, en aplicación del criterio de organización registral denominado folio real, que es una manifestación del principio de especialidad. Sin embargo, para los registros de personas naturales la situación varía sustancialmente, ya que una entidad como el ser humano puede estar en constante desplazamiento y fijar, inclusive, diferentes lugares de residencia habitual. Circunstancia que ha sido reconocida por nuestra legislación, denominándola como domicilio múltiple (art. 34 del CC). Sin perjuicio de otras figuras, que van más

allá del simple lugar donde el individuo singular habita, como por ejemplo las figuras del domicilio conyugal (art. 36 del CC) o el domicilio del incapaz, el cual para efectos jurídicos puede considerársele el de sus representantes (art. 37 del CC). En este contexto, fijar una regla de competencia territorial para que se practique un acto administrativo con la expresión "al domicilio de la persona interesada" ya implica cierta incertidumbre y la posibilidad de que dicho acto se practique en diferentes lugares.

A lo anterior debe agregarse que también se contempla la posibilidad de inscribir los actos descritos en el artículo 2030 CC en el Registro Personal correspondiente al "lugar de ubicación de los inmuebles", de existir estos obviamente. Bajo esta lógica, un mismo acto (designación de apoyo, tutor o curador, por ejemplo), podría realizarse en los Registros Personales de múltiples oficinas registrales, con todos los costos que esto representa tanto para la inscripción como para la búsqueda de la información a unos eventuales contratantes. Sin embargo, incurrir en estos costos tenía sentido en un momento específico del desarrollo de la tecnología puesta al servicio del sistema registral. Momento o época que podríamos denominar artesanal o rudimentaria, ya que los asientos registrales se asentaban en libros (tomos) y, posteriormente, en fichas, ambos instrumentos físicos a los cuales debía acudirse para practicar una inscripción, así como para realizar la búsqueda de la información incorporada al Registro. Lo cual solamente podía hacerse, de manera más o menos inmediata, si el acto que se pretendía conocer estaba inscrito en el lugar donde "regularmente" se realizaban las transacciones en las que el "sujeto afectado" estaba implicado, esto es su "domicilio" o en el lugar donde se encontraba el "bien inmueble". Toda vez que, si el acto se encontraba registrado en otro lugar, era prácticamente imposible conocerlo en el momento necesario en el que debía celebrarse el acto de tráfico comercial.

Sin embargo, la limitación tecnológica que fue presupuesto para la redacción del artículo 2033 CC ha quedado en la prehistoria del sistema registral, ya que los asientos registrales se practican en un instrumento electrónico denominado "partida registral", el mismo que se encuentra absolutamente desmaterializado en todos los registros públicos a nivel nacional y cuya consulta puede hacerse desde cualquier servidor integrado al Sistema Nacional de los Registros Públicos. Asimismo, actualmente ya se cuentan con los índices nacionales de los registros de personas naturales de acceso remoto, por lo que una inscripción relativa a una declaración de interdicción y designación de curador, por ejemplo, realizada en la oficina registral de Lima perteneciente a la Zona Registral N° IX, puede consultarse desde cualquier oficina registral a nivel nacional en tiempo real. Circunstancia que hace inoficioso practicar la misma inscripción en diferentes zonas registrales, tal como lo permite la actual redacción del artículo 2033 del CC, en comentario. Por esta razón, en el Anteproyecto de propuestas de mejora del Código Civil Peruano, elaborado por el Grupo de Trabajo designado por la R. M. N° 0300-2016-JUS y sus modificatorias, se ha planteado el siguiente texto modificatorio:

**"Artículo 2033.- Competencia Nacional del Registro Personal**

El Registro personal es de competencia nacional requiriéndose su inscripción en una sola oficina registral. Se presume que la oficina registral competente es la del domicilio de la persona, salvo disposición diferente de las normas que regulan el acto inscribible. Una evolución similar se ha dado con el Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas, que al igual que el Registro Personal, forma parte del Registro de Personas Naturales. En estos registros la competencia territorial para realizar la inscripción del testamento o la sucesión intestada, también se fija hasta la actualidad en función al lugar del

domicilio de la persona (testador o causante) y en el lugar de ubicación de los inmuebles que formen parte de la masa hereditaria. Así es regulado en nuestro Código Civil, actualmente, en sus artículos 2040[1] y 2042[2]".

Sin embargo, la práctica registral y la implementación de índices nacionales para la inscripción de esta clase actos (testamentos y sucesiones intestadas) ha llevado, en los hechos, a la ineficacia social de estas disposiciones normativas. En efecto, la inscripción de uno de estos actos en una determinada zona registral perteneciente al sistema tiene alcance nacional, impidiendo que se generen nuevas partidas registrales en otras oficinas registrales. En este sentido, existe una presunción de que el lugar donde se solicita la inscripción corresponde al último domicilio del causante o testador, pero realizada la apertura de la partida registral para esta persona, se excluye la posibilidad de abrir otras en otros registros de testamentos o sucesiones intestadas debido a la existencia de un índice de alcance nacional para estos actos.

Así ha quedado regulado en el artículo 6 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y Sucesiones Intestadas, aprobado mediante Resolución N° 156-2012-Sunarp/NS del 19 de junio de 2012, que a la letra dice:

**"Artículo 6.- Índice Nacional de Sucesiones**

El Índice Nacional de Sucesiones está conformado por el índice del registro de Testamentos y el Índice del Registro de Sucesiones Intestadas de todas las oficinas registrales del país.

El Índice Nacional de Sucesiones contendrá como criterio de búsqueda el nombre del causante de la sucesión.

El registrador, dentro de su función de calificación, verificará en el Índice Nacional de Sucesiones que no conste la inscripción de una sucesión intestada del mismo causante; sin perjuicio de los supuestos previstos en el artículo 4 del presente Reglamento".

Al respecto, debe agregarse que el artículo 4 al que se hace remisión en el último párrafo de la norma antes transcrita, establece en su primer párrafo que: "Existiendo testamento inscrito con institución de heredero vigente, no procede la inscripción posterior de la sucesión intestada". En consecuencia, ha quedado claramente regulado que, para este registro en particular, por cada persona (testador o causante) solamente se abrirá una partida registral con alcance nacional.

Ahora bien, algo similar viene sucediendo para el Registro Personal, ya que de hecho el sistema registral, actualmente en funcionamiento, permite las búsquedas a nivel nacional de los actos inscritos en este singular registro, lo que falta es dotar a este índice de efectos sustantivos relativos a la determinación de la oficina registral competente para abrir una única partida registral de la persona natural y excluir la posibilidad de generar otras partidas registrales de la misma persona en otras oficinas registrales. Lo cual, sin embargo, requería

(1) Artículo 2040.-
"Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si de designan en el testamento".

(2) Artículo 2042.-
"Las resoluciones a que se refiere el Artículo 2041 se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso".

una modificación integral de los alcances de la publicidad registral en el resto de artículos que forman parte de esta sección y, particularmente, del artículo 2034 como veremos en el siguiente comentario.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo I, Civitas, Madrid, 1988. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. La publicidad registral, Palestra Editores, Lima, 2004; ROCA SASTRE, Manuel y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral. Tomo I. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.

## Efectos de la omisión de la inscripción

**Artículo 2034.-** *La falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe en dicho lugar.*

Concordancias:
*C.C. art. 2014*

**Jesús David Vásquez Vidal**

Para entender los alcances de este artículo debemos explicar, previamente, cómo funciona el principio de fe pública registral y su conexión con los diferentes registros que integran el sistema nacional de los registros públicos. Toda vez que la regla protección de los actos celebrados al amparo de la fe pública registral y los alcances de sus efectos operan de diferentes maneras dependiendo del registro ante el cual nos encontremos, pero con una finalidad común: proteger al tercero contratante de buena fe a título oneroso con derecho inscrito. En este sentido, debemos partir por una idea básica, aunque no bien entendida, a saber, que la fe pública está dirigida al tercer contratante no a la parte o a las partes que intervienen en el acto inscrito.

Ahora bien, la Corte Suprema en la Casación N° 3088-06-Lima, publicada con fecha 1 de octubre de 2007 en el diario oficial *El Peruano*, nos da cuenta de los requisitos que deben concurrir para la aplicación del principio de fe pública registral:

> "(...) Conforme se ha establecido en reiterada jurisprudencia emitida como es el caso de la Casación número seiscientos noventa y cinco - noventa y nueve - Callao, se tiene que para que se configure la especial protección que brinda este Principio se requiere: a) que el adquirente lo haga a título oneroso; b) que el adquirente actúe de buena fe; c) que el otorgante aparezca registralmente con capacidad para otorgar; d) que el adquirente inscriba su derecho; y e) que ni de los asientos registrales ni de los títulos inscritos resulten causas que anulen, o rescindan el derecho del otorgante. En este sentido y a fin de asegurar la buena fe (sic) registral no sólo es necesario leer el resumen del asiento registral, sino tomar conocimiento del título archivado que le dio (sic) origen, pues la presunción absoluta de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones implica el conocimiento tanto del asiento registral como de los títulos y documentos que lo sustentan y que se encuentran archivados en los Registros Públicos (...)".

Teniendo en cuenta cuáles son los requisitos para aplicar el principio de fe pública registral, partiremos de un ejemplo muy concreto para determinar cuáles son las consecuencias legales derivadas de la aplicación del artículo 2034 en comentario. Así, en el supuesto de los contratos celebrados por una persona natural que adolece de algún tipo de discapacidad, por el grado de esta, el acto en cuestión puede ser sancionado con diferentes clases de invalideces. Si la persona se encuentra privada de descernimiento o no puede manifestar su voluntad, cualquier acto jurídico en el que se le haya hecho intervenir será sancionado con nulidad absoluta por ausencia de manifestación de voluntad del agente (art. 219, inc. 1, CC); mientras que, si se trata de una persona con capacidad de ejercicio restringida (prodigo, toxicómano, ebrio habitual, mal gestor u otros), el acto es sancionado simplemente con su anulabilidad (art. 221, inc. 1, CC).

Qué sucedería si un acto jurídico o contrato, en donde una de sus partes se encuentre inmersa en los supuestos antes descritos, llega a formalizarse en una escritura pública e

inscribirse en el Registro de Predios, por ejemplo, de tratarse de una compraventa inmobiliaria, ¿la inscripción convalidará el acto solo por el hecho de que la declaración de interdicción y la designación de curador no se encuentra inscrita en el Registro Personal? En otras palabras, ¿acaso la falta de inscripción en el Registro Personal de un acto que afecta un atributo de la personalidad jurídica de una persona natural impediría que sea oponible la causal de invalidez a la contraparte del acto celebrado? La respuesta es absolutamente negativa, por cuando el artículo 2013, último párrafo, del Código Civil textualmente establece que las inscripciones no convalidan los defectos de invalidez de los que pudiera adolecer el acto jurídico causal, razón por la cual, pese a la inscripción de la venta en el Registro de Predios, el afectado con la causal de invalidez, o su representante, podrían promover la declaración de nulidad o anulabilidad correspondiente. Esto, precisamente, porque la protección dispensada por el sistema a quien registra no implica exonerar de validez a su propio título adquisitivo, ya que como correctamente lo sostiene PAU (2003): "(...) el propio título adquisitivo del tercero hipotecario no es algo que forme parte de los antecedentes registrales, no es una situación inscrita que haya servido de base a la adquisición del tercero" (p. 42).

En consecuencia, el tercero registral al que se refiere el artículo 2034 del CC no es la contraparte del acto, aun cuando este sujeto haya inscrito confiando en la publicidad registral que ofrece el sistema registral –en cuanto a la titularidad del derecho que se dispone–. Esto es, a pesar de que en el momento de la celebración del acto no haya existido ninguna inscripción en el Registro Personal y, en el Registro Predial, el sujeto inmerso en algún supuesto que restrinja su capacidad figure como el propietario o titular registral. Lo cual sucede, precisamente, porque el cocontratante, adquirente de un derecho, no es un tercero con respecto al acto en el que interviene. Será, entonces, propiamente un tercero registral, quien vuelva a adquirir del nuevo propietario registral a título oneroso e inscriba su derecho, siempre y cuando haya procedido de buena fe, esto es, desconociendo la circunstancia que afecta un atributo de la personalidad jurídica del propietario originario que intervino en el primer acto de disposición que se encuentra viciado.

Sin embargo, el Tribunal Registral sostiene una posición diferente a la forma como debe interpretarse el artículo 2034. Así, en la Resolución N° 1636-2013-SUNARP-TR-L del 4 de octubre de 2013, sostiene los siguientes argumentos:

> "4. Cabe señalar que en el sistema registral peruano, conforme se desprende del artículo 2011 del Código Civil, normas reglamentarias, y conexas, las instancias registrales, en el ámbito de la calificación registral, verifican, entre otros aspectos, la capacidad de los otorgantes, verificación que se realiza sobre la base de las inscripciones extendidas en el Registro Personal.
>
> El artículo 2033 del Código Civil señala que 'las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso'. Asimismo, conforme al artículo 2034, 'la falta de inscripción del acto en el lugar donde debió hacerse, motiva que aquél no afecte a terceros que celebren actos onerosos y con buena fe en dicho lugar'.
>
> Al respecto, precisa la exposición de motivos oficial al Código Civil de 1984 que 'el propósito de esta disposición es el de proteger al incapaz y al tercero que contrate con él o con su representante legal. En algunos casos, si alguna de las personas respecto de quien se debe practicar una inscripción en el Registro Personal celebra un contrato, este puede resultar nulo o aunable a la luz de lo establecido en los artículos 219 y 221 del Código Civil. Ocurre sin embargo, que si la incapacidad o restricción del caso, no aparecen

inscritas en el Registro Personal o en algún registro pertinente (...) la nulidad o anulabilidad del caso, no afectará a quien celebró el contrato con el incapaz, absoluto o relativo'".

No puede compartirse esta posición, que le da una naturaleza convalidante a la inscripción en esta clase de supuestos, lo cual es inaceptable y aberrante en sistemas registrales como el nuestro[1], y que le estaría atribuyendo calidad de tercero registral a quien en realidad es parte del acto jurídico celebrado e inscrito. En efecto, esto es un craso error, por cuanto la noción de tercero registral está relacionada con la de un sujeto de derecho diferente al que está implicado en el acto jurídico, a quien no puede perjudicarle una circunstancia extrarregistral ajena al acto que ha celebrado.

Así, si se celebra un contrato de compraventa con un oligofrénico privado de discernimiento, la falta de inscripción de su condición de incapacidad no va a sanar el acto de la compraventa que se encuentra viciado por un defecto gravísimo, como es la falta de manifestación de voluntad del agente. A quien no podrá oponérsele tal defecto, es al sujeto que vuelva a adquirir de aquel comprador capaz con derecho inscrito, siempre y cuando en el momento de su adquisición no se encuentre inscrito en el Registro Personal la interdicción del propietario original. Por esta razón, hace ya más de medio siglo, PARDO (1966) sostenía contundentemente que: "Las partes no pueden ser terceros porque ellas conocen mejor que nadie el acto que han realizado; esta situación, la publicidad [registral] del derecho no les perjudica ni les beneficia. La inscripción no bonifica el derecho de las partes. La inscripción ampara el derecho, calificando al titular de tercero en el registro con relación a otros que tienen el mismo u otro derecho que no inscriben o lo inscriben con posterioridad. El vínculo jurídico de las partes se rige por las estipulaciones del contrato y por las normas del derecho civil" (p. 330).

Entonces, ¿cuál es el verdadero alcance del artículo 2034? No es otro que establecer una circunstancia dirigida a destruir la buena fe de cualquier subadquirente de algún derecho que ya se ha desprendido de su patrimonio, por lo menos formalmente en el Registro. Esto, precisamente, porque con respecto sus inmediatos contratantes, esto es, frente a los actos de disposición que se hayan celebrado con su intervención directa, estén inscritos o no, siempre podrá ejercitar la acción de anulabilidad o nulidad (antes del cumplimiento de los plazos prescriptorios de la acción fijados en el artículo 2001 del CC). Esto, de manera precisa, porque como correctamente lo sostiene GORDILLO (2010) la buena fe pública registral está dirigida a proteger al tercero y este es, sin más, "(...) quien no es parte, ni originaria ni sobrevenidamente (...) o –afinando algo más– quien, además de no ser formalmente parte, tampoco viene a identificarse material o realmente con quien efectivamente lo es. Siendo ello así, el sujeto de la fe pública registral tendrá que ser, en cuanto tercero, un tercero civil: alguien que, antes de resultar especificado en su peculiar condición de tercero registral o hipotecario, vendrá a compartir con el genérico tercero civil la nota negativa que esencialmente le deslinda y define: la de no ser parte" (pp. 82-83).

Si bien esta forma de aplicar los alcances de la protección registral al tercer adquirente de buena fe resulta perjudicial para el inmediato contratante, también es pertinente recordar

(1) RODRÍGUEZ (2005, pp. 453-454) sostiene sobre las pretendidas "inscripciones convalidantes" que: "Muy pronto se consideró que, dentro de nuestro sistema jurídico, es inaceptable hablar de inscripciones convalidantes. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL –este último en su *Derecho Hipotecario*, tomo III, p. 33– consideraron que cuando el titular registral, que se ha producido como transmitente, lo fuese en virtud de título nulo o resoluble y, por tanto, ineficaz e inoperante por carecer del derecho que aparentemente ostentase según el Registro, el artículo 34 y concordantes de la Ley hipotecaria, que proclaman dicho principio en nuestro ordenamiento hipotecario, no convalidan el título adquisitivo del tercero (...)".

que durante las tratativas negociales, previas a la celebración del acto jurídico viciado, aquel era el sujeto que se encontraba en la mejor posición para identificar que se encontraba frente a una persona que adolecía de alguna anomalía que podía afectar su capacidad de contratación como presupuesto del acto jurídico a ser celebrado. Circunstancia que, abstractamente, también justificaría que sufra en su patrimonio el decaimiento de los efectos del acto que ha celebrado. Lo cual no implica sacrificar el genérico valor de seguridad jurídica que ofrece el sistema registral, sino modularlo y materializarlo en una situación muy específica buscando un resultado justo[2] de protección a un sujeto en especial y comprobada situación de vulnerabilidad[3]. Toda vez que, como sostiene FERREIRA (1984), "[l]a aplicación o el recurso al criterio de buena fe no desafía la seguridad jurídica, sino que tiende a su concreta realización no ya como estabilidad de la estricta legalidad, aunque sea injusta, sino como permanencia de la posibilidad de justicia" (p. 166).

A mayor abundamiento, puede compartirse un argumento análogo al sostenido por LOHMANN (1986) sobre la proscripción de restitución de lo pagado al incapaz en lo que no haya redundado en su provecho, para quien: "(...) esta política legislativa también tiene su explicación: y es que la ley da por supuesto que el contratante capaz actúa con la diligencia adecuada para constatar con quien contrata y, si contrató con un incapaz sin darse cuenta, se le supone falto de diligencia que no amerita la restitución, en detrimento del patrimonio del incapaz; si por el contrario, el capaz era consciente de la incapacidad de la otra parte, procedió de buena fe con ánimo de aprovechamiento o, a lo sumo, si no hubo aprovechamiento, si hubo desventaja o pudo haberla en condiciones de negociación entre un capaz y un incapaz" (p. 442).

Sin embargo, este régimen de protección puede inducir a las personas con la capacidad de ejercicio restringida a conductas maliciosas u oportunistas, ya que podrían contratar aprovechándose de las prestaciones obtenidas de esos vínculos y, después, promover su invalidez para desconocerlos, todo en perjuicio de la contraparte del acto que no necesariamente pudo darse cuenta de esa situación en todos los casos e, inclusive, pudo haber sido timada.

Para evitar estas conductas oportunistas, las mismas que, en los casos de algunas personas con capacidad restringida (como ebrios habituales, toxicómanos, malos gestores y pródigos), podrían ser sumamente probables, en el texto original del Código Civil se las prohibían, excluyendo para estos casos la sanción de invalidez. En efecto, por ejemplo, se estableció la regla que permitía repetir lo que se pagó a un incapaz en virtud a una deuda anulada en la parte que hubiera redundado en su provecho o utilidad (interpretando *a contrario sensu* el art. 228 del CC) y la limitación de promover la acción de nulidad por parte del incapaz cuando este haya ocultado intencionalmente (es decir, de mala fe) su incapacidad, induciendo a la celebración de un acto (art. 229 del CC). Con respecto a esta última norma, actual e

(2) Al respecto, FERREIRA (1984) sostiene lo siguiente: "Muchas veces se ha mal interpretado la 'seguridad jurídica' como cumplimiento literal de la ley, sin atención a la legitimidad de su origen y de sus formulaciones, sin reparo en los resultados disvaliosos a que pudiera conducir, sin la debida consideración a las circunstancias determinantes de una realidad particular. Esto no es seguridad; si acaso podríamos hablar de estabilidad. La auténtica seguridad jurídica reside en la posibilidad de recurrir siempre a una instancia que decida el caso conforme a una norma valiosa, que conduzca a un resultado justo" (p. 166).

(3) Esta clase de normas son las que, precisamente, le dan un sentido ético material al ordenamiento jurídico, que adopta como política legislativa proteger al más vulnerable. En palabras del filósofo de la liberación latinoamericana Enrique DUSSEL (2011): "Para aquel que se juega responsable y riesgosamente por el oprimido nada es lo suficientemente firme para impedirle dar de comer al hambriento; ni la propiedad privada natural o divina (en realidad histórica y fetichizada) del que posee el pan injustamente. Todo puede modificarse para que sirva al oprimido" (pp. 162-163).

inexplicablemente derogada, LOHMANN (1986) sostenía que: "Es clara la intención del legislador de imponer como requisito negativo de la acción de nulidad que usualmente se concede a los incapaces, una conducta maliciosa por parte de estos. Es decir, no basta simplemente por parte del incapaz la afirmación de que no tiene restricciones a su capacidad de obrar (...), sino que es menester una conducta preordenada a la ocultación de la incapacidad, y que esta conducta induzca a la otra parte a la celebración del negocio" (p. 443).

Sin embargo, los artículos citados en el párrafo anterior fueron derogados por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, que impuso el nuevo régimen de la capacidad de las personas con discapacidad, en un arrebato excesivamente paternalista que, desde mi punto de vista, va a generar múltiples daños que una atenta jurisprudencia tendrá que remediar aplicando principios generales del Derecho (como el principio general de la buena fe[4] o el principio de los actos propios[5]).

## DOCTRINA

DÍEZ-PICAZO, Luis. Prólogo a WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fe. Trad. José Luis Carro. Civitas, Madrid, 1982; DUSSEL, Enrique. Filosofía de la liberación. Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2011; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. El acto jurídico negocial. Rodhas, Lima, 2012; FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. La buena fe. Principio general del Derecho Civil. Montecorvo, Madrid, 1984; GORDILLO CAÑAS, Antonio. El principio de fe pública registral. Jurista, Lima, 2010; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. El negocio jurídico. Librería Studium, Lima, 1986; PARDO MÁRQUEZ, Bernardo. Derecho Registral Inmobiliario en el Perú. T. I. Litografía Huascarán, Lima, 1966; PAU PADRÓN, Antonio. Elementos de Derecho Hipotecario. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003; RODRÍGUEZ OTERO, Lino. Cuestiones de Derecho Inmobiliario. Ediciones Jurídicas DIJUSA, Madrid, 2005.

(4) En efecto, el principio general de la buena fe "(...) no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que 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 constituidas entre ellos" (DÍEZ-PICAZO, 1982, p. 12).

(5) Refiriéndose al artículo 229 del CC, ESPINOZA (2012) sostiene que: "Es por ello que reafirmo que este supuesto es una aplicación del principio de los actos propios: el incapaz de mala fe se hace pasar como capaz, generando una situación de confianza razonable por la contraparte, la cual celebra el acto jurídico con este. Luego el incapaz, no puede, contradecir su propia conducta" (p. 556).

## Cancelación de inscripciones

**Artículo 2035.-** ***Las inscripciones se cancelan cuando lo ordene el juez o cuando la justificación de la cancelación resulte de los documentos que se presenten al solicitarla.***

**Concordancias:**
*C.C. arts. 2010, 2011, 2013*

**JESÚS DAVID VÁSQUEZ VIDAL**

Este artículo, en buena cuenta, es una aplicación de un principio registral conocido como el de legitimación, según el cual las inscripciones registrales producen todos sus efectos mientras no sean rectificadas registralmente o se declare judicial, arbitral o administrativamente su invalidez por cualquier causa. Lo cual implica una suerte de firmeza o inamovilidad de lo incorporado al Registro con alcance general mientras no sea modificado, rectificado o cancelado en la vía correspondiente. Esto crea una presunción *iuris tantum* relativa a las inscripciones registrales, esto es, que deberán ser tomadas como ciertas, válidas y eficaces en todos sus aspectos hasta que no se demuestre o pruebe lo contrario, lo cual no sucede, por ejemplo, con la presunción jurídica (*iure et de iure*) contenida en la norma que regula el principio de publicidad material (artículo 2012 CC), por ejemplo.

En el caso específico del artículo que nos atañe, tiene un sentido sistemático que se indique en un primer momento que las inscripciones en el Registro Personal se cancelen a solicitud u orden de un juez, ya que muchos de los actos que se inscriben en este Registro, según la lista del artículo 2030 CC, se efectúan con una previa decisión jurisdiccional que ordena su incorporación al Registro. Sin embargo, como ya lo analizamos en artículos anteriores, a través del tiempo muchos actos que ingresan a este Registro son de competencia de otros funcionarios y/o autoridades, como notarios y municipalidades. Es, precisamente, por esta razón que la segunda parte del artículo 2035 dispone que la justificación de la cancelación a la inscripción puede resultar también "de (otros) documentos presentados".

Pero ¿cuál es el sentido de dotar de esta firmeza a las inscripciones registrales?, esto es, de establecer una eficacia y validez presunta y plenamente oponible de lo inscrito, en tanto y en cuanto no haya sido cancelada la inscripción por la autoridad competente (e inscrito este acto revocatorio). Esto se deriva del hecho de que toda inscripción pasa por el filtro previo de la calificación registral, lo que implica un control de la legalidad del acto inscribible que será objeto de publicidad. Como lo sostiene PAU (2003, p. 55): "Estas presunciones *iuris tantum,* que constituyen los efectos sustantivos de la legitimación registral no son solo presunciones –es decir, no solo 'dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas' (art. 1.250 del CC [español]–, sino que, por tratarse de situaciones jurídicas que tienen su base en un título público, han sido controladas en su legalidad por el registrador (calificación), y se adecúan a los antecedentes registrales (tracto sucesivo), son medios de prueba por sí mismos"[1].

(1) En efecto, como correctamente lo sostiene LACRUZ (2011, p. 206): "El valor de la presunción de exactitud del Registro se manifiesta singularmente en el proceso: el litigante favorecido por ella está exento de probar los hechos o derechos que la ley presume, y solo ha de demostrar el hecho básico del cual la ley deriva su consecuencia, mientras incumbe a la otra parte la prueba suficiente para destruir la presunción. Así, pues todo el que alegue en juicio determinada conformación de una situación jurídica publicada por el Registro (existencia, cancelación, configuración, gravamen, etc. de un derecho), podrá probarla aportando al proceso un simple certificado de existencia y subsistencia de inscripción: con ello queda dispensado de presentar títulos que acreditan su derecho, en tanto la prueba contraria no desvirtúa la presunción registral".

Al respecto, en la Resolución N° 033-2012-SUNARP-TR-A, del 20 de enero de 2012, el Tribunal Registral señala al respecto lo siguiente:

> "Así, el principio de legitimación protege la inscripción, considerando que la misma debe ser respetada como cierta por todos, aunque la inscripción no refleje la realidad, aparentemente ofrecerá la existencia de un derecho, de un titular y la posibilidad que este tiene de ejercitar el contenido del derecho que el Registro publica.
>
> Ahora bien, es preciso resaltar que la presunción de exactitud de la que gozan los asientos registrales se encuentran directamente vinculada con la calificación jurídica que realizan los registradores, en forma previa a la admisión (inscripción) de los títulos al Registro".

Ahora bien, debemos recordar que la norma que en el Código regula la legitimación registral ha sufrido una profunda (aunque no sustancial) modificación dispuesta por la primera disposición complementaria final de la Ley N° 30313, publicada el 26 marzo de 2015, cuyo texto vigente es el siguiente:

> **"Artículo 2013.- Principio de legitimación**
>
> El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme.
>
> El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes.
>
> La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes".

Sin perjuicio de que esta modificación haya sido irrelevante en términos sustanciales, salvo por la posibilidad de cancelar en sede registral un asiento efectuado con base en un instrumento falsificado o conseguido suplantando la identidad del otorgante, lo que realmente interesa es el sentido que debemos darle a las inscripciones registrales en aplicación del principio de legitimación registral, que trascienden a las eventuales modificaciones legislativas que no tocan su corazón central, como uno de los principios esenciales del Derecho Registral para un Registro de Seguridad de Derechos como el peruano[2].

(2) En este punto, vale la pena tener en cuenta la distinción conceptual que PAU PADRÓN (2001) realiza en torno a principios registrales esenciales que no pueden ser modificados sin desnaturalizar a la institución misma y los meramente técnicos o accidentales que no forman parte de la esencia de la institución. Las modificaciones impuestas por el SID-Sunarp alteran profundamente la organización material de la oficina del Registro y el soporte documental del título formal, esto es, afectan –para bien– aspectos técnicos del procedimiento mejorándolos, mas no modifican los principios registrales esenciales que informan al sistema. Al respecto, PAU PADRÓN (2001, p. 180) sostiene que: "Los primeros [principios esenciales] forman parte de la esencia de la institución, nacen de ella. Alterarlos implicaría desnaturalizar la institución misma. Principios hipotecarios esenciales o inmanentes son los de buena fe, legalidad en su aspecto de calificación, tracto sucesivo, legitimación y fe pública. Si el legislador prescindiera de ellos –por ejemplo, permitiera la protección del tercero de mala fe o permitiera el acceso al Registro de actos o contratos nulos, o permitiera que dispusiera registralmente quien no aparece como titular registral, o no estableciera una presunción de exactitud a favor del titular o a favor de terceros)– introduciría un elemento de arbitrariedad que atentaría contra la naturaleza misma de las cosas. Los principios hipotecarios meramente técnicos o accidentales no forman parte de la esencia de la institución; son los de voluntariedad, rogación y legalidad en su aspecto documental. Si el legislador prescinde de ellos, y parte del principio contrario –inscripción obligatoria, inscripción practicada de oficio, inscripción practicada en base a documentos privados– no atenta contra la institución, no lesiona la esencia misma del Registro".

En este sentido, debemos de tomar en cuenta que, de acuerdo con la Ley N° 26366, Ley que crea el Sistema Nacional y la Superintendencia de los Registros Públicos, en el literal b) del artículo 3, se establece que es garantía del sistema registral: "La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme". A nivel reglamentario, el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante la Resolución N° 126-2012-SUNARP-SN, prescribe que: "Los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez".

Ahora bien, en un caso resuelto por el Tribunal Registral, en aplicación de este principio registral, un registrador público había denegado efectuar una inscripción con base en un título archivado ya incorporado al Registro y que había generado una inscripción, pero en otra oficina registral. El registrador de Lima había detectado algunos errores materiales en el título que ya había sido inscrito y estaba efectuando; en otras palabras, una nueva calificación sobre un título que ya había pasado por este control administrativo y estaba registrado. El Tribunal Registral revocó esta decisión con la Resolución N° 1133-2012-SUNARP-TR-L, del 3 de agosto de 2012, y ordenó la inscripción, alegando, entre otros argumentos, que:

> "6. Cabe resaltar que los asientos registrales son intangibles y que solo pueden ser declarados inválidos por sentencia judicial firme. Ello implica que mientras judicialmente no se declare la invalidez del asiento antes mencionado o del título en cuya virtud se ha extendido, estos serán la base de la calificación registral de los títulos que soliciten su acceso al Registro, no pudiendo desconocerse sus efectos en sede registral. En tal sentido, no corresponde al Registro desvirtuar los efectos de un asiento registral por presunta irregularidad en su inscripción, ya que, en caso contrario, los títulos ya inscritos estarían en permanente calificación variando la decisión respectiva, con lo cual no se cumpliría la finalidad del Registro de brindar seguridad jurídica".

Sin embargo, llevar hasta las últimas consecuencias este principio sin reflexionar sobre el acto que ha sido incorporado al Registro de Personas Naturales y los registros específicos que lo integran nos puede llevar a también conclusiones jurídicamente aberrantes. Así encontramos un caso resuelto por el Tribunal Registral en el que se había realizado la "inscripción" de un testamento en el Registro de Testamentos y, tiempo después, se inscribió en el Registro Personal la incapacidad de la testadora por adolecer de un grave retardo mental desde su nacimiento lo que le impedía manifestar adecuadamente su voluntad. La inscripción de esta situación, obviamente, impedía la inscripción de la ampliación del testamento que supuestamente había "otorgado" esta persona. Circunstancia que fue advertida por el registrador público que calificó la solicitud de ampliación de testamento, razón por la cual denegó su inscripción. Sin embargo, en vía de apelación el Tribunal Registral con la Resolución N° 033-2012-SUNARP-TR-A, del 20 de enero de 2012, revocó la decisión de la primera instancia y ordenó la inscripción alegando los siguientes argumentos:

> "4. (...) ¿Es procedente la inscripción de ampliación de testamento habiendo sido la causante declarada interdicta con posterioridad a la inscripción del testamento?
>
> 5. Por la correlación de actos, se colige que a la fecha en que se calificó la inscripción del testamento por escritura pública (año 1999) no existía impedimento alguno que resulte incongruente con la inscripción del mismo.

Siendo así, cabe traer a colación lo establecido por el artículo 3 de la Ley N° 26366, Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia de los Registros Públicos: 'Artículo 3.- Son garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos: (...) b) La intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme (...)'.

Por lo tanto, como bien lo establece el artículo en mención y el principio de legitimación, la inscripción realizada en la Partida N° 05010335 goza de la protección de la normativa citada a lo largo de la presente Resolución y es a la fecha válida".

Como puede observarse, la decisión en comentario es errada desde diversas perspectivas; sin embargo, sustancialmente, por la misma aplicación del principio de legitimación, ya que en este caso en particular, las disposiciones testamentarias aún no habían sido incorporadas al Registro, por lo que la inscripción de la incapacidad del otorgante del testamento inscrita en el Registro Personal, en el cual se publicita que adolecía de una causal de incapacidad de nacimiento, obviamente destruye la presunción de la validez del acto testamentario inscrito. En tal sentido, qué utilidad tendría ampliar un testamento si las disposiciones testamentarias (de transferencia de bienes, por ejemplo) no podrán ser inscritas en los Registros de Bienes, ya que en el Registro Personal ya se publicita que aquel acto fue otorgado por una persona incapaz. Por lo que cualquier subadquirente no podrá alegar buena fe registral. Una situación muy diferente acaecería si la ampliación del testamento se hubiese inscrito antes de que se incorporara al Registro Personal la interdicción del otorgante. En ese caso, si se hubiese podido aplicar plenamente el principio de legitimación para mantener la inscripción del testamento ampliado y, además, proteger las transferencias que los beneficiarios del testamentos (herederos o legatarios) hubieran hecho a favor de terceros en aplicación del principio de fe pública registral (art. 2014 CC).

## DOCTRINA

LACRUZ BERDEJO, José Luis. Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral. Aranzadi, Navarra, 2011; PAU PADRÓN, Antonio. Elementos de Derecho Hipotecario. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2003; PAU PADRÓN, Antonio. La publicidad registral. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2001.

# TÍTULO V
# REGISTRO DE MANDATOS Y PODERES

## Instrumentos inscribibles

**Artículo 2036.-** *Se inscriben en este registro:*

*1.- Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos.*

*2.- Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso.*

Concordancias:
*C.C. arts. 145, 155, 157, 158, 159 1790 y ss.*

JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO

### 1. Introducción

Conforme se explicó en el comentario al artículo 2030, en virtud del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, en el Registro de Personas Naturales y en cada Registro que lo integra (el Registro de Mandatos y Poderes, el Registro de Testamentos, el Registro de Sucesiones Intestadas, el Registro Personal y el Registro de Comerciantes), se aplicará la técnica del folio personal, por lo que se abrirá una sola partida por cada persona natural en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles.

No obstante, el artículo 1 de la Resolución Nº 067-2002-SUNARP/SN, conforme al último párrafo del mencionado artículo IV, dispuso que en el Registro de Mandatos y Poderes se puede abrir una partida registral por cada mandato y poder, de esta forma se concluye que el artículo 144 del Reglamento de las Inscripciones mantiene su vigencia.

Esta norma dispone que en el Libro de Mandatos se aperture una partida para cada uno de los poderes que se confiera en instrumento público y se presente para su inscripción, debiendo extenderse en asientos sucesivos, sus sustituciones, sus modificaciones, sus revocatorias, entre otros.

Cabe señalar que la sección sexta del Reglamento de las Inscripciones regula la forma como deben efectuarse las inscripciones en el Registro de Mandatos, normas que son aplicables al actual Registro de Mandatos y Poderes, pues como se recordará, en el Código de 1936 la figura de la representación no estaba regulada, por lo que el citado Reglamento solo hace referencia al mandato.

En tal sentido, conforme al Reglamento de las Inscripciones, el asiento de inscripción de los mandatos y los poderes deberá contener nombres y apellidos del mandante o poderdante, del mandatario o apoderado y de las personas en quienes se puede sustituir el poder o mandato si contiene esa disposición, o si la facultad de sustituir se da en términos generales; las facultades que por el poder o mandato se conceden; la fecha del instrumento y el nombre

del notario ante quien se otorga; el término de su duración y todos los datos para el conocimiento pleno de la extensión del mandato o poder.

Con relación a los actos y derechos inscribibles en este Registro, la exposición de motivos del artículo en comentario señala que el listado no es taxativo, puesto que según el artículo 2009, las leyes y los reglamentos especiales podrán establecer otros actos inscribibles[1].

Ahora, si bien la exposición de motivos señala que se pueden inscribir estos actos en el Registro, no significa que sea obligatoria ni mucho menos constitutiva dicha inscripción, razón por la cual queda claro que las inscripciones en este Registro solo son facultativas[2].

## 2. Inscripción del otorgamiento, sustitución, modificación y extinción del mandato o poderes

Al formar parte del Registro de Personas Naturales, en este Registro solo se inscribirán solo los mandatos y los poderes otorgados por las personas naturales. Además, como se señala en la exposición de motivos, tampoco procederá la inscripción de los poderes que ya se encuentren considerados en el artículo 2030 de este Código, tales como los del tutor o del curador[3].

En cuanto a la denominación otorgada a este Registro se ha respetado la diferenciación que el Código establece respecto del contrato de mandato y del poder. Distinciones que de manera clara explica Manuel Muro Rojo, quien indica que la diferencia entre ambas figuras se da en que el contrato de mandato es un acto bilateral, celebrado de común acuerdo entre el representado (mandante) y el representante (mandatario), lo que supone la obligación de este último de ejercer las facultades otorgadas, las cuales no quedan sujetas a su decisión discrecional –como sí lo es en el poder–, sino a las reglas de los contratos con prestaciones recíprocas. Por tal motivo, el representante o mandatario responderá no solo por los actos celebrados, sino también por su incumplimiento total o parcial y, como en todo contrato, el apartamiento de la relación contractual por su sola decisión es jurídicamente improcedente, resolviéndose –de darse el caso– en la obligación de indemnizar los daños y los perjuicios que con esa actitud ocasione[4].

Señala también que una de las principales razones que suele confundir al mandato con la representación es porque el contrato de mandato puede haber sido celebrado con representación (es decir, con poder de representación), en cuyo caso el mandatario actúa en nombre e interés del mandante, y los efectos de los actos que aquel celebre con terceros recaerán en la esfera jurídica de este; así como puede haber sido celebrado sin representación (es decir, sin poder de representación), en tal caso el mandatario actúa en nombre propio, pero en interés del mandante, y los efectos de los actos que aquel celebre con terceros recaerán primero en su propia esfera jurídica, para luego ser trasladados a la del mandatario a través de un acto posterior[5].

(1) Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Registros Públicos. Separata especial de *El Peruano*, publicada el 19 de noviembre de 1990, p. 29.
(2) Ídem.
(3) Ídem.
(4) MURO ROJO, Manuel. "La actuación jurídica por medio de terceros y la distinción entre representación, poder y mandato". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 66-B. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 7.
(5) Ídem.

Por otra parte, el título suficiente que da mérito a la inscripción de los actos en este Registro es la escritura pública, la cual tendrá que cumplir con las formalidades que establece en el Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo N° 1049)[6].

En la escritura, además, a efectos de su inscripción y a fin de que el Registro otorgue una correcta publicidad, se tendrá que indicar la clase de poder que se otorga, es decir, si el poder es general o especial, teniéndose en cuenta que por el primero se concede facultades de administración, mientras que por el segundo facultades específicas que pueden incluir actos de disposición. De otorgarse poder especial, se deberá especificar –de manera clara e individualizada– los actos para los cuales se faculta al apoderado. Lo mismo es aplicable para el caso del mandato.

Si el poder o mandato es otorgado fuera del país ante un notario extranjero se requiere: a) traducción oficial si está redactado en idioma extranjero; b) legalización de las firmas del poderdante o mandante y mandatario ante el notario, del notario por el cónsul del Perú en el extranjero y la firma de este ante el Ministerio de Relaciones Exteriores

Si el poder o mandato es otorgado ante el cónsul de Perú en el extranjero, solo se tendrá que legalizar la firma de este ante el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Cabe mencionar que no será necesario el trámite de legalización de firmas de documentos públicos extranjeros si estos están apostillados conforme al Convenio de la Haya (adoptado el 5 de octubre de 1961), por el cual se suprime convenio la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Este convenio fue aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 29445, el cual entró en vigor para nuestro país desde el 30 de setiembre de 2010.

Las ampliaciones, las modificaciones, las renuncias, las sustituciones y las revocaciones deben hacerse también por escritura pública, tratándose de los otorgados en el país; si han sido otorgados en el extranjero, se ceñirán a las reglas señaladas anteriormente.

Para que sean inscribibles estos actos, deberán hacer referencia en forma indubitable al poder o mandato que se revoca o renuncia, con indicación del nombre del apoderado o mandatario, poderdante o mandante, en su caso, y los datos de inscripción con indicación de la partida registral.

La extinción de poderes por muerte del apoderado o poderdante y/o mandatario o mandante, se inscribe en mérito a una copia certificada de la partida de defunción o resolución judicial de declaración de muerte presunta, la cual previamente se deberá inscribir en el Registro Personal.

La extinción del poder o mandato por interdicción o inhabilitación (CP, art. 36, inc. 4), declaración judicial de ausencia del mandante y/o poderdante se registra previa inscripción de la interdicción o inhabilitación, ausencia del representante o representado en el Registro Personal.

(6) De acuerdo al artículo 117 de la mencionada Ley, los poderes pueden ser por escritura pública, por fuera de registro y poder con carta con firma legalizada. Cuando el poder se refiere a actos hasta ½ UIT, el poder puede ser por carta con firma legalizada. Si es más ½ UIT hasta tres UIT, el poder puede darse fuera del registro notarial y si es más de tres UIT el poder es por escritura pública, así lo dispone el artículo 54 del TUO del Reglamento del Decreto Legislativo del Notariado (aprobado por D.S. N° 010-2010-JUS).

Ahora bien, como mencionamos en la nota a pie número 6, existen diversas clases de poderes siendo uno de el poder fuera de registro (notarial), el cual no podrá ser inscrito en los Registro de Mandatos y Poderes; no obstante, las facultades otorgadas podrán hacerse valer con la presentación del testimonio respectivo. Así puede suceder que mediante un poder fuera de registro se represente a cualquiera de las partes de una compraventa que se va inscribir en el Registro. Entonces, para la calificación de esta compraventa, el poder fuera de registro deberá insertarse en la escritura pública de del contrato de compraventa, debiendo el registrador proceder a calificar la compraventa conjuntamente con el poder, no pudiendo exigir que se inscriba el poder como acto previo a la compraventa.

Al respecto, el Tribunal Registral aprobó el siguiente precedente vinculante:

CALIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA DE PERSONAS NATURALES

"A efectos de calificar los actos celebrados por el representante de personas naturales, no es exigible la inscripción del poder. Será suficiente que se inserte o adjunte el traslado instrumental de la escritura pública donde conste el referido poder".

Criterio adoptado en las Resoluciones N° 025-2000-ORRLL/TRN del 24 de agosto de 2000 y N° 444-2004-SUNARP-TR-L del 23 de julio de 2004.

(Precedente vinculante adoptado en el XVII Pleno del Tribunal Registral realizado los días 20 y 21 de abril de 2006. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2006)

Asimismo, el Tribunal Registral en un acuerdo que no tiene la calidad de vinculante se ha pronunciado favorablemente sobre la revocatoria de poderes no inscrito:

INSCRIPCIÓN DE LA REVOCATORIA DE PODERES

"Procede la inscripción de la revocatoria de poderes, aunque no se encuentre inscrito el acto de otorgamiento de poder, siempre que se acompañe copia certificada del poder que se revoca, el cual quedará en el título archivado".

(Acuerdo adoptado en el LIV Pleno del Tribunal Registral realizado los días 17 y 18 de diciembre de 2009)

Del mismo modo, en 2010, el Tribunal Registral adoptó un acuerdo que no es vinculante en el que se pronuncia sobre la revocatoria de un poder otorgado por varios representados:

REVOCATORIA DE PODER OTORGADO POR VARIOS REPRESENTADOS

"Es inscribible la revocación del poder efectuada por uno de los varios poderdantes, cuando del asiento de inscripción del apoderamiento o del correspondiente archivado no consta expresamente que el poder haya sido conferido para un objeto de interés común".

(Acuerdo adoptado en el LXIX Pleno del Tribunal Registral realizado el día 17 de diciembre de 2010)

Finalmente, debe mencionar que, debido a los fraudes inmobiliarios originados por la presentación de mandatos y poderes otorgados fraudulentamente, el texto original de la sétima disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo del Notario, dispuso que la presentación de partes notariales a los Registros de Predios, de Mandatos y

Poderes en las oficinas regístrales, deberá ser efectuada por el notario ante quien se otorgó el instrumento o por sus dependientes acreditados y solo de manera excepcional, a solicitud y bajo responsabilidad de los otorgantes, los partes notariales podrán ser presentados y tramitados por persona distinta al notario o sus dependientes. En este caso, el notario al expedir el parte deberá consignar en este el nombre completo y número de documento de identidad de la persona que se encargará de la presentación y tramitación de dicho parte y la procedencia legítima del parte.

Como podemos advertir, dicha disposición regulaba de manera expresa la presentación de partes notariales en el Registro de Predios y el Registro de Mandatos y Poderes. Esta disposición fue modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1232, del 26 de setiembre de 2015, en la que se estableció que los partes notariales y copias certificadas a presentarse a cualquier registro del Sistema Nacional de Los Registros Públicos debía ser presentado por el notario o su dependiente, y solo de manera excepcional podía ser presentado por persona distinta al notario o sus dependientes.

## 3. Inscripción del otorgamiento, revocabilidad y caducidad del poder irrevocable

De acuerdo con el artículo 153 de este Código el poder es irrevocable:

1. Cuando se otorgue poder para realizar un acto especial, es decir, se encomienda la representación para que efectúe un acto específico. Ejemplo: A otorga poder a B para que venda el inmueble de su propiedad ubicado en la av. Los Huertos N° 122, distrito de Chicheros.

2. Cuando se otorgue poder por tiempo limitado, es decir, la representación se ejerce de manera continua y durante un periodo determinado, el cual no puede ser mayor a un año. Ejemplo: A otorga poder a B para que cada fin de mes pueda acudir al Banco de la Nación para cobrar su pensión.

3. Cuando se otorgue poder en interés común del representado y del representante. Tal es el caso del poder que otorga A (propietario) a favor de B, para que negocie la venta del inmueble que B ocupa en calidad de arrendatario, a fin de que pueda lograr la vigencia del arrendamiento.

4. Cuando se otorgue poder en interés de un tercero, como podría ser el caso del poder que otorga A en favor de B para que este adquiera un automóvil que tendrá como propietario a C.

La inscripción del poder irrevocable estuvo regulada en la Directiva N° 12-2002-SUNARP/SN, en la cual se estableció que si en el título respectivo no consta de manera expresa el carácter irrevocable del poder ni fluye con claridad la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 153 del Código Civil, el registrador se limitará a inscribir el poder sin la calidad de irrevocable.

Esta Directiva señaló que el registrador, al momento de extender el asiento de inscripción, deberá consignar expresamente el carácter irrevocable del poder y el plazo de su vigencia, que no podrá ser mayor a un año, según se desprende del segundo párrafo del referido artículo 153. Así, una vez vencido ese plazo el poder se extinguirá y, por consiguiente, también su asiento de inscripción, no pudiéndose otorgar certificado de vigencia.

También disponía que, una vez transcurrido el plazo de vigencia del poder irrevocable, el registrador competente procederá a extender de oficio el respectivo asiento de cancelación, en la primera oportunidad que se solicite la expedición del certificado de vigencia correspondiente o cuando al calificar un título advierta la caducidad del poder irrevocable. Asimismo, cuando el registrador encargado de expedir publicidad es distinto al encargado de la sección de inscripciones, aquel comunicará la circunstancia de la caducidad del poder irrevocable al registrador competente, a efectos de que proceda a extender el asiento de cancelación respectivo.

En la actualidad, dicha directiva está derogada, pues la Resolución N° 123-2008-SUNARP la dejó sin efecto por considerar que la directiva tuvo como finalidad de unificar los criterios interpretativos existentes en sede registral en torno al plazo del poder irrevocable contemplado en el artículo 153 del Código Civil, así como en torno a las características que debe contener el poder irrevocable para ser inscrito como tal; sin embargo, dicha finalidad no se cumplió.

En efecto, podemos darnos cuenta de que durante la vigencia de la directiva el Tribunal Registral emitió un precedente vinculante en el que establecía los supuestos para la inscripción del poder irrevocable:

> REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DEL PODER IRREVOCABLE
>
> "Para su inscripción, el poder irrevocable debe tener dos características: a) que expresamente se señale que es irrevocable y b) que comprenda cualquiera de los supuestos del artículo 153 del Código Civil. Si falta alguna de estas características, el poder se inscribe sin la calidad de irrevocable".
>
> Criterio adoptado en las Resoluciones N° 370-2005-SUNARP-TR-L del 1 de julio de 2005, N° 098-2003-SUNARP-TR-L del 20 de febrero de 2003 y N° 503-2003-SUNARP-TR-L del 8 de agosto de 2003.
>
> (Precedente vinculante adoptado en el XII Pleno del Tribunal Registral realizado los días 4 y 5 de agosto de 2005. Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de setiembre de 2005).

En ese sentido, es claro que para que el poder se inscriba con el carácter irrevocable, el título en el cual consta deberá indicar, o por lo menos fluir con claridad, el acto especial para el cual es otorgado, el tiempo límite del ejercicio del poder, el interés común del representado y del representante, o el interés del tercero; todo lo cual será objeto de verificación por parte del registrador.

Por otro lado, respecto a la revocabilidad del poder irrevocable debemos señalar que al parecer existe un vacío legal referente a posibilidad de revocatoria durante el plazo de su vigencia; tema que es tratado tanto por la doctrina nacional como por la jurisprudencia registral.

En efecto, Fernando Vidal Ramírez considera que el poder es siempre revocable a tenor del principio general contenido en el artículo 149 del Código Civil, en tanto en el otorgamiento del poder no deja de estar el interés del poderdante. Asimismo, dicho autor señala que por ser este interés común al del representante o al de un tercero, la revocación del poder irrevocable somete al poderdante a la indemnización de daños y perjuicios conforme a las reglas de inejecución de obligaciones[7].

(7) VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998, p. 203.

Por su parte, Guillermo Lohmann opina que la irrevocabilidad nunca es absoluta, ya que el incumplimiento del representante, abuso o mala fe, entre otros, así como la confianza o fe que juzgue el *dominus* son asuntos privados, que no hay razón para restringir en exceso[8].

Sobre el particular, el Tribunal Registral ha emitido diversos pronunciamientos, así ante una denegatoria de inscripción de una revocatoria de un poder irrevocable, han considerado que "en tanto el poder parte de un acto unilateral de libre voluntad del representado para designar en una persona los actos que deba realizar en su nombre y que van a recaer directamente en su esfera jurídica, debe primar con la admisión de la revocación del poder irrevocable la salvaguarda de dicho interés, en contraposición de preservar dicho interés del representante o del tercero, en tanto es la voluntad del poderdante la que da nacimiento al acto de apoderamiento sustentada como ya se ha señalado en la preexistencia de una relación de confianza. **Por lo que se concluye que es posible inscribir la revocación de un poder otorgado de conformidad con el artículo 153 del Código Civil, cuando la relación de confiabilidad que lo mantiene desaparece**, pues así lo ha manifestado el representado"[9] (el resaltado es nuestro).

En otra resolución emitida en 2008, el Tribunal consideró que: "Para evaluar la procedencia de la revocación de un poder que contiene una cláusula de irrevocabilidad, antes del vencimiento del plazo establecido o previsto en ley, deberá tenerse en cuenta el supuesto para el cual se otorgó el poder, así como la existencia o no de un negocio subyacente (de gestión) que justifique el pacto de irrevocabilidad, justificación que surge para evitar perjuicios mayores. Interesa entonces, saber cuál es la causa de irrevocabilidad, averiguar las razones, porque es importante saber, para determinar su naturaleza, qué derecho se está cautelando al pactarse la irrevocabilidad (...). Se desprende del tenor del referido poder que contiene el otorgamiento de facultades de representación generales y especiales de exclusivo interés del representado, supuesto en el cual, conforme se ha sustentado precedentemente, no se justifica una estipulación de irrevocabilidad; no obstante, lo cual, la poderdante ha establecido, unilateralmente, la referida estipulación. En tal sentido, nada obsta para que la representada, en cuyo único interés se otorgaron las citadas facultades, manifieste su voluntad de extinguir el poder, debiendo considerarse, en todo caso que, en el supuesto que la revocatoria ocasione algún perjuicio al representante, en virtud de haberse estipulado la irrevocabilidad, pueda este exigir la reparación de una indemnización en sede judicial"[10].

Por lo expuesto, podemos señalar que el poder irrevocable puede ser revocado cuando el poderdante le ha perdido la confianza a su apoderado o porque simplemente el poder fue otorgado en su interés y su beneficio y, por consiguiente, ya no desea que el apoderado lo represente, pues el acto de apoderamiento proviene de la voluntad del poderdante, la misma que no puede ni debe ser restringida. Sin embargo, si dicha revocatoria genera perjuicio al apoderado o a un tercero, el representado estará en la obligación de indemnizarlos.

(8) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El negocio jurídico*. Grijley, Lima, 1997, p. 244.

(9) Resolución N° 417-2001-ORLC/TR del 26/09/01. *Jurisprudencia registral*. Vol. XIII, Tomo II. Lima, 2002, p. 231.

(10) Resolución N° 1085-2008-SUNARP-TR-L del 06/10/2008. Disponible en: <https://www.sunarp.gob.pe/busqueda/jurisprud_res2.asp>.

## DOCTRINA

Exposición de Motivos oficial del Código Civil. Registros Públicos. Separata Especial de El Peruano, publicada el 19 de noviembre de 1990; LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. El negocio jurídico. Grijley, Lima, 1997; MURO ROJO, Manuel. La actuación jurídica por medio de terceros y la distinción entre representación, poder y mandato. En: Actualidad Jurídica. Tomo 66-B, Gaceta Jurídica, Lima, 1999; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

## JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL REGISTRAL

La inscripción de poderes de representación es eminentemente facultativa

*La inscripción de los poderes en el Registro es facultativa y no obligatoria –pues no existe norma legal alguna que compela a su inscripción–, declarativa y no constitutiva; es decir, para que cualquier poder pueda surtir efectos bastará que cumpla con la forma respectiva, dependiendo de las facultades que se confieran. Si son facultades de disposición de la propiedad del representado, el encargo debe constar en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 156 del Código Civil). Si son facultades de administración bastará la forma que los interesados juzguen convenientes (artículo 143 del Código Civil)* ***(Resolución N° 1389-2016-SUNARP-TR-L).***

## Lugar de inscripción

**Artículo 2037.-** *Las inscripciones se hacen en el registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación(*).*

Concordancias:
*C.C. arts. 2033, 2034*

MARCO ANTONIO BECERRA SOSAYA

# 1. Introducción

Valga de entrada una aclaración que justifique la parquedad normativa en el tratamiento y la regulación del Registro de Mandatos y Poderes en el Código Civil, limitada a tan solo tres artículos, aun cuando en el ámbito sustantivo los artículos relativos a la representación –en el Libro del Acto Jurídico–, y aquellos referentes al contrato de mandato –en el Libro de las Fuentes de las Obligaciones–, prevén un número mayor de supuestos para esta materia.

Y es que la institución –jurídica– de los Registros Públicos[1] nació con la necesidad de publicitar las cargas y los gravámenes que pesaban sobre los predios, a fin de que los terceros –potenciales contratantes– pudieren tomar noticia sobre los mismos y, con base en la información confiable –que brindaría el Registro– decidir si contrataban o no, según que pudiere dicho predio constituirse en una garantía idónea (*a.e.* una hipoteca). Con ello se anuló la problemática de las garantías ocultas, regulándose la obligatoriedad en la inscripción del derecho real de hipoteca para que se le tenga por configurado o constituido. Solo mucho más tarde sobrevino la idea de inscribir –ergo publicitar– mediante el Registro las titularidades dominiales sobre los predios, relegándose a inscripciones facultativas (no obligatorias) las transferencias, pues –a diferencia de las hipotecas– bastaba con ver a una persona habitando una edificación para "entender" que era el propietario, más todavía si las poblaciones eran pequeñas y generalmente todos se conocían.

Siendo esto así, poco a poco se advirtió de las bondades del Registro (oponibilidad de derechos) y se extendió sus beneficios a otras latitudes del Derecho común, llegando entre otros, al terreno de los mandatos y los poderes. Baste revisar los primeros artículos de la ley de creación de la Sunarp, Ley N° 26366[2], para notar que en dicha institución se cuenta con una diversidad importante de registros jurídicos que aportan a la seguridad en el tráfico económico, lo cual lógicamente no aparece reflejado en el Código Sustantivo, dado que este último antecedió a la ley en no menos de diez años.

En el caso del Registro de Mandatos y Poderes, el mismo forma parte a su vez del Registro de Personas Naturales. Esta ubicación sistemática –establecida por la ley– es importante porque: a) aunque justificado por cuestión de tiempo, el Código Civil efectúa una regulación

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

(1) Entendida como la posibilidad de asistir sin restricciones al conocimiento del contenido de sus libros, llevados por los cabildos, en una etapa posterior a las abadías o parroquias.

(2) Quien pretenda tener una visión estructural y macro de la forma en que están organizados los Registros jurídicos a cargo de la Sunarp, podrá advertir en la Ley N° 26366 la existencia de los cuatro grandes registros, que a su vez, engloban otra categoría de –llamémosle aquí– subregistros: a saber, el Registro de la Propiedad Inmueble, el Registro de la Propiedad Mueble, el Registro de Personas Jurídicas y el Registro de Personas Naturales; así como otros creados por ley.

sin mayor rigor orgánico e incompleta en cuanto a la división de los Registros hoy existentes, sea de bienes (inmuebles y muebles), como de personas (jurídicas y naturales); y b) porque nos indica que aquí se inscriben únicamente los poderes y/o mandatos "otorgados" por personas naturales, sea a favor de otras personas naturales o incluso a favor de una persona jurídica[3].

Como correlato de esto último, recuérdese que antes de la vigencia del Reglamento del Registro de Sociedades –vigente desde el 1 de setiembre de 2001–, el Reglamento del Registro Mercantil de mayo de 1969 preveía en su artículo 137 que los poderes que otorguen las personas jurídicas, así como las revocatorias y las sustituciones de los mismos se inscribían en el Registro de Mandatos. Esta situación anómala varió con la sanción de los artículos 31 y 32 del Reglamento del Registro de Sociedades que hoy rige, y queda claro entonces que en el Registro de Mandatos y Poderes el poderdante y/o mandante únicamente puede ser una persona natural. Las personas jurídicas inscriben sus poderes y mandatos en la partida misma de la sociedad.

## 2. Lugar de inscripción del mandato y/o poder

El artículo bajo comentario propone que las inscripciones se efectúen **en el lugar donde permanentemente se va a ejercer** el mandato o la representación[4]. Sobre ello, merece rescatarse varios aspectos en lo referente a la interpretación que pueda suscitar la redacción. Veamos:

a) Es importante –a los efectos de una correcta aplicación de este artículo–, conocer la forma como está organizada la Sunarp con base en la competencia de sus oficinas registrales en el país. El Reglamento de Organización y Funciones de esta institución[5] establece la conformación nacional en catorce zonas registrales. Cada una de estas zonas registrales está conformada a su vez por varias oficinas registrales, por lo que vale mencionar entonces que las inscripciones se realizan a nivel de oficina y no a nivel de zona.

   A guisa de ejemplo: la Zona Registral N° I comprende las Oficinas Registrales de Piura, de Tumbes y de Sullana. Si Ticio –quien vive en Lima– quiere vender un inmueble inmatriculado en la Oficina Registral de Sullana, inscribirá seguramente el mandato a favor de su amigo Cayo en la Oficina de Sullana[6], mas no lo habrá inscrito en la Zona I en su totalidad, si no que tan solo en la Oficina de Sullana que forma parte de la Zona I.

   Queda claro entonces, que las inscripciones se efectúan **a nivel de oficina** y no de zona, con lo cual, una lectura apropiada del artículo que comentamos importa decir que las

(3) Lo que sí queda claro es que, a su vez, la persona jurídica en tanto tal, deberá designar a una persona natural para que la represente en el ejercicio del mandato o representación otorgado; y dicha designación se inscribirá más bien en el Registro de Personas Jurídicas.

(4) La redacción primigenia del artículo 2037 del Código Civil (antes de su modificación por el Código Procesal Civil) rezaba que: "Las inscripciones se hacen en la oficina del lugar donde se va a ejercer el mandato o el poder".

(5) Aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2013-JUS, publicada el 15/10/2013 en el diario oficial *El Peruano*.

(6) Nótese que nuestra aseveración, en el sentido de que el poder o mandato debe inscribirse en el lugar en que se encuentra el predio, resulta predeterminadamente arbitraria y hasta antojadiza, pues de la sola lectura del artículo 2037 del Código Civil, el mandatario puede ejercer el mandato en un lugar distinto al cual se encuentra el predio. Téngase en cuenta que no existe norma alguna que prevea que los poderes se inscriben –a efectos negociales– en el lugar en que se encuentran inmatriculados los bienes; pero sobre todo, porque el poder no siempre involucra bienes inscritos o inscribibles, o siquiera bienes. En el caso del artículo 2038 se alude más bien al contrato y el lugar de la celebración del mismo y no a bienes.

inscripciones se realizan en la oficina registral del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación[7].

b) Como correlato de lo mencionado en el punto a), hay que mencionar que la inscripción del mandato y/o el poder es meramente facultativa, o si se quiere, no es obligatoria ni para su ejercicio, ni para su configuración, la que opera en el ámbito netamente extrarregistral. Tan cierto es ello que si un mandatario busca oponer el mandato a su favor a una persona con quien tiene que contratar, a esta última persona le bastará con que se le muestre la escritura pública en la que conste el encargo, sin requerir de la inscripción en el Registro; cosa distinta es que por razones de mayor seguridad, el contratante pida que conste la inscripción del mandato y/o poder en el Registro, para efectos de constituirse en tercero amparado –según los alcances del artículo 2038 de este Código[8]– y gozar del beneficio de la oponibilidad que el Registro le otorga.

   De esta manera, la lectura del artículo 2037 del Código implica que las inscripciones se hacen, "si es que así se desea", en la oficina registral donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación.

c) Ahora bien, resulta medular establecer qué implica "ejercer permanentemente" el poder; nada mejor que un ejemplo que nos ayude a la interpretación: Juan es propietario de un bien ubicado de Trujillo y ha otorgado un poder específico (aún no inscrito) a Diego para que venda el inmueble. En este caso definitivamente no es de aplicación la norma pues el poder solo será ejercido una vez –cuando se transfiera el derecho de propiedad– con lo cual no entra en juego el artículo 2037 bajo análisis (no se ejercerá permanentemente el poder). Bajo tal premisa, el citado poder podrá inscribirse en cualquier oficina registral del Perú. Nótese que el registrador, notario o cualquier otro operador del derecho, de la sola lectura del poder otorgado en el ejemplo, podrá advertir la no aplicación del artículo en cuestión, toda vez que su ejercicio se efectúa y agota en el mismo único momento.

   Ahora bien, si el poder o mandato va a ser ejercido en distintos momentos (permanentemente), allí sí entra en aplicación la norma. Pero nuevamente, qué implica ejercer el poder; si tomamos como ejemplo el poder otorgado a una persona para que transfiera cinco inmuebles ubicados todos ellos en la ciudad de Trujillo, ¿dónde debe inscribirse el poder? Una primera y desprevenida mirada podría concluir que el poder deberá inscribirse en Trujillo; sin embargo, una cosa es dónde se encuentra inmatriculado el inmueble, y otra, dónde se celebrará el contrato de compraventa, oportunidad en la cual se ejercerá el poder. Siendo así y siguiendo con el ejemplo, si las partes van a celebrar el contrato de la mayoría o de todos los inmuebles en la ciudad de Lima, el poder debe inscribirse en la Oficina Registral de Lima.

   Por último, entonces: ¿podría un registrador de la Sunarp observar o tachar el título que pretende la inscripción de un poder para que se vendan cinco inmuebles situados en la ciudad de Trujillo, bajo el argumento de que se quiere inscribir en una ciudad distinta

(7) Cosa curiosa resulta ser el que esta conclusión se asemeje a la propuesta primigenia del artículo 2037 del Código Civil antes de su modificación.

(8) En ese sentido, nos permitimos discrepar de lo manifestado por los profesores Max ARIAS-SCHREIBER y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, quienes en su obra *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* manifiestan que "para el ejercicio del mandato o poder es obligatoria su inscripción (...)".

a Trujillo? No debería, por la sencilla razón de que este desconoce dónde se ejercerá el poder de manera permanente, es decir dónde se celebrará el contrato.

No debe olvidarse de otro lado que al momento en que se redactó este artículo, el legislador no avizoraba la interconexión de los sistemas informáticos que hoy almacenan la información de los Registros Públicos, por lo que –en realidad– para los efectos del artículo que comentamos (y excluyendo la figura del tercero –artículo 2038– que resulta, como hemos dicho, optativa), aun cuando el poder se vaya a ejercer en varias jurisdicciones correspondientes a distintas oficinas registrales, bastaría la inscripción en tan solo una de ellas (cualquiera), pues los registradores de las oficinas donde se omitió extender la inscripción podrán visualizar la existencia –o vigencia– del poder inscrito –en una oficina– en cuya escritura se alude a las varias jurisdicciones, lo que a su vez, se entiende, se ve reflejado en el asiento registral .

Por todo ello, a nuestro criterio este artículo debería modificarse en el sentido que baste la inscripción del poder en una cualquiera de las oficinas registrales que forman parte de la Sunarp, para que tenga plena eficacia jurídica en todo el país.

d) Finalmente, resulta pertinente –por una cuestión de interpretación literal–, remarcar que cuando en el artículo se alude a inscripciones, habrá que entender que se comprende también a la sustitución, modificación o extinción del mandato y/o poder –pues el artículo no lo dice– lo cual, por principio de especialidad registral, deberá inscribirse en la misma partida en que inicialmente se registró el acto.

Ahora bien, si la inscripción del poder o del mandato no es obligatoria, ciertamente tampoco lo es su modificación, sustitución o extinción.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHEREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier. La calificación registral (estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral). Civitas, Madrid, 1996.

## Derecho del tercero de buena fe

**Artículo 2038.-** ***El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos.***

Concordancias:
*C.C. arts. 151, 153, 159, 1808, 2014, 2034, 2037*

MARCO ANTONIO BECERRA SOSAYA

## 1. Introducción

Conforme es sabido, en la doctrina se concibe la figura del "tercero registral", quien en buena cuenta es un personaje al cual el ordenamiento jurídico provee de protección o perjudica según las diversas situaciones jurídicas que se publicitan o no en los registros públicos. Para llegar a constituirse en tercero registral, sin embargo, se debe ostentar determinadas características; así puede advertirse por ejemplo de la lectura del artículo 2014 del Código Civil o del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento del Registro de Sociedades, normas que regulan a los terceros registrales.

El artículo bajo comentario, por su parte, regula también a un tercero registral, en la medida que (para diferenciarlo del tercero civil, que sería simplemente **el ajeno a una relación obligacional**) su configuración viene dada a partir de la entrada en juego de los principios que informan al Registro.

En el caso que nos ocupa entra en juego el principio de inoponibilidad registral, a cuyo protagonista podemos llamar "tercero de inoponibilidad registral", para quien lo no inscrito (que necesariamente existe) le es inoponible, es decir, no le perjudica; este tercero será amparado de actuar conforme a lo publicitado por el registro. Nótese que en este caso, hay una divergencia entre la realidad registral y la realidad jurídica, que es lo no inscrito. Ejemplo típico es aquel en el cual existe un poder inscrito en el registro y que ya fue revocado, pero esto último no se ha registrado. A todas luces, las normas del Libro II del Código Sustantivo nos enseñan que ya no hay poder vigente y por tanto al no haber representación, carece de eficacia jurídica cualquier acto celebrado por el pseudo apoderado; el artículo 2038 empero, dota de eficacia jurídica al contrato celebrado a la luz del poder inscrito –aunque ya revocado–, en la medida que se cumplan determinados requisitos que el propio artículo establece y que veremos más adelante.

## 2. Los Registros Públicos, la oponibilidad y la apariencia jurídica

Como sabemos, el registro, o la inscripción como tal, nada añade a la relación jurídica existente entre las partes que la conforman, pues ambas deben cumplir las obligaciones y sus correspondientes prestaciones por el solo nacimiento de la obligación. De lo que se trata mediante la inscripción más bien, es de romper con el principio de relatividad de los contratos regulado en el artículo 1363 del Código Civil peruano, el cual reza que "los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)", llevando entonces las consecuencias jurídicas del negocio hacia terceros que deben de alguna manera someterse a lo registrado, sea para utilizarlo en su favor, sea para soportarlo.

Si como hemos mencionado, cualquier persona puede conocer el contenido de los Registros Públicos, es justamente esa posibilidad de conocer la que afecta a quien desde fuera (llamémosle "tercero") ha tomado noticia del acto, hecho o derecho inscrito; la ley presume *iure et de iure* que todos conocen el contenido del Registro (véase el art. 2012 del CC). Esta norma recoge la llamada publicidad registral positiva que podemos emparentar con el principio de oponibilidad, esto es, que lo inscrito afecta a los terceros, no pudiendo estos invocar desconocimiento de lo inscrito; ello en virtud a la cognoscibilidad prescrita por la norma.

La publicidad registral negativa (principio de inoponibilidad registral) es consecuencia lógica, o si se quiere, la otra cara de la publicidad positiva, en la medida que lo no inscrito, no produce efecto legal en perjuicio del tercero de buena fe.

Dicha afectación –al tercero– de lo inscrito, explica o define justamente el llamado principio de oponibilidad registral; efectivamente, una de las carácterísticas del sistema registral peruano es que se trata de un sistema de oponibilidad/inoponibilidad, donde lo inscrito se opone jurídicamente a lo no inscrito; y viceversa, donde lo no inscrito, es inoponible a lo inscrito. Desarrollemos el concepto con dos ejemplos muy simples: i) tres personas adquieren el derecho de propiedad sobre un mismo predio; en este caso, sin importar en principio en qué orden adquirieron el derecho, el primero que inscriba en el Registro **opondrá** registralmente su derecho a las otras dos personas, con las consecuencias jurídicas que ello implique en cuanto al ejercicio efectivo del derecho; y ii) ejemplificando el artículo 2038 del Código: Juan adquirió el derecho de propiedad de la casa de Diego, celebrando el contrato de compraventa con Laura (representante inscrita de Diego). Lo cierto es que a la fecha de celebración del contrato, Laura ya no era representante de Diego, pues se le había revocado el poder; empero, al no haberse inscrito dicha revocación, la misma le es inoponible a Juan, quien adquirió bien el derecho y será mantenido en su adquisición (en las líneas siguientes veremos los requisitos que debe ostentar Juan para gozar del principio de inoponibilidad registral conforme al artículo materia de análisis).

La protección que dispensa el ordenamiento jurídico a Juan en el ejemplo esgrimido se basa –como ya hemos mencionado– en el principio de oponibilidad/inoponibilidad registral, pero también en la apariencia de las cosas (es decir, en aquello que **parece pero no es**; parece que hubiera poder vigente, pero ya fue revocado).

Efectivamente, en lo que respecta a la vinculación entre el registro y la apariencia, hay que decir que fundamentalmente de lo que se trata es de proteger al tercero que confía en lo que se publicita a través del Registro, lo cual discuerda "necesariamente" de la realidad jurídica. Y, ¿qué es la "realidad jurídica"? Pues aquello que el Derecho reconoce como existente. En el ejemplo de la revocatoria del poder, aun cuando no se haya inscrito la misma, el derecho la reconoce como válida y eficaz pues las normas le dispensan esas cualidades por el mero cumplimiento de determinados requisitos legales, sin tener que llegar a la registración; la revocatoria así forma parte de la realidad jurídica.

## 3. Requisitos que debe reunir el tercero del artículo 2038

El artículo bajo análisis no basa únicamente la protección al tercero en el principio de inoponibilidad, sino que también establece determinados requisitos que deben presentarse de manera conjuntiva en quien pretende la protección que la norma dispensa. Veamos cuáles son estos:

a) Ser parte distinta al poderdante o apoderado (o, de ser el caso, al mandante y mandatario).

b) Tener **buena fe** al contratar sobre la base del mandato o poder inscrito. La buena fe en este caso implica **desconocer** la modificación o extinción de dicho poder o mandato, de tal forma que si a través de cualquier medio fehaciente –a.e. una carta notarial–, el contratante conoce de la modificación o extinción citadas, perderá la buena fe y no gozará por tanto del amparo legal que el artículo prevé.

c) Contratar **a título oneroso**.

d) El artículo reclama que el tercero haya celebrado un **contrato** (no un convenio; no cualquier acto jurídico), cuyos efectos reales u obligacionales no serán perjudicados de cumplirse con todos los requisitos aquí detallados.

e) El poder o mandato que se pretende oponer debe estar inscrito. Téngase en consideración que el artículo no exige la inscripción del acto o derecho configurado o constituido con la celebración del contrato. Haciendo llamamiento del ejemplo utilizado lineas arriba, en el que Juan compra a Diego (representado este último por Laura) el derecho de propiedad sobre su casa, el artículo reclama la inscripción del poder o mandato otorgado por Diego a Laura, mas no pide la inscripción de la compraventa de la propiedad en el registro para proteger la adquisición del Juan.

   De la lectura del artículo se desprende que el poder o mandato sobre la base del cual se contrata, debe estar inscrito en la oficina registral del lugar de celebración del contrato; esto sin embargo debe modificarse pues, siendo el registro parte de un sistema nacional con interconexión plena (véase la Ley N° 26366), debe bastar la inscripción del poder o mandato en cualquier oficina registral del país, inscripción que será oponible a cualquier contratante en razón al artículo 2012 del propio Código Sustantivo.

f) El poder o mandato inscrito debe inexorablemente haber sido modificado o extinguido, no habiéndose inscrito dicha modificación o extinción. Dicha modificación o extinción del poder o mandato debe ser de tal naturaleza que si se hubiera inscrito, el contrato no hubiera podido celebrarse o sería ineficaz.

   Hacemos incapié en que, para que se active el artículo y la protección que este dispensa, el poder inscrito debe "necesariamente" estar modificado o extinto, no habiéndose inscrito tal modificación o extinción. Si no fuera este el escenario, es decir –utilizando el ejemplo de Juan, Diego y Laura–, si Diego compra a Juan representado por Laura y el poder de Laura no ha sido modificado o revocado ni dentro ni fuera del Registro, la protección del artículo 2038 que es una protección privilegiada no se activaría. Esto no implica que el contrato de Diego con Juan esté desprotegido, pues los artículos 2013, 2016, 2017 y eventualmente el artículo 2022 del Código Civil le dispensan una determinada protección jurídica, mas no el artículo 2038 al no producirse plenamente el supuesto de hecho.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; CABRERA YDME, Edilberto. El procedimiento registral en el Perú. Palestra Editores, Lima, 2000; GARCÍA GARCÍA, José Manuel. Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. Tomo II. (El concepto de tercero, inoponibilidad, fe pública, prioridad). Civitas, Madrid, 1993; GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier. La calificación registral. (Estudio de las principales aportaciones doctrinales sobre la calificación registral). Civitas, Madrid, 1996; GONZALES BARRÓN, Günther. Curso de Derechos Reales. Jurista Editores, Lima, 2003; GONZALES BARRÓN, Günther. "El requisito de la buena fe en el principio de fe pública registral: La visión jurisprudencial". En: Diálogo con la Jurisprudencia. Año 9, N° 58, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2003.

# TÍTULO VI
# REGISTRO DE TESTAMENTOS

## Actos y resoluciones inscribibles

**Artículo 2039.-** *Se inscriben en este registro:*

*1.- Los testamentos.*

*2.- Las modificaciones y ampliaciones de los mismos.*

*3.- Las revocaciones de los actos a que se refieren los incisos 1 y 2.*

*4.- Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad de los testamentos.*

*5.- Las sentencias ejecutoriadas en los juicios sobre justificación o contradicción de la desheredación.*

*6.- Las escrituras revocatorias de la desheredación.*

---

Concordancias:
*C.C. arts. 686 y ss., 742 y ss., 753, 754, 798 y ss., 805 y ss., 808 y ss.; D.L. 1049 arts. 67 a 74; R.R.T. art. 1 y ss.*

**EDUARDO LAOS DE LAMA**

Antes de efectuar los comentarios respectivos, debemos llamar la atención sobre una expresa contradicción normativa en cuanto a la confidencialidad que en rigor está reservada por ley a los testamentos. En efecto, el artículo 67 del Decreto Legislativo del Notariado (D.Leg. Nº 1049) garantiza la reserva que la ley prescribe para estos actos jurídicos, al imponerle al notario llevar en forma directa un Registro de Testamentos, obligación complementada con la prohibición expresa (artículo 71) de informar el contenido, e inclusive, la existencia de los mismos en vida del testador.

En la otra mano nos encontramos con el artículo 70 de la misma norma, que señala la obligatoriedad de este funcionario público de enviar mensualmente al Colegio de Notarios de su jurisdicción la relación de todos los testamentos otorgados ante su despacho, cerrados o por escritura pública, con lo cual terceros ajenos al propio acto personalísimo están en disposición de conocer la existencia de los testamentos en toda una circunscripción notarial.

La lógica jurídica de las disposiciones sobre reserva y confidencialidad que el Decreto Legislativo del Notariado establece tiene fundamento: las personas interesadas en las declaraciones de última voluntad del testador –herederos forzosos, legales, posibles legatarios o terceros directa o indirectamente vinculados al testador– que pudieran ver afectadas sus expectativas, legítimas o no, podrían emprender acciones de cualquier índole con la finalidad de afectar, alterar o modificar de alguna forma la voluntad ya materializada en el testamento, solicitar su nulidad, perpetrar su pérdida o en un extremo pretender atentar contra la integridad personal del testador.

Esta lógica colisiona frontalmente con la inscripción registral de los testamentos en vida del testador, al menos en lo que se refiere a la reserva legal con relación a la existencia de los mismos.

El contenido de los testamentos en vida del testador –al menos– se encuentra garantizado por la emisión del parte notarial que debe contener tan solo los datos relativos a la fecha

de otorgamiento, fojas del Registro donde corre extendido, nombre del notario, del testador y los testigos, con la constancia notarial de su suscripción, no así el contenido del mismo que evidentemente tiene connotaciones patrimoniales que se perfeccionarán al fallecimiento del otorgante. El notario, por otro lado, actuará con la diligencia necesaria para conducirse de acuerdo a lo que la ley señala con relación a que es un Registro que llevará directa y personalmente con la finalidad que no se conozca su contenido.

Por un lado, al notario se le prohíbe informar sobre el contenido y **la existencia** misma de un testamento, pero dicha información puede ser obtenida con facilidad a través de la publicidad del Registro Público que se encuentra alimentada justamente por la información que el notario envía al mismo. Cosas de nuestro ordenamiento jurídico.

La existencia del Registro de Testamentos dentro del sistema de Registros Públicos –siempre llamando la atención sobre la incongruencia ya expresada– tiene un fundamento jurídico que es el mismo que sustenta a todos los Registros, constitutivos o no, cual es principalmente hacer conocido el acto inscribible a terceros, *erga omnes*, de manera tal que los ciudadanos puedan celebrar actos jurídicos respecto del derecho o acto inscrito bajo la fe y seguridad que el propio Registro brinda. Sin embargo, en el caso de los testamentos, nuestra opinión personal es que se debería impulsar la inscripción de las disposiciones testamentarias solo a partir del fallecimiento del testador, en razón que la intangibilidad del documento se encuentra garantizada por el notario, quien a su vez da fecha cierta, verifica la capacidad del testador, redondeándose la faena jurídica con la intervención de testigos, único caso en nuestra legislación en que estos constituyen condición esencial para la validez del acto jurídico, al menos en lo referente a instrumentos otorgados ante notario.

Una opción que se encuentra dentro de la lógica jurídica sobre reserva testamentaria es la que establece el Derecho español, y es el de la formación del denominado "Registro general de actos de última voluntad" a cargo del Ministerio de Justicia –Dirección General de los Registros y del Notariado– y los decanatos de Colegios notariales, Registro donde se mantiene la reserva absoluta, bajo responsabilidad legal, no solo del contenido –garantizado por la información compendiosa con la que los notarios alimentan a dicho Registro– sino la propia existencia de los testamentos, salvo las siguientes circunstancias:

- Cuando lo soliciten los jueces o tribunales.
- Cuando lo soliciten los propios otorgantes.
- Cuando lo soliciten terceros que acrediten el fallecimiento del testador.

En nuestro ordenamiento este sistema no es jurídicamente factible en tanto todos los Registros pertenecen al Sistema Nacional de los Registros Públicos bajo la tutela de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Sunarp.

Nótese que la legislación comparada en estos casos procede de manera distinta. En Inglaterra, el Registro se encuentra mediatizado y no es sino al abrirse la sucesión que se utiliza; tanto por la importancia que se le da a los testigos testamentarios, la reserva del documento que a veces queda en poder del abogado (llamado *solicitor*) y por la figura del ejecutor testamentario que se interpone entre el caudal relicto y los herederos, garantizando el previo pago de las acreencias que tuviese que enfrentar la masa relicta. En el *common law* inglés, el testador debe nombrar obligatoriamente a una o más personas (llamadas *executors*, no pudiendo ser más de cuatro) para la liquidación del patrimonio *post mortem* y la asignación del saldo resultante a los herederos, quienes deberán solicitar, en caso no exista un *executor* o haya

renunciado un administrador judicial. El Registro toma cierta importancia cuando el ejecutor testamentario deba probar su título ante el denominado *probate registry* o registro de prueba, el que legitimará el cargo al albacea.

Como se podrá apreciar, la labor jurídica del Registro Público en el Derecho inglés no se inicia sino en momento posterior, y solo para inscribir la existencia del testamento y el nombramiento del ejecutor. Podría decirse que la falta de una formalidad específica para los testamentos (se permite en algunos Estados de Norteamérica, por ejemplo, el testamento verbal) hace de alguna forma innecesaria en los ordenamientos anglosajones la intervención de un Registro previo, y en consecuencia, de una publicidad antelada.

En el Derecho norteamericano el caso es similar. El abogado suele mantener en custodia el testamento hasta que se abre sucesión. La publicidad a través de un Registro es descartada, o en todo caso optativa, en tanto se entiende que el testador desea mantener en reserva sus disposiciones –salvo decisión en contrario– y sus efectos legales. Dependiendo de cada Estado, están condicionados a una petición ante el Tribunal para convalidarlo, denominada *probate*.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, todo acto que afecte, modifique o establezca una situación de carácter jurídico directamente vinculado con el derecho o acto inscrito, es susceptible de incorporarse al Registro respectivo. Por ello, los testamentos y todo aquel acto posterior y vinculado, voluntario del testador o no, que afecte a este, puede y debe inscribirse.

Nótese en este punto el carácter ambiguo del Registro, que en muchos casos es declarativo pero funciona como un Registro constitutivo. En efecto, si no se inscribe un testamento éste no deja de ser válido, pero si se desea inscribir la transferencia de dominio de un inmueble –inscripción también declarativa en principio– fruto de una disposición testamentaria, resulta imprescindible previamente inscribir el testamento en el registro correspondiente, lo que se encuentra consagrado en el artículo 52 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, Res N° 152-2012-SUNARP/SN, que señala que no se inscribirá en otro registro ningún derecho que tenga origen en causa sucesoria, sin que previamente el título del solicitante esté inscrito en el Registro de Testamento o Sucesiones Intestadas.

A tenor de lo señalado en la norma materia de comentario, el reglamento señala en su artículo 8 que se inscriben –además de los testamentos– sus modificaciones, revocaciones, resoluciones judiciales sobre nulidad, anulabilidad, falsedad o caducidad de los testamentos, o sobre contradicción o justificación de la desheredación, entre otras. La inscripción de un primer testamento marca el inicio de la historia registral de este acto jurídico unilateral sujeto a condición suspensiva.

Es preciso señalar que también son inscribibles en este Registro los testamentos otorgados en el extranjero y/o reconocidos conforme a las leyes de los respectivos países, si el testador está domiciliado o tiene bienes dentro del territorio nacional.

Las modificaciones testamentarias pueden ser en todo o en parte, lo que el notario asentará en la guía de ingreso al momento de presentar el título al Registro.

En el caso de una revocatoria –que implica en la mayoría de los casos un nuevo testamento– el notario debe indicar al Registro que se trata de una revocatoria para que le permita al registrador asentar tal hecho, ya que, por las características propias del parte notarial en vida del testador, que no incluye el contenido de las disposiciones testamentarias; no le es posible al registrador dilucidar tal situación.

En el caso que un testamento abierto o por escritura pública fuese revocado en todo o en parte por un testamento cerrado, en el que ni siquiera el notario tiene noción de su contenido, resulta conveniente –para efectos de la calificación registral– que el testador señale la revocatoria total o parcial para que sea en lo posible asentada en el acta de la cubierta y del protocolo; o en todo caso, si el testador no emite declaración alguna por estar en su derecho, el registrador debe necesariamente inscribirlo como tal sin solicitar declaración expresa, en base a lo señalado en el artículo 801 del Código Civil, que señala que el testamento que no es revocado total o expresamente por otro posterior subsiste en las disposiciones compatibles con este último. Ello significa que el asiento registral solo debe indicar el hecho del otorgamiento sin entrar en mayor detalle, determinándose su revocatoria total o parcial cuando se abra la sucesión. Esta situación no se debe dar en el caso inverso, es decir, cuando el testamento posterior es por escritura pública, pues el notario toma conocimiento de las disposiciones del testador, pero ello genera a su vez un cuestionamiento sobre si la autoridad registral tiene base legal para exigir una información que en rigor es confidencial y reservada del testador y notario.

En el caso distinto de un testamento cerrado e inscrito que queda revocado por mandato legal al momento de retirarse su custodia de la oficina del notario ante quien se otorgó, este hecho debe ser comunicado al Registro por el indicado notario enviando un parte que contenga copia del acta de devolución extendida bajo las mismas condiciones y requisitos para su custodia.

Respecto de las modificaciones y ampliaciones se aplican las reglas de la revocatoria, en el sentido que dos testamentos otorgados en momentos distintos subsisten y son válidos en la medida en que no sean incompatibles (el posterior prima sobre el anterior) y no exista declaración expresa de revocatoria en el posterior. Al constituir disposiciones que complementan la declaración principal, las declaraciones modificatorias revelan la decisión del testador de mantener vigentes todas o algunas de las disposiciones originalmente otorgadas. Para el ámbito registral se sugiere que el parte notarial especifique este hecho.

En este punto es preciso recalcar que el Código Civil, el Reglamento de Inscripciones del Registro de Testamentos y las normas relacionadas a los Registros Públicos (Reglamento de las Inscripciones o Sucesiones Intestadas y el Reglamento General de los Registros Públicos), no señalan en ningún caso la obligatoriedad del Registro de solicitar para la calificación respectiva el que se especifique si el testamento posterior revoca en todo o en parte al anterior; y no lo especifica por la simple razón que es potestad del testador señalarlo o no. Los testamentos pueden ser sucesivamente inscritos, con la salvedad que su vigencia se determinará al momento de la ampliación del asiento fruto de la inscripción del contenido del mismo a causa del fallecimiento del testador, usualmente denominado "ampliación de testamento" al que nos referiremos más adelante.

La pregunta entonces es: ¿debe necesariamente solicitar el registrador la declaración expresa del testador –o en su caso del notario en el parte notarial o en la guía de ingreso– en el sentido que existe una revocación total o parcial de un testamento anterior? ¿No es acaso un deber del notario el mantener la confidencialidad del contenido de las disposiciones de última voluntad, en toda su extensión; y el informar al Registro el hecho de una revocación, o en su caso ampliación o modificación, no se entendería como un incumplimiento expreso de las normas sobre reserva, ya que se está develando al menos una disposición del testador? A nuestro entender la respuesta resulta afirmativa; de hecho, se está violando la norma, y el

Registro no debe ni puede exigir se traslade tal información, debiendo tan solo limitarse a inscribir el hecho de haberse otorgado el primero y los testamentos posteriores.

El mal llamado procedimiento de "ampliación de testamento" no es otro que el procedimiento notarial-registral para inscribir el contenido de los testamentos –si existen dos o más que sean válidos en todo o en parte– y la institución de herederos, legatarios u otros. Al producirse el fallecimiento del testador, se buscará ampliar el correspondiente asiento, en el cual se indicarán los nombres de los herederos, legatarios y demás actos de disposición que se hubiesen efectuado, incluido el nombramiento de albacea, mediante parte notarial que contenga el propio testamento y la partida de defunción del causante. El caso del testamento cerrado es similar, pero es necesaria la previa protocolización del mismo por la vía notarial o judicial, y este parte es emitido por el notario o juez que protocolizó el testamento cerrado.

En el caso de testamentos ológrafos y otros, la inscripción se efectuará a mérito del parte judicial emitido por el juez que conoció de la protocolización. En el caso de sentencias judiciales que implican la existencia de alguna contingencia sobre validez o caducidad en todo o en parte de alguna disposición testamentaria, se necesita que la misma se encuentre consentida y ejecutoriada, es decir, que haya concluido en la instancia máxima del proceso judicial.

Debe tomarse en cuenta –en lo referente a resoluciones judiciales– lo indicado en el artículo 2011 del Código Civil, que señala que si bien los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto en relación a sus antecedentes y los que obran en el propio Registro, ello no se aplica en el caso de partes que contengan una resolución judicial que ordene su inscripción. La norma señala que de ser el caso, el registrador podrá solicitar al juez las aclaraciones o información complementaria que precise o requerir se acredite el pago de tributos aplicables al acto por inscribir.

En principio, consideramos que la norma del Código Civil contiene un mandato imperativo que obliga al Registro a inscribir cualquier resolución judicial que afecte el derecho o acto inscrito, sea preventivo o no. Sin embargo, es preciso señalar que por las características particulares de las resoluciones judiciales de nuestro ordenamiento, en muchos casos los partes judiciales son observados por el Registro, al contener la resolución petitorios que no guardan relación con el acto o derecho y que no constituyen materia inscribible.

En relación con la caducidad de testamentos, los procesos judiciales se fundamentan básicamente en la caducidad en cuanto a la institución de herederos: el testador al fallecer deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento (vivos o concebidos a la fecha de la apertura de la sucesión), el heredero renuncia a la herencia o fallece antes que el testador sin dejar representación sucesoria, cuando pierde la calidad de tal al ser desheredado o apartado por indignidad sin dejar representantes sucesorios.

Casos menos frecuentes son los de la preterición de herederos forzosos –que amerita como en algunos de los casos ya mencionados una acción petitoria de herencia– o disposiciones del testador que menoscaban la legítima.

El caso de nulidad va en directa relación con la capacidad del otorgante. Los menores de edad generan testamentos nulos de pleno derecho. Por su parte, generan testamentos anulables las personas con capacidad de ejercicio restringida como los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que se casan u obtienen título que les permite ejercer una profesión u

oficio, así como los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo con anterioridad.

El caso de falsedad se relaciona con la figura penal tipificada como delito contra la fe pública. Debe existir un agente que exprofesamente haya tenido la intención de fabricar un documento falso para beneficiarse de su utilización, dolo de por medio.

En el caso de la desheredación, esta se judicializa por voluntad del propio testador, ya que puede hacerlo en el testamento –expresando de forma exacta la causa fundada en la ley– sin necesidad de amparar su decisión en un fallo judicial.

Por propia voluntad de quien deshereda, se puede interponer una demanda contra el desheredado para justificar la desheredación.

Lo mismo ocurre con el desheredado o los descendientes de este, quienes pueden contradecir la decisión del testador. Sin embargo, tal como lo señala el inciso 6 de artículo materia de comentario, la desheredación queda revocada por instituir heredero al desheredado o por declaración expresada en nuevo testamento o por escritura pública. Llama la atención que es el único caso en que la figura de institución de heredero por propia voluntad del testador se pueda formalizar en instrumento distinto que un testamento.

Cabe finalmente señalar, que el Registro debe efectuar las inscripciones dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación (35 días), conforme a lo señalado en el artículo 25 del T.U.O. del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado por Resolución Nº 126-2012-SUNARP-SN, salvo los casos de prórroga previstos en el artículo 27 de la misma norma, en los que el plazo se extiende por 25 días más.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X - Registros Públicos. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; DELGADO SCHEELJE, Álvaro. "Hacia una reforma del Libro XI de los Registros Públicos del Código Civil peruano de 1984". En: El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina). Tomo II. Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú. MUÑIZ ZICHEZ, Jorge y otros (Coordinadores), Lima, 2000; FERRERO COSTA, Augusto. Derecho de Sucesiones. 4ª edición, Cultural Cuzco, Lima, 1993; GUEVARA MANRIQUE, Rubén. Derecho Registral. Tomo I, 5ª edición, Editora Fecat, Lima, 1994; REVOREDO, Delia (Compiladora). Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Vol. VI, Industria Avanzada, Lima, 1985.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL REGISTRAL

Requisitos para la inscripción del testamento

*(A) efectos de proceder con la inscripción del otorgamiento de testamento por escritura pública es suficiente con que el notario envíe una hoja (parte resumido) en la que se indique la fecha del otorgamiento, las fojas del registro notarial donde corre extendido, el nombre del notario, del testador y de los testigos, con la constancia de su suscripción* ***(Resolución Nº 324-2019-SUNARP-TR-L).***

## Lugar de inscripción

**Artículo 2040.-** ***Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento.***

Concordancias:
*C.C. arts. 33 y ss., 2019*

**EDUARDO LAOS DE LAMA**

Entiéndase por domicilio el lugar que constituye la residencia habitual de una persona, y como tal "constituye el asiento jurídico de la persona, su sede legal, el espacio físico donde se le puede ubicar para imputarle posiciones jurídicas, atribuirle derechos y deberes", como se señala en la Exposición de Motivos del Código Civil vigente.

La connotación del domicilio para fijar el escenario sobre el cual la responsabilidad legal del ciudadano queda establecida, trae diversas e innegables consecuencias en el orden jurídico como extrajurídico. En primer lugar, al ser un concepto establecido en la norma, se despoja de toda apreciación subjetiva frente al concepto de residencia habitual, que es totalmente objetivo y, en consecuencia, la supresión de todo tipo de declaración expresa o formalidad para su cambio, de todo concepto ambiguo como residencia a secas (no habitual necesariamente), morada o habitación.

En resumen, se ha establecido el criterio objetivo del simple hecho de residir real y habitualmente en un lugar para la presunción legal que dicho lugar es el escogido por el sujeto como centro espacial de imputación jurídica.

En consecuencia, resulta evidente que los efectos legales del acto de última voluntad –aún en suspenso en vida del testador– deban quedar previamente asentados en el Registro del domicilio del testador, como lo indica el artículo materia de análisis, en donde trascienden todas sus declaraciones con consecuencias jurídicas. Ahora, a diferencia de otras imputaciones jurídicas en cabeza del sujeto, en el caso de los testamentos el tema de la residencia habitual queda subrogado de alguna forma por el derecho del individuo –dentro de su capacidad de ejercicio– de efectuar las declaraciones de última voluntad no solo en lugar distinto al domicilio, sino en otros lugares que ni siquiera constituyen su domicilio temporal.

En efecto, el lugar de imputación jurídica del sujeto (domicilio) no necesariamente podría corresponder al lugar donde se emiten las declaraciones de última voluntad. El sujeto puede otorgar un testamento en la ciudad de Arequipa –donde se encuentra de paso o eventualmente constituye su domicilio temporal, pero no habitual– ante notario de dicha circunscripción notarial, no tener ningún bien en el lugar e inscribir el testamento en su domicilio habitual que es Lima.

Con igual lógica, se puede otorgar testamento ante el cónsul peruano en París o en cualquier parte del mundo donde exista misión diplomática peruana, e inscribir los partes en el Registro de Testamentos de Lima o de Arequipa de ser el caso; lo que concuerda con el artículo 5 del Reglamento de Inscripciones de los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas, Res. N° 156-2012-SUNARP/SN, que señala que son inscribibles los testamentos otorgados en el extranjero y/o reconocidos conforme a las leyes de los respectivos países.

Esta posibilidad conlleva a la pregunta de si es factible inscribir un testamento otorgado por un peruano que se encuentra de paso en el extranjero y que por ausencia de misión diplomática en el lugar de otorgamiento no le es posible acceder a cónsul peruano que cumple las mismas funciones que un notario nacional y formaliza su voluntad ante notario o autoridad extranjera bajo modalidad de dicho país. Si por ejemplo, un peruano que se encuentra de paso en los Estado Unidos de Norteamérica, Estado de Oregon, otorga testamento escrito custodiado ante abogado local, el que –luego del fallecimiento del causante– dispone del procedimiento para su reconocimiento ante el Tribunal y el instrumento judicial que lo reconoce sigue la cadena de legalizaciones hasta llegar al Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, incluyendo la traducción oficial del mismo, resulta invariablemente procedente su inscripción en el Registro del domicilio del testador en nuestro país.

Lo mismo ocurre con peruanos que otorgan testamento ante notario extranjero en países pertenecientes al Derecho de tipo latino, como por ejemplo España o Francia. En estos casos la gestión es menos complicada que el reconocimiento de testamento formalizado bajo el sistema anglosajón. Esta regla se encuentra amparada en el artículo 2094 del Código Civil, en el sentido que la forma de los actos (determinante en la sucesión testamentaria) y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar donde se otorgan. La única condición es que el testador esté domiciliado o tenga bienes en el Perú.

Las posibilidades son múltiples y distan en sobremanera de las normas sobre sucesión intestada, en las que el domicilio –léase el último– es determinante para la sede de inicio del procedimiento tanto judicial como notarial por la vía no contenciosa. El Código Civil señala en su artículo 2100 que la sucesión se rige, cualquiera sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.

La norma materia de análisis señala que la inscripción se realiza no solo en el domicilio del testador sino en los lugares donde se encuentren inscritos los inmuebles que se designen en el testamento. Esta norma nos remite al hecho de que en la declaración de voluntad del testador se pueden mencionar de forma detallada los bienes inmuebles que forman parte del caudal relicto, como puede no hacer o hacerse, sin que ello conlleve a la invalidez del acto.

En efecto, las declaraciones de última voluntad pueden tener dos variantes dependiendo de cómo el testador desea expresarlas. Esto es, de manera general o especificando todos y cada uno de sus bienes muebles e inmuebles. Es más, un testamento podría contener una sola cláusula tan escueta como: "declaro como mi único y universal heredero a mi hijo...", constituyendo una declaración válida y un testamento apto para generar todos los efectos jurídicos deseados por el testador.

Nótese que la disposición normativa sobre la inscripción en los lugares donde existan bienes inmuebles del testador implica ya la apertura de la sucesión.

La norma bajo análisis calza perfectamente con lo que establece el artículo segundo del Reglamento, en el sentido de que son obligatorias las inscripciones referentes a testamentos en el Registro respectivo, por lo que los registradores suspenderán cualquier inscripción en otros registros, relacionados con los testamentos (traslaciones de dominio, por ejemplo), mientras no se cumpla con dicha obligación en el Registro de Inscripciones de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas. Añádase el artículo 53, que señala que las inscripciones en dichos registros no producen efectos traslativos.

Cuando el testamento contiene cláusulas generales sin especificar bienes, al momento de la apertura de la sucesión deben los herederos solicitar al Registro –luego de la inscripción

de la ampliación del asiento respectivo, y mediante recurso que contenga el dato de la inscripción tanto del testamento como de los inmuebles materia del petitorio– la inscripción en las partidas de los bienes inmuebles y/o muebles de propiedad del causante.

Cabe señalar que el Código hace referencia solamente a los inmuebles. El caso se hace extensible también a la traslación de bienes muebles registrables que en la actualidad lo constituyen los vehículos automotores, registro jurídico perteneciente al Sistema Nacional de los Registros Públicos (SNRP) bajo el nombre de Registro de Propiedad Vehicular, y que antes pertenecía al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como una suerte de registro administrativo. El Código Civil no hace referencia a este registro porque en el año 1984 que entró en vigencia aún no se encontraba dentro del SNRP.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X - Registros Públicos. 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; DELGADO SCHEELJE, Álvaro. "Hacia una reforma del Libro XI de los Registros Públicos del Código Civil peruano de 1984". En: El Código Civil del Siglo XXI (Perú y Argentina). Tomo II. Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú. MUÑIZ ZICHEZ, Jorge y otros (Coordinadores). Lima, 2000; FERRERO COSTA, Augusto. Derecho de Sucesiones. 4ª edición, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1993; GUEVARA MANRIQUE, Rubén. Derecho Registral. Tomo I, 5ª edición, Editora Fecat, Lima, 1994; REVOREDO, Delia (Compiladora). Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil. Vol. VI, Industria Avanzada. Lima, 1985.

# TÍTULO VII
# REGISTRO DE SUCESIONES INTESTADAS(*)

## Actos y resoluciones inscribibles

**Artículo 2041.-** *Se inscriben obligatoriamente en este registro las actas notariales y las resoluciones judiciales ejecutoriadas que declaran a los herederos del causante. Asimismo, se inscribirán las anotaciones preventivas de la solicitud de sucesión intestada que mande el notario como las demandas que a criterio del juez, sean inscribibles(**).*

Concordancias:
*C.C. arts. 815 y ss., 2042; LEY 26662 arts. 1 inc. 6); 38 a 44*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

Este Registro de Sucesiones Intestadas tiene como antecedente el Decreto Ley N° 14607 del 25 de julio de 1963, el cual dispuso la creación de un Registro con la finalidad de inscribir en él las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de declaratoria de herederos y a sus juicios contradictorios, y anotar preventivamente las demandas que a juicio del juez fueran inscribibles. Este régimen se mantiene en el artículo 2041 del Código Civil (REVOREDO).

Se conoce como declaratoria de herederos al pronunciamiento judicial o notarial mediante el cual se reconoce y declara la condición de los herederos legales de una persona fallecida. Como su nombre mismo lo sugiere, se trata de una resolución judicial declarativa o acta notarial, que tiene por objeto acreditar a las personas que tienen el mejor derecho a suceder. Tal como dice Zannoni, la declaratoria de herederos tiene como fin fundamental asegurar que la transmisión hereditaria se opera a la persona o personas cuya vocación resulta de la ley (ZANNONI). En suma, la misma declaración judicial o notarial importa la culminación del control de legalidad y de mérito que realiza el juez o el notario.

Con la muerte de una persona, se produce la transferencia inmediata de los derechos y los bienes que haya tenido aquel a sus sucesores. Sin embargo, para hacer efectivos dichos derechos, los sucesores, sean estos herederos o legatarios (estos últimos deben haber sido instituidos por testamento), requieren el **título de sucesor** para ejercer tales derechos. ¿Cuál es ese título? Será el testamento si el causante lo otorgó, siempre que se trate de un testamento válido. Ante los casos de inexistencia de testamento vigente, ya sea porque no se otorgó válidamente, o porque se anuló, o invalidó o se tornó ineficaz, entonces el título hereditario constituirá la resolución judicial que se obtenga en la vía judicial o el acta notarial en caso se realice el trámite mediante el procedimiento notarial de asuntos no contenciosos.

Si se opta por acudir a la vía judicial, se puede obtener la sentencia judicial que declara quiénes son los herederos del fallecido mediante el proceso civil no contencioso de sucesión

(*) Denominación según modificatoria efectuada por la Ley N° 26707 del 12/12/1996, que reemplaza a la anterior denominación de "Registro de declaratoria de herederos".
(**) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 26707 del 12/12/1996.

intestada. Asimismo, en el proceso civil de petición de herencia, que se tramita como proceso de conocimiento, se puede solicitar la declaratoria de herederos, ello cuando se han preterido los derechos de un heredero. Alternativamente, es posible solicitar a un notario público el inicio del trámite de la declaración de sucesión intestada en la cual se expide un acta notarial, en observancia de la Ley N° 26662 y sus modificatorias.

Los Registros Públicos relacionados a la materia del Derecho Sucesorio son dos: el Registro de Sucesión Intestada y el Registro de Testamentos.

La similitud entre este Registro de Sucesión Intestada con el de Testamentos es evidente, admitiendo la lógica distinción de ser, uno, el lugar de publicación de expresiones de última voluntad, y el otro, el lugar donde se inscriben las resoluciones judiciales que declaran herederos ante la inexistencia de testamento o cuando este es nulo o insuficiente (BIGIO y RAMÍREZ). Asimismo, en este registro de sucesión intestada también se inscribe el acta notarial que contiene la declaración de los herederos legales.

Nuestros registros se adhieren a un sistema de seguridad preventiva, el cual se sostiene en la labor de un especialista del Derecho que despliega su labor en un registro de tipo jurídico. Dicho profesional tiene la misión de estudiar –calificar– los títulos en aras de otorgar una adecuada publicidad, a fin de que los terceros –el fundamento de su labro– se vean protegidos ante posibles eventualidades que cuestionen su adquisición (MENDOZA DEL MAESTRO).

Particularmente, consideramos que mediante este registro de sucesiones intestadas se consolidan los derechos de quienes en la vía judicial o notarial han sido reconocidos como herederos, y ampara los derechos de los terceros que contraten con quienes conforme al registro aparecen como herederos y, por ende, como propietarios de los bienes registrados.

También debe acotarse que esta norma contempla la inscripción de anotaciones preventivas en Registros Públicos, las cuales son concebidas como asientos provisionales que se hacen para asegurar el cumplimiento de los fallos judiciales o la eficacia de cualquier derecho real que aún no puede ser inscrito en forma definitiva (GUEVARA MANRIQUE).

Como anotaciones preventivas se inscriben en este registro las solicitudes de sucesión intestada que en la vía no contenciosa se hubieren presentado, así como las demandas de petición de herencia que se siguen en la vía contenciosa y que generalmente comprenden la declaratoria de herederos. También pueden inscribirse como anotaciones preventivas las solicitudes ante notario público del trámite de sucesión intestada.

No obstante lo dispuesto por el Código Civil, las inscripciones también se efectuarán, aparte de la oficina registral donde tenga muebles e inmuebles el causante, en las oficinas registrales donde tenga derecho inscrito; por ejemplo, si el causante es socio de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, la transferencia de sus participaciones a favor de sus herederos se inscribirá en el lugar del domicilio social y será exigible la inscripción de la sucesión intestada (GUEVARA MANRIQUE).

En suma, los actos inscribibles en este Registro de Sucesiones Intestadas son, principalmente: i) la anotación preventiva de la solicitud de sucesión intestada presentada ante notario o ante el juzgado competente que conozca del proceso de sucesión intestada; ii) la anotación preventiva de las demandas sobre acción petitoria de herencia; iii) la sentencia firme que pone fin al procedimiento no contencioso de sucesión intestada; iv) la sentencia firme que resuelve la demanda de petición de herencia; y v) el acta notarial de sucesión intestada.

## DOCTRINA

BIGIO, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. "Registros Públicos". En: Exposición de motivos oficial del Código Civil. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998; BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Sucesión intestada: cuando la ley determina a quiénes se debe declarar herederos. ¿Cuándo estamos ante un heredero legal?". En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la Jurisprudencia, N° 19, año 2, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; GUEVARA MANRIQUE, Rubén. Derecho Registral. Tomo I, 5ª edición, Editora Fecat, Lima, 1994; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Desarrollo, Lima, 1978; MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. Comentarios a los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral. Praeter Legem, Lima, 2017; REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil VI. Exposición de motivos y comentarios. Volumen VI, Industria Avanzada, Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL REGISTRAL

#### Caducidad de anotación de solicitud de sucesión intestada

*Procede cancelar por caducidad una anotación de solicitud de sucesión intestada judicial en virtud a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 26639, el cual establece que se extinguen a los 10 años desde la fecha de su inscripción otras resoluciones que a criterio del juez se refieren a actos o contratos inscribibles, siempre que no haya sido renovada* ***(precedente XIX.2 del Tribunal Registral, sesión ordinaria realizada los días 3 y 4 de agosto de 2006).***

#### Improcedencia de inscripción de sucesión intestada

*Existiendo testamento inscrito con institución de heredero vigente, no es inscribible la sucesión intestada del testador, debiendo el interesado reclamar su derecho ante el Poder Judicial en proceso contencioso* ***(precedente X.11 del Tribunal Registral, sesión ordinaria realizada los días 8 y 9 de abril de 2005).***

#### Sucesión intestada notarial

*Para la inscripción de la anotación preventiva de sucesión intestada tramitada notarialmente, solo se exigirá la solicitud del notario acompañada de una copia legalizada de la solicitud presentada ante él pidiendo la sucesión intestada. Para la inscripción definitiva solo se exigirá la presentación del parte notarial conteniendo el acta de protocolización* ***(precedente II.7 del Tribunal Registral, sesión ordinaria realizada los días 29 y 30 de noviembre de 2002).***

## Lugares de inscripción

**Artículo 2042.-** ***Las resoluciones a que se refiere el artículo 2041 se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso(*).***

Concordancias:
*C.C. art. 2041; LEY 26662 art. 38*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

Una vez obtenida la resolución judicial que declara la sucesión intestada del causante, esto es, que falleció *ab intestato* –sin testamento– y se declaran las personas que son sus herederas, ya sea en la vía no contenciosa (proceso de sucesión intestada) o contenciosa (proceso de petición de herencia), o por haber obtenido el acta notarial respectiva tramitada ante el notario público, el paso siguiente será darle publicidad a dicha resolución judicial o acta notarial mediante la inscripción registral en el Registro de Sucesión Intestada.

La inscripción debe hacerse, en primer término, ante el registro de sucesiones intestadas del último domicilio del causante, a efectos de dejar sentado quiénes son los sucesores del causante; y, en segundo término, ante el registro que corresponda al lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles de la sucesión.

¿Y por qué en el registro de sucesiones intestadas del último domicilio del causante? Porque, conforme al artículo 663 del Código Civil, el último domicilio del causante es el criterio que se utiliza para determinar quién es el juez competente para conocer de los procesos judiciales sucesorios –sean de carácter contencioso o no contencioso–, y correlativamente, acorde al artículo 38 de la Ley N° 26662, se define que la solicitud de sucesión intestada se presenta ante el notario del lugar del último domicilio del causante.

La inscripción en dichos registros de la resolución judicial o notarial que declare al heredero o herederos del causante dota de publicidad y brinda seguridad jurídica. Cualquier contratante de bienes, por la publicidad que brinda el registro, tendrá a su alcance conocer con quiénes contrata, verificar la condición de herederos con derecho inscrito, y también posibilita que cualquier interesado aprecie si hubo menoscabo de derechos hereditarios, como en los casos de preterición de herederos, o personas que puedan invocar mejor derecho a suceder que aquellos que hubieren sido declarados herederos.

## DOCTRINA

BIGIO, Jack y RAMÍREZ, Víctor Raúl. "Registros Públicos". En: Exposición de motivos oficial del Código Civil. Comisión Revisora del Código Civil, Lima, 1998; BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Sucesión intestada: cuando la ley determina a quiénes se debe declarar herederos. ¿Cuándo estamos ante un heredero legal?". En: Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento de Diálogo con la Jurisprudencia. N° 19, año 2, Gaceta Jurídica, Lima, enero de 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; GUEVARA MANRIQUE, Rubén. Derecho Registral. Tomo I. 5ª edición, Fecat, Lima, 1994; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Desarrollo, Lima, 1978; REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil VI. Exposición de motivos y comentarios. Volumen VI, Industria Avanzada, Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

(*) Texto según modificatoria recogida en el T.U.O. del Código Procesal Civil (D. Leg. N° 768), aprobado por R.M. N° 010-93-JUS del 23/04/1993.

# TÍTULO VIII
# REGISTRO DE BIENES MUEBLES

## Bienes muebles registrables

**Artículo 2043.-** *Son objeto de estos registros los bienes muebles registrables de acuerdo a ley.*

Concordancias:
*C.C. art. 886; C.P.C. arts. 20, 599, 740*

**MARCO PACORA BAZALAR**

El derogado Código Civil de 1936 no contemplaba la existencia del Registro de Bienes Muebles, en tanto que por la época podría decirse que no tendría más importancia que el Registro de la Propiedad Inmueble; sin embargo ya existían dos leyes muy importantes, la vinculada con la prenda agrícola y la Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos.

Con la Ley N° 26366, Ley de creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos, se dio forma y contenido al Registro de Bienes Muebles, señalando qué Registros o secciones especiales la integrarían, a saber: el Registro de Bienes Muebles propiamente dicho, el Registro de Propiedad Vehicular, el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, el Registro de Prenda Industrial, el Registro de Prenda Agrícola, el Registro de Prenda Pesquera, el Registro de Prenda Minera, el Registro de Prenda de Transportes y el Registro de Martilleros Públicos, incorporado por Resolución N° 066-95-Sunarp.

El Registro de Bienes Muebles estuvo implementado hasta hace unos años de la siguiente manera: El Registro Fiscal de Ventas a Plazos, el Registro de Propiedad Vehicular y el Registro de Prendas Especiales que solo comprendía a tres registros: el Registro de Prenda Industrial, el Registro de Prenda Global y Flotante (el cual fue implementado por la Ley N° 26702 y la Resolución de Superintendencia de Banca y Seguros N° 430-97, así como la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 072-98-SUNARP), el Registro de Prenda Industrial y el de Prenda Agrícola.

¿Qué otros registros integraron el Registro de Bienes Muebles? Deberían integrarlo el Registro de Prendas Mineras, pero por una decisión de incorporación general del Registro Minero, por operatividad y facilidad de ubicación de los usuarios, aún funciona en el Registro de Propiedad Inmueble, junto con los derechos mineros. Dejamos constancia que los demás Registros mineros como el de Personas Naturales y el de Personas Jurídicas fueron trasladados a los Registros Jurídicos correspondientes.

Otro de los casos que por su naturaleza debió pertenecer al Registro de Bienes Muebles era el de la Prenda de Motores de Aeronaves; inclusive, el Registro de Motores de Aeronaves propiamente dicho debería figurar en el Registro de Bienes Muebles. Sin embargo, las normas de creación de dicha institución los destinaron a registrarse en el Registro de Aeronaves pertenecientes al Registro de la Propiedad Inmueble por el principio de especialidad, los cuales no seguían la misma condición que por ficción sí les otorga a los buques, embarcaciones pesqueras y a las propias aeronaves el Código Civil, que los señalaba como bienes inmuebles (cuestión que modifica el Código Civil con la Ley de Garantías Mobiliarias, estando incorporado en el Registro de Bienes Muebles). Según la opinión de los especialistas, los motores tienen

un valor mayor que el chasis del avión. Sin embargo, la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 050-2001-MTC, indican que deben inscribirse en el mismo Registro de Aeronaves que estaba creado y se encontraba bajo el Registro de la Propiedad Inmueble de Lima (hoy Zona Registral IX sede Lima, al ser un Registro de carácter nacional).

Cabe aclarar que la antigua denominación de prenda de transportes ya no existe y se transformó en la prenda vehicular, la cual estaba unida al Registro de Propiedad Vehicular, de modo similar al Registro de Prendas Pesqueras que fue incorporado al Registro de Prenda Industrial.

Asimismo, el Registro de Martilleros Públicos es un Registro de carácter Personal, y como tal, no debería estar en el Registro de Bienes Muebles sino pertenecer al Registro de Personas Naturales. En efecto, el Registro de Martilleros Públicos tiene la particularidad de que no se sujeta a una calificación a través de principios registrales, sino básicamente administrativos, y quien determina la inscripción no es un registrador público sino el Jefe de la Zona Registral IX sede Lima, o en todo caso, el Superintendente Nacional de los Registros Públicos cuando su ejercicio no se involucre a la jurisdicción en Lima. Por ello es difícil identificar a este Registro como como uno jurídico.

Si esto es así, teníamos un Registro de Bienes Muebles con tres formas de organizar a través de diferentes técnicas de folios a utilizar: i) un registro jurídico de bienes como es el de la Propiedad Vehicular (folio real), ii) un registro de contratos como el aplicable a los Registros de Prenda Agrícola, Prenda Industrial, Global y Flotante, y el Registro Fiscal de Ventas a Plazos (folio causal o contractual), y iii) el Registro de Martilleros Públicos o Registro Personal (folio personal).

Según el artículo bajo comento, la ley es la que deberá determinar los bienes muebles registrables. El propio Código Civil determina que los vehículos automotores lo son (art. 886, inc. 1). Sin embargo, las precisiones para el Registro de Propiedad Vehicular las brinda la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, el Reglamento Nacional de Vehículos, aprobado por Decreto Supremo N° 058-2003-MTC, que en forma especializada establece qué vehículos (y me refiero no solo automotores, pues están incluidos los remolques y semirremolques y excluidas las bicicletas) serán motivo de inmatriculación. Esto también cambió con la Ley N° 28677, Ley de la Garantía Mobiliaria de 2006.

En los Registros de Prendas sin Desplazamiento o Especiales, como el Registro Fiscal de Ventas a Plazos, se inscribían determinados contratos respecto a bienes muebles no registrados o registrables –el caso de los bienes fungibles como el arroz o clavos–, por lo que propiamente no son registros de bienes muebles propiamente dichos.

Existen otros registros de bienes muebles que se encuentran fuera del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp), como por ejemplo el Registro de Signos Distintivos (bienes muebles de acuerdo al inc. 6 del art. 886 del CC) y que se encuentra bajo el ámbito del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Caso particular es el del Registro de Acciones que lleva cada sociedad, que son registros de bienes muebles, pero privados,

Podríamos afirmar que dentro de la Sunarp, hay un "Registro de Participaciones", que tienen que constar en cada partida del Registro de Personas Jurídicas que utilicen participacionistas, por lo que no es independiente del mismo.

En el antiguo Registro de Prenda Industrial y Agrícola se registraba un tipo especial de garantía prendaria sin desplazamiento, que constituye un punto intermedio entre la prenda con entrega jurídica y la prenda con entrega física. En efecto, para que exista la prenda con entrega jurídica el bien debe estar registrado, y en este caso, justamente se constituye respecto a bienes muebles no registrados cuya entrega física, por razones económicas, no conviene al deudor, y que de hacerse efectiva harían imposible pagar la obligación asumida, dado que generalmente tales bienes constituyen las herramientas de trabajo y producción del constituyente. Ha existido polémica sobre si es posible constituir la prenda a favor de un tercero que no esté vinculado a la actividad industrial o agrícola.

La Ley de la Garantía Mobiliaria cambió y modificó la concepción de bienes muebles y se reorganizaron los registros de acuerdo a su naturaleza, es decir, ya no existen Registros de Bienes Muebles por ficción jurídica (embarcaciones pesqueras, buques, aeronaves) que se aplicaban las reglas de los inmuebles con la finalidad de garantizar o aplicar las reglas especiales de la hipoteca (naval o aeronáutica). En el artículo 2, numeral 4, se establece que se consideran bienes muebles las naves y aeronaves, los pontones, plataformas y edificios flotantes, las locomotoras, vagones y demás material rodante afecto al servicio de ferrocarriles.

Eso fue el cambio más significativo de esa década en relación a los derechos reales con dicha norma jurídica. Ello conllevó la unificación de registros y un nuevo régimen de garantía mobiliaria, incorporando nuevos registros, eliminando los antiguos y creando el Registro Mobiliario de Contratos (un registro que es causal y no de bienes, para aquellos en que se comprendan bienes no registrados ya sean registrables o no registrables). Así, comprenden estos registros al de Bienes Muebles, Propiedad Vehicular, Buques, Embarcaciones Pesqueras; Aeronaves, Naves, el Registro Mobiliario de Contratos y el de Martilleros Públicos (que, en realidad, es un Registro Personal y netamente administrativo).

La opción de la Ley de la Garantía Mobiliaria de 2006 era una de las dos opciones existentes en el Congreso de la República porque había un proyecto de Ley de Bienes Muebles. Al aprobarse la Ley N° 28677, se descartó el otro proyecto. Este último proyecto iba a regular el Registro de Bienes Muebles propiamente dicho.

Sin embargo, a la fecha se dictó un discutidísimo Decreto Legislativo N° 1400, el cual establece algunas modificatorias a la Ley de la Garantía Mobiliaria en relación con los bienes muebles.

En ella, para empezar, se elimina el Registro Mobiliario de Contratos y solo deja como parte integrante dentro de su estructura el Registro de Bienes Muebles propiamente dicho (que no tiene contenido), el Registro Vehicular y el Registro de Aeronaves.

Además excluye expresamente a naves y embarcaciones pesqueras, en la primera disposición complementaria y modificatoria modifica nuevamente el Código Civil, señalando que son inmuebles regresando a la figura de inmuebles por ficción. Así como en la cuarta disposición complementaria y modificatoria de dicha norma legal, que a la fecha aún no está vigente, y esperemos que no lo esté. La mala regulación por traer el sistema anglosajón a la ejecución de garantías mobiliarias, prescindiendo de control de legalidad notarial y registral, resultará nefasta para el país.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X: Registros Públicos, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES. Derecho Notarial y Registral (materiales de enseñanza). Tomo I, Lima, 1997; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; PAU PEDRON, Antonio. Curso de práctica registral. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995; PACORA BAZALAR, Marco. "Principales aspectos del Registro de Bienes Muebles". En: Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año XI, N° 11, Lima, 2001.

## Forma de identificación de los muebles

**Artículo 2044.-** ***La forma de identificación del bien mueble está determinada por la ley de creación del registro respectivo.***

---

**Concordancias:**
*C.C. art. 2008 inc. 7); LEY 26366 art. 2 inc. d)*

**MARCO PACORA BAZALAR**

Según este artículo, la forma de identificación del bien mueble estaría determinada por la ley de creación del registro respectivo. Este primer argumento hace muy difícil la implementación de un Registro de Bienes Muebles propiamente dicho, pues la norma en cuestión establece que el rango para crear un bien mueble registrable es la ley, con lo que los reglamentos inscriptorios tendrían mucha dificultad –sino imposibilidad– de poder ejercer un control especial y carecerían de rapidez en el mercado para identificar los bienes muebles que podrían ser susceptibles de registración.

El proyecto de ley que estaba en el Congreso para debatir en 2006, cedió paso a la Ley de la Garantía Mobiliaria finalmente aprobada con el N° 28677.

La forma de identificación que se utiliza para los registros de los vehículos en el Registro de la Propiedad Vehicular están dados por dos criterios: los códigos de identificación del vehículo y las características especiales del mismo.

Con relación a los códigos de identificación tenemos al VIN *(vehicule identification number),* que es un código alfanumérico de diecisiete dígitos, único en el ámbito internacional, integrado al chasis del vehículo completo o por completar (en los casos de los SKD o CKD que son vehículos menores sujetos a un ensamble), que permiten establecer las principales características del bien y del lugar donde se fabricó, utilizando en sus tres primeras letras el código del fabricante (WMI) y el lugar de origen del vehículo.

Asimismo, forma parte del código de identificación el número de motor de aquellos que tienen autopropulsión (no así los remolques y los semirremolques). Sin embargo, hay que aclarar que, a diferencia del VIN, pueden existir números de motor iguales porque no existe un control internacional de fabricación, con lo cual no es muy exacto para la identificación total del vehículo. Los demás rasgos que lo hacen identificable son, entre otros, el tipo de chasis, marca, versión, categoría, número de ruedas, eje, color, entre otros. Si bien es claro y hay toda una forma de identificar a los vehículos automotores no es tan sencillo establecer la forma de identificación de otros bienes muebles. Por ejemplo, existen los remolques y los semirremolques fabricados en el país, que cada fabricante le otorgaba un número de serie independiente; sin embargo, luego de la regulación con respecto a la utilización de los tres primeros dígitos con relación al SAE, se empezó a utilizar los estándares internacionales para la aplicación de los Códigos VIN para esos tipos de vehículos sin motor.

En relación con embarcaciones pesqueras, buques, aeronaves tienen sus matrículas, las cuales las diferencian por las declaraciones de fábrica de cada una de ellas. En el de aeronaves internamente también tienen el Registro de Motores de Avión, el cual cuenta con sus series de fabricación y pueden ser identificables.

En los proyectos derivados por la Zona Registral IX sede Lima referidos a la aplicación de una Ley de Bienes Muebles –trabajada en conjunto con el Consejo Consultivo de Bienes

Muebles– se establece cuáles serían los criterios a aplicar para la identificación de los bienes muebles a través de los artículos 4 y 5, cuyo texto sería el siguiente:

"**Artículo 4.-** Los bienes sujetos a inscripción son:

- Vehículos terrestres motorizados que no sean inscribibles en el Registro de la Propiedad Vehicular.
- Maquinarias y equipos en general.
- Bienes individualizables e identificables cuyo valor comercial exceda de 3 Unidades Impositivas Tributarias.
- Aquellos bienes de valor histórico, cultural o artístico que puedan o no ser valuados comercialmente.
- Otros que se determinen por normas especiales".

A través de este artículo se establece qué tipos de bienes serían materia de inscripción en el Registro de Bienes Muebles propiamente dicho: i) los vehículos excluidos por la normativa del Ministerio de Transportes (cuyo criterio para proceder a una inmatriculación es la circulación), ii) la maquinaria, que en la actividad productiva se entiende como línea amarilla, anaranjada y verde, iii) cualquier bien susceptible de inscripción, siempre y cuando su valor lo justifique, y iv) aquellos que tienen cierto valor no calculable en dinero sino por el alcance científico, histórico o cultural. Por último, se indica que normas de menor jerarquía a una ley podrán ampliar la base de inmatriculaciones.

"**Artículo 5.-** Necesariamente los bienes deberán estar descritos mediante la marca, año de fabricación, serie o código. Si los bienes materia de inscripción carecieran de estos datos de identificación, se describirán sus características más importantes".

El artículo 5 nos indica que necesariamente deberán tener una marca, serie o código, salvo que al carecer de los mismos puedan ser fácilmente identificables para ser excluidos a través del Registro.

Dejemos claro que aún el Registro de Bienes Muebles propiamente dicho no está regulado, por lo que este proyecto podría ser mejorado e incorporar la titularidad de bienes muebles valiosos que necesiten de la publicidad de un Registro Público.

Por el momento, al Estado pareciera no importarle darle un mayor valor de oponibilidad y publicidad de este tipo de Registros tal y como se aprecia del Decreto Legislativo N° 1400 y su Reglamento, el que ni siquiera fue aprobado por el sector justicia, sino por el Ministerio de Economía y Finanzas.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X: Registros Públicos, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES. Derecho Notarial y Registral (materiales de enseñanza). Tomo I, Lima, 1997; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; PAU PEDRON, Antonio. Curso de práctica registral. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995; PACORA BAZALAR, Marco. "Principales aspectos del Registro de Bienes Muebles". En: Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año XI, N° 11, Lima, 2001.

## Actos y contratos inscribibles

**Artículo 2045.-** *Son inscribibles en estos registros, todos los actos y contratos establecidos en el artículo 2019, en cuanto sean aplicables.*

Concordancias:
*C.C. art. 2019 incs. 1) al 8)*

MARCO PACORA BAZALAR

Esta es una norma remisoria al artículo 2019, la cual establece el principio de relevancia o tipicidad para señalar cuáles son los actos y los contratos inscribibles relativos a los bienes muebles que puedan ser identificables, y que prácticamente implica un acercamiento al contenido que debería tener la ley especial a la que se refiere el artículo 2044 del Código Civil.

Cada uno de los incisos que comentamos sobre el artículo 2019 son totalmente aplicables a los Registros de Bienes en general. Por ello, cuando se trabajó el proyecto de Ley de Bienes Muebles, que fue propuesto por la Zona Registral IX sede Lima y el Consejo Consultivo de Bienes Muebles, de la cual tuve la suerte de formar parte, se planteaba la siguiente fórmula:

**Artículo 8.-** Los actos, contratos y derechos que se inscriben en el Registro de Bienes Muebles son:

a) La primera de dominio del bien, en la que se detallarán las características principales que lo hagan individualizable e identificable.

   [En este caso se establecía que en la inmatriculación debería señalarse todas las características que lo hagan identificable, números de serie, códigos, peso, medidas, colores, entre otros].

b) Los actos, contratos y derechos que constituyan, declaren, transmitan bajo cualquier título, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre el bien mueble.

   [Como lo señalamos al inicio de nuestro comentario al artículo 2019, tiene como diferencia la inclusión de los "derechos", con un concepto más amplio que el de solo actos jurídicos y solo contratos que constituyan, declaren o transmitan el derecho real, y se señala "bajo cualquier título", entendiéndose a este como la causa del negocio jurídico].

c) Los contratos de arrendamiento, sus modificaciones y su extinción.

   [Al momento de la elaboración del articulado se añadió las modificaciones y la extinción de los contratos de arrendamiento, pero se omitió la posibilidad de registrar los arrendamiento-venta (que sí se registran en el Registros Fiscal de Ventas a Plazos) y los contratos de *leasing* y *leaseback*].

d) Pactos especiales oponibles a terceros conforme a ley.

   [Se indicó en forma general cualquier pacto especial oponible a terceros, yendo más allá de la sola mención al pacto de reserva de propiedad y el de retroventa, e incluyendo a los ya comentados, como la reversión en la donación y las cláusulas resolutorias expresas pactadas por los contratantes].

e) Las medidas cautelares ordenadas por la autoridad judicial o administrativa competente.

   [Aquí se planteó las medidas cautelares en general dictadas no solo en sede judicial sino también en sede adminsitrativa, como por ejemplo los embargos efectuados por los ejecutores coactivos].

f) El cumplimiento total o parcial de las condiciones de la cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

[En relación con este literal nos remitimos a lo expuesto en nuestro comentario al artículo 2019 del Código Civil].

g) Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

[En relación con las restricciones ya nos referimos en torno a las interdicciones, los procesos de insolvencia o quiebra de personas jurídicas o naturales].

h) Las anotaciones preventivas que contempla el Reglamento General de los Registros Públicos.

[Se abarcó más supuestos a los establecidos en el Reglamento General de los Registros Públicos, incluyendo la posibilidad de que puedan incluirse, por su importancia, los bloqueos registrales].

i) Los actos, contratos y derechos normados por disposiciones legales especiales.

[Este último literal baja el rango para añadir o modificar los actos registrables, derivando a normas de menor jerarquía, a fin de tener un Registro más ágil a los cambios que se suscitan en el mercado].

Como se aprecia, solo el inciso 9 del artículo 2019 del Código Civil no se encontraba en el proyecto de Ley de Bienes Muebles.

Todo ello quedó fuera con la implementación de la Ley de Garantía Mobiliaria vigente hasta hoy (Ley N° 28677).

Los comentarios que vertimos en el artículo 2019 del Código Civil, son aplicables a los Registros de bienes, es decir, a lo que prevé el Registro de la Propiedad Vehicular, el Registro de Aeronaves, Registro de naves, Registro de Embarcaciones Pesqueras y Buques que sí incluyen a todas estas situaciones jurídicas en los respectivos Reglamentos inscriptorios correspondiente.

El Reglamento del Registro Mobiliario de Contratos y otros Actos amplió el abanico de actos inscribibles en los Registros de bienes muebles, incluyendo una formula que establece que es inscribible toda afectación de bien mueble creada por las partes, diferenciandose del númerus clausus establecido en el artículo 2019 del Código Civil a un númerus apertus. Por ejemplo, el artículo 32 de la citada Ley establece que son inscribibles en el Registro Mobiliario de Contratos y también en los Registros jurídicos de bienes: "1. La garantía mobiliaria y los actos relativos a su eficacia, modificación o eventual cesión. 2. Las resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas referidas a la garantía mobiliaria. 3. Los siguientes actos jurídicos que, para los efectos de su prelación, oponibilidad y publicidad, cualquiera que sea su forma, denominación o naturaleza, destinados a afectar bienes muebles o derechos de toda naturaleza, presentes o futuros, determinados o determinables, sujetos o no a modalidad, incluyendo: a. cesión de derechos; b. fideicomisos; c. arrendamiento; d. arrendamiento financiero; e. contratos de consignación; f. medidas cautelares; g. contratos preparatorios; h. contratos de opción; i. **otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles (*numerus apertus*)".**

En el caso del Decreto Legislativo N° 1400, inconstitucional por naturaleza y que destruye el sistema registral en el que no existe calificación registral, sino un sistema de avisos en un llamado sistema informativo de Garantias Mobiliarias, se señalan algunos actos que se publicitaran como "avisos" en su artículo 19.2 además de las garantias:

1. Los arrendamientos de bienes muebles.

2. La cesión de créditos o de derechos. En caso de cesión de créditos o de derechos que se incorporen en un título valor o valor representado mediante anotación en cuenta en la ICLV, el cesionario debe registrar la transferencia del valor anotado en cuenta en la ICLV.

3. El fideicomiso en garantía sobre bienes muebles.

4. Los contratos preparatorios, incluidos los contratos preparatorios de opción y los compromisos de contratar cuyo objeto sea un bien mueble.

5. Los mandatos y/o resoluciones judiciales, arbitrales o administrativas, y las medidas cautelares recaídas respecto a los actos mencionados. Los gravámenes administrativos y judiciales que recaigan sobre bienes muebles y que generen derechos preferenciales sobre éstos frente a terceros. En caso de mandatos, resoluciones y medidas cautelares sobre derechos de crédito que se incorporen posteriormente en un título valor o valor representado mediante anotación en cuenta o derechos que deriven de valores anotados en cuenta en la ICLV, corresponde registrar el mandato, resolución y medida cautelar en el registro de la ICLV para que surta sus efectos, de conformidad con la normativa aplicable.

6. Otros actos jurídicos en los que se afecten bienes muebles.

Como podran apreciar la diferencia es obvia, por lo que esperamos que no entre en vigencia el Decreto Legislativo N° 1400 que es el *réquiem* para los Registros Públicos.

## DOCTRINA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo X: Registros Públicos, Gaceta Jurídica, Lima, 2001; GONZALES LOLI, Jorge Luis. Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES. Derecho Notarial y Registral (materiales de enseñanza). Tomo I, Lima, 1997; MANZANO SOLANO, Antonio. Derecho Registral Inmobiliario: para iniciación y uso de universitarios. Volumen II. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; PAU PEDRON, Antonio. Curso de práctica registral. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1995; PACORA BAZALAR, Marco. "Principales aspectos del Registro de Bienes Muebles". En: Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima. Año XI, N° 11, Lima, 2001.

# LIBRO X

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

# TÍTULO I
# DISPOSICIONES GENERALES

## Igualdad de derechos civiles

**Artículo 2046.-** *Los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras.*

Concordancias:
*C.C. arts. 3 y ss., 2072, 2073, 2114; C.P.C. arts. 67, 394; C. de C. art. 15; C.D.I.P. arts. 1, 2*

**CÉSAR DELGADO BARRETO**

El Derecho Internacional Privado, según la doctrina privatista, tiene por objeto la relación privada internacional, vale decir, aquella en que algunos de sus elementos esenciales: sujeto, objeto, hecho o acto jurídico, se localizan en diversos países. En lo que respecta al contenido, nosotros nos adscribimos a la concepción amplia de la escuela francesa, según la cual nuestra disciplina trata del goce, ejercicio y sanción de los derechos. El artículo materia de comentario concierne al goce de los derechos, requisito previo para el ejercicio de los mismos del que se ocupa el conflicto de leyes, que es la materia medular del Derecho Internacional Privado.

En los países americanos, ha sido un principio constitucional constante el que los extranjeros gocen de los mismos derechos civiles que los nacionales, el cual asimismo se plasmó en los artículos 1 y 2 del Tratado de la Habana de 1928 (Código Bustamante) ratificado por el Perú, y por quince países latinoamericanos. La única excepción general ha sido en materia de derechos políticos. En el reconocimiento de los derechos de los extranjeros han contribuido los principios cristianos, la filosofía humanista del siglo XVIII y la influencia de la Revolución Francesa.

Fue recién a partir de 1930, que bajo el influjo de las corrientes nacionalistas se comienzan a restringir los derechos a los extranjeros en lo que respecta a ciertas actividades económicas consideradas estratégicas, como fueron por ejemplo, el petróleo y el transporte marítimo de cabotaje. Este planteamiento alcanza su consagración constitucional en el artículo 114 de la Constitución de 1979, cuyo tenor es el siguiente: "Por causa de interés social o seguridad nacional; la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reserva de dichas actividades a favor de los peruanos".

En el Perú, como en todo el mundo, en la década del 90, la corriente ideológica neoliberal, que se expresa en el llamado "Consenso de Washington", dominó la política económica occidental, plasmándose en nuestro país en la Constitución de 1993, cuyo artículo 63 establece que la inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional. Después de más de una década de aplicación, los países del sur no han salido de subdesarrollo. Stiglits –Premio Nobel de Economía 2001 y vicepresidente del Banco Mundial– en su obra "El malestar en la globalización" afirma enfáticamente que este proceso orientado por el Fondo Monetario Internacional ha causado un sufrimiento excesivo a los países en desarrollo. Los gobiernos deben y pueden adoptar políticas que orienten el crecimiento de los países de modo equitativo. Somos una comunidad global y para convivir

debemos cumplir unas reglas equitativas y justas que atiendan tanto a los países pobres como a los poderosos y reflejen un sentimiento básico de decencia y justicia social.

A partir de la vigencia de la Constitución de 1993, las únicas prohibiciones y limitaciones a los derechos civiles de los extranjeros están referidas al *derecho a la propiedad* y a ciertas restricciones en lo que respecta al *derecho al trabajo.*

En cuanto al derecho de propiedad, la Constitución en su artículo 71 dispone: "Los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir, ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustible, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por Consejo de Ministros, conforme a ley".

El antecedente de esta norma es el artículo 126 de la Constitución de 1979, el cual a su vez refundía los artículos 32 y 36 de la Constitución de 1933.

En el primer párrafo del artículo 71 se expresa que los extranjeros no pueden invocar en caso alguno "excepción, ni protección diplomática". La inversión extranjera, que a tenor del artículo 63 de la Constitución está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional, no goza de las inmunidades que tienen los representantes extranjeros acreditados ante el Estado peruano, pues viene en ejercicio de actividades económicas y no como representante oficial de otro Estado. En consecuencia, los conflictos que se generen entre el inversionista o propietario extranjero en el país están sometidos a las normas de jurisdicción establecidas en las leyes o en los actos jurídicos en uso de la autonomía de la voluntad que la ley concede a las partes, salvo que se trate de competencia exclusiva nacional establecida en los artículos 2058 del Código Civil y 63 de la Constitución.

El artículo 26 de la Constitución de 1979 tenía un primer párrafo que se establecía que: "La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República", el cual no aparece en el artículo 71 de la Constitución vigente. Desconocemos la razón de esta exclusión y consideramos que es necesaria su inclusión en el texto constitucional.

El segundo párrafo del artículo 71 limita el acceso a los extranjeros a los recursos naturales ubicados dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras nacionales, sancionado su incumplimiento con la pérdida del derecho en beneficio del Estado. Sin embargo, el Poder Ejecutivo en caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros puede autorizar la excepción, que en el caso del artículo 126 de la Constitución de 1979 debía ser hecha por ley expresa del Congreso.

La prohibición del artículo 71 que comentamos no está solo referida a las personas naturales sino que también incluye a las personas jurídicas extranjeras. *Strictu sensu* esto no significa reconocer nacionalidad a las personas jurídicas, atributo que desde nuestro punto de vista solo corresponde a las personas naturales, sino la extensión de la prohibición a las personas jurídicas constituidas en el extranjero. Utilizando el criterio de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena y sus modificatorias, también debe considerarse empresa extranjera a la constituida en el Perú, en la que los inversionistas nacionales participan con menos de 80% en su accionariado y en sus cuerpos directivos.

La *ratio legis* de la prohibición del artículo 71 de la Constitución en lo que respecta a las propiedades de extranjeros dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, la encontramos en la dolorosa experiencia de nuestra historia del siglo XIX, en que un conflicto de intereses referido al salitre de Antofagasta –en esa época territorio boliviano– dio origen a la

infausta Guerra del Pacífico, a raíz de la cual el territorio nacional fue mutilado tras la pérdida de los departamentos de Arica y Tarapacá.

En lo que respecta al derecho al trabajo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone en su artículo 23: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el despido". Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 6 expresa que los Estados Partes reconocen el derecho a trabajar que comprende: "el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho".

Por su parte, la "Declaración de derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven" adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en su resolución 40/144 de 3/12/1985 dispone en su artículo 8: "1º los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales de los siguientes derechos con sujeción a sus obligaciones establecidas en el artículo 4: a) el derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros, a salarios justos y a igual remuneración por trabajo de igual valor sin distinción de ningún género (...)".

En el Perú, en lo que respecta al trabajo de los extranjeros rige el Decreto Legislativo Nº 689 del 5/11/1991 sobre "contratación de extranjeros", el cual en su artículo 4 dispone: "Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta el 20% del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios".

Esta restricción al trabajo de los extranjeros en el Perú no atenta contra el derecho al trabajo consignado en los convenios internacionales, porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del mencionado decreto legislativo no se considera en las limitaciones de contrataciones de extranjeros, entre otros, al extranjero con visa de residente, a una serie de trabajadores extranjeros en empresas de servicios internacionales, así como a aquellos extranjeros que actúan en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un periodo máximo de tres meses al año.

En consecuencia, los inmigrantes que ingresan al país con el ánimo de residir y desarrollan sus actividades en forma permanente tienen en materia laboral los mismos derechos de los que gozan los nacionales. Lo que no sucede en la mayoría de los países desarrollados donde cada año llegan millares de inmigrantes provenientes del llamado Tercer Mundo en busca de trabajo y de mejores condiciones de vida, los cuales permanecen en calidad de ilegales o indocumentados, y como tales, no gozan de derechos viviendo como parias sin protección legal; pudiendo ser deportados en cualquier momento, a pesar de haber adquirido alguna propiedad y de haber tenido hijos en el país desarrollado, los cuales sobre la base del principio del *jus solis* gozan de la nacionalidad correspondiente. Resulta ilógico e injusto que viviendo en una era caracterizada por la globalización en que libremente circulan por el mundo bienes y servicios, sean únicamente las personas las que están impedidas de desplazarse debido a las férreas políticas migratorias que caracterizan a los países del norte opulento.

## DOCTRINA

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Décima edición revisada. Tomo II, Atlas, Madrid, 1987; RUIZ-ELDREDGE, Alberto. La Constitución comentada. Atlántida, Lima, 1987; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Tomo III, Lima, 1999; STIGLITZ, Joseph. El malestar en la globalización. Taurus, Madrid, 2002.

## Fuentes del Derecho Internacional Privado

**Artículo 2047.-** ***El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente libro.***

***Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado.***

Concordancias:
*C.D.I.P. art. 1 y ss.*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

### 1. Introducción

El artículo bajo comentario alude al tema de las fuentes del Derecho Internacional Privado. En él se observan, sin embargo, ciertas referencias poco precisas no solo en el enunciado y clasificación de las fuentes, sino también en el carácter supletorio que se les dispensan a algunas de ellas.

En ese sentido, a través del presente comentario procuraremos descubrir el significado de la norma, apelando a instituciones de la Teoría General del Derecho y del Derecho Internacional Privado.

### 2. Relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros

Un primer concepto que se debe distinguir a fin de comprender el artículo es el de relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, o en buena cuenta, el de relaciones jurídicas privadas internacionales, como lo denomina la doctrina (TALICE; BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ) y que constituyen el núcleo para el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado.

Se trata entonces de aquella relación jurídica que se verifica entre particulares –no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperii*, en una relación paritaria frente a un particular– donde se aprecian además elementos de intensificación que la vinculan con ordenamientos jurídicos extranjeros (por ejemplo en virtud al domicilio internacional, al lugar de ubicación de un bien, al lugar de ejecución de las obligaciones, al lugar de registro, al derecho elegido por las partes, etc.) (CALVO CARAVACCA-CARRASCOSA GONZÁLEZ; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

Por otro lado, resulta necesario no perder de vista que las fuentes del Derecho Internacional Privado aplicables a partir de la relación jurídica privada internacional se nutren por su modo de producción de sistemas de Derecho Internacional Privado de carácter interno (etático); de carácter internacional, comunitario o supraestatal (interetático); de carácter transnacional (extraetático), estos últimos a partir de la nueva *Lex Mercatoria* (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO; CALVO CARAVACCA-CARRASCOSA GONZÁLEZ; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 3. Las relaciones entre las fuentes del Derecho Internacional Privado

Se ha denunciado el caos existente a nivel nacional (entre los diversos cuerpos jurídicos) respecto al enunciado o listado de fuentes del Derecho, crítica a la que no escapa la norma en comentario.

En alguna medida, se puede pensar que la propuesta de reforma de los artículos I y II del Título Preliminar del Código Civil, aprobada en enero de 2003, contribuiría a uniformizar el tema de las fuentes del Derecho peruano, diferenciándolas de los tipos de argumentación jurídica.

De ahí que se impone hacer una valoración de las fuentes del Derecho Internacional Privado enunciadas en el artículo bajo comentario, a partir de los rasgos del ámbito de aplicación, la jerarquía entre ellas y el carácter obligatorio de las normas conflictuales del Derecho Internacional Privado (REVOREDO MARSANO).

Algunos autores enuncian entre las fuentes del Derecho Internacional Privado a la costumbre, a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Internacional Privado, al tratado, a la doctrina y a la ley (BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ), correspondiendo resolver las relaciones que se tejen entre las mismas atendiendo a su origen nacional o internacional, basados en dos teorías:

a) La teoría dualista o de la separación entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional, sustentada en la transformación de la norma internacional a través de una norma interna para ser aplicada en el ámbito interno.

b) La teoría monista o de la unidad en torno a los sistemas jurídicos de las normas de Derecho interno con las normas de Derecho Internacional, lo cual puede explicar aspectos como los de la incorporación automática de las reglas positivas de Derecho Internacional (BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ). Pueden incluso distinguirse tres tendencias al interior de esta teoría:

   - Monismo con primacía de Derecho Internacional.
   - Monismo con primacía de Derecho interno.
   - Teorías de la coordinación.

Los sistemas jurídicos contemporáneos rechazan la segunda tendencia, que supondría en la práctica que una ley anterior pueda modificar o derogar un tratado anterior o que una ley anterior impida la entrada en vigor de un tratado posterior, excesos que la han equiparado a la teoría dualista, por anteponer siempre el ordenamiento jurídico estatal.

En cambio, la consecuencia del monismo con primacía del Derecho Internacional es que la ley posterior dictada en un Estado no puede modificar ni derogar el tratado vigente con anterioridad (BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ).

Las dos primeras tendencias se afinan en la teoría de la coordinación en cuya virtud, por ejemplo, los tratados son leyes nacionales, no con subsistencia nacional sino internacional.

Es decir, en su ámbito de aplicación representan una ley internacional, contra la cual no podría oponerse supremacía derivada de la ley interna.

Consecuencia de ello es que el Estado puede modificar su derecho interno por su propia voluntad, la cual empero es insuficiente para modificar un tratado. De ahí que si se promulgara una ley incompatible con el mismo, se debe resolver el conflicto a favor del tratado (BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ).

## 4. Los tratados internacionales (Derecho Internacional Privado convencional)

Las precisiones doctrinales antes realizadas sirven para comprender mejor por qué la norma en comentario establece la primacía de la fuente internacional (tratados) respecto a la fuente interna, para resolver la relación jurídica privada internacional.

Cabe tener en cuenta por ello que, cuando el artículo establece que en defecto de tratado la relación jurídica privada internacional se sujeta a las prescripciones del Libro X del Código Civil, no se puede excluir otras fuentes del Derecho interno (no incluidas en el Libro X), que por su especificidad pueden guardar correspondencia con la esencia de la relación jurídica privada internacional.

Ahora bien, volviendo al tema de los tratados internacionales, hay que precisar que estos resultan vinculantes para el Perú no solo por la ratificación sino también por la adhesión, luego de verificarse la existencia de reservas en ambos casos, a fin de enmarcar mejor su ámbito real de aplicación.

Por otro lado, pueden surgir problemas inherentes a la aplicación de los Convenios Internacionales, por ejemplo, conflictos de tratados sobre la misma o similar materia, caso en el cual se debe acudir, en el plano internacional, al principio de que la ley posterior deroga a la ley anterior, o la ley especial deroga a la ley general (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

A la luz de nuestra Constitución Política vigente, los tratados tienen rango legal, aunque técnicamente no son ley. De ahí que, en caso de conflictos entre el tratado y la ley, el tema de su igualdad jurídica deberá ser resuelto a favor del primero por el criterio de resistencia y especialidad del tratado respecto a la ley, teniendo en cuenta, asimismo, el principio de reserva por el cual los Estados tienen la obligación jurídica de no promulgar leyes o dictar normas cuya aplicación viole o contradiga las disposiciones del Derecho Internacional (reserva de las estipulaciones convencionales), como lo recomienda la doctrina contemporánea (BIOCCA-CÁRDENAS-BASZ).

En cambio, cuando un tratado internacional contiene una estipulación que afecta una disposición constitucional, debe ser aprobado siguiendo el procedimiento de reforma de la Constitución (aprobación por mayoría absoluta del número legal de miembros del Congreso y ratificación por referéndum), antes de su ratificación por el Presidente de la República.

De manera tal que la norma constitucional sigue rigiendo fuera del ámbito de aplicación del tratado, y recupera su plena vigencia en caso de que este fuese objeto de una denuncia o terminara (NOVAK- GARCÍA CORROCHANO).

Nótese a partir de ello que, cuando el artículo en comentario alude a los tratados, se deberá tener en cuenta, con las acotaciones antes señaladas, a los Tratados de Montevideo de 1888-1889; al Tratado de La Habana de 1928 o Código Bustamante; a las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP I a VI, llevadas a cabo por la Organización de los Estados Americanos), previa comprobación de la ratificación por el Perú de

los Convenios Interamericanos de Derecho Internacional Privado aprobados al interior de las mismas; a las Conferencias de La Haya de Derecho Internacional Privado, a partir de la verificación de sus Convenios ratificados o adheridos por el Estado peruano (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

También pueden tenerse en cuenta entre otro tipo de tratados, a los referidos a temas de propiedad intelectual (véase nuestros comentarios al artículo 2093 del C.C.).

A partir de la existencia de un tratado aplicable a la relación jurídica privada internacional, el mismo puede hacer innecesario acudir al Derecho interno para determinar, por ejemplo, la competencia jurisdiccional o el derecho material aplicable al caso concreto.

## 5. Las normas del presente Libro

El artículo bajo comentario enmarca al final del primer párrafo el ámbito de aplicación de las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado, las cuales rigen en defecto de tratado, por ejemplo, frente a relaciones jurídicas privadas internacionales ligadas a ordenamientos jurídicos extranjeros pertenecientes al resto del mundo con los que no estamos vinculados aún con un tratado, o en caso de existir alguno, este no guarda correspondencia con la naturaleza de la relación jurídica privada internacional.

Las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado se ensamblan con tres elementos activos: la categoría o tipo legal o supuesto de hecho, el factor o punto de conexión y la consecuencia jurídica.

En ese sentido, estas normas cumplen una doble función de localización (del ordenamiento jurídico nacional o extranjero) y de decisión (identificando la norma material que resulta vinculada a la relación jurídica privada internacional), proporcionando, por lo tanto, una solución indirecta.

Pertenecen al género de las normas conflictuales casi todas las reglas sobre determinación del derecho aplicable consignadas en el Título III del Libro X.

Asimismo, se debe tener en cuenta que junto a las normas conflictuales del Derecho Internacional Privado existen las normas materiales que concretizan una consecuencia jurídica de manera directa, y que se clasifican en normas etáticas o de inspiración nacional; interetáticas o de inspiración internacional creadas por acuerdos entre Estados; y extraetáticas o transnacionales que nacen del comercio internacional por obra de los particulares.

Pertenecen al género de las normas materiales de producción nacional, las relativas a disposiciones generales (desarrolladas en el Título I del Libro X), conflictos de jurisdicciones (consignadas en el Título II del Libro X) y las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (incluidas en el Título IV del Libro X).

Fuera del contexto del Libro X se pueden considerar como normas materiales que se vinculan con la relación jurídica privada internacional, a las relativas a la nacionalidad, a la condición jurídica de los extranjeros y a la contratación de trabajadores extranjeros, entre otras.

El tema de las fuentes obliga también –aunque no se enuncien en el Libro X, pero si en la doctrina (TALICE)– a referirnos a las normas de aplicación inmediata o necesaria (por ejemplo, las normas de policía, de seguridad, de orden público, indispensables para la subsistencia de la organización política, social y económica de un país) y que llevan al juez a utilizar

exclusivamente el Derecho nacional, sin la mediación de la norma conflictual, descartando la aplicación del Derecho extranjero (TALICE).

## 6. Los principios del Derecho Internacional Privado

Resulta necesario aclarar el ámbito de los principios del Derecho Internacional Privado a los que el segundo párrafo del artículo bajo comentario les confiere el carácter de fuente supletoria. A partir de lo cual se podría entender que estos deberían operar en un determinado momento de la actividad jurídica, cuando existen vacíos o lagunas en el Derecho escrito, máxime cuando las normas de Derecho Internacional Privado son escasas y presentan algunas veces defectos técnicos traducidos en lagunas jurídicas (CALVO CARAVACCA-CARRASCOSA GONZÁLEZ).

En esa perspectiva, los principios serían una especie de suplentes jerárquicamente subordinados a los tratados y normas de Derecho Internacional Privado. En otras palabras, una fuente directa de tercer grado.

Sin embargo, si los principios constituyen solo una fuente supletoria a la cual acudir frente a la falta de tratados u otras normas de Derecho Internacional Privado, supondría que los principios no se incluyen en las normas del sistema jurídico, las cuales justamente deben su creación a los principios.

Resultaría un contrasentido, por lo tanto, que habiendo sido catalogados como suplentes, se les denomine principios, es decir, primeros fundamentos o bases sobre las que se sostiene todo el sistema jurídico. Los tratados y las normas de Derecho Internacional Privado se apoyan ciertamente en principios (esencia de cada ordenamiento).

Es menester, por ello, que situemos a los principios del Derecho Internacional Privado en dos funciones o dimensiones que ayudarán a su comprensión:

a) Principios generales del Derecho como fuente formal directa de Derecho Internacional Privado (principios de construcción que sostienen la regulación de un sistema de Derecho Internacional Privado). Estos principios, denominados también estructurales, aluden a los criterios utilizados por el legislador para erigir su propio sistema de Derecho Internacional Privado, pudiendo identificar entre estos principios los siguientes: de igualdad, no discriminación, legalidad, protección al consumidor, autonomía privada, buena fe, de la nacionalidad, de la unidad del derecho de familia, de derecho único entre extranjeros y peruanos, de orden público, de reconocimiento de derechos adquiridos, de proximidad en la selección de la ley aplicable, de especialización de la norma de conflicto, orientación material en la solución de conflictos de leyes, aplicación residual de la Ley del Foro, aplicación integral del Derecho material extranjero; y en torno al ámbito procesal civil internacional que acompaña y complementa al Derecho Internacional Privado se puede enunciar los principios siguientes: prohibición de la denegación de justicia, inmunidad de jurisdicción y de ejecución, protección a la parte débil, aplicación de la *Lex Fori* al ámbito procesal, territorialidad, extraterritorialidad, cooperación internacional.

b) Principios generales del Derecho como criterios de interpretación y aplicación del sistema de Derecho Internacional Privado (principios de solución para cubrir las posibles lagunas de la regulación del sistema de Derecho Internacional Privado). Estos principios apuntan a encontrar una solución al problema que no resuelven ni la ley ni la costumbre (CALVO CARAVACCA-CARRASCOSA GONZÁLEZ). Así por ejemplo, cabe

citar entre estos principios los siguientes: mínimo de conflictos internacionales, ordenamiento jurídico más fuerte (mayor proximidad), armonía material de las decisiones, aplicación integral del Derecho extranjero, carácter restrictivo de la excepción de orden público internacional, consideración del fin legislativo de las leyes materiales internas, *favor matrimonii, favor filii.*

Por consiguiente, a través de una metodología inductiva, algunos principios son extraídos de cada sistema de Derecho Internacional Privado como resultado de un examen que contrasta sus normas con las del resto del ordenamiento jurídico, erigiéndose con ello los principios generales propios del Derecho Internacional Privado (fuente autónoma).

En suma, no se debe perder de vista que se puede apreciar en el ámbito de aplicación de los principios generales del Derecho Internacional Privado, la función interpretativa del Sistema de Derecho Internacional Privado y la función integradora como fuente directa (CALVO CARAVACCA-CARRASCOSA GONZÁLEZ; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 7. La doctrina

Debido a las lagunas del Derecho positivo, la doctrina del Derecho Internacional Privado contribuye a mantener vivos y actualizados los textos legales, permitiendo que se pueda sustentar la interpretación más apropiada para determinada norma jurídica.

Cuando las normas en comentario aluden a la doctrina como fuente supletoria permite que puedan ser utilizadas como trabajos doctrinarios:

a) Los estudios presentados por instituciones especializadas de investigación del Derecho Internacional Privado.

b) Las convenciones internacionales que no se encuentran vigentes por falta del número de ratificaciones o los tratados que solo han sido suscritos, pero no ratificados. En el caso del Perú, los Tratados de Montevideo de 1939-1940 suscritos, pero no ratificados, tienen valor como doctrina (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ), mientras no se ratifican.

## 8. Nota extensiva a las fuentes del Derecho Internacional Privado peruano

Si bien la norma en comentario enuncia taxativamente las fuentes del Derecho Internacional Privado que hemos presentado, omite empero hacer referencias a la costumbre, a la jurisprudencia y a las fuentes privadas del Derecho Internacional Privado (nueva *Lex Mercatoria*), todas las cuales no serían fuentes del Derecho Internacional Privado en sentido estricto, ya que el sistema peruano de Derecho Internacional Privado podría ser catalogado como sistema que prioriza la base legal. Sin embargo, la jurisprudencia, la costumbre y las fuentes privadas (nueva *Lex Mercatoria*), inciden en la formación, interpretación y aplicación del Derecho Internacional Privado, siendo considerados incluso como fuente del Derecho Internacional Privado en algunas legislaciones y por cierta doctrina.

## 9. Conclusión

Desde nuestro punto de vista, en las fuentes del Derecho Internacional Privado se deben tener en cuenta criterios de jerarquía derivados de la primacía de la fuente internacional

respecto a la fuente interna y a las fuentes supletorias; así como, de especificidad y temporalidad para la resolución de conflictos derivados de la relación jurídica privada internacional.

## DOCTRINA

BIOCCA, Stella; CÁRDENAS, Sara; BASZ, Victoria, Lecciones de Derecho Internacional Privado. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997; CALVO CARAVACA, Alfonso; Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Introducción al Derecho Internacional Privado. Comares, Granada, 1997; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; REVOREDO MARSANO, Delia (comp.). Código Civil, Tomo VI. Derecho Internacional Privado, Lima, 1985; NOVAK, Fabián; GARCÍA CORROCHANO, Luis. Derecho Internacional Público. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; TALICE, Jorge. Objeto y métodos en el Derecho Internacional Privado. Grafiservice, Montevideo, 1986.

## No aplicación del reenvío

**Artículo 2048.-** *Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado.*

Concordancia:
*C.C. art. 2056*

**CÉSAR DELGADO BARRETO**

Las directivas generales de solución de la problemática del Derecho Internacional Privado son las mismas en los diversos sistemas nacionales. Nos dicen Batiffol y Lagarde que las grandes categorías de conexión relacionadas con las personas, bienes, hechos, actos jurídicos y procedimiento son conocidas en todos los sistemas jurídicos contemporáneos. Sin embargo, las diferencias aparecen en lo que respecta al *contenido de las categorías*, que es el problema de las calificaciones. Así, por ejemplo, para el sistema conflictual peruano –como para Alemania, España, Italia, etc.– la sucesión pertenece al estatuto personal, mientras que para Francia y los países del *common law* forma parte del estatuto real. En estos casos, para conocer la ley aplicable es necesario previamente calificar. Nuestro Código Civil no contiene ninguna norma sobre la calificación. Tratándose de uno de los problemas más complejos de la teoría conflictual, consideramos necesaria la inclusión de un artículo en el cual se exprese que la calificación la hará el juez sobre la base de la *Lex Fori* ampliada mediante la interpretación analógica y comparada.

Asimismo, las diferencias de los sistemas aparecen en lo que respecta a los *puntos de conexión* que no siempre son los mismos. Así, por ejemplo, en el Perú y en los países del *common law*, el estatuto personal está regido por la ley del domicilio, en tanto en Europa continental –Francia, Alemania, España, Italia, etc.– la ley aplicable es la ley nacional. Esta diversidad de conexión puede dar origen a dos clases de conflictos: *positivos y negativos.*

En el primero de los casos, cada una de las reglas de conexión en presencia da competencia a su propia ley. Tal sería el caso del estatuto personal de un francés domiciliado en el Perú, el cual estaría regido en virtud de la ley de conexión nacional, por la ley material peruana, como ley de su domicilio; mientras que en virtud de la regla de conexión francesa, la ley material aplicable sería la ley gala, por ser su ley nacional. Es estos casos se considera casi sin discusión que cada juez debe aplicar su propia regla de conflicto, corriéndose el riesgo de que se expidan sentencias contradictorias, por la diversidad de las leyes en causa. Sucediendo esta situación por el carácter nacional de las reglas de conflicto, que solo puede ser superado sobre la base de convenios internacionales.

En el caso de los conflictos negativos, estos nacen según Aguilar Navarro cuando las normas de conexión, al apoyarse en divergentes puntos de contacto, desembocan en un recíproco inhibicionismo, en una actitud pasiva, en su decidido propósito de no reglamentar jurídicamente el supuesto del que se trate. Si utilizamos el ejemplo anterior, pero en sentido inverso, tendríamos el caso siguiente: un tribunal francés debe estatuir sobre la capacidad de un peruano domiciliado en Francia. Según la regla conflictual francesa, la ley aplicable es su ley nacional, vale decir, la ley material peruana. Sin embargo, según el sistema conflictual peruano, la ley aplicable es la de su domicilio, vale decir, la ley material francesa. En suma, los dos sistemas concluyen adoptando una actitud de abstención, de decisivo propósito de no reglamentar el supuesto de acuerdo con sus propias leyes sustantivas.

Para resolver el conflicto negativo de conexión –como decimos en nuestra Introducción al Derecho Internacional Privado, Tomo I– no caben sino dos soluciones: la primera consiste en que el juez solo toma en cuenta su regla de conflicto, y procede a aplicar el derecho material extranjero designado; la segunda sería que el juez considere que es necesario coordinar las reglas de conflicto a fin de llegar a soluciones semejantes, aplicando –por disposición de la ley conflictual extranjera– su propia ley material, en cuyo caso estaríamos en presencia de un reenvío en *primer grado*, o a una ley material de un tercer país, lo que daría lugar a un reenvío en *segundo grado*.

Fue la jurisprudencia francesa en el famoso caso Forgo la que adoptó por primera vez la teoría del reenvío. En lo que respecta a la incorporación legislativa, fue la Ley de Introducción al Código Civil alemán, que en su artículo 27 incorporó esta teoría. Asimismo, el reenvío ha sido adoptado en Suiza, Polonia, Hungría, Japón, China e Israel, entre otros países, así como por la jurisprudencia inglesa.

Por el contrario, el reenvío ha sido expresamente rechazado por los Códigos Civiles de Italia, Brasil, Grecia y el Perú, entre otros países.

A nuestro entender la principal argumentación a favor de la aceptación del reenvío la encontramos en la *necesidad de coordinación* de las reglas de conflicto. Nos dicen Batiffol y Lagarde que esta necesaria coordinación la encontramos en los casos característicos de aplicación de leyes extranjeras no unificadas, como es el caso de los países federales. Cuando la ley extranjera designada por la regla de conflicto del foro es la de un país cuya legislación no está unificada, el camino natural es el de coordinar esta regla con la regla de conflicto interna extranjera. Así, por ejemplo, según la regla de conexión francesa el estatuto personal de un estadounidense está sometido a su ley nacional, pero esta ley en realidad no existe, sino 50 leyes y la ley federal se limita a fijar el principio que el estatuto personal se rige por la ley de su domicilio. Nosotros –agregan los autores citados– aplicamos, pues, aquella regla que nos dirá si en el caso *sub júdice* es competente la ley de Florida o la de California; en este caso, necesariamente hay que consultar la ley de conflicto de los Estados Unidos, que da competencia en principio a la ley del domicilio. Se coordina entonces la regla de Estados Unidos de conflicto interna y la regla de francesa de conflicto internacional. Pero si el sujeto está domiciliado en París ¿el razonamiento no debería ser el mismo? Es exactamente la misma regla extranjera la que se coordina con la regla francesa, tanto en uno como en otro caso.

En una exhaustiva monografía, Francescakis señala que la principal finalidad de la admisión del reenvío es la de servir a una mejor administración de justicia para los intereses del comercio internacional, con lo cual se lograría el objetivo señalado por el maestro Batiffol de la coordinación de los sistemas conflictuales para llegar a soluciones uniformes.

En la actualidad, la mayor parte de los autores está de acuerdo que el reenvío se justifica en ciertas materias y debe ser descartado en otras. Decía LUCAS que debemos tener una concepción abierta y racional de la competencia legislativa de los distintos Estados, ya que es allí donde podemos encontrar la verdadera justificación del reenvío en aquellos casos en que, el llamado Derecho extranjero ha sido hecho, en función de su *vocación* (estatuto personal) más que en su *contenido* (contratos). En otra palabras, el reenvío tiene fundamentos teóricos y racionales, y más que una actitud favorable o adversa al reenvío, lo importante es distinguir materias en las que cabe y materias en las que no es posible ni conveniente admitirlo.

En el primer proyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, el artículo XII redactado por el Dr. Vega García no se aceptaba el reenvío, utilizándose una redacción

casi igual al actual artículo 2048 del Código Civil. En la propuesta sustitutoria, la Dra. Revoredo Marsano solo admitía el reenvío en primer grado –vale decir, cuando la remisión se hace al Derecho material peruano– con la limitación de que su aplicación traiga como consecuencia la invalidez o ineficacia de un acto jurídico que de otro modo sería válido o la ilegitimidad de un estado civil que de otro modo sería legítimo (artículo 13). Esta aceptación del reenvío, solo en primer grado, no es lógica, pues si se admite en principio la necesidad de coordinar las reglas de conflicto, no se debe prescindir de esta coordinación cuando la remisión se hace a la legislación de un tercer país, cuyas reglas conflictuales admiten su competencia. Sin lugar a dudas, el reenvío en primer grado que permite al juez aplicar su propia ley material facilita su tarea y disminuye los riesgos de error. Sin embargo, no puede llevarnos a suprimir la coordinación de las reglas de conflicto cuando la ley material aplicable es la de un tercer país relacionado con el caso *sub litis*.

## Conclusión

Nuestro Derecho positivo, en su artículo 2048, es enfático en su rechazo al reenvío, en consecuencia, el juez peruano solo debe aplicar el Derecho material extranjero, sin tomar en cuenta sus normas conflictuales.

Sin embargo, nosotros sobre la base de los argumentos anteriormente expuestos somos de opinión que debe modificarse el artículo que comentamos, debiendo ser reemplazado por la siguiente redacción:

> "La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material. No obstante, en lo que respecta al estado y capacidad de las personas, relaciones de familia y sucesión por causa de muerte, se admitiría el reenvío que las normas de conflicto extranjeras pueden hacer al ordenamiento peruano o a otro ordenamiento extranjero".

## DOCTRINA

BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. Tomo I. Libraire Génerale de Droit et de Jurisprudence. Septième edition, París, 1981; AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. Volumen I, Tomo II, Parte segunda. 3ª edición, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, publicaciones, Madrid, 1982; FRANCESCAKI, Phoeom. La theorie et les conflicts de Sistemes en Droit Internacional Privé. Sirey, París, 1958; LUCAS, Louis. Vue simplifiée du renvoi. Rev. Critique de Droit Internacional Privé, París, 1964; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

## Orden público internacional y buenas costumbres

**Artículo 2049.-** ***Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.***

***Rigen, en este caso, las normas del Derecho interno peruano.***

Concordancias:
*C.C. art. 2104 inc. 7); C.D.I.P. arts. 4, 5*

**CÉSAR DELGADO BARRETO**

La norma conflictual se caracteriza por ser formal, indirecta y bilateral, lo que significa que nos remite a la ley material nacional o extranjera, que será la que en definitiva solucione el problema jurídico planteado por el tipo legal formulado en la primera parte de la norma conflictual.

Dado el carácter bilateral de la regla de conflicto, puede suceder que la ley material extranjera aplicable contenga disposiciones *contrarias a nuestras concepciones morales o jurídicas*, al punto que el juez nacional se niegue a aplicarla por considerarla contraria al orden público.

Esta noción se encuentra probablemente en germen desde la Edad Media. Bartolo distinguía los estatutos odiosos de los favorables; los primeros no tenían ningún efecto fuera de la ciudad que los dictaba, dando como ejemplo de esta clase de estatuto la incapacidad de las mujeres a ser herederas. Sin embargo, esta idea no se extendió suficientemente porque una gran parte de conflictos eran interprovinciales y, en el conjunto de Europa, el Derecho Romano y la religión cristiana reducían las fuentes de divergencias.

Las codificaciones del siglo XIX rompieron la relativa unidad jurídica del mundo occidental, lo que motivó la aparición de la excepción de orden público, introduciéndose un *elemento perturbador* en la solución de los conflictos, porque jamás se elaboró una definición de las materias contrarias al orden público dado su carácter *eminentemente dinámico*, lo que ha hecho decir a Jayme que el orden público constituye el tema más angustiante de la teoría general de nuestra disciplina.

En lo que respecta a las *funciones* que cumple la excepción de orden público Larebours-Pigeoniere sostiene que son dos: por una parte, es un medio de defensa de los *fundamentos de la concepción de Derecho del foro*, como sería el caso de las leyes extranjeras que admitiesen la poligamia, o una patria potestad despótica. Por otra parte, interviene también en *salvaguardar una cierta política legislativa*: por ejemplo, el carácter secular del matrimonio, la limitación de las causales de divorcio. Esta doble función explica el carácter incierto y difícilmente previsible de la intervención del orden público.

Existe una divergencia sustancial entre las nociones de orden público en Derecho interno y en Derecho Internacional Privado. En Derecho interno, las llamadas leyes de orden público son sinónimas de ley imperativa, esto es, ley que se impone contra toda voluntad contraria. A tenor de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres". Mientras que en el Derecho Internacional Privado, el orden público es invocado en apoyo del rechazo de aplicar leyes extranjeras, siendo en consecuencia diferente tanto el efecto como el dominio de la noción.

Si bien toda norma de orden público internacional lo es también de orden público interno, no todas las normas de esta última clase precisan ser defendidas por el orden público internacional. En efecto, hay reglas imperativas en Derecho interno –vale decir, reglas que no toleran convención contraria– que, sin embargo, van a tolerarse en Derecho Internacional Privado, permitiéndose la aplicación de la ley extranjera; tal sería por ejemplo el caso de la legítima desconocida en los países del *common law*. Una de las mayores dificultades estriba en señalar qué normas imperativas en Derecho interno quedan inaplicadas cuando una ley extranjera es competente –según la norma conflictual nacional– y cuáles otras, aun en este supuesto, no han de ser descartadas. Así, desde el punto de vista interno, tan imperativa es la norma que señala la legítima de los hijos, como la que establece la igualdad de derechos entre los hijos matrimoniales y los extramatrimoniales; sin embargo, la primera se impone solo como obligatoria en las sucesiones de Derecho interno, mientras que un tribunal nacional en ningún caso podría reconocer una ley extranjera que desconozca la igualdad jurídica de todos los hijos, independientemente de su condición de matrimoniales o extramatrimoniales.

En lo que respecta a los efectos de la excepción del orden público internacional, podemos señalar que el *efecto positivo* es la sustitución de la ley del foro, a la ley extranjera normalmente competente. La aplicación de un Derecho extranjero que conduciría a un resultado incompatible con el orden público del foro es descartada o excluida. Esto es lo que se conoce como el *efecto negativo*.

Entre los tratados suscritos y ratificados por el Perú que incluyen la excepción de orden público, tenemos el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, cuyo Protocolo Adicional, común a los otros tratados, dispone en su artículo 4: "Las leyes de los demás Estados, jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso".

Asimismo, el Código de Derecho Internacional Privado de 1928, llamado también Código Bustamante, suscrito y ratificado por quince países latinoamericanos, entre los que figura el Perú, establece en su artículo 3: "Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce las garantías individuales las leyes y las reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

1) Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno;

2) Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas leyes territoriales, locales o de orden público internacional;

3) Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado".

En este artículo Bustamante y Sriven –autor intelectual del Código– siguiendo a Mancini y a Pillet, considera que la expresión "orden público internacional" recubre una categoría de leyes que corresponde a las *leyes territoriales*. Según Batiffol y Lagarde, esta noción de ley territorial es equívoca, y tal es así que las primeras aplicaciones de la excepción de orden público se hicieron en relación con el divorcio y la investigación de la paternidad, que pertenecen al estatuto personal y no al estatuto real que es el que rige la ley territorial, *Lex rei situs*. Por otra parte, según la clásica y decisiva observación de Bartin, el orden público puede funcionar contra una ley real extranjera. Según el autor citado, el orden público puede descartar

una ley extranjera competente si esta ley, por ejemplo, ha determinado una expropiación sin el pago de la indemnización correspondiente, como lo determinó la Corte de Casación de Francia en su sentencia de 1939.

En consecuencia, no se puede asimilar la noción de orden público internacional a las leyes territoriales, como lo hizo Bustamante en su clasificación de las leyes (artículo 3), para los efectos de hacer comprensible la noción de orden público como excepción a la aplicación de la ley extranjera normalmente competente según las normas conflictuales del foro.

La Convención Interamericana sobre "Normas Generales de Derecho Internacional Privado" aprobada en la CIDIP II de Montevideo de 1979, y ratificada por el Perú, incluye en su artículo 5 la excepción de orden público con la siguiente redacción: "La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado, podría no ser aplicada en el territorio que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

Esta fórmula permite invocar el orden público cuando este se considera *violado manifiestamente*, término que ha sido empleado por las Convenciones de la Haya y atañe al régimen de excepción que caracteriza la institución del orden público internacional.

En lo que respecta a la legislación interna, somos de opinión de que el artículo 2049 del Código Civil debería ser modificado y redactado en la forma siguiente:

> "Las disposiciones de la ley extranjera pertinente, según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con los principios fundamentales de nuestro Derecho.
>
> Rigen en este caso, las normas de Derecho interno peruano".

Del desarrollo del comentario fluye claramente que la inclusión de la excepción de orden público es indispensable en la teoría conflictual como cláusula de reserva para asegurar el respeto a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. Pero también no es menos cierto que, dado el carácter dinámico del concepto de orden público, es imposible hacer referencia a su contenido –fuera del caso de los derechos esenciales de las personas–, por lo que resulta necesario precisar, en la medida de lo posible, el sentido de la excepción, refiriéndonos no a la expresión de "orden público internacional" cuyo contenido es equívoco al confundirse con el "orden público interno", ni tampoco a la expresión "buenas costumbres", que incluye ilicitudes que carecen de contenido moral, pero que son contrarias a leyes imperativas y que tienen su razón de ser en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, referido al orden público interno, pero que no se justifica en el caso del artículo 2049 del Código que se refiere exclusivamente al orden público en Derecho Internacional Privado.

La matriz conceptual de la modificación propuesta es el artículo 6 de la Ley de Aplicación del Código Civil alemán de 1986, que incluye las normas conflictuales y sustantivas referidas al contenido de nuestra disciplina, la cual por ser una ley guarda su respectiva autonomía, más dada la íntima relación existente entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Civil Internacional mantienen como normas de aplicación del Código Civil.

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; JAYME, Erich. "Métodos para la concretización del orden

público en el Derecho Internacional Privado". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1991; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1969.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

Orden público internacional y buenas costumbres

*{E}l artículo 2049 del Código Civil {...} desarrolla el tema relativo a la incompatibilidad de la ley extranjera -pertinente y, por tanto, aplicable- con las normas que rigen el orden público internacional o las buenas costumbres, estableciendo que, no obstante la idoneidad de la norma extranjera para dilucidar un caso en concreto, por así establecerlo nuestras propias normas internas de Derecho Internacional Privado, los tribunales peruanos pueden y deben prescindir de la aplicación de las mismas cuando adviertan que aquellas contravienen o colisionan, como se ha dicho, con el orden público internacional o las buenas costumbres; en cuyo caso están facultados para aplicar las normas peruanas, supuesto que encuentra su correlato en el principio de que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No debe confundirse, sin embargo, la competencia jurisdiccional que asumen facultativa o exclusivamente los tribunales peruanos para conocer determinadas materias de Derecho Internacional Privado, con la ley que finalmente están llamados a aplicar, siendo que la norma en comento se refiere a este último supuesto, pero no a la potestad de administrar justicia en un proceso determinado (Cas. N° 1770-2004-Lima).*

### TRIBUNAL REGISTRAL

Matrimonio entre personas del mismo sexo no contraviene el orden público internacional

*{N}o podría ser incompatible con el orden público internacional el matrimonio entre personas del mismo sexo, pues está permitido en innumerables países (Estados Unidos, Inglaterra, España, Uruguay, Brasil, Argentina, etc.). Cabe recordar que la legislación peruana, citada por el registrador y que justificó la denegatoria de inscripción, no es aplicable al presente caso en lo concerniente al vínculo matrimonial de los compradores (**Resolución N° 1868-2016-SUNARP-TR-L**).*

## Reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero

**Artículo 2050.-** ***Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.***

Concordancias:
*C.C. arts. 2049, 2120; C.D.I.P. art. 8*

**JORGE BASADRE AYULO**

El artículo 2050 correspondiente al Libro X del Código Civil está en relación con la solución del conflicto de leyes en el espacio. El profesor del curso en la Facultad de Derecho de París, Antonio Pillet, hace una distinción entre el conflicto de leyes propiamente dicho y el respeto internacional a los derechos adquiridos.

Según el profesor Pillet(1), sería otro de los objetos del Derecho Internacional Privado, asegurar de un país a otro el respeto de los derechos regularmente adquiridos por un sujeto determinado, conforme a su ley competente. Este numeral 2050 supone que una persona ha adquirido en un país determinado, sea un derecho particular, sea una situación jurídica completa, que puede a su vez ser fuente de un conjunto de derechos, y habrá que determinar hasta qué punto esta persona puede reclamar en los otros países los derechos o la condición jurídica adquirida. El Código Civil patrio lo permite con una atingencia principal: el derecho no puede ser contrario al orden público y a las buenas costumbres.

Al consagrar el derecho que considera como adquirido, el juez pone en acción el sistema de Derecho Internacional Privado extranjero, en cuya aplicación se formó o consolidó una situación jurídica privada. Se trata de la "conexión de la conexión" condenada por Kahn(2).

En vez de ser inmediatamente aprehendida por la norma de conflicto de leyes primarias del Estado del foro, como lo ordenaría el cuadro procesal de la técnica de la conexión, una situación de hecho atraviesa varios sistemas nacionales, A, B y C. Cuando, finalmente, se somete a la decisión del juez de un cuarto Estado, este trata de escoger, según su propia norma de conflicto, cuál de los derechos sustanciales, A, B o C, es aplicable. En efecto, los derechos adquiridos en uno de estos sistemas, y quizá reconocidos o consolidados por un segundo, lo han sido en virtud, no del derecho material designado por la norma de conflicto del tribunal que hoy entiende del caso, sino de la norma de conflicto del sistema nacional del que dependía la situación antes de penetrar en el ordenamiento jurídico de este tribunal o la *Lex fori*.

El movimiento impreso a la situación actúa sobre la elección de la misma norma de conflicto y suscita esta conexión de la conexión condenada por Kahn(3).

El dogmatismo de Kahn está periclitado. Por esta razón es preciso también desalentar cualquier tentativa de construir, con ayuda de "supernormas" de conflicto de leyes "la conexión de segundo grado". Más modestamente, la doctrina debe continuar y animar los esfuerzos

(1) GARCÍA CALDERÓN, Manuel. *Derecho Internacional Privado.* 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964, p. 36.
(2) Cit. por GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Ob. cit., p. 36 y ss.
(3) Cit. por PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. *La información de la ley extranjera en el Derecho Internacional Privado.* 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 39 y ss.

de los jueces que, en presencia de situaciones efectivamente creadas conforme a un sistema extranjero de Derecho Internacional Privado, se han negado, por una aspiración superior de justicia, a destruir estas situaciones insertándolas en las normas primarias del Derecho Internacional Privado del foro.

Se plantea así, pero de una forma mucho más radical que por la teoría del reenvío recusada por la ley peruana, la determinación del ámbito de validez espacial de las normas de conflicto de leyes. ¿Por qué iban a escapar, de forma absoluta, a una limitación de este tipo? Planteado en su generalidad, este problema no conoce una solución lógica satisfactoria. Después de haber detenido, en las normas de conexión de segundo grado, el ámbito espacial de las normas de conflicto de leyes ordinarias, ¿no sería preciso cuestionar el campo de aplicación de las primeras? Únicamente hipótesis privilegiadas dan lugar a cuestionar, con prudencia y tacto, la coincidencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa de Derecho Internacional Privado.

Esta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos se ha introducido en algunas codificaciones recientes.

La más notable para esta glosa aparece en el artículo 7 del Convenio Interamericano sobre las Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II): "Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público". A su vez, la Sección 8, 3 del Restatement 2d, está redactada en los términos siguientes: "When the state of the forum has no substantial relationship to the particular issue of the parties and the court of all interested states would concur in selecting the local law rule applicable to this issue, the forum will usually apply this rule".

El artículo 14 del Proyecto suizo no tiene la misma fuerza: permite al juez descartar, a título excepcional, la aplicación normal de las normas de conflicto del foro sin darle directriz alguna sobre la elección de la solución que debe sustituirla.

Algunos encuentran el origen de la aplicación generalizada de la teoría de los derechos adquiridos, que aparece en el artículo 25, párrafo 2 del proyecto de ley uniforme Benelux (1951) para pasar al artículo 21, párrafo 2, después de la revisión de 1966.

En el numeral 31 del Código civil portugués encontramos una aplicación particular, limitada a los actos jurídicos realizados por una persona conforme a las normas de Derecho Internacional Privado del país de su residencia habitual.

No solo la noción interna de orden público se encuentra en el origen del concepto homónimo del Derecho Internacional Privado, sino que la primera noción no se ha visto privada de su función propia en las relaciones internacionales. Este concurso es la fuente de numerosas confusiones, especialmente terminológicas, agravadas por la distinción hecha a menudo entre "orden público interno" y "orden público internacional".

Esta última expresión, como es el caso de la ley patria, designa de forma poco afortunada el aspecto más original del orden público en Derecho Internacional Privado: la función propia que ejerce con ocasión de la aplicación de las normas de conflicto de leyes y de las normas sobre reconocimiento de actos y decisiones extranjeros. La aplicabilidad de una ley extranjera declarada competente en virtud de la norma de conflicto de leyes y el reconocimiento de un acto o de una decisión extranjeros deben, sin embargo, descartarse cuando

son incompatibles con el orden público, tal como se concibe en el Estado del foro. El carácter negativo de esta función principal del orden público en la materia de Derecho Internacional Privado se designa correctamente mediante la expresión "excepción de orden público", que aporta una derogación al juego normal de la norma de conflicto de leyes o del conflicto de jurisdicciones.

La función principal de la excepción de orden público en Derecho Internacional Privado no elimina de esta rama la aplicación del concepto elaborado para las relaciones internas. Esta opera en dos niveles: en primer lugar, la ley declarada aplicable a los actos jurídicos privados, ya sea que se trate de un derecho extranjero o de la *Lex fori*, incluye sus propias disposiciones imperativas, así como las disposiciones análogas que establece el Código Civil belga. En un segundo nivel, el orden público judicial interviene, conforme a la *Lex fori*, en los litigios que presentan algún elemento extranjero.

El orden público contractual y el orden público procesal suscitan dificultades específicas cuando el contrato tiene un carácter internacional o el litigio presenta algún elemento extranjero. Hay que analizar esta diferencia, sin olvidar lo que separa esta doble función del orden público de la exclusión de la aplicación de la ley extranjera normalmente competente, ámbito propio de la excepción de orden público.

Es decir, si Graciano ha adquirido en el extranjero un derecho regularmente al amparo de una norma de Derecho Internacional Privado peruana, este es válido, siempre y cuando no sea contrario al orden público internacional peruano y las buenas costumbres, en cuyo caso no serán aplicables.

El orden público internacional es indefinible, siendo este fardo pesado responsabilidad de la doctrina. Viene a ser el orden público quintaesenciado. Como ejemplos podemos mencionar el reconocimiento de la esclavitud –prescrita por acuerdo general de los países–, el trabajo gratuito, la discriminación del derecho de las mujeres, la vulneración de una norma constitucional, etc.

El concepto de "buenas costumbres" constituye un concepto cambiante y que no puede ser colocado en un casillero rígido. En consecuencia, el párrafo legal bajo comentario establece el respeto a los derechos adquiridos conforme a la norma pertinente peruana de Derecho Internacional Privado, si esta es aplicable, conforme a la regla peruana del Derecho Internacional Privado, salvo que atentara contra dos sólidas barreras: que fuere contrario al orden público internacional o a las buenas costumbres.

Entonces, las limitaciones a la aplicación de la ley extranjera están basadas en los conceptos de "orden público internacional" y "buenas costumbres" cuyas complejidades han impedido determinarlos con precisión. Consiste, esencialmente, en la aplicación obligatoria de la propia ley, cuando la extranjera contradiga o afecte los principios que inspiran la organización del Estado.

Expresada esta noción bajo el nombre de "cláusula de reserva", corresponde a Savigny haberla expuesto inicialmente como una excepción al principio de la comunidad jurídica. La doctrina italiana, encabezada por Manzini, la convirtió en realidad cuando señaló que las normas que tienen en cuenta el orden público poseen un carácter territorial como principio esencial del Derecho Internacional Privado.

Orden público internacional y buenas costumbres son imposibilidades y barreras inseparables como hermanos siameses unidos por el tronco, que impiden la aplicación de leyes extranjeras que las contravengan.

El tema de contravención a la disconformidad con el orden público y buenas costumbres ha hecho fortuna en el Título IV del Libro X del Código Civil, dedicado al reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros.

En el Derecho interno, este numeral debe ser concordado con el artículo V correspondiente del Título Preliminar del Código Civil patrio.

## DOCTRINA

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002; PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. La información de la Ley extranjera en el Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

## Aplicación de oficio del Derecho extranjero

**Artículo 2051.-** ***El ordenamiento extranjero competente según las normas de Derecho Internacional Privado peruanas, debe aplicarse de oficio.***

**Concordancias:**
*C.C. arts. 2048, 2053, 2055, 2056*

**JORGE BASADRE AYULO**

La aplicación de la ley extranjera plantea diversas interrogantes al juez de la causa, las mismas que se han tratado de resolver estudiando la naturaleza intrínseca del Derecho extranjero aplicable a una situación.

La teoría más aceptada sobre este tema en la práctica y hoy en boga, es que la ley extranjera no es más que un hecho de juicio, por cuanto no emana de la soberanía nacional, ni se dicta ni se presume conocida, sino en su país de origen, tesis que no es compartida por nuestro Código Civil.

Así se señaló en el curso dictado por la Academia de Derecho Internacional, que tuvo lugar en el año 1936 cuando se dijo que "el orden jurídico es exclusivo, en el sentido que excluye el carácter de derecho, de aquello que escapa a su contenido". Asume, por lo tanto, que la ley extranjera aplicable a un caso es un hecho de la causa y, en particular, un "hecho de producción jurídica".

La teoría del hecho aparece consagrada en la legislación de diversos países como Argentina (artículo 2595 del Código Civil y Comercial), México (artículo 19 del Código Civil), Portugal (artículo 2406 del Código Civil), etc., e informa la jurisprudencia de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

Por otro lado, algunos autores italianos sostienen que la ley extranjera aplicable constituye un derecho pero, conciliando esta idea con un notorio exclusivismo, consideran que la ley extranjera que deba aplicar el juez no adquiere ese carácter, sino mediante la incorporación de la *Lex fori*.

Esta segunda teoría del Derecho nacionalizado o incorporado puede ser entendida de dos maneras. La posición menos reciente sostenía que el llamado al Derecho extranjero de parte de las normas en conflicto tendría características puramente formales. En un momento sucesivo, se pasó a la posición de la llamada incorporación material, sostenida por Anziolotti y por Marinoni, además de notables procesalistas como Chiovenda y Carnelutti, sobre la base de lo cual el Derecho extranjero sería nacionalizado mediante una real y propia incorporación en el ordenamiento convocante. Consta así el punto de que para la doctrina italiana la incorporación del Derecho extranjero puede ser formal o material.

En el primer caso, la ley extranjera se incorpora al sistema del foro, pero conservando el sentido y el valor que le atribuye el sistema para el cual fue creada, tesis compartida por el artículo 2055 del Código Civil peruano.

En el segundo caso, solo el contenido material de la norma extranjera es incorporado al sistema del foro, perdiendo su carácter de extranjera y, en el fondo, adoptando las necesidades de la regla semejante a la extranjera.

La consecuencia más importante de esta distinción sería que la norma extranjera, incorporada solo formalmente a la *Lex fori*, tendría que ser interpretada de acuerdo con sus propias normas, en su propio contexto.

En cambio, la incorporación material implicaría que la norma jurídica es extraída del contexto de su propio sistema, para transformarse en una norma que se inserta en el sistema del tribunal y que, por lo mismo, debe ser interpretada de acuerdo con las reglas de la *Lex fori*.

Una tercera teoría considera que la ley extranjera es simplemente un Derecho extranjero que no necesita ser probado, ni menos aún convocado, constituyendo como esculpe Savigny, un deber impuesto por la comunidad jurídica internacional.

Al referirse a la ley extranjera, la legislación peruana la considera, en nuestro concepto, como Derecho o norma jurídica a tenor de lo dispuesto en el artículo 2051 del Código Civil, que dispone la aplicación de oficio del ordenamiento extranjero competente. La interpretación de la ley extranjera como Derecho se sustenta igualmente, de forma implícita, en el Código Bustamante, al considerar ley a la foránea con la misma categoría que la ley peruana, cuyo texto es fuente del Derecho Civil peruano.

Agregamos, por nuestra parte, que la teoría del Derecho incorporado es muy artificial; conceptuamos que se ajusta más a la realidad la teoría que considera la ley extranjera como lo que efectivamente es, un Derecho extranjero.

Sobre la prueba y el conocimiento de la ley extranjera, el Código Civil peruano permite a las partes ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, tema que desarrollaremos en el comentario al artículo 2052.

La legislación patria al referirse a la ley extranjera aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado, la considera en un sentido jurídico de aplicación de oficio, aunque no haya sido invocada, siguiendo la regla del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil. Conceptuamos que este principio se ajusta más a la realidad y, en consecuencia, ante su falta de invocación en juicio, el juez puede y debe aplicar la ley extranjera.

Queda así resuelto un problema esencial del Derecho Internacional Privado: la ley extranjera es una cuestión de Derecho que debe dar lugar a la aplicación de oficio, tomada como parte integrante de la ley del tribunal. Este postulado queda vinculado estrechamente con el fundamento mismo del Derecho Internacional Privado: si adoptamos la doctrina estatutaria holandesa en que la aplicación de las leyes extranjeras en el territorio de un Estado tiene como base la utilidad recíproca o *cortesía internacional*, la citada norma no se identifica como la de dicho Estado, y deberá, por lo tanto, ser probada. Si por el contrario las leyes extranjeras responden a un deber impuesto por la comunidad internacional como bien lo expresara Savigny, habrá que considerarlas como incorporadas a la propia ley del juzgador y deberán, en consecuencia, ser aplicadas de oficio.

## DOCTRINA

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002; PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. La información de la Ley extranjera en el Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

## Prueba de la ley extranjera

**Artículo 2052.-** ***Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.***

Concordancias:
*C.C. art. 2055*

**JORGE BASADRE AYULO**

Sobre la prueba y el conocimiento de la ley extranjera, el Código Civil peruano (artículo 2052) permite a las partes ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.

La norma le da la facultad al juez para rechazar o restringir los medios probatorios ofrecidos sobre una ley que debe aplicar, pero que, por ser extranjera, puede no conocer en su verdadero alcance.

En otras palabras, la prueba de la ley extranjera no se debe a que esta no constituye derecho, sino al desconocimiento que puede tener el juez de una ley que le es ajena.

El Capítulo II del Título VII del Libro IV del Código Bustamante con el título de *Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras*, permite la utilización de los siguientes medios[1]:

a) La certificación escrita de dos abogados en ejercicio dentro del país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada (artículo 409).

b) El informe oficial emanado del Estado extranjero sobre el texto, sentido y vigencia del derecho aplicable (artículo 410). Este informe puede ser solicitado de oficio por el juez cuando estime que la prueba que se haya rendido sobre el punto sea insuficiente.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, suscrita en 1979 en la ciudad de Montevideo, contempla un mecanismo que facilita la cooperación internacional en esta materia, y permite, para ello, utilizar cualquiera de los medios idóneos previstos tanto por la ley del Estado requeriente como por la ley del Estado requerido.

Entre estos medios, la Convención citada señala los siguientes:

a) La prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con la indicación de su vigencia o precedentes judiciales.

b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia.

c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de sus derechos sobre determinados aspectos.

Existe todavía la posibilidad de que ni el juez ni las partes pueden tomar conocimiento de la ley extranjera aplicable. El problema es mucho más teórico que práctico puesto que, en

(1) Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante). 1ª edición, Edición Oficial del Ministerio de Justicia, Lima, 1994, p. 137.

la comunidad internacional, se ha facilitado enormemente en las relaciones de todo orden, entre los diversos Estados.

Los que consideran la ley extranjera como un hecho de la causa, estiman que ante su falta de prueba, el juez no debe aplicarla.

Los autores que consideran la ley extranjera como verdadero derecho, proponen las siguientes soluciones:

a) Aplicar el derecho análogo más próximo. Así, por ejemplo, si no se conoce el *common law* norteamericano aplicable, podría recurrirse al *common law* inglés que rija la materia.

b) Aplicar la *Lex fori,* que recupera la plenitud de su competencia. Esta situación es válida también, y aun con mayor propiedad para el caso en que se falle el factor de conexión, como sería, por ejemplo, si la *Lex fori* se remitiera a la ley nacional y el afectado resultara ser apátrida.

## DOCTRINA

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002; PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. La información de la Ley extranjera en el Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

## Existencia y sentido de la ley extranjera

**Artículo 2053.-** ***Los jueces pueden de oficio o a pedido de parte, solicitar al Poder Ejecutivo que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe sobre la existencia de la ley y su sentido.***

Concordancias:
*C.C. art. 2051*

**JORGE BASADRE AYULO**

Este artículo glosado establece la praxis para que el juez patrio aplique la ley extranjera declarada competente por la norma pertinente de Derecho Internacional. De oficio o por pedido de una o varias partes puede solicitarle al Poder Ejecutivo para que, por vía diplomática, obtenga de los tribunales del Estado cuya ley se trata de aplicar, un informe escrito sobre su vigencia y sentido.

En el Derecho Internacional Privado no existen conflictos de soberanía, pues el conflicto de leyes no lo es, como predica Goldschmidt(1), ya que los intereses que lo motivan se refieren al individuo o al Estado actuando como persona de Derecho Privado.

Pero ello no supone negar que el Derecho Internacional Privado tenga puntos de contacto con el Derecho Internacional Público, como en el caso del acceso a las cortes de justicia extranjeras, con lo que se persigue conocer la existencia y sentido de la ley no aborigen.

Tanto el Derecho Público como el Derecho Privado contienen normas de Derecho material relativas a la explicitación de ley foránea, de modo que se pueda conocer las normas reguladoras de relaciones que sirven para poner fin a una controversia o para fijar el mecanismo al cual deben someterse, en busca del recto sentido en que se aplican en los casos en que se produzcan conflictos de colisión entre diversas legislaciones.

El Derecho Internacional Privado supone, simplemente, normas para la aplicación de determinada ley en caso del conflicto; vale decir, que para la solución de una controversia nos remite a determinada legislación para la aplicación de la ley competente. El Derecho Internacional Privado cubre todas las ramas del Derecho en las cuales puede producirse el choque de dos o más legislaciones como resultado de la actividad lícita o ilícita de las partes, sean ellas fácticas o jurídicas. En este último caso, el juez puede conocer la ley aplicable o realizar esfuerzos para conocerla. No siendo posible, buscará las soluciones justas y prácticas de acuerdo a su propio ordenamiento o *Lex fori*.

La información del Derecho extranjero adquiere en nuestros días un interés especial. Su estudio merece una profundización teórica que valore metodológicamente su función central en la determinación de la norma de conflicto del Derecho Internacional Privado, a la vez que pondere las nuevas técnicas que facilitan la rapidez y efectividad del conocimiento cierto del contenido normativo de los diferentes ordenamientos jurídico-estatales.

Es indudable que en la intensificación actual de la cooperación internacional en la materia, subyacen unos claros condicionantes sociológicos que responden a las nuevas exigencias del vertiginoso desarrollo de la economía mundial. Estas realidades deben hacernos

(1) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002. p. 5 y ss.

comprender que los cambios en las técnicas de información de la ley extranjera, impulsados de modo predominante en el seno de las organizaciones internacionales y del Derecho Convencional Internacional, deben transcender a una adecuación teórica de la misma naturaleza jurídica y función normativa del Derecho Internacional Privado. Es en este amplio sentido en el que queremos aproximarnos al estudio del papel de la información en la determinación de la norma de conflicto y aplicación de la ley extranjera correspondiente. Desde ahora hemos de insistir en la actualidad del tema, en sus aspectos teóricos fundamentales y en la relación entre la función de la norma de conflicto y la información de la ley extranjera.

Al mismo tiempo hemos de advertir, desde el principio, que el tema se restringe al aspecto de la información, dentro del más amplio y complejo de la aplicación de la ley extranjera. Nos interesan exclusivamente las referencias generales, en cuanto concreten y clarifiquen las peculiaridades del proceso de información de la ley extranjera.

En la reciente doctrina española se ha tratado ampliamente la materia de aplicación de la ley extranjera, tanto en sus aspectos procesales de competencias y cooperación jurisdiccional, como en el del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y en el estudio de la determinación de excepciones a su aplicación, e incluso, en la problemática de su adaptación. En cambio, el tema concreto de la información de los medios del conocimiento del contenido del Derecho extranjero no ha sido estudiado aún en la debida forma que las exigencias actuales demandan.

Esta carencia de investigación adquiere mayor relieve a la vista de los condicionamientos nuevos: los efectos dimanantes de la reforma del Título Preliminar del Código Civil español, especialmente del artículo 12.6, que abre una vía de posible desarrollo de la cooperación internacional y, por otro lado, las actuales nuevas perspectivas del Derecho Convencional Internacional, particularmente teniendo en cuenta la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea. El Código Civil peruano es empírico.

A nuestro entender es una feliz coincidencia que estas circunstancias se produzcan cuando, paralelamente, se viene observando un fenómeno interesante en la reconsideración de la función consular. La vía diplomática en la cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado, especialmente en el sector del Derecho Procesal Internacional, caracterizó la lentitud y atraso de las soluciones clásicas. En nuestros días hay un cierto resurgimiento que no solo abarca la cooperación judicial internacional, sino que en algunos países llega a agilizar el proceso de información de los llamados certificados de ley.

Por otra parte, aparecen nuevas vías en el Derecho Convencional Internacional. Así, en la Conferencia de La Haya, a partir de la década de los cincuenta (recordemos los convenios sobre obligaciones alimenticias y la venta de bienes muebles corporales), se procura buscar soluciones más expeditivas y de relación directa entre instituciones internas estatales para obtener una más efectiva cooperación internacional; con ello aparece el tema central de la cooperación internacional directa entre autoridades.

En el estudio del núcleo central de lo que podemos denominar teoría general del Derecho Internacional Privado cabe distinguir, sistemáticamente, dos fases: el análisis de la estructura normativa y el aspecto dinámico de su funcionamiento. Es indudable que nuestro tema entra en esta última, es el resultado principal de la aplicación de la norma de conflicto.

Hasta hace poco se podía apreciar un desequilibrio en el desarrollo doctrinal de ambos planos. Puede afirmarse que las grandes teorías del Derecho Internacional Privado se reducían a la fundamentación y análisis normológico de la estructura indirecta de la norma de

conflicto, y el momento de la aplicación quedaba relegado a sus aspectos procesales. Es más, se quedaba en el estudio de la fundamentación de la naturaleza jurídica de la ley extranjera y su efecto práctico, en su correspondiente tratamiento procesal.

Frente a este planteamiento estricto del Derecho Internacional Privado, predominante en la tradicional doctrina alemana (*Verweissungsrecht*), y abocado únicamente a resolver el "conflicto de leyes" con la determinación de la ley aplicable, se abre en la doctrina actual un amplio panorama que profundiza en los aspectos prácticos de la efectiva resolución de las situaciones materiales del tráfico externo. En la misma doctrina alemana, Werner Goldschmidt insiste en el problema de fondo de la aplicación de la ley extranjera y de la justicia del resultado. Conforme señala Lalive, el objeto del Derecho Internacional Privado no se limita a la búsqueda del Derecho aplicable, sino que implica la aportación o la contribución en su búsqueda de la reglamentación adecuada a la "situación internacional" planteada. Dentro del marco de la aplicación del Derecho extranjero adquiere autonomía propia el capítulo de la información. Es este un tema que se abre camino en nuestros días con el impulso de buscar soluciones prácticas. Lalive pone de relieve, con justeza, el interés por su estudio: "El conocimiento del Derecho extranjero –se preguntan algunos– ¿es un tema que merece la pena analizar? (...) Aceptamos –afirma el jurista Lalive– que acaso sea menos fascinante que el de algunas sutiles teorías anteriormente aludidas (...), pero tiene una muy grande importancia práctica y ello es para nosotros un motivo más que suficiente para detenernos en su estudio como punto de partida inicial"[2].

Es indudable que el conocimiento del Derecho conectado, según la terminología de Goldschmidt, forma parte de la fase de aplicación de la ley extranjera. Pero ello mismo está directamente implicado en el núcleo central de la teoría general del Derecho Internacional Privado. Así lo hemos sostenido en otra ocasión: "La aplicación del Derecho extranjero está en íntima vinculación con las cuestiones básicas de la teoría del Derecho Internacional Privado –fundamento, naturaleza, objeto– al mismo tiempo que, junto con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, constituye la piedra angular de su aplicación práctica, de la efectividad de las normas conflictuales del Derecho positivo". Muchas veces las posibilidades prácticas de agilizar la utilización de fórmulas y trámites efectivos para lograr el conocimiento del Derecho extranjero dependen, en definitiva, de la decisión tomada en el plano teórico sobre la concepción jurídica del objeto y función del Derecho Internacional Privado[3].

Por otra parte, tampoco se pueden separar los problemas concomitantes de temas jurisdiccionales, tales como los criterios de las competencias judiciales y la cuestión del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. El abanico de posibilidades de la utilización de diferentes técnicas de información, desde el establecimiento de procedimientos tipificados (p.e. dictámenes de letrados en el extranjero) hasta la libertad de criterio judicial, depende de los planteamientos generales indicados y, de manera inmediata, de la concepción de que se parta respecto a la naturaleza y valoración de la ley extranjera.

Si hay una relación dinámica entre la evolución tecnológica y la construcción doctrinal, el resultado ha de repercutir en realizaciones prácticas. El Derecho, además de razonamiento lógico y fundamentación valorativa, es instrumento de actuación social. En definitiva el Derecho, en una concepción realista, habrá de desempeñar una función importante de transformación de la realidad social. Podríamos afirmar que el resultado entre las formulaciones

(2) Cit. por PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. *La información de la ley extranjera en el Derecho Internacional Privado.* 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 15 y ss.



(3) Ibídem, p. 15 y ss.

normativas y los avances técnicos debe traducirse en efectos prácticos que adecuen las soluciones a las peculiaridades de las situaciones concretas.

En nuestro estudio intentaremos contribuir, en alguna medida, a este objetivo. A lo largo de nuestro discurso creemos percibir un cierto desfase entre los avances actuales de la técnica de información del Derecho extranjero y el desarrollo de las concepciones doctrinales y formulaciones jurídico-positivas vigentes. Trataremos de poner de relieve el círculo vicioso que se produce cuando se sigue atascado en justificaciones doctrinales correspondientes a criterios estructurales de una sociedad internacional superada, aplicando técnicas de información avanzadas. Y a la inversa, que se detiene la plena utilización de las nuevas posibilidades porque todavía no se ha adaptado la normativa, o no se ha tomado conciencia de su aplicación.

Analizado en esta encrucijada, el tema de la información no es tan sencillo como pudiera parecer a primera vista, porque su condición de instrumento técnico que, aisladamente, lleva consigo obvias y efectivas posibilidades de logros prácticos en la aplicación del Derecho extranjero, queda supeditado al necesario atemperamiento del Derecho vigente y de la comprensión doctrinal de su aplicación diferenciada. Dicho de otra manera, la principal interrogante que nos plantearemos es en qué medida el cambio producido en la técnica de información del Derecho extranjero, comprendido en las nuevas perspectivas del Derecho Convencional Internacional, hace necesario un replanteamiento de las formulaciones positivas tradicionales y de la misma concepción de la naturaleza jurídica de la ley extranjera, y para ello es preciso analizar la estructura del Derecho Internacional Privado en el conjunto de la doctrina clásica, el Derecho positivo y precisar el contenido de su reglamentación actual.

Será necesario acotar la materia de estudio al análisis esquemático de la estructura del Derecho Internacional Privado, en su perspectiva doctrinal y de formulación positiva, y restringir su contenido a las relaciones que hoy comprende.

En el Derecho Internacional moderno, desde finales del siglo XIX, se puede hablar de una característica peculiar que califica la estructura de la sociedad internacional correspondiente. Se trata de una sociedad internacional de yuxtaposición, donde el factor nuclear es la soberanía absoluta del Estado autárquico. Con diferentes matices y modalidades esta situación llega hasta nuestros días. No obstante, a partir del desarrollo del comercio internacional a escala mundial, los avances técnicos y el nacimiento e implantación progresiva de las organizaciones internacionales, aquellos criterios entran en crisis y comienza una nueva fase estructural de la comunidad internacional.

El reflejo en la concepción y normativa internacional, por un lado, y el desarrollo de la técnica de información de la ley extranjera, por el otro, son los objetivos centrales de nuestro estudio.

Ello comprende analizar, por una parte, la teoría jurídica en los aspectos básicos de la naturaleza de la norma de conflicto y el condicionamiento procesal del Derecho extranjero, su implantación en el Derecho comparado y vigencia en el Derecho español con su correlación en los condicionamientos de la técnica de información en el marco de la sociedad internacional de yuxtaposición.

Por otra parte, sopesar el desarrollo de nuevos modelos de la técnica actual de información en la cooperación internacional, en el Derecho Convencional Internacional y en la práctica española. Finalmente, intuir las expectativas que este cambio de la técnica, concomitante con una transformación de la infraestructura, pueda producir en la elaboración de una más coherente construcción conceptual y formulación jurídico-positiva. En qué medida

pueda hablarse de la construcción de un Derecho Internacional Privado de la cooperación internacional, es la perspectiva de futuro con la que intentaremos concluir.

Por primera vez aparece en el Código de Bustamante la formulación del tema específico de la información de la ley extranjera, abordado dentro del Derecho Procesal Civil, pero con propia autonomía. Ciertamente que corresponde a una fase inicial de la cooperación internacional, pero interesa detenernos en el análisis de su contenido.

Al tema dedica el Capítulo II, "Reglas especiales sobre la prueba de leyes extranjeras" y comprende los artículos 408 y 413 inclusive (Título octavo). En los dos primeros artículos se expresa el planteamiento tradicional de la información indirecta, pero, adelantándose en el tiempo, parte de la solución más progresista de la aplicación de oficio de la ley extranjera:

"Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda las leyes de los demás (...)" (art. 408).

"La parte que invoque la aplicación del Derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país cuya legislación se trate, que deberá prestarse debidamente legalizada" (art. 409).

La novedad se presenta en el artículo 410, que inicia la información directa:

"A falta de prueba, o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimasen insuficiente, podrán solicitar de oficio antes de resolver, por la vía diplomática que el Estado cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable" (art. 410).

Una lectura restrictiva podría recordar la teoría de la prueba complementaria, pero enseguida vemos un matiz diferencial profundo; no se trata solo de cuando la prueba apuntada por la parte se estime insuficiente, sino que también se plantea cuando falte la prueba. Pero lo decisivo, a nuestro entender, es que por vía diplomática se solicite al otro Estado un informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable. Con ello se consagra la tramitación del informe directamente entre autoridades estatales.

En el siguiente artículo se perfila, aún más, esta peculiaridad, en cuanto se designan concretamente los órganos y autoridades:

"Cada Estado contratante se obliga, a suministrar a los otros (...) la información (...) y que deberá proceder de su Tribunal Supremo, o de cualquiera de sus Salas o Secciones, del Ministerio Fiscal o de la Secretaría o Ministerio de Justicia" (art. 411).

Se anticipa al procedimiento y criterios de información que adoptarán los actuales convenios internacionales en la materia. Es más, en todo caso, hay siempre una referencia a un órgano interno estatal competente en la elaboración, formulación o aplicación de su propio ordenamiento jurídico, abandonando el sistema de aproximación privada de los dictámenes de jurisperitos y otras consultas no oficiales.

Finalmente hay que valorar que se establece un orden jerárquico, en cuanto estos dos artículos se refieren al caso de actuación del juez para constatar, unificar o suplir la ausencia de información aportada, a través del proceso tradicional.

Todavía hay más. El Código de Bustamante alcanza una cuota de mayor progresismo que los actuales convenios internacionales, y hasta más que muchos ordenamientos jurídicos

estatales, al equiparar al Derecho nacional la interposición de recursos de casación por infracción de ley extranjera:

> "En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación, o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpelación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto del Derecho nacional" (art. 412).

No hay ningún paliativo a su interpretación amplia e incondicional y se llega, incluso, a superar el criterio defendido por más de un autor y reflejado en amplia jurisprudencia comparada, de la no admisión de la aplicación de la ley extranjera, por primera vez, en el control de casación, si antes no hubiese sido planteada en alguna instancia inferior. Este extremo no se infiere solo del presente artículo, en cuanto no establece ninguna excepción a la equiparación total con el Derecho interno y la extensión a toda categoría de control en casación, sino del texto del siguiente artículo:

> "Serán aplicables al recurso de casación las reglas establecidas en el capítulo segundo del título anterior, aunque el juez o tribunal inferior haya hecho ya uso de ellas" (art. 413).

Queda patente, pues, que el Tribunal de Casación puede solicitar de oficio, por primera vez, la información de la ley extranjera por vía diplomática o, en el caso de que en otra instancia inferior se hubiera hecho, podrá repetir. Aquí lo que parece un tanto ilógico es que el Tribunal Supremo, en lugar de controlar la debida interpretación dada por el tribunal inferior a la información venida al proceso de la misma autoridad extranjera, repita ante esta la petición de nueva información. Parece que una interpretación sistemática debe entender que solo implica la posibilidad de aclaración complementaria a la información previa. El absurdo se plantearía en el caso de que la información posterior de la autoridad extranjera contradijera a la información dada al tribunal inferior.

En cuanto a nuestro tema lo importante es recalcar la posibilidad de que el tribunal superior aplique la ley extranjera mediante la solicitud, por primera vez, de su información a las autoridades extranjeras, aunque en las instancias inferiores no se hubiese planteado.

En una valoración de conjunto de la aportación del Código de Bustamante habría que añadir algunas consideraciones comparativas.

Por una parte, es preciso admitir que entre las legislaciones latinoamericanas de los Estados partes hay una base jurídica común que facilitará la labor de la Comisión de jurisconsultos de Río de Janeiro de 1927 preparatoria del Proyecto de Código. También se puede añadir que fue escaso el número de ratificaciones, que aminora su grado de efectividad, aunque de todas maneras vimos la inserción en el orden jurídico interno, o su aplicación por la jurisprudencia, incluso en casos de Estados que no la ratificaron o lo hicieron con reservas.

Por otra parte, que es indudable reflejo de una pléyade de autores insignes que vivieron las perspectivas teóricas más progresistas de un planteamiento de técnica jurídica eficaz, innovadora y predecesora de las actuales realizaciones.

## DOCTRINA

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002; PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. La información de la Ley extranjera en el Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

## Absolución de consulta sobre la ley nacional

**Artículo 2054.-** *La Corte Suprema está autorizada para absolver las consultas que le formule un tribunal extranjero, por la vía diplomática, sobre puntos de derecho nacional.*

Concordancia:
*C.C. art. 2053*

JORGE BASADRE AYULO

Sin que se pueda definir como la súbita aparición de una nueva concepción que atraviesa las fronteras estatales e irrumpe en el ámbito de la ley extranjera con todos los atributos de derecho, no obstante queda patente la diferente actitud que viene tomando recientemente la legislación comparada y, de manera precisa, la jurisprudencia.

El nuevo planteamiento no suprime cierta fuerza de la inercia interpretativa que nos va a mostrar hasta qué punto perviven, en algunos casos, las viejas soluciones, pese a la nueva normativa. Aparte de algunas legislaciones estatales, como por ejemplo la alemana, que toman la delantera en su adaptación expresa, el panorama general se va produciendo de manera paulatina y coincidiendo, incluso, en el tiempo, con la orientación jurisprudencial anteriormente analizada. Es más, aparece primero en referencias aisladas e inconexas, luego en casos excepcionales, hasta lograr ahora una generalización mayoritaria. De todas maneras, veremos hitos que trazan una especie de línea de deslinde entre el lento y circunspecto rodeo de la alegación, prueba indirecta, etc., y la aplicación de oficio, e información directa de la ley extranjera.

Una vez indicado el criterio de orientación, hemos de advertir que también aquí se producen soluciones diferenciales y es imposible hablar de una solución unitaria. Los estudios de Derecho comparado suelen sistematizarse siguiendo el criterio de distribución por "familias jurídicas". Pero el tema que tratamos, más que al contenido material de la normativa interna, hace referencia a las perspectivas de su cooperación internacional y, por ello mismo, parece razonable que algo tenga que ver con las circunstancias concretas de las posibilidades de información. Esta es la razón por la que en otro momento vamos a intentar agrupar los ordenamientos jurídicos teniendo en cuenta estas afinidades. Intuimos que será interesante profundizar en los factores sociológicos que puedan determinarlo, lo cual, ciertamente, no es cuestión de abordar en el presente estudio.

## DOCTRINA

GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Ediciones Unidad Estudiantil, Lima, 1964; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª edición, Depalma, Buenos Aires, 2002; PÉREZ VOITUNEZ, Antonio. La información de la Ley extranjera en el Derecho Internacional Privado. 1ª edición, Tecnos, Madrid, 1988.

## Interpretación del Derecho extranjero

**Artículo 2055.-** *Las disposiciones del derecho extranjero aplicable se interpretan de acuerdo al sistema al que pertenezcan.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2051, 2052*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

### 1. La no "nacionalización" de la ley extranjera

Como lo hace ver Goldschmidt, dos teorías se enfrentan respecto de la forma como debe concebirse y aplicarse el Derecho extranjero en el país. La primera teoría apunta a la nacionalización (o incorporación) del Derecho extranjero al ordenamiento nacional, sea mediante su asimilación legislativa "para que no se produzca un rechazo orgánico", o simplemente con su aplicación por el juez al caso concreto, momento en el cual se le entenderá "nacionalizado". La segunda teoría, predominante en la doctrina, afirma que el Derecho extranjero se aplica como tal, o como diría Rebel, se aplica *propio vigore* o "sin muletas", de modo que no se incorpora o forma parte del Derecho nacional.

En línea con esta segunda teoría va el artículo 2055 del Código Civil, al señalar que las disposiciones del Derecho extranjero se interpretan de acuerdo al sistema al que pertenezcan. Es decir, que el juez nacional –obligado por su norma de conflicto– aplica la ley extranjera como tal, interpretándola conforme al sistema jurídico del país extranjero, como si el fallo efectivamente se emitiera allí. Como lo dice el mismo Goldschmidt: "Si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país".

La disposición en comentario resulta plenamente justificada por los problemas de inconsistencia o incoherencia que podrían derivarse de la aplicación de un ordenamiento foráneo conforme a los criterios interpretativos nacionales. Como lo señala la Exposición de Motivos del Código Civil: "Es fácil imaginar el disloque consecuente si se interpretaran normas extranjeras con criterios ajenos y extraños a las mismas, distorsionando eventualmente su verdadero sentido y alcance". Por lo tanto, se aplica adecuadamente una norma extranjera, vale decir, se obtiene su verdadero sentido, solo cuando se la interpreta dentro de la lógica del sistema jurídico del que es parte. No hay necesidad ni conviene incorporarla o nacionalizarla.

### 2. La labor del juez nacional

Por supuesto, lo dicho exige del juez una labor más cuidadosa, en tanto no basta que conozca o determine la ley extranjera específicamente aplicable al caso que conoce (lo que de por sí es dificultoso) sino se le exige que interprete cual si fuera un juez o tribunal del país extranjero.

En primer lugar, como lo precisan los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil, el juez peruano debe considerar y respetar el sistema de fuentes de derecho imperante en el ordenamiento jurídico declarado competente. Así pues "si el sistema se basa en la jurisprudencia, como sucede en gran medida en el derecho anglosajón en el que los precedentes juegan

un rol protagónico, el juez peruano deberá necesariamente resolver el caso de acuerdo con este sistema".

Pero aun en los sistemas en los que prevalece la fuente legal, el juez no puede limitarse al análisis aislado de la legislación ajena, sin entender los criterios que se siguen en el país extranjero, como lo señalan Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez: "El juez nacional, para poder interpretar acertadamente el Derecho material extranjero aplicable, debe estudiar la jurisprudencia y la doctrina extranjera".

Es innegable el valor de la jurisprudencia y la doctrina, como fuentes que clarifican los alcances de la normativa. La jurisprudencia es finalmente la forma como se interpreta el Derecho de un país. En cuanto a la doctrina, y no obstante las diferencias de ideas que pueden encontrarse entre los autores, es común observar que en los fallos nacionales se cita doctrina para reforzar una determinada argumentación o considerando. En suma, la doctrina y la jurisprudencia se vuelven elementos fundamentales para conocer los alcances de la ley foránea.

Ahora, puede suceder que el juez peruano se enfrente a la dificultad de que la interpretación del Derecho extranjero, conforme a los criterios de este mismo ordenamiento resulte contraria al orden público internacional peruano, caso en el cual deberá de abstenerse de aplicar la norma aludida. Como ejemplo, los doctores Tovar Gil plantean la posibilidad de que deba aplicarse un ordenamiento como el iraní sustentado en principios religiosos que pudieren ser contrarios a las reglas básicas o fundamentales que informan el Derecho nacional. En este caso debe recurrirse a la excepción de orden público internacional para no aplicar la norma interpretada.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. Vol. I. Tomo II, Madrid, 1982; DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta, CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004. GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. 5ª edición, Buenos Aires, 1985; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. 3ª edición, Lima, 1988. Tomo VI; WOLF, Martín. Derecho Internacional Privado. Bosh, Barcelona, 1958; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL REGISTRAL

**Interpretación del derecho extranjero conforme a su ordenamiento jurídico**

*Tratándose de un acto jurídico otorgado en un país extranjero y cuyo ejercicio se realiza en nuestro país, se impone aplicar las reglas del Derecho Internacional Privado, máxime cuando la globalización de los mercados exige no cerrar los ojos a las normas, usos y terminología jurídica foránea, a efecto de entender correctamente el Derecho y los negocios jurídicos otorgados en otro país. Así, de acuerdo con el art. 2055 del Código Civil, las disposiciones del derecho extranjero, en este caso los términos de alcance técnico-jurídico de uso común o difundido, deben interpretarse según el sistema al cual pertenecen. En el caso del término "transaction" este tribunal considera imprescindible acudir a las fuentes propias del sistema jurídico del Common Law para conocer su real significado. De ese estudio se concluye que el citado vocablo alude a cualquier operación comercial de carácter convencional, entre las que se incluyen el intercambio o transferencia de bienes* ***(Resolución Nº 852-2009-SUNARP-TR-L).***

## Resolución de conflictos de leyes locales

**Artículo 2056.-** ***Cuando en el derecho extranjero que resulta aplicable coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero.***

Concordancia:
*C.C. art. 2048*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

### 1. Estados plurilegislativos

Como lo señala la Exposición de Motivos del Código Civil, hay países que dada su estructura política presentan varias regiones (Estados, cantones, etc.) con legislación o un sistema de administración de justicia propios. Y si una norma de conflicto nos deriva a un sistema así, se presenta el problema de determinar la norma sustantiva foránea (federal, regional, local, etc.) que en estricto debe aplicarse.

La solución adoptada por el artículo 2056 es la más razonable para la situación planteada: el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el Derecho extranjero. Es decir, hay que apelar a las propias reglas conflictuales del Estado extranjero. Como lo observan los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil, la solución sigue el principio (adelantado ya respecto al artículo 2055) consistente en resolver el caso como lo haría en su lugar el juez del foro cuyo ordenamiento resulta aplicable.

La pertinencia del dispositivo se evidencia además porque al ser el nuestro un Estado unitario, no hay propiamente reglas o principios que diriman conflictos entre dos legislaciones, por más que pudieren aplicarse supletoriamente la doctrina del Derecho Internacional Privado. Lo que mantiene la lógica del sistema, y no lleva a distorsión legal alguna, es recurrir entonces la legislación conflictual del Estado extranjero.

### 2. Falta de reglas conflictuales

Podría darse el caso, sin embargo, de que el Estado extranjero no cuente con las normas de conflicto que resuelven el problema, o que cada una de sus localidades presente su propio sistema conflictual.

En estos casos, Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez, siguiendo a Aguilar Navarro, consideran que si la localización es territorial en sentido pleno (por ejemplo, la situación de un inmueble), no hay dificultad. En cambio, si la localización no es física, lo mejor será tratar por vía de interpretación de deducir esa norma de colisión, llegar a utilizar una norma de colisión supletoria; y si, en último caso, todo criterio de vinculación fallara, habría que estimar como impracticable la norma de colisión del Estado plurilegislativo y estar a la ley del foro.

### DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Derecho Internacional Privado. Vol. I, Tomo II, Madrid, 1982; DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta, CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; REVOREDO MARSANO, Delia (comp.). Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 3ª edición, Lima, 1988; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

# TÍTULO II
# COMPETENCIA JURISDICCIONAL

## Competencia sobre personas domiciliadas en el Perú

**Artículo 2057.-** *Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.*

Concordancias:
*C.C. art. 33 y ss.; C.P.C. arts. 14, 47; C.D.I.P. art. 314*

**María del Carmen Tovar Gil**

El Título Segundo del Libro X establece las normas de jurisdicción internacional peruana. Es decir, las normas que a falta de tratado definen cuándo el juez peruano es competente en una relación jurídica con elementos vinculados a más de un Estado. Lo ideal sería que todos los Estados tuvieren en común un sistema de competencia jurisdiccional internacional (CJI). Así, se podría establecer a priori qué jueces serán competentes para cada categoría de relaciones. Esto haría posible asegurar que una vez que la autoridad jurisdiccional de un Estado nacional determinado asume competencia en un conflicto concreto, las otras jurisdicciones se inhiban de conocer el caso. Sin embargo, no hay por el momento normas internacionales que establezcan un sistema armonizado de jurisdicción internacional y cada Estado debe tener y tiene sus propias normas de CJI.

En general, los Estados suelen estar inclinados a conceder a sus tribunales una competencia territorial más amplia de la que están dispuestos a reconocer a los tribunales extranjeros. No hay regla de Derecho Internacional que impida tal discordancia. Vemos pues, que la determinación de la competencia de los tribunales de cada Estado queda a criterio de cada legislador nacional, y es él quien resuelve de acuerdo con lo que a su juicio resulte el punto de vista fundamental de su jurisdicción, los alcances de la misma.

Como consecuencia de esto, el Estado en el que se considere que el objetivo principal de sus tribunales es servir a sus nacionales, tendrá jurisdicción siempre que el demandante sea de la nacionalidad del Estado. Tal es el caso por ejemplo del Derecho francés.

El Estado que sostenga que la tarea de sus tribunales es aplicar y desarrollar su propio Derecho, dispondrá que sus jueces son competentes solo si sus normas de conflicto señalan en el caso como ley aplicable la *Lex fori*. Esta regla, si bien puede ser útil, no debe ser exagerada ni supone que lo idóneo sea establecer la identidad entre juez competente y norma aplicable en todos los casos.

Casi todas las leyes modernas que regulan sobre jurisdicción toman en cuenta como criterio decisivo el de los intereses en conflicto entre las partes. De ello se deriva que deberá hacerse una valoración de los intereses del demandante y el demandado en cada supuesto y establecerse una fórmula que permita la máxima protección para ambas partes. La valoración de intereses según la relación de que se trate nos permitirá determinar cuándo un caso está lo suficientemente vinculado a un orden jurídico como para que sus magistrados sean competentes.

En forma sucinta podemos señalar que para el demandante existirán dos puntos principales de interés. El primero consistirá en entablar la acción ante un tribunal en el que espera poder ejecutar su sentencia; esto es lo que se llama el principio de efectividad. De poco servirá al accionante ganar un pleito ante los tribunales de su Estado nacional si a la hora de cobrar la suma adeudada no existen bienes en el territorio de la referida jurisdicción y todo esfuerzo será vano, si luego determina que de acuerdo con las reglas de competencia indirecta del Estado en el que puede cumplirse la orden judicial, la sentencia en cuestión no pueda ser ejecutada. Es necesario para el demandante encontrar un criterio que permita la efectividad de las sentencias que se dicten. Este interés de la parte demandante es también interés del legislador del Estado, pues no parece aceptable pretender que se invierta el esfuerzo de su maquinaria judicial y el tiempo de sus magistrados, en emitir resoluciones que no puedan ser ejecutadas por carecer de una vinculación efectiva suficiente con la relación en cuestión.

El segundo interés del demandante es que su acción sea estimada por un tribunal que le sea fácilmente accesible. Este segundo interés solo podrá ser protegido por el legislador cuando no colisione con el interés del demandado. Vale decir, la elección del tribunal por la parte demandante solo podrá ser aceptada cuando el tribunal elegido guarde una real y efectiva vinculación con el demandado. De lo contrario se recortaría el derecho del mismo a comparecer y defenderse en el juicio.

Los intereses del demandante relacionados al fácil acceso al tribunal solo podrán ser protegidos si el criterio que se utiliza no afecta este interés del demandado. No puede tampoco dejarse de lado en la evaluación lo que es el interés público, que puede estar interesado en el proceso, cuando se afecten categorías de derechos que interesan al Estado.

El legislador peruano utiliza como criterio general para establecer su competencia jurisdiccional, el domicilio. El artículo 2057 del Código Civil establece una clara regla general de competencia.

Los tribunales peruanos son competentes siempre y para todos los casos cuando la parte demandada sea una persona domiciliada en el Perú. Queda claro que el solo hecho de domiciliar en el territorio del Estado peruano es considerado como elemento suficiente para vincular a los tribunales del Perú a conocer de un caso, aun cuando esté vinculado a otros foros.

Esto es independiente del derecho que resulte aplicable, asunto que se dilucida después de establecida la competencia judicial peruana, aplicando las normas de conflicto del foro.

Vemos entonces que el legislador ha optado en materia de jurisdicción como norma general por el domicilio del demandado. Se ha considerado que este elemento por estar referido al centro de vida de la persona, es un criterio de vinculación efectiva que debe llevar al Estado a considerar que tiene interés en conocer el asunto.

La opción del foro del domicilio del demandado responde a la regla clásica del actor *sequitur forum rei* consagrada en el Derecho comparado. Podemos pues sostener que la regla constituye una regla básica de competencia internacional común a los distintos sistemas de competencia judicial, tanto desde la perspectiva histórica como de la del Derecho comparado actual.

La elección, como criterio general de jurisdicción del domicilio del demandado, es adecuada y responde de manera acertada a los intereses de las partes. Permite que la demanda

se entable en un lugar en el que el demandado tiene acceso a defenderse y en el que por lo general, dado que es su centro de actividad, tiene con frecuencia bienes con los que puede responder por sus obligaciones.

En consecuencia, quien elija demandar ante los tribunales peruanos a un domiciliado en la República, estará acudiendo a un tribunal competente, salvo los casos de competencia negativa que se señalan en el artículo 2067 del propio Código Civil.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa), Bosh, Barcelona, 1958.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Competencia de los tribunales peruanos para el conocimiento de acciones de personas domiciliadas en territorio nacional**

*Por otra parte, el razonamiento de la sala consistente en que es necesario determinar la ley aplicable y en base a ello se determinará la competencia del tribunal peruano, también constituye una motivación insuficiente, pues no se señala la norma jurídica que apoya tal razonamiento, toda vez que en asuntos de Derecho Internacional Privado debemos tener en cuenta que "Los tribunales peruanos son competentes siempre y para todos los casos cuando la parte demandada sea una persona domiciliada en el Perú. Queda claro que el solo hecho de domiciliar en el territorio del Estado peruano es considerado como elemento suficiente para vincular a los tribunales del Perú a conocer de un caso, aun cuando esté vinculado a otros foros (...). Esto es independiente del Derecho que resulte aplicable, asunto que se dilucida después de establecida la competencia judicial peruana, aplicando las normas de conflicto del foro". En tal sentido, es del caso precisar que es independiente la determinación de la competencia jurisdiccional de cuál es la ley aplicable. Es más, la sala superior no ha observado lo dispuesto en el numeral 2057 del Código Civil, el cual estipula como regla general que "Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional"; siendo que, en este caso, la ejecutada domicilia en Lima conforme aparece del propio título valor obrante a fojas dos* **(Cas. Nº 4544-2007-Lima).**

## Competencia en acciones patrimoniales

**Artículo 2058.-** *Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:*

1.- *Cuando se ventilen acciones relativas a derechos reales sobre bienes situados en la República. Tratándose de predios dicha competencia es exclusiva.*

2.- *Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio. Tratándose de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se hayan producido en la República, dicha competencia es exclusiva.*

3.- *Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, contemporáneo o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva.*

*Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial(*).*

Concordancias:
*C.C. arts. 2059, 2088 y ss., 2095 y ss.; C.P.C. art. 47; C.D.I.P. arts. 318, 319, 320, 321, 323*

**María del Carmen Tovar Gil**

Si bien el domicilio del demandado es el criterio general para la competencia de los tribunales peruanos, existen supuestos en los que no siendo domiciliado el demandado, este tiene en virtud de la relación *sublitis* una vinculación suficiente para ser emplazado a comparecer ante los jueces peruanos.

Esto responde a lo que en la doctrina se conoce como el principio de proximidad razonable. Se permite que una persona no domiciliada pueda ser emplazada ante los tribunales de otro Estado si se da una conexión de la relación a que se refiere el proceso, que permita sostener que existe entre el demandado y el Estado una vinculación razonable.

De ahí que los artículos 2058, 2061 y 2062 del Código Civil hayan previsto una serie de supuestos en los cuales puede demandarse ante el foro nacional a un no domiciliado.

A diferencia de la norma del artículo 2057 del Código Civil, que es una norma de competencia general, los dispositivos mencionados son de carácter especial. En consecuencia, en principio, un no domiciliado no puede ser demandado ante los tribunales peruanos y solo podrá serlo cuando se trate de una acción incluida en una de las categorías que se señalan expresamente en las normas de competencia jurisdiccional internacional positiva.

El artículo 2058 establece la competencia de los jueces peruanos respecto de acciones de contenido patrimonial iniciadas contra personas no domiciliadas en el Perú. Al tratarse de acciones de contenido patrimonial debemos entender que a través de la acción se persigue obtener una declaración judicial con consecuencias de carácter económico. La determinación como patrimonial de una relación deberá estimarse para cada relación en particular.

(*) Último párrafo incorporado por el Decreto Legislativo N° 1071 del 28/06/2008.

La competencia que las normas otorgan al juez peruano puede ser de carácter facultativo o exclusivo. Cuando hablamos de competencia facultativa del juez peruano queremos señalar que el legislador ha autorizado al demandante que así lo desee a interponer una acción ante el juez peruano sobre la materia que se señala en la norma. Es decir, quien demanda ante el juez peruano en el supuesto previsto en la norma, demanda bien y puede emplazar al no domiciliado a comparecer a juicio en el Perú, pues el magistrado nacional está investido de poder suficiente para resolver el caso.

Sin embargo, tratándose de competencia facultativa, el interesado puede optar por demandar ante otro juez y podrá conseguir luego el reconocimiento de la sentencia que se dicte en esa otra jurisdicción en el Perú. En otras palabras, pueden darse casos en que más de un Estado tenga de acuerdo a sus normas competencia para resolver una misma acción. Tratándose de supuestos de competencia facultativa, el potencial demandante puede elegir entre los foros de los países involucrados en la relación litigiosa y ejecutar la demanda en ese u otro Estado distinto con el requisito de que la resolución judicial en cuestión cumpla con una serie de condiciones que señala el orden jurídico en el que se pretende ejecutar la sentencia. En el caso de nuestro Código, estos requisitos están señalados en el Título IV del Libro de Derecho Internacional Privado.

La competencia facultativa es la regla general, y si no se señala si la competencia es facultativa o exclusiva, debemos considerar que es facultativa.

Existen una serie de supuestos en los que el legislador peruano ha considerado que solo pueden ser válidamente resueltos ante su fuero. En estos casos, aun cuando otros Estados consideren a sus tribunales como competentes para abocarse al litigio, la resolución que emitan no será posible de ejecutar en territorio peruano. Como hemos indicado, los casos de exclusividad en la competencia son excepción a la regla general que es la competencia facultativa y se limitan a los que expresamente señala el Código.

Comentaremos cada uno de los tres numerales del artículo 2058 indicando primero el supuesto general que es de competencia facultativa y mencionaremos los supuestos de competencia exclusiva que se establecen.

## 1. Numeral primero

El numeral primero del artículo 2058 establece competencia del juez peruano sobre no domiciliados para acciones que se refieran a derechos reales sobre bienes situados en la República.

Se considera que el hecho de estar un bien situado en el lugar el foro es vinculación suficiente para que se dé competencia al juez del lugar. El artículo responde, de acuerdo con lo que indica la Exposición de Motivos del anteproyecto, al principio *Lex rei situs*, principio admitido unánimemente por la doctrina internacional. Debe sin embargo precisarse, que en los casos en que el juez peruano se considera competente sobre un no domiciliado, por razón de la ubicación del bien, al problema de fondo materia de discusión no necesariamente le será aplicada la ley peruana.

Como puede verse, el artículo 2088 del Código Civil establece que la ley aplicable al contenido, constitución y extinción de derechos reales es la de la situación al momento de constitución del derecho real. El lugar de ubicación del bien al que se refiere el numeral 1 del artículo 2058 del Código Civil debe considerarse como de ubicación al momento de iniciarse la acción y no tiene que coincidir necesariamente con el lugar de ubicación al momento de constituirse el derecho real, que puede ser distinto, salvo en materia de predios, en los que

por la naturaleza del bien se dará siempre la identidad entre el juez y la ley aplicable. Podemos entonces decir que para el artículo materia de comentario es más exacta la expresión *Fori rei situs* que *Lex rei situs*.

El legislador peruano considera que su vinculación con los inmuebles sitos en el país es de tal importancia que excluye la posibilidad de intervención de un juez extranjero calificando este supuesto de competencia jurisdiccional internacional como de competencia exclusiva. La forma de cortar paso a la posibilidad de aplicación de la ley extranjera a los predios ubicados en el Perú es evitar que otro juez, competente de acuerdo a su propio orden jurídico con una norma de conflicto distinta a la peruana, pueda emitir una resolución ejecutable en la República. Tenemos pues que en este caso, la exclusividad en la jurisdicción garantiza no solo la no intervención de la autoridad judicial extranjera en acciones reales sobre predios ubicados en el Perú, sino la eliminación de la aplicación a las mismas de una ley distinta a la peruana.

## 2. Numeral segundo

El numeral 2 del artículo 2058 del Código Civil establece competencia de los tribunales del Perú en materia de obligaciones, para acciones en las que por una u otra circunstancia hay un elemento importante de vinculación de las partes con el territorio de la República. Los supuestos del inciso materia de este punto son tres. Se trata en todos ellos de obligaciones que el legislador ha considerado que presentan factores con suficiente y reconocida fortaleza para vincular la relación con el foro del país.

En primer lugar nos referiremos al caso de obligaciones contractuales. La norma considera al juez peruano competente para conocer de una acción judicial relacionada a un contrato aun contra una persona no domiciliada en el Perú, si el contrato se celebró en nuestro país.

El fundamento para atribuir jurisdicción sobre no domiciliados en acciones relativas a contratos que se hayan celebrado en el país, se funda en la prioridad cronológica que este factor de conexión presenta, frente a los demás puntos de conexión contractuales, ya que la existencia y cumplimiento dependen de su celebración. Hay dos relacionados a este factor de conexión. Ellos son: cuándo se considera como efectivamente celebrado un contrato y cómo se determinará si el mismo se celebró en el Perú. Para resolver el problema sobre cuándo debemos considerar celebrado un contrato, debemos utilizar las disposiciones y criterios de interpretación de la ley peruana.

Tendremos así que, de acuerdo al artículo 1392 del Código Civil, por regla general los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Se exceptúan aquellos que además deban observar una forma determinada, expresamente señalada por la ley bajo sanción de nulidad.

Podemos entonces establecer, como principio general, que un contrato se considera celebrado en el Perú cuando las partes dieron su consentimiento en el Perú. En muchos contratos, y en especial en los que existen elementos internacionales, las partes no se encuentran reunidas en un mismo territorio a efectos de celebrar el contrato.

Se da la figura que la doctrina denomina el contrato entre ausentes, que puede concretarse, ya sea a través de correspondencia, fax, correo electrónico, teléfono o cualquier medio que permita el intercambio de manifestaciones de voluntad a distancia. En estos supuestos, para establecer si el contrato se celebró en el Perú, tendremos que acudir a las reglas que establecen los artículos 1373 y siguientes del Código Civil.

Como regla general podemos decir que el contrato entre ausentes se considera perfeccionado en el Perú cuando la aceptación es conocida por el oferente encontrándose en el territorio peruano. Serán de aplicación las reglas del Título II, Sección Primera del Libro Sétimo del Código Civil, para cualquier problema que pudiera surgir para establecer la validez de la oferta y la aceptación, para determinar quién es el oferente en caso de ofertas y contraofertas, y para todo aquello que resulte necesario, a efectos de interpretar si el consentimiento se debe considerar como otorgado en territorio nacional.

El segundo numeral del artículo 2058 confiere también competencia peruana para acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en la República. A diferencia de lo establecido en el caso anterior, se alude simplemente a obligaciones en general, sin especificar si se trata de obligaciones contractuales. Incluye en todo caso, tanto las contractuales como otras obligaciones.

En todo caso, como consecuencia de esta regla, pueden ser conocidas por el juez peruano acciones contra una persona no domiciliada que deriven de obligación contractual cuando se trate de prestaciones que se ejecuten en el Perú. Respecto de lo que son obligaciones contractuales es interesante mencionar que esta regla de competencia peruana es similar a la de la Convención de Bruselas de 1968, respecto de la cual hay abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo.

El fundamento para establecer la competencia del juez peruano en una acción contra un no domiciliado es la existencia de una proximidad fáctica razonable entre la relación y el foro. Si una persona se obliga por un contrato a ejecutar la prestación contractual que le corresponde, en el Perú, es razonable establecer que puede ser demandado en el Perú por el cumplimiento de esa misma prestación.

Tratándose de contratos, lo usual será que haya más de una obligación a ser ejecutada y es perfectamente factible que haya obligaciones que se ejecuten en más de un país. Lo correcto será interpretar que el juez peruano tendrá competencia contra un no domiciliado, sobre la base de esta norma, si la acción versa sobre una obligación del contrato que se ejecutó, o debió ejecutarse, en el Perú. De acuerdo a este artículo, no cabe que el juez peruano tenga jurisdicción contra un no domiciliado, respecto de acciones relacionadas a obligaciones que no se ejecutan en el Perú.

Así, por ejemplo, si en un contrato de compraventa, la entrega de mercaderías se realiza en el Perú, pero el pago en un tercer país, se podrán iniciar en el Perú acciones de incumplimiento relacionadas con la entrega de la mercadería. Podrá discutirse entre otros, materias relacionadas a la oportunidad de entrega de la mercadería, la calidad o cantidad de mercadería recibida. No podrá sin embargo, a través de la competencia jurisdiccional establecida por esta norma, otorgarse competencia al juez peruano contra un no domiciliado, en acciones relacionadas con el pago del precio.

Debe entenderse que se considerará el Perú como el lugar de ejecución de la prestación cuando esté pactado en el contrato. Al respecto, debe anotarse que para otorgar jurisdicción al juez peruano la designación por las partes del lugar del cumplimiento del contrato debe ser válida conforme al Derecho nacional aplicable al contrato[1]. No se indica qué sucede si

(1) En ese sentido véase el caso Siegfied Zelger contra Sebastiano Salinatri en VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRIGUEZ PIANAU, Elena. *Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras*, p. 73.

no está establecido el lugar de cumplimiento de la obligación. En tal caso debe entenderse que el Perú será el lugar del cumplimiento de la obligación cuando así lo determine la ley aplicable. Es ilustrativo en ese sentido lo señalado por el Tribunal Europeo de Justicia, que en el caso Industrie Tessili Italiana Como contra Dunlop AG señaló que el lugar en el que haya sido o deba ser cumplida la obligación se determina según las normas de conflicto del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Otra dificultad que puede presentarse es que en el proceso se cuestione la validez del contrato. En este caso, aun cuando lo que se cuestione sea la validez del contrato, el juez debe considerarse competente para el mismo. En ese sentido, es interesante lo señalado por el Tribunal Europeo de Justicia indicando que: "La competencia del órgano jurisdiccional nacional para resolver las cuestiones relativas a un contrato comprende la de apreciar la existencia de los elementos constitutivos del propio contrato, por ser dicha apreciación indispensable para permitir al órgano jurisdiccional nacional que conoce de la demanda comprobar su competencia (...)"[2].

Otro caso particular será cuando las obligaciones no son físicamente ejecutables. Tal es el caso de las obligaciones de no hacer. En tal caso habría que considerar si hay algún lugar específico al que esté vinculado la obligación de no hacer. Si es una obligación general que no puede vincularse a un lugar específico su no ejecución no podrá materializarse en un determinado lugar y, por lo tanto, no cabe usar esta norma para determinar la competencia del juez.

Este mismo numeral consagra competencia jurisdiccional positiva peruana sobre no domiciliados para acciones que deriven de hechos realizados en el país. Ambos temas, es decir, el de acciones relativas a obligaciones no contractuales que deban ejecutarse en el Perú y a acciones relativas a obligaciones también no contractuales que deriven de hechos realizados en el Perú, deben tratarse conjuntamente. Se trata en todos los casos de acciones que persiguen una reclamación patrimonial respecto de obligaciones que cuya fuente no es el contrato.

No tienen que limitarse los supuestos comprendidos en este punto a los que consideramos como responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1969 y siguientes de nuestro Código Civil o a las acciones civiles que deriven de un delito.

Pueden existir otras relaciones susceptibles de ser incluidas en esta categoría. Entre lo que pueda incluirse como hechos realizados en el Perú y situaciones que puedan generar obligaciones a ejecutarse en nuestro país podemos tener un ámbito muy extenso y variado de posibles acciones, que no podemos pretender agotar en este comentario.

Tenemos entonces que entre las relaciones jurídicas que pueden encuadrarse dentro de esta categoría estarán además de los daños derivados de responsabilidad extracontractual, la promesa unilateral, la gestión de negocios (en cuanto a las relaciones entre el gestor y el dueño de los bienes o negocio), el enriquecimiento indebido y todo tipo de hecho o acto jurídico que se realice en el territorio peruano que no tenga el carácter de contractual.

Estarían también incluidas en esta categoría las obligaciones que nacen por mandato de la ley cuando el hecho originario de la obligación se realice en el Perú. Esto convierte de algún modo al supuesto materia de este punto en una categoría que permite establecer competencia nacional para los casos no previstos expresamente en otras categorías, siempre que exista una vinculación efectiva de la relación con el orden nacional.

(2) VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRIGUEZ PIANAU, Elena. Ob. cit., p. 125.

El supuesto más frecuente es el de responsabilidad por daños a terceros. Será competente en estos casos el juez nacional, en acciones contra no domiciliados, si los hechos que generan el daño se realizaron en el territorio del Perú. El Código Civil opta por otorgar jurisdicción cuando los hechos se realizaron en el territorio peruano y no cuando el daño se sufre en el territorio nacional. Si bien en la generalidad de los casos el daño se sufre en el lugar donde se dan los hechos que lo generan, esto no es siempre así.

Debe destacarse que es suficiente que el "hecho" se realice en el Perú aun cuando los efectos o consecuencias del mismo se den en territorio extranjero para que sea competente el juez nacional. Cosa distinta será si lo que se da en territorio nacional son los efectos o consecuencias, siendo que el hecho que los provocó tuvo lugar fuera del país. En este segundo caso no habría competencia judicial peruana contra un no-domiciliado.

Son también de competencia exclusiva peruana las acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados o cuyos resultados se han producido en la República. Se mantiene en el Código este supuesto de competencia jurisdiccional exclusiva. El criterio adoptado permite uniformidad de la jurisdicción peruana penal y civil.

## 3. Numeral tercero

El numeral 3 del artículo 2058 del Código Civil señala que tienen competencia los tribunales del Perú cuando el demandado no domiciliado se somete expresa o tácitamente a la jurisdicción nacional.

En consecuencia, ya sea que por pacto contractual entre las partes se hubiese determinado como competente al juez peruano, o que se conteste una demanda reconociendo la jurisdicción peruana o simplemente no cuestionándola, se considerará que el caso puede ser resuelto por los jueces nacionales.

Se reconoce así el principio que para su Derecho Procesal interno consagran muchos países de considerar la competencia territorial como de Derecho dispositivo y, por lo tanto, susceptible de quedar sin efecto ante la voluntad contraria de las partes que pueden someterse expresa o tácitamente a un tribunal incompetente en el orden territorial o descartar la competencia del que la posea. Significa que las partes están dando jurisdicción a un determinado foro. El efecto de otorgar esta competencia es que indirectamente, en principio, se está derogando la competencia de otros foros.

Es preciso también indicar que al definir la competencia jurisdiccional se reduce la incertidumbre de la solución del caso, pues se permite que las partes puedan saber de antemano a qué juez corresponde acudir para poder resolver un conflicto. Esto tiene como consecuencia que se limite también un indiscriminado *forum shopping* y una carrera entre las partes en conflicto para lograr someter el problema a la autoridad que consideran es de su conveniencia.

La incorporación de esta norma de sumisión procesal internacional guarda además armonía con la posición adoptada respecto de la autonomía de la voluntad en determinadas categorías de ley aplicable. Se entiende sin embargo, que además de un reconocimiento a la autonomía de la voluntad, en sí es un reconocimiento a que las partes en un caso internacional definan cuál es el foro objetivamente más adecuado para resolver sus controversias. Al ser ellas quienes mejor conocen su propia situación y las características de la relación que quedará sometida al foro, son también ellas las más adecuadas para señalar la autoridad que debe de resolver sus conflictos.

El tercer y último supuesto de jurisdicción exclusiva peruana está previsto por este numeral del artículo 2058 del C.C. Al mismo tiempo que se establece la posibilidad de sometimiento expreso a una jurisdicción determinada, se indica que, si se opta por tal posibilidad, vale decir, si se elige contractualmente una jurisdicción, la elección es exclusiva e importa en consecuencia la incompetencia de los tribunales no elegidos. Cabe desde luego convención en contrario en momento anterior o contemporáneo al pacto, estableciendo jurisdicciones alternativas, o incluso simplemente indicando que no es exclusiva la elección. No cabe que el convenio en contra de la exclusividad sea posterior a la elección de jurisdicción. En tal caso, nuestras normas de Derecho Internacional Privado considerarían que la elección del tribunal fue exclusiva.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa), Bosh, Barcelona, 1958.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Competencia nacional en acciones patrimoniales**

*{El artículo 2058} regula la competencia del tribunal peruano en acciones de contenido patrimonial, estableciendo algunos supuestos de competencia facultativa y los supuestos de competencia exclusiva, previendo dentro de estos últimos las acciones que versan sobre derechos reales situados en el país si se trata de predios, de acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetrados en el país o cuyos resultados se hayan producido en la República, y cuando existe pacto de sometiendo expreso a jurisdicción peruana* ***(Cas. Nº 1609-2007-Lima).***

## Sumisión tácita

**Artículo 2059.-** *Se somete tácitamente a una jurisdicción quien se apersona en el juicio sin hacer reserva.*

*No implican sumisión ni prórroga en favor de un tribunal los actos procesales encaminados a oponerse a dicha jurisdicción o realizados, bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes.*

Concordancias:
*C.C. art. 2060; C.P.C. art. 47; C.D.I.P. arts. 318, 319, 320,322, 323*

**María del Carmen Tovar Gil**

El tercer numeral del artículo 2058 del Código Civil se ve complementado por lo establecido en los artículos 2059 y 2060.

En el referido numeral se establece como base de competencia jurisdiccional peruana el sometimiento. El sometimiento puede ser expreso o tácito.

Cuando es expreso puede ser anterior al litigio o darse al momento de contestar la demanda. En el primer caso, estaremos ante una convención en la cual las partes interesadas, previamente, han establecido que reconocen como juez competente al juez peruano, aun cuando sus normas de Derecho Internacional Privado no le irrogan tal competencia. Si bien en principio la elección de un tribunal supone la derogación de las normas de competencia de los otros, el precepto materia de comentario permite que la convención entre las partes establezca más de un tribunal competente para el caso.

Cabe entonces que se acuerde, por ejemplo, que para cualquier asunto litigioso derivado del contrato entre A y B, será tribunal competente el peruano o el francés, a elección de la parte demandante; e incluso podría pactarse que para todo aquello relativo a la validez del contrato, es tribunal competente el peruano y para cualquier acción relativa al cumplimiento del mismo, el tribunal francés. Convenios de este tipo son perfectamente válidos, siempre y cuando se pacten antes de efectuarse la sumisión, entiéndase aquí sumisión como el momento procesal de contestar la demanda. Sin embargo, de establecerse que el tribunal competente es el peruano, sin hacer reserva alguna, ni establecer otro tribunal como alternativo, se considera que la elección del tribunal es exclusiva, y en consecuencia, los órganos jurisdiccionales peruanos no reconocerán como válida una sentencia de un tribunal extranjero.

La norma del Código Civil exige que el acuerdo sea expreso, pero no exige que sea escrito. Aun cuando será difícil probar un acuerdo expreso sin una prueba escrita, debemos reconocer que no existe el requisito de que el convenio sea escrito y, por lo tanto, si quien alega el acuerdo puede demostrar que las partes pactaron expresamente la jurisdicción, el juez deberá admitir el sometimiento.

La segunda posibilidad de sometimiento expreso es en el propio juicio, pues cabe que siendo el demandado un no domiciliado, en un caso en el que no tenga naturalmente competencia el juez, aquel sin embargo opte por contestar la demanda señalando expresamente que admite la competencia del juez peruano. Muy cercano a este supuesto es el sometimiento tácito que consiste en contestar la demanda sin hacer reserva alguna respecto a la competencia del juez.

El artículo 2059 trata particularmente del sometimiento tácito. Define lo que se entiende por sumisión tácita a una jurisdicción. Considera que este tipo de sumisión se da cuando el demandado se apersona sin hacer prórroga. Es decir, se somete tácitamente quien contesta sin cuestionar la competencia del tribunal. No se somete entonces quien contesta solicitando la declinatoria de jurisdicción o interpone excepción de incompetencia.

Tampoco considera este artículo, dentro de lo que define como sometimiento tácito, los actos procesales que pudiera realizar el demandado bajo la amenaza o la imposición de medidas coercitivas sobre la persona o sobre sus derechos o bienes.

Debe entenderse entonces que, quien interviene –por ejemplo– en una diligencia de embargo sobre sus bienes en un juicio ejecutivo iniciado contra su persona, no se somete a la jurisdicción, aun cuando suscriba el acta que se levante en la referida diligencia o el embargo. Del mismo modo, quien concurre a un juzgado citado bajo apercibimiento de detención tampoco está reconociendo jurisdicción.

De lo comentado en este punto debe derivarse también otro aspecto importante. En una acción patrimonial, el juez al recibir la demanda, pese a no ser en principio competente, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado debe darle trámite a la demanda y no puede inhibirse del caso. Ello por cuanto si la otra parte acepta su jurisdicción, tendrá competencia en el procedimiento. Una excepción a esto son los supuestos de competencia negativa en los que el juez sí debería de oficio declinar jurisdicción, amparándose en su falta de competencia para conocer del caso.

Cabe sin embargo acotar, que si el demandado no domiciliado no contesta la demanda, no puede declarársele rebelde y someterlo a la jurisdicción peruana. El supuesto que otorga jurisdicción al juez peruano es el sometimiento tácito, tal y como se define en este artículo. Esto es, el sometimiento por apersonarse sin hacer reserva. Quien no se apersona no se somete. En consecuencia, si notificado el demandado y vencido el plazo para contestar la demanda, el demandado no la ha contestado, el juez simplemente debe declararse incompetente y archivar el proceso.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa), Bosh, Barcelona, 1958.

## Prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional

**Artículo 2060.-** *La elección de un tribunal extranjero o la prórroga de jurisdicción en su favor para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial, serán reconocidas, siempre que no versen sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva, ni constituyan abuso de derecho ni sean contrarias al orden público del Perú.*

Concordancias:
*C.C. arts. II; 2067 inc. 2); C.P.C. arts. 47, 685; C.D.I.P. arts. 318, 319, 320, 321, 323*

**María del Carmen Tovar Gil**

El legislador peruano considera que en acciones de contenido patrimonial, e incluso en acciones de contenido no patrimonial, sus jueces pueden ser competentes basados exclusivamente en el sometimiento de las partes. Como contrapartida, el legislador nacional reconoce que también el juez extranjero puede ser competente cuando las partes se someten a la jurisdicción extranjera.

Este artículo 2060 viene entonces a ser el correlativo del numeral 3 del artículo 2058 y del numeral 2 del artículo 2062. En estos dos dispositivos se establecen casos en los cuales, el juez peruano es competente, basado en que las partes se someten a su jurisdicción.

Se complementa también con el numeral 2 del artículo 2067. El mencionado texto establece que el pacto que señala como competente a un juez extranjero implica que el juez peruano no tiene competencia. Es decir, recoge el sometimiento al juez extranjero como un caso de competencia negativa peruana.

El artículo 2060 se refiere así al aspecto negativo o prorrogatorio de la autonomía de la voluntad con respecto a la jurisdicción nacional. En el numeral 3 del artículo 2058 y el numeral 2 del 2062 se ve el aspecto positivo, pues se refiere a que hay una voluntad común de las partes de otorgarle jurisdicción al juez peruano. En el artículo 2060, en cambio, al reconocerle jurisdicción a otra autoridad sin hacer reserva en favor de la peruana, se está negando o prorrogando la jurisdicción nacional.

Esto implica que en los casos en que las normas del Libro X consideran competente al juez peruano, esta competencia puede quedar sin efecto como consecuencia del sometimiento del caso a un juez extranjero.

Desde luego, la validez de la cláusula para atribuir competencia al juez extranjero no puede ser analizada desde la perspectiva de nuestro ordenamiento legal, sino solo desde el ordenamiento del propio juez llamado por las partes a resolver el conflicto. En consecuencia, la prórroga estará supeditada a que dicha normativa la acepte.

Cabe indicar que el artículo no distingue si la prórroga responde a un acuerdo entre las partes o a un sometimiento voluntario. No se señala una forma o formalidad como necesaria para que se de la prórroga. En una interpretación sistemática del artículo con el numeral 3 del artículo 2058 del Código Civil, debemos concluir que así como el sometimiento al juez peruano puede ser expreso o tácito, también la prórroga de jurisdicción en favor de jurisdicción extranjera puede ser expresa o tácita.

En consecuencia, la prórroga de jurisdicción de este artículo opera tanto cuando hay un acuerdo entre las partes, por ejemplo una cláusula en un contrato, como cuando las partes

simplemente han iniciado el proceso en otra jurisdicción, sometiéndose voluntariamente a ella. En este segundo caso, sin embargo, entrará a tallar también el artículo 2066 sobre litispendencia internacional.

Se establecen tres límites para el reconocimiento por el juez peruano de la prórroga de jurisdicción en favor del juez extranjero. Dos de ellos recogen principios generales ya incluidos en el sistema peruano y compatibles con la doctrina. El tercero es más subjetivo y particular.

El primer límite es que no se trate de asunto de competencia exclusiva peruana. Esto es consecuencia de la propia definición de competencia exclusiva. El legislador nacional ha señalado algunos supuestos puntuales que considera solo pueden ser vistos por el juez peruano. Esto significa que no reconocerá una sentencia extranjera sobre la materia. Ergo, si la prórroga de jurisdicción que las partes efectúan en favor de un juez extranjero es sobre una materia respecto de la que no se reconocerá una sentencia en el Perú, es lógico que se rechace de plano el sometimiento al juez extranjero. No es preciso esperar la sentencia, pues mayor sería el perjuicio de las partes cuando ya está definido que dicha sentencia no tendrá valor en el Perú.

El segundo límite es el orden público internacional y las buenas costumbres. Este es un límite natural recogido por las normas para proteger el sistema del Derecho nacional.

El tercer límite es bastante más subjetivo. Se dice que no se acepta la elección del juez extranjero si constituye abuso del Derecho. En realidad, este límite podía haber sido obviado teniendo en cuenta que el límite anterior protege a las partes de un sometimiento contrario al orden público internacional. En todo caso, al incluir un ingrediente subjetivo se genera mayor inseguridad, lo que no resulta conveniente para el sistema internacional. Por lo tanto, y dado su carácter de norma de excepción, debe interpretarse en forma restrictiva.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa), Bosh, Barcelona, 1958.

## Competencia en acciones sobre universalidad de bienes

**Artículo 2061.-** *Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, cuando el derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado.*

*Sin embargo, se respeta la competencia peruana para conocer de las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra, respecto a los bienes situados en el Perú, y sin perjuicio de lo dispuesto en el Título IV de este Libro.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2100, 2105; C.P.C. art. 47; C.D.I.P. arts. 324, 325, 326, 328, 329*

**María del Carmen Tovar Gil**

El artículo 2061 del Código Civil establece que el juez nacional tendrá competencia cuando se trate de acciones relativas a universalidades de bienes si resultare aplicable a la relación el Derecho peruano. Utiliza, como puede verse, el mismo criterio que el artículo 2062, al regular asuntos del Estado, capacidad y relaciones familiares, considerando que si el Derecho peruano es aplicable a la relación, puede decirse que está lo suficientemente vinculada al territorio peruano como para que sus jueces la sometan a sus decisiones. Vuelve, pues, a presentarse un caso en el cual se invierte el orden natural del método de Derecho Internacional Privado, y nos vemos precisados a determinar primero la ley aplicable para solo entonces establecer la competencia judicial.

Dentro de la categoría universalidades encontraremos dos grandes subcategorías. Una es la de acciones relativas a sucesiones y otra la de acciones relativas al insolvente.

Con respecto a las acciones relativas a sucesiones la regla general que señala la ley aplicable a las sucesiones es el artículo 2100 del Código Civil. De su tenor puede establecerse que es aplicable el Derecho peruano para esta categoría de relaciones cuando el Perú hubiere sido el último domicilio del causante. Es el único precepto que se refiere a la materia de Derecho Sucesorio, de lo que debemos colegir que el criterio de vinculación se utiliza para cualquier acción ya sea que se trate de sucesión testamentaria o intestada.

La gama de posibilidades que se presentan es amplia. Desde luego que no se dará competencia peruana para una acción de declaratoria de herederos de una persona que, al tiempo de morir, domiciliaba en el extranjero, pues el factor de conexión último domicilio implica que la ley peruana no sería aplicable al caso, y por lo tanto no habrá competencia peruana para tal acción.

La sola excepción a esta regla la constituiría el caso que consagra el artículo 2101 del C.C., referido a la herencia vacante. La mencionada norma dispone que si conforme a la ley del domicilio del causante, bienes situados en el Perú deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones, la ley peruana rige la sucesión. En consecuencia, los jueces peruanos podrían considerarse competentes en una acción de declaratoria de herederos de un no domiciliado cuando conforme a la ley del país que originalmente debería regir la sucesión y de acuerdo con el artículo 2100 del Código Civil, bienes sitos en el país deberían pasar a manos de un Estado extranjero por no haber herederos. La competencia peruana existirá, aun cuando la ley extranjera califique al Estado extranjero, como heredero legal de último orden, a falta de otros herederos legales o testamentarios, o a falta de legatarios, ya que en puridad la herencia

vacante persiste. No opera la excepción si el Estado es llamado a título de heredero o legatario por disposición testamentaria del causante, ya que en este caso no configura la herencia vacante.

Puede verse que, al igual que en otros casos estudiados en materia de familia, el juez tendrá que llegar a la solución final del caso para poder establecer competencia.

Respecto a la excepción consagrada en el supuesto de herencia vacante nos parece que puede resultar siendo de poca aplicación. Decimos esto por cuanto la materia de sucesiones no es de competencia exclusiva peruana, ni por regla general ni aun para el caso de la excepción que consagra el artículo 2101 del C.C. En consecuencia, si bien el Estado peruano podría ser competente para la declaratoria de herederos de aquel cuyo domicilio fue el Perú, sabemos que tal competencia no es exclusiva, y que de ser el caso que ante otro Estado se hubiere seguido un procedimiento sucesorio, la sentencia expedida por el mismo sería válida en nuestro país, siempre que cumpla con los requisitos del artículo 2104.

Lo mismo en el caso de un procedimiento sucesorio de un no domiciliado que, seguido en el extranjero, dé como resultado que bienes sitos en el país pasen a un Estado extranjero. No existe motivo para que la sentencia extranjera no deba ser reconocida en el Perú; pues no siendo materia de jurisdicción exclusiva, no tiene en principio el Estado peruano por qué desconocerla. En consecuencia, para que se aplique en la práctica la excepción del artículo 2101 del C.C. tendría que existir una especial diligencia en el asunto por parte de los potenciales beneficiarios de la herencia vacante en el Perú, para que así el juez peruano tenga la posibilidad de ejercer su competencia antes que el asunto sea resuelto por un juez extranjero.

Son muchas las acciones que, relativas a materia sucesoria, se pueden iniciar contra no domiciliados. Podría, por ejemplo, tratarse de un causante domiciliado en el Perú cuyos presuntos herederos y bienes se encuentren en distintos países, lo que podría dar lugar a acciones reivindicatorias, de indignidad, de desheredación, etc.

El segundo grupo de acciones que encuadran dentro de la categoría de acciones relativas a universidades de bienes es la acción de insolvencia de un deudor. El texto de nuestra ley se refiere a las acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra. Ateniendo a la regulación vigente usamos el término situación de concurso en lugar de quiebra. Debemos considerar entonces que, de acuerdo a la primera parte del artículo 2061, es competente el juez peruano en un procedimiento concursal iniciado contra un no domiciliado cuando de acuerdo a las normas de conflicto de su Derecho Internacional Privado, la ley aplicable a la misma sea la peruana.

La pregunta a resolver en consecuencia será: ¿cuándo es aplicable el Derecho peruano a una quiebra en la que existen elementos internacionales? Al intentar absolver esta interrogante, nos damos con la sorpresa de que no hay en el Título II del Libro de Derecho Internacional Privado ninguna categoría en la que esté claramente comprendida la relación jurídica quiebra de un deudor. El Código no nos dice expresamente qué ley se aplica de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado a una quiebra que esté vinculada a más de un ordenamiento jurídico.

Es claro que el juez peruano es competente en la declaración de concurso de una persona, aun cuando la relación tenga elementos en diferentes Estados cuando ella domicilia en el Perú.

Pero si la persona no domicilia en el Perú, nuestra norma establece que solo cabe que la autoridad peruana tenga jurisdicción cuando se aplica el Derecho peruano. Antes de seguir adelante en la determinación de cuándo es competente el juez peruano en una quiebra contra

un no domiciliado, y para aclarar el panorama, recordemos que la segunda parte del artículo 2061 del C.C. precisa, tras su enunciado general (vale decir, tras indicar que en las acciones relativas a universalidades de bienes es competente el juez peruano cuando su ley es aplicable), que se respeta la competencia peruana en acciones relativas al patrimonio del declarado en quiebra respecto de los bienes situados en el Perú, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Podemos decir entonces lo siguiente:

La regla es que el juez peruano resulte competente en una insolvencia con elementos internacionales contra un no domiciliado cuando la ley peruana sea aplicable. No obstante, no hay una norma de conflicto que establezca la ley aplicable a la categoría quiebra de un deudor, por lo que, a nuestro juicio, habrá que considerar que es competente el juez peruano cuando su ley sea aplicable a la obligación que originó la insolvencia. La competencia tendrá entonces que determinarse casuísticamente; y en caso de que sea más de una obligación las que originaron la insolvencia, habrá que guiarse por la ley aplicable concurrentemente a la mayoría de obligaciones involucradas. Pueden desde luego presentarse casos de muy difícil resolución.

Aun cuando no sea aplicable la ley peruana, de acuerdo con la regla general del artículo 2061 del C.C., tendrá competencia el juez peruano cuando existan bienes situados en el Perú. Sin embargo, en todo caso, la competencia que establece el artículo 2061 del C.C. con relación a la situación de concurso, es facultativa, y se deben respetar las sentencias extranjeras sobre la materia, de acuerdo con las reglas que sobre la materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras consagra el Título IV. Reglas que debemos decir son, en relación con esta materia, especialmente estrictas y cauteladoras de los intereses de los acreedores domiciliados en el país.

Para terminar este punto, debemos decir que es nuestra opinión que si se decidió remitir la determinación de la competencia peruana en materia de insolvencia a los casos en que su ley sea aplicable, debió establecerse la categoría insolvencia del deudor en las normas de conflicto.

Creemos, no obstante, que mejor hubiera sido regular la competencia peruana sobre quiebras con un factor de conexión propio y adecuado.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1. 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa), Bosh, Barcelona, 1958.

## Competencia en acciones personales

**Artículo 2062.-** ***Los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales, o a las relaciones familiares, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:***

*1.- Cuando el Derecho peruano es el aplicable, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto.*

*2.- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2059, 2070, 2071, 2075 a 2087; C.P.C. art. 47*

ROMINA SANTILLÁN SANTA CRUZ / MARÍA JESÚS SÁNCHEZ CANO

En cuanto a la competencia judicial internacional y determinación de la ley aplicable, el artículo 2062 del Código Civil, que ahora es objeto de comentario, contiene reglas bastante significativas por razón de la materia. Es, sin duda, una norma que, respecto de anteriores regulaciones, ha sufrido cambios importantes. Y, al mismo tiempo, resulta de interés por la técnica empleada por el legislador para establecer el método conflictual. Una sucesión de cuestiones que tendremos ocasión de abordar seguidamente.

### 1. Breve análisis histórico-legislativo de la norma en cuestión

A diferencia de la regulación actual, el derogado Código de Procedimientos Civiles contenía el siguiente texto en su artículo 1158: "No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú". En aquel entonces, a decir de esta norma, los tribunales peruanos gozaban de competencia exclusiva para conocer sobre acciones relativas al estado, a la capacidad y a las relaciones familiares en las que interviniera un nacional peruano. Y esta exclusividad era incluso reclamada para el caso de extranjeros que estuvieran domiciliados en Perú.

Sobre el particular, CABELLO MATAMALA ya afirmaba con acierto que en "el caso de los nacionales, la competencia de los tribunales peruanos era exclusiva, por cuanto el factor de conexión nacionalidad excluía cualquier posibilidad de conocimiento por parte de otro Estado en asunto de esta materia, mientras que en el caso de extranjeros la exclusividad solo operaba en tanto domiciliaran las partes en el país". De lo anotado por esta autora se advierte que, para el caso de los peruanos, lo más relevante era el factor de conexión de la nacionalidad.

Ello era así porque, en lo que a esta materia respecta, la sistemática del Código de Procedimientos Civiles no se agotaba en el citado artículo 1158. Guardaba coherencia con esta disposición lo recogido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1936, también derogado, que prescribía: "El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos. Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de estos (sic)".

Con la entrada en vigor del Código Civil de 1984, que rige hasta nuestros días, se introducen sustanciales cambios en las normas del Derecho Internacional Privado y se unifican

en un mismo cuerpo legal normas que se encontraban dispersas en distintas leyes (*vide* Libro X de este Código, artículos 2046 al 2111).

Como bien destaca MORENO CORDERO, una de las más importantes modificaciones que trajo consigo el Código de 1984 ha sido, sin duda, la derogación del artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles y la consecuente atribución de la competencia judicial internacional al juez del domicilio del demandado (art. 2057 del Código Civil). Dispone, además, una competencia facultativa para las acciones relativas al estado, capacidad y relaciones familiares, según las reglas previstas en el artículo 2062 del Código Civil. Siendo este último artículo en el que nos vamos a centrar ahora.

## 2. Competencia en acciones personales en el marco del artículo 2062

En el esquema adoptado por el Código Civil de 1984, respecto de acciones personales, la determinación de la competencia judicial internacional se rige por los siguientes criterios:

**A.** En cuanto al territorio, el artículo 2057 del Código Civil establece una norma general de competencia jurisdiccional. De acuerdo con ella: "Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en territorio nacional". El domicilio es un criterio que fija la competencia jurisdiccional peruana como regla general (REVOREDO DE MUR).

**B.** En cuanto a la materia, el artículo 2062 del Código Civil prevé dos supuestos en que puede operar una competencia facultativa. De este modo, en vía de excepción, los tribunales peruanos serán competentes para conocer de acciones relativas al estado, la capacidad y las relaciones familiares, aun contra personas no domiciliadas en Perú, cuando:

(B.1) El Derecho peruano sea el aplicable para regir el asunto de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado.

En este supuesto se establece "la inversión del método conflictual; es decir, se analiza primero si conforme a nuestras normas de atribución el Derecho material peruano es el aplicable, en cuyo caso nuestros tribunales serán competentes" (DELGADO BARRETO).

El método tradicional del Derecho Internacional Privado ha quedado invertido al supeditarse la determinación de la competencia judicial al hecho de que sea su ley aplicable, cuando por regla general lo usual es determinar primero el tribunal competente y después la ley que ha de aplicarse al caso, como tantas veces lo ha señalado la doctrina más autorizada (CABELLO MATAMALA).

No se olvide aquí que una de las notas que definen la competencia judicial internacional es, justamente, su carácter previo, no solo en relación con la competencia interna del órgano jurisdiccional competente para conocer de un caso concreto, sino también respecto de la determinación del Derecho aplicable a la relación privada internacional. Todo esto de conformidad con la teoría general que gobierna esta rama del Derecho internacional (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Bajo esa tesitura, e incluso aportando mayores matices, el legislador peruano ha optado por incorporar en este precepto un foro cuya clasificación responde a la naturaleza del criterio utilizado y refleja la unidad entre *forum* y *ius*. Se trata del

denominado *Forum legis,* en virtud del cual la competencia depende de la *Lex causae* (GONZÁLEZ CAMPOS). De este modo, los tribunales de un Estado resultarán internacionalmente competentes en aquellos supuestos en los que la aplicación de las normas de conflicto del foro determinen que el fondo del asunto se ha de regir por la ley material del dicho Estado (CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Siguiendo los estudios de GONZÁLEZ CAMPOS sobre el tema que nos ocupa, es posible comprender que foros como el que contempla el artículo 2062 del Código Civil, bajo análisis, encuentran su origen en una época en la cual, en Europa, el Derecho Internacional Privado se vio afectado por lo que se denominó "vértigo de la ley nacional". Así, a partir la segunda mitad del siglo XIX, el *forum legis* se incorporó al Derecho positivo, en particular, de países en los que, como Francia o Alemania, el estatuto personal se regía por la ley nacional. Fue, así mismo, acogido por la doctrina científica.

Como ejemplo de esta nueva tendencia, puede citarse también la Resolución del Instituto de Derecho Internacional, alcanzada en La Haya, en su sesión de 1875, que admitió la existencia de "foros excepcionales", en función de los cuales, la competencia judicial internacional para resolver los litigios en materia de estado o capacidad de las personas recaería en los tribunales del país cuyas leyes resultasen aplicables al estatuto personal.

Igualmente, los primeros trabajos de codificación realizados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tuvieron en cuenta esta correlación entre la competencia judicial internacional y la *Lex causae.* Actualmente, este criterio ha caído en desuso, siendo desplazado por el de la residencia habitual.

No obstante, en materias distintas al estatuto personal, pueden encontrarse algunas normas en las que también quiebra este carácter previo de la competencia judicial internacional. Bajo tales medidas, para determinar el tribunal internacionalmente competente es necesario, en primer lugar, el examen de las normas de conflicto que fijan el Derecho aplicable a la situación privada internacional. Tal es el caso de la regla residual que incorpora el artículo 7.1.c) en relación con el apartado a) del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (RBII bis), que otorga competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la Unión Europea en el que, según la ley que rige el contrato, haya de ejecutarse la obligación presuntamente incumplida (CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ y CEBRIÁN SALVAT).

Del mismo modo, se ha defendido que el foro exclusivo en materia societaria del artículo 24.2 del citado RBII bis, puede considerarse como una suerte de *Forum legis,* conforme a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (BALLESTEROS BARROS). Este foro atribuye la competencia a los Tribunales del Estado miembro en el cual se encuentre domiciliada la sociedad o persona jurídica. Ahora bien, para determinar este domicilio los órganos jurisdiccionales habrán de aplicar las normas de conflicto previstas en su sistema de Derecho Internacional Privado.

En todo caso, se sostiene que la construcción del *forum legis* ha de ser restrictiva, debido que constituye una excepción a las normas de competencia judicial internacional tradicionales (RODRÍGUEZ PINEAU).

(B.2) Opere una prórroga convencional o tácita de la competencia territorial, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio peruano.

Introduce este precepto el foro de la autonomía de la voluntad, de tal forma que la prórroga de competencia a favor de los tribunales peruanos opera en virtud de la sumisión de las partes.

No obstante, el legislador peruano ha supeditado la autonomía de la voluntad de las partes a la existencia de una efectiva vinculación con el territorio de la República. Así, se respeta el principio de "vinculación mínima", que, en palabras de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, "constituye la clave fundamental de la regulación normativa de los litigios internacionales". De este modo, se evita la atribución a los órganos jurisdiccionales peruanos de una competencia excesiva o exorbitante, que pudiera dar lugar a resoluciones claudicantes, cuya eficacia extraterritorial se viese denegada en otros Estados.

Esta exigencia de vinculación efectiva con el territorio peruano observa, igualmente, el *principium preventionis abusus iruis,* toda vez que dificulta el recurso al *forum shopping* y al fraude de ley procesal. Asimismo, proporciona seguridad jurídica y supone la salvaguarda del derecho a la tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución peruana.

Por otra parte, podemos ver que la vinculación exigida por el artículo 2062 del Código Civil puede materializarse por hechos como la nacionalidad de alguno de los cónyuges, el lugar de celebración o registro del matrimonio, nacimiento o domicilio de los hijos habidos de la relación, la ubicación de los bienes matrimoniales dentro del territorio de la república, entre otros que obedezcan a estos mismos parámetros.

La valoración del elemento que vincula la causa con el territorio peruano, y no solo con la legislación nacional, es una tarea fundamental y compleja que han de realizar los magistrados para determinar la competencia jurisdiccional internacional. De no haber tal vinculación, el órgano judicial de la república deberá sustraerse del conocimiento de la causa, al encontrarse ante lo que viene a ser un caso de competencia negativa (CABELLO MATAMALA).

## 3. Reflexiones finales a modo de conclusión

En el sistema vigente, el domicilio fija la competencia jurisdiccional peruana como regla general, de acuerdo con la previsión del artículo 2057 del Código Civil.

La regla general del domicilio del demandado, contenida en el artículo 2057, podrá excepcionarse cuando se trate de personas domiciliadas en el extranjero, tan solo en dos supuestos: (i) cuando fuera de aplicación el Derecho peruano; o (ii) en caso de sumisión expresa o tácita a los tribunales peruanos, siempre que se presente una efectiva vinculación de la causa con el territorio peruano (art. 2062 del Código Civil).

Haber fijado el criterio del domicilio como punto de conexión, con exclusión del de nacionalidad para los peruanos, ha supuesto dejar sin efecto las limitaciones que antes recaían sobre los nacionales, al tener que litigar estos necesariamente en Perú, pese a que su residencia habitual se encontrara constituida fuera del país y tener, la gran mayoría de las veces, derechos válidamente declarados o constituidos en procesos judiciales extranjeros.

Al encontrarse establecida la competencia facultativa para materias relativas al estado, la capacidad y las relaciones familiares de la persona, los interesados pueden someterse a los tribunales de la república solo cuando el Derecho peruano sea aplicable, o exista una vinculación efectiva con el territorio peruano. Incluso, de ser el caso, podría solicitarse el reconocimiento de sentencias extranjeras ante los tribunales nacionales (art. 2104 del Código Civil).

Es oportuno precisar que la competencia judicial internacional de los tribunales peruanos y la determinación de la ley aplicable se regirá por los mismos criterios antes mencionados cuando se trate de materias (como la capacidad de ejercicio restringida y designación de apoyos de las personas con discapacidad, y otras afines) incorporadas en septiembre de 2018 al Código Civil por acción del Decreto Legislativo N° 1384, "que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones".

## DOCTRINA

BALLESTEROS BARROS, Ángel María. "La reinterpretación del forum societatis: nota a la Sentencia del TJUE del 7 de marzo de 2018, C-560/16, e.On". Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 10, N° 2, 2018; CABELLO MATAMALA, Carmen Julia. "Competencia facultativa para las acciones relativas al estado, capacidad y relaciones familiares". En: Código Civil comentado. Tomo X, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2007; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado, Vol. I, 18ª edición, Comares, Granada, 2018; CALVO CARVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CEBRIÁN SALVAT, Mª Asunción. Compendio de Derecho Internacional Privado. Rapid Centro Color, Murcia, 2018; DELGADO BARRETO, César. "Principales inclusiones y modificaciones generales y patrimoniales al Libro X: Derecho Internacional Privado". En: Themis - Revista de Derecho N° 66, Lima, 2014; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. "Las relaciones entre forum y ius en el Derecho Internacional Privado. En: Anuario español de Derecho Internacional Privado N° 4, 1977-1978; MORENO CORDERO, Gisela. "Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el Derecho del Foro: el ejemplo chileno y peruano". En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, Año L, N° 151, enero-abril de 2018; REVOREDO DE MUR, Delia. "Comentarios al Libro X del Código Civil". En: Derecho & Sociedad N° 11, Lima, 1996; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena. "Agentes 'comunitarios' y autonomía de la voluntad: ¿es posible derogar la CJI de los Tribunales de los Estados miembros?" En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI) N° 15, 2008.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Sometimiento tácito a la competencia de los tribunales peruanos por el silencio del curador procesal**

*{D}e principio, tratándose de actos realizados por un curador procesal, no pueden calificarse estos como manifestaciones reales de la voluntad de la persona que representa dado que el nombramiento del curador no ha obedecido tampoco a la voluntad de dicha persona sino a mandato del juzgador {...} No obstante ello, este Supremo Tribunal estima que {...} en este caso en particular, de acuerdo a los medios probatorios obrantes en autos, se advierte claramente que la causa tiene una efectiva vinculación con el territorio de la República, dado que el presunto muerto nació en este país y aquí también se casó con la actora y tuvo hijos con ella, adquiriendo un bien inmueble ubicado también en territorio peruano y su divorcio ha sido igualmente declarado por tribunal peruano; de tal modo que en este caso en particular el silencio del curador procesal sí puede interpretarse como sometimiento tácito a la competencia de los tribunales peruanos (Cas. N° 637-2009-Lima).*

## Foro de necesidad

**Artículo 2063.-** ***Los tribunales peruanos son competentes para dictar medidas provisionales de protección de las personas naturales que se encuentren en el territorio de la República, aun contra personas domiciliadas en país extranjero, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del asunto.***

Concordancias:
*C.C. art. 2071; C.P.C. art. 47*

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL

Al establecer sus sistemas de normas de atribución de competencia jurisdiccional internacional, los Estados deben aspirar a garantizar una tutela jurisdiccional internacional efectiva. Se trata así de propiciar que, para todo conflicto con elementos internacionales, exista una autoridad jurisdiccional nacional competente, y que lo que esa autoridad resuelva pueda ser efectivamente ejecutado, ya sea por la propia autoridad jurisdiccional que resuelve el caso (tutela por declaración) o por otra autoridad jurisdiccional que reconoce y ejecuta la sentencia dictada por esta (tutela por reconocimiento). Para que esto sea realidad se requiere en muchos casos la cooperación internacional.

Vinculada a la tutela jurisdiccional efectiva en general está la tutela cautelar jurisdiccional. Es decir, la necesidad de una protección provisional de los intereses privados en conflicto, mientras se resuelve el mismo. Si la tutela cautelar es importante a nivel de un proceso nacional, es decir, de un proceso en el que todos los elementos están en un mismo Estado, lo es incluso más cuando se trata de un proceso internacional, en el que por las características propias de la situación existe mayor riesgo de que si se espera culminar el proceso, la resolución que resulte del mismo no pueda ser ejecutada.

Es en ese contexto que el Derecho Procesal Internacional reconoce la necesidad de que los Estados introduzcan la posibilidad de implementar sistemas de tutela cautelar internacional efectiva. Existe consenso en la doctrina de que, para lograr un sistema cautelar internacional efectivo, se debe facilitar que las partes que inician un proceso puedan acceder a tutela cautelar tanto en el foro principal como en un foro especial.

El postular que las partes puedan acceder a tutela cautelar a través del foro principal supone que el juez competente en el proceso pueda tomar medidas cautelares que sean susceptibles de ser ejecutadas por otro juez. Es decir, se trata de que un juez que no está viendo el caso, pueda ejecutar una medida cautelar dictada por un juez extranjero. Esto es distinto a la ejecución de la sentencia. Cuando hablamos de ejecutar una sentencia, nos referimos a una resolución que pone fin a un proceso judicial. En este caso, no se trata de una reconocer una resolución definitiva, sino de reconocer y ejecutar una medida cautelar. Para tal efecto, el juez que debe ejecutar la cautelar debe contar con un marco legal que le permita reconocer y ejecutar este tipo de resoluciones.

La otra posibilidad de tutela cautelar, la tutela ante foro especial, consiste en que quien inicia el proceso ante un juez, pueda solicitar directamente a un segundo juez que ejecute una medida cautelar. Para tal efecto, será preciso que las normas de competencia del segundo juez le autoricen asumir competencia para el proceso cautelar, a pesar de no ser el juez competente del proceso principal.

Existen normas de tutela cautelar en algunos de los tratados suscritos por el Perú. Hay normas sobre el particular en el Tratado de Montevideo de 1889 y en la Convención sobre Ejecución de Medidas Preventivas aprobada en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado de Panamá 1979 (CIDIP 2). También pueden encontrarse normas sobre el particular en la Convención sobre Restitución de Menores aprobada en la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado de Uruguay 1989 y en el Tratado de la Haya sobre secuestro de menores.

Nuestro Libro X del Código Civil no incorpora un sistema de tutela cautelar internacional. Salvo por el artículo 2063, no hay mención a la posibilidad del juez peruano de ejercer tutela cautelar efectiva, ni para ejecutar la resolución provisional dictada por un juez extranjero, ni para dictar una medida cautelar respecto de un proceso iniciado ante un juez extranjero.

En el artículo 2063 se reconoce al juez peruano como foro especial de tutela cautelar. Esto significa que el juez peruano puede tomar medidas provisionales o cautelares sin importar si tiene potencialmente competencia para definir el posible conflicto y/o que el conflicto se esté tramitando ante un juez extranjero.

El ámbito del artículo es, sin embargo, bastante restringido. Solo se le otorga al juez peruano la posibilidad de pedir una medida provisional cuando se trata de proteger a una persona natural. Entendemos que estarán en estos casos incluidas medidas relacionadas con la situación de tenencia y patria potestad de menores, y en general, medidas respecto de los incapaces. Podrían también considerarse en el ámbito de este artículo medidas relacionadas con los alimentos al ser este, más que un derecho patrimonial, un derecho de protección de la subsistencia de la persona. Asimismo, acciones de cautela relacionadas con los derechos de la persona como son su capacidad, su imagen, su nombre, etc.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa). Bosh, Barcelona, 1958.

**Artículo 2064.-** *El tribunal peruano declinará su competencia si las partes hubiesen convenido someter a arbitraje un asunto de jurisdicción peruana facultativa, a menos que el convenio arbitral haya previsto la eventual sumisión al fuero peruano. (DEROGADO) (*)*

(*) El artículo 2064 fue derogado por la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1071 del 28/06/2008.

**Artículo 2065.-** ***El tribunal peruano que conoce válidamente de la demanda es también competente para conocer de la reconvención.***

Concordancias:
*C.P.C. art. 47*

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL

El artículo 2065 del Código Civil dispone que el tribunal peruano que conoce válidamente de la demanda es también competente para conocer de la reconvención. En consecuencia, si un no domiciliado inicia una acción ante los tribunales peruanos (cosa perfectamente viable, pues no existen restricciones para que un no domiciliado acuda a los órganos jurisdiccionales peruanos) y la parte demandada lo reconviene, el juez peruano podrá conocer de la reconvención aun cuando no se trate de uno de los supuestos que las normas jurisdiccionales peruanas señalan como de su competencia.

La razón de esto estriba en que se considera que el no domiciliado que inicia una acción ante el juez peruano se ha sometido tácitamente a su fuero, y mal puede luego pretender privarlo de la jurisdicción que le reconoció. Vemos pues este artículo claramente vinculado al numeral 3 del artículo 2058 y al artículo 2059 del Código Civil.

En el proyecto sustitutorio del Título Preliminar, fuente del artículo 2065, se ponía una cortapisa a la competencia del juez en caso de reconvenciones, indicando que para que el juez pudiera conocer válidamente debía existir alguna vinculación entre la demanda y la reconvención. El motivo por el que se consideraba conveniente dar al juez competencia sobre las reconvenciones estaba en la necesidad de salvaguardar la unidad del proceso. En consecuencia, se consignaba expresamente que solo podía presumirse la sumisión tácita del demandante para aquellas reconvenciones que tuvieran una efectiva vinculación con la demanda, lo que resulta lógico, pues es exagerado pretender presumir la sumisión tácita del demandante para aquellas reconvenciones no vinculadas al litigio que se inicia.

El texto del artículo 2065 suprime la exigencia de vinculación efectiva. No resulta claro si se pretendió con esta supresión otorgar competencia a los jueces en reconvenciones que sean acciones totalmente ajenas a la demanda o si su desaparición responde más bien a que el legislador consideró innecesario consignar este requisito por estar doctrinariamente aceptado que la reconvención debe estar vinculada a la demanda.

En todo caso, en nuestra opinión, resulta desafortunada la mutilación, pues puede llevar a la confusa idea de que el juez competente para una acción puede conocer de otra totalmente ajena al caso sin necesidad de nuevo sometimiento. Será tarea de la doctrina y la jurisprudencia nacional restringir la interpretación a los justos límites y evitar así que se abuse al presumir del demandante una voluntad que no puede ser la suya, cual es la de someterse tácitamente a un tribunal para un asunto que no está en litigio en ese momento.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código

Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa). Bosh, Barcelona, 1958.

## Litispendencia y cosa juzgada

**Artículo 2066.-** ***Cuando esté pendiente una acción anterior sobre el mismo objeto y entre las mismas personas, el tribunal peruano suspenderá la causa si puede prever que la jurisdicción extranjera emitirá, dentro del lapso no mayor de tres meses, una resolución que pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú.***

***El juicio seguido en el Perú se considera iniciado en la fecha de la notificación de la demanda al demandado.***

***El tribunal peruano deja sin efecto lo actuado, si le es presentada una resolución extranjera.***

Concordancias:
*C.C. art. 2104 inc. 5); C.P.C. art. 47; C.D.I.P. art. 394*

**María del Carmen Tovar Gil**

La doctrina trata dos figuras relacionadas con la existencia de juicios paralelos en dos jurisdicciones nacionales. Estas son la litispendencia internacional y la conexidad. A través de ambas figuras se intenta asegurar la uniformidad de la tutela jurisdiccional internacional.

Es un hecho que al tener cada Estado servicios jurisdiccionales a los que pueden acudir las partes, existan foros alternativos a los que estas pueden someter sus conflictos.

La litispendencia tiene por objeto impedir que se pueda plantear el mismo litigio ante tribunales de dos Estados distintos. La conexidad se refiere a procesos entre las mismas partes pero que no son iguales o idénticos sino conexos, y que por su relación estrecha es conveniente tramitarlos conjuntamente.

Nuestra legislación solo recoge la figura de la litispendencia, y esta es tratada en el artículo 2066. En el artículo 2066 se reconoce así que un caso con vinculaciones internacionales puede ser presentado ante más de un juez nacional y, en tal situación, es conveniente tomar medidas preventivas para evitar dos sentencias sobre la misma causa. Se busca asegurar *ex ante* la armonía internacional de decisiones judiciales.

Para tal efecto se establece que si una acción es presentada ante el juez peruano la tramitación de esta puede ser suspendida si es que se hubiera iniciado antes un proceso en un tercer Estado.

Como presupuesto básico del artículo 2066 está la identidad entre las partes. Esto supone que en ambos casos las partes deben ser las mismas. No significa necesariamente que en ambos casos deben tener la misma posición procesal. Puede que sí tengan la misma posición procesal. Por ejemplo, cuando una persona ha planteado como demandante la misma acción en dos tribunales de dos países distintos. Pero pueden tener posiciones distintas. Por ejemplo, cuando una parte ha interpuesto la acción como demandante en un país y ha sido emplazada como demandada en otro país.

En ambos casos estaremos ante un caso de litispendencia internacional si la materia u objeto del proceso son los mismos. En nuestra legislación se habla de que se trate de acciones sobre el mismo objeto. Lo relevante no es el petitorio de la acción en el sentido técnico, sino que se esté discutiendo esencialmente lo mismo. Lo que la doctrina alemana ha llamado teoría del núcleo común. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea interpretó que

hay identidad si, por ejemplo, en un primer tribunal se plantea una acción de condena por incumplimiento y en un segundo tribunal se plantea una acción de exoneración de responsabilidad (Sentencias 144/86 y 406/92).

Además de la identidad de materias y partes se debe determinar que el proceso en el extranjero se encuentre pendiente cuando la acción se inicia en el Perú. En primer lugar, debe verse que el proceso se considera pendiente en la jurisdicción extranjera y la fecha a partir de la cual está pendiente. La calificación en este caso debe ser evaluada de acuerdo a las normas del lugar del proceso. A partir de qué momento estas consideran que el proceso ya existe como tal y está pendiente. En la práctica, esto se dará probablemente cuando la demanda haya sido admitida a trámite o haya sido notificada al demandado.

En realidad, hubiere sido mejor establecer una regla objetiva de carácter general para definir la pendencia. Por ejemplo, señalar que se considera pendiente el proceso en el extranjero cuando la demanda presentada ante ese foro ha sido admitida a trámite. El otro elemento relevante es la fecha en la que se presenta la acción en el Perú. El artículo 2066 considera que el proceso se ha iniciado en el Perú en el momento en que se notifica al demandado.

Para que proceda la litispendencia, la acción promovida en el extranjero debe haberse planteado (estar pendiente) antes que en el Perú. Si la acción se presenta en el Perú antes que en el extranjero no hay litispendencia posible. El juez peruano debería simplemente rechazar la litispendencia por considerar que se ha presentado la acción primero ante él. Esto es compatible con el hecho de que, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 2104 del C.C. no se puede reconocer una sentencia extranjera si un proceso idéntico se había iniciado antes en el Perú.

Finalmente, es relevante señalar que el artículo establece que en el caso de procesos iniciados previamente en el extranjero, el juez peruano suspenderá su jurisdicción en dos casos. Uno si puede prever que la jurisdicción extranjera emitirá una sentencia dentro del lapso de tres meses. La otra si simplemente se le presenta la sentencia extranjera.

El periodo de tres meses resulta exageradamente corto, y su predecibilidad difícil o casi imposible para el juez peruano. Lo cierto es que, en este caso, es decir, en el caso de dos procesos paralelos, iniciado el primero en el extranjero y el segundo en el Perú, si se llega a tener dos sentencias, se preferirá a la más antigua. En consecuencia, si el juez peruano, pese a que se le acredita un proceso anterior en una jurisdicción extranjera, decide seguir adelante con el proceso porque no puede prever que dicho proceso terminará en tres meses, finalmente tendrá que dejar sin efecto el proceso si el juez extranjero emite una resolución definitiva antes que él.

Es también requisito que la sentencia que vaya a ser dictada por el tribunal extranjero sea una que pueda ser ejecutada en el Perú. Para estos efectos deberá analizarse la posibilidad de que esta sentencia cumpla con los requisitos del Título IV del Libro X.

## DOCTRINA

BARTIN. Principes de Droit International Privè d'aprés la loi et la jurisprudence francaise. Tomo I, París, 1930; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA. Derecho Internacional Privado. 2 tomos, 8ª edición, Gráficas Ya, Madrid, 1981; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO,

Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. Primer Tomo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, Lima, 1980; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado (Traducción 2ª edición inglesa). Bosh, Barcelona, 1958.

## Competencia negativa del tribunal peruano

**Artículo 2067.-** *La competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer de las acciones intentadas contra Estados extranjeros o sus jefes, representantes diplomáticos, organismos internacionales y sus representantes, se regula por lo dispuesto en los tratados internacionales sobre la materia ratificados por el Perú.*

*Salvo lo dispuesto en este título, los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer:*

1. *De las acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero.*
2. *De los asuntos que hubiesen sido sometidos por las partes a una jurisdicción extranjera, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060.*
3. *De las acciones relativas al Estado y la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2058 incs. 1) y 3), 2060, 2062 inc. 2); C.P.C. art. 47; C.D.I.P. arts. 333 a 339*

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL

## 1. Introducción

El sistema de competencia jurisdiccional peruana tiene su base en establecer la competencia de los magistrados peruanos en función de la calidad de domiciliado o no domiciliado del demandado. Se consagran dos reglas. La primera de jurisdicción positiva general contra todo domiciliado. La segunda de jurisdicción positiva excepcional contra no domiciliados. Hasta aquí tenemos entonces que la primera preocupación del juez será establecer la calidad de domiciliado o no, del demandado.

El Libro de Derecho Internacional Privado del Código Civil contiene una excepción a esta forma de determinar la competencia. Es el caso, que existen una serie de relaciones a las que por uno y otro motivo el legislador ha considerado conveniente prohibir que sean vistas por sus tribunales. Ello independientemente de si el demandado es o no domiciliado. Las consideraciones en que se funda el legislador para establecer los casos de competencia negativa son varios y distintos. A continuación los analizaremos uno por uno.

## 2. Excepción a la competencia jurisdiccional internacional (CJI) por inmunidad

El tema de la inmunidad jurisdiccional de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional ha sido ampliamente tratado en la doctrina y en el Derecho comparado, y ha tenido interesantes desarrollos tanto en la legislación como en la jurisprudencia internacional.

En nuestro medio es un tema relativamente poco conocido, motivo por el que consideramos preciso hacer un comentario especializado sobre los antecedentes y evolución de la doctrina de la inmunidad jurisdiccional de los sujetos de Derecho Internacional.

Los Estados nacionales son soberanos para definir las normas que rigen la competencia de sus tribunales. Sin embargo, cuando se trata de relaciones que presentan elementos internacionales, los Estados deben establecer sus normas de competencia jurisdiccional en forma compatible con los principios generales de competencia procesal internacional.

En la práctica, si bien existen criterios y bases para señalar cuándo la competencia positiva de los Estados es compatible con los principios generales de competencia internacional, es difícil encontrar reglas concretas de competencia judicial positiva uniforme entre los Estados. Los tratados que intentan uniformizar criterios son escasos y abarcan grupos limitados de relaciones. Lo que sí existe en cambio es una regla aceptada referente a cuándo los Estados carecen de competencia. Es admitido plenamente que determinados sujetos están exceptuados, por su propia naturaleza o la naturaleza de sus funciones, de las jurisdicciones nacionales.

La inmunidad jurisdiccional constituye una excepción en favor de sus titulares, que deroga la regla de Derecho común de un Estado, el cual, en consideración a esta prerrogativa, se abstiene de conocer una causa para la que sería normalmente competente. Los sujetos que detentan inmunidad lo hacen como privilegio con respecto al resto de sujetos que actúan en la comunidad jurídica.

Es a esta regla a la que se refiere el artículo 2067 del Código Civil cuando menciona junto con los otros supuestos de competencia jurisdiccional negativa a las acciones que se inicien contra los Estados, representantes diplomáticos y organismos internacionales y sus funcionarios.

El Perú no tiene otra regla de derecho interno que reconozca la inmunidad. Esto podría llevar a pensar que, en principio, solo podrá ser invocado este privilegio cuando exista un tratado internacional aplicable sobre el tema. Consideramos que esa no debe ser la conclusión, si se ha introducido el supuesto en el artículo 2067 para introducir el principio de Derecho Internacional, y en todo caso, si no hay tratado o regulación especifica debe sostenerse que en aplicación al artículo 2047 del C.C. los alcances serán los que establezcan la doctrina del Derecho Internacional.

El origen y fundamento de la inmunidad jurisdiccional respecto de cada uno de los sujetos titulares de la misma no es siempre igual, y los alcances que se otorga a la "inmunidad jurisdiccional" estarán muy ligados a lo que es su origen y fundamento. Vamos entonces a comentar cuál es el origen y cuáles son los alcances que la doctrina reconoce a la inmunidad jurisdiccional de acuerdo al sujeto de que se trate.

### 2.1. Los Estados

La inmunidad jurisdiccional concedida a los Estados extranjeros tiene su origen en la necesidad de los Estados de respetar la soberanía extranjera. "*Par in parem non habet jurisdicctionen*".

La inmunidad jurisdiccional responde en el caso de los Estados extranjeros al elemento soberanía.

Los pares, los iguales, no pueden someterse entre sí. Un ciudadano particular de un Estado no puede someter unilateralmente a sus mandatos o decisiones a otro particular y para ello debe acudir a una autoridad. Del mismo modo, un Estado no puede someter a otro Estado a su mandato o decisión, y por lo tanto, un particular no puede someter a un Estado a las decisiones de las cortes de otro Estado.

Para poder someter a un Estado a la jurisdicción de una corte este debe haberse sometido a dicha jurisdicción. Esto sucede, por ejemplo, cuando en un tratado internacional los Estados se someten a un sistema de solución de controversias o a la jurisdicción de una corte o tribunal determinado. Pero si esto no sucede, sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, los Estados solo podrán ser sometidos a la jurisdicción de sus propias cortes.

Como dijimos, la inmunidad jurisdiccional concedida a los Estados extranjeros tiene su origen en el reconocimiento de la mutua obligación de los Estados de la comunidad internacional de respetar la soberanía extranjera.

Respecto a los alcances de la inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, existen dos grandes teorías conocidas como: teoría de la inmunidad absoluta y teoría restrictiva de la inmunidad. La doctrina considera que el derecho a la inmunidad soberana está basado en el Derecho Internacional. Es una de las reglas del Derecho Internacional que un Estado soberano no puede ser procesado en las cortes de otro Estado en contra de su voluntad. Como todas las reglas del Derecho Internacional, esta regla se dice emanada del consenso de las naciones.

La inmunidad absoluta reconocía al Estado, por su calidad de persona estatal, una inmunidad jurisdiccional plena. Las cortes de los países, según esta interpretación, debían de abstenerse de todo procedimiento iniciado contra Estados extranjeros sin entrar a ningún tipo de calificación sobre el asunto.

La doctrina restrictiva de la inmunidad sostiene que la teoría de la inmunidad absoluta se originó en un contexto diferente del actual. En el siglo XIX y primera parte del siglo XX un Estado no entraba en relaciones comerciales. Se sujetaba a su tradicional función como soberano, centrada principalmente en la mantención del orden interno, en la dirección de las relaciones internacionales y en la defensa del país. Es en ese contexto en el que se hizo fuerte la teoría de la inmunidad absoluta, y de ahí que durante mucho tiempo fuera la regla vigente en el Derecho Internacional. Sin embargo, el rol del Estado ha sufrido una radical transformación en cuanto a sus funciones. El Estado moderno ha entrado en actividades comerciales, y a través de sus órganos incursiona en los mercados internacionales, adquiere mercancías, fleta buques, firma documentos de crédito.

Esta extensión en las actividades de los Estados ha dado lugar a que para reconocerles inmunidad jurisdiccional resultará conveniente fijar condiciones. Es en estas circunstancias que se desarrolló la teoría restrictiva de la inmunidad. Ante la situación descrita resultó necesario preguntarse si la inmunidad se debía otorgar a todos los actos de los Estados o solo a aquellos efectuados en ejercicio de sus derechos soberanos (acto *iure imperii*). La cuestión dio lugar a una ardua discusión doctrinaria, que dividió las opiniones de las cortes durante mucho tiempo. La teoría de la inmunidad restrictiva distingue entre los actos *iure imperii* y los *iure gestionis*. Considera que solo por los primeros, el Estado extranjero puede invocar inmunidad jurisdiccional. Se parte para ello de que la inmunidad es reconocida a los Estados extranjeros en su calidad de soberanos.

Se sostiene que, cuando uno de los Estados soberanos sale del ámbito de la actividad soberana y está realizando actos de derecho privado o transacciones comerciales, no puede exceptuarse de la competencia judicial extranjera, invocando inmunidad jurisdiccional. La distinción entre los actos que los Estados realizan como gobierno y los que realizan como particular no es siempre fácil. Es necesario, en ese sentido, definir términos y establecer condiciones. Muchos países cuyas cortes han incorporado la doctrina restrictiva de la inmunidad han sancionado leyes internas al respecto. Son ejemplos de esto Estados Unidos, Inglaterra y Canadá, cuyas cortes habían adoptado esta teoría, incluso antes de dictarse los actos legislativos por las que se regularon.

Hoy en día puede considerarse que la doctrina prevaleciente respecto a los Estados soberanos es la teoría restrictiva de la inmunidad. Esto queda corroborado porque las cortes de

muchos países se han pronunciado en favor de esta doctrina y porque hay una corriente legislativa en ese sentido.

### 2.2. Las misiones diplomáticas extranjeras

Los privilegios e inmunidades diplomáticas son aquellos de los que gozan las misiones diplomáticas acreditadas ante un Estado extranjero.

Para explicar la naturaleza de los privilegios e inmunidades de las misiones diplomáticas extranjeras se ha acudido a distintas teorías.

La más relevante fue la teoría de la extraterritorialidad, que era definida por Grotius como que la posición de excepción de un embajador suprimía toda territorialidad del Estado, y la persona extraterritorial debía ser considerada como no residente en el Estado extranjero. Actualmente, se prefiere basar la inmunidad jurisdiccional de las misiones y agentes diplomáticos en criterios más pragmáticos, y se considera que la base de ella se encuentra en la necesidad de permitir un libre y completo ejercicio de la misión diplomática y de mantener la dignidad de los representantes, por respeto al Estado al que representan. Las reglas suelen tener como guía la reciprocidad entre Estados, como fruto del reconocimiento de la necesidad de garantizar una independencia funcional a los representantes de un Estado extranjero en su actuación como diplomáticos de dicho Estado.

Es importante anotar que las misiones diplomáticas de los Estados podrían ser consideradas como parte del sujeto "Estado extranjero", al que nos hemos referido en el literal anterior. Sin embargo, la inmunidad que se reconoce a las misiones diplomáticas es especial y tiene un fundamento específico, que no es el mismo que aquel que hemos definido y que sustenta la inmunidad de los Estados en sí mismos.

Todos los Estados acreditan misiones diplomáticas ante otros Estados. Estas misiones, más allá y además de ser dependencias de un Estado extranjero, tienen la particularidad de tener que cumplir su función necesariamente en el territorio del otro Estado extranjero.

Los Estados de la comunidad internacional deben garantizarse mutuamente que no intervendrán en las funciones de las misiones acreditadas ante ellos y que respetarán su independencia. Es como garantía de este compromiso de otorgar facilidades y respetar el libre ejercicio de las funciones de las misiones diplomáticas, que los Estados se reconocen mutuamente una serie de privilegios para sus locales y funcionarios.

Dos son los privilegios fundamentales. Ellos son la inmunidad jurisdiccional y la inviolabilidad. Para una actuación totalmente libre de interferencias y presiones por el Estado receptor o Estado sede, este no debe poder someter a las misiones y agentes diplomáticos extranjeros a los mandatos de sus autoridades. De estar en capacidad de someterlos dicha independencia se vería amenazada. Por ello, el fundamento de la inmunidad jurisdiccional de las misiones diplomáticas extranjeras radica en la necesidad funcional y en la reciprocidad. Lo señalado para las misiones diplomáticas es aplicable también para las oficinas consulares.

Desde luego y sin perjuicio de que la regla que reconoce la inmunidad jurisdiccional se extiende a todos los Estados, debemos reconocer que, en la medida en que las cortes de un determinado Estado sean más independientes del poder político y gocen de mayor prestigio, la importancia relativa del privilegio será menor. En cambio, en los Estados que tienen Poderes Judiciales institucionalmente débiles y/o sometidos al poder político, la importancia del

privilegio se hace mayor y puede ser fundamental para garantizar la actuación de las representaciones diplomáticas extranjeras.

Los privilegios e inmunidades de que gozan, de acuerdo al Derecho Internacional, las misiones y agentes diplomáticos, están reflejados en la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas suscrita el 18 de abril de 1961, que entró en vigor en 1964. Son parte de ella cerca de 150 Estados. Para las oficinas y funcionarios consulares existe otra convención específica de 1968.

La Convención de Viena se refiere directamente a la inmunidad de jurisdicción de los agentes diplomáticos y no expresamente a la inmunidad jurisdiccional de la propia misión como dependencia del Estado extranjero. Se entiende que la misión, al ser parte de un Estado extranjero, estará amparada por la inmunidad de jurisdicción que debe reconocerse a los Estados extranjeros.

Respecto a las inmunidades que se conceden a los agentes diplomáticos se establece inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa. Esto es, inmunidad jurisdiccional plena. Los conceptos que se utilizan son generales, para ser aplicados en más de 150 países. Por ello, la inmunidad jurisdiccional referida a procesos judiciales se divide simplemente en civil y penal y se complementa con la inmunidad administrativa.

Respecto a la inmunidad civil y administrativa, que es la que interesa para efectos de este informe, ella alcanza todos los actos que realizan los agentes diplomáticos para el cumplimiento de sus funciones. La Convención indica expresamente los actos que se excluyen de la inmunidad.

Para el cumplimiento de las actividades propias de la misión, esta establecerá en el Estado receptor relaciones de distinto carácter con los nacionales del referido Estado. Se entiende que estas relaciones son establecidas directamente por el Estado acreditante. A la misión, como dependencia del Estado extranjero, le alcanza la inmunidad que se reconoce al Estado acreditante. La pregunta es entonces si a la misión se le aplica la teoría restrictiva de la inmunidad.

Consideramos que la respuesta debe ser negativa. Si alguna actividad del Estado cumple rigurosamente con estar incluida en lo que son actos de soberanía, son las actividades que cumplen las misiones diplomáticas extranjeras. Por definición, las misiones diplomáticas realizan actividades *iure imperii*. Debemos, pues, asumir que la actividad realizada por la misión diplomática estará dentro de las funciones que le son propias, por lo que, de acuerdo a las normas internacionales, constituye el ejercicio de actos *iure imperii* y todas sus actividades estarán amparadas por la inmunidad.

El Perú ha suscrito y ratificado dos convenciones importantes. Está de un lado la Convención sobre Funcionarios Diplomáticos suscrita en La Habana el 20 de febrero de 1928 y ratificada por el Perú el 4 de abril de 1941 y, de otro lado, la antes mencionada Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas del 18 de abril de 1961, ratificada por nuestro país por D.L. Nº 17243. Esta última Convención mencionada contempla la función diplomática en un sentido amplio y satisfactorio[1]. Se trata de un instrumento general, pues se han adherido a él un universo extenso de Estados, que además recoge de forma muy completa lo que es el Derecho moderno sobre las relaciones diplomáticas. Sus artículos 31 y 32 se refie-

(1) DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid, 1979, p. 424.

ren especialmente a la inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa, regulando este privilegio y sus excepciones. Nos referimos en forma especial a este cuerpo de normas, porque el Perú además de ratificarlo como ya indicamos, ha reglamentado sus disposiciones mediante un decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores (D.S. Nº 007-RE del 7 de julio de 1982).

### 2.3. Los organismos internacionales

El fundamento jurídico de la inmunidad jurisdiccional es distinto según el sujeto de derecho de que se trate, aun cuando en la práctica los alcances puedan ser eventualmente los mismos. El fundamento jurídico de la inmunidad de los organismos internacionales está en el reconocimiento a la labor que estas entidades cumplen a nivel internacional. Sin entrar aquí a un estudio de la teoría de las organizaciones internacionales debemos expresar que su existencia es respuesta a una necesidad, que es la de llenar un vacío de gobierno en el sistema mundial satisfaciendo funciones que rebasan la competencia de Estados y sociedades nacionales.

Si bien los organismos internacionales son entidades constituidas con la participación conjunta de los Estados, estas son creadas con el propósito de cumplir funciones supranacionales, que exceden de la competencia, o que requieren del concurso de varios Estados.

Todos los Estados tienen interés en que la organización pueda cumplir sus funciones. Sin embargo, el organismo internacional debe llevar adelante sus actividades en el territorio de alguno de los Estados miembro. Para garantizar qué actividades de los organismos internacionales puedan realizarse con libertad, sin la intervención o presión de los Estados, los Estados que las constituyen y principalmente los Estados que les dan sede les reconocen una serie de privilegios e inmunidades. La inmunidad jurisdiccional es la principal garantía para asegurar el cumplimiento independiente de las funciones de estos sujetos internacionales.

Pese al reconocimiento que existe a este privilegio, no hay una convención o tratado multilateral que regule la inmunidad de jurisdicción de organismos internacionales, y debemos acudir a convenciones de tipo particular referidas a un organismo internacional específico. Tenemos tres clases de tratados en los que puede hallarse la regla que reconoce inmunidad. En primer lugar, los tratados que crean un organismo internacional. Estos tratados suelen reconocer a la organización que se constituye, sin entrar en regular sino en forma muy general, privilegios e inmunidades. Si el Perú es parte de un convenio de este tipo y lo ratifica, lo está incorporando a su Derecho interno y, por lo tanto, reconoce en favor de la entidad internacional inmunidad de jurisdicción. En este caso los alcances de la inmunidad deberán ser delimitados de acuerdo al Derecho Internacional general.

En virtud de las dificultades que puede presentar el no reglamentar los privilegios e inmunidades es que las organizaciones internacionales cuidan de celebrar acuerdos internacionales, ya sean multilaterales o bilaterales, con los países con los que sostienen continuamente relaciones, detallando los alcances y límites de los privilegios que le son aplicables. Es en estos tratados entre los Estados sede y los organismos donde generalmente se encuentra consagrado el privilegio de inmunidad jurisdiccional que los exceptúa de las jurisdicciones nacionales.

## 3. Predios situados en el extranjero

El Código Civil en el numeral 1 de su artículo 2058 otorga al juez peruano competencia exclusiva sobre las acciones relativas a derechos reales sobre predios ubicados en la República. Esto significa que no será posible ejecutar en el Perú una sentencia extranjera que resuelva

sobre una acción de esta naturaleza en relación a un predio situado en el país. Coherentemente con su posición de no reconocimiento a este tipo de resolución de una autoridad judicial extranjera, el legislador de 1984 establece como contrapartida la competencia negativa de sus jueces en acciones relativas a derechos reales sobre predios situados en el extranjero. Se consagra la regla *Fori rei situs* para acciones relativas a derechos reales sobre predios en forma extrema, eliminando de llano la posibilidad de que un juez se aboque a este tipo de acciones cuando un predio no está en su jurisdicción territorial.

## 4. Sometimiento a jurisdicción extranjera

También este caso puede considerarse como correlativo a la opción del numeral 3 del artículo 2058 del C.C., que presume que la elección por las partes de un tribunal determinado es exclusiva. Es respetando tal exclusividad que decide el legislador del 84 prohibir a sus tribunales que conozcan en ningún caso de acciones relativas a asuntos que han sido sometidos por los interesados a una jurisdicción extranjera. El artículo indica además, que la ausencia de competencia peruana está condicionada a que se cumpla con lo dispuesto por el artículo 2060 del C.C., vale decir, que se trate de acciones patrimoniales y que no versan sobre asuntos de jurisdicción peruana exclusiva ni constituyan abuso del derecho, ni sean contrarios al orden público del Perú. Vale la pena destacar que aun cuando esto último no estuviere dicho expresamente, existirían los condicionamientos a la posibilidad de prórroga de jurisdicción, pues ellas son reflejo práctico de los principios consagrados en las disposiciones generales del Libro X en su artículo 2049.

Tenemos además aquí un principio que si bien podría considerarse comprendido en el espíritu del Código, no se halla expresamente señalado en los dispositivos generales, cual es, que no se admiten pactos sobre asuntos de competencia exclusiva. La autonomía de la voluntad, en cuanto a la elección de un foro, está limitada a los supuestos de jurisdicción facultativa.

## 5. Acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales o las relaciones familiares

En forma consistente con lo establecido en el artículo 2062 del C.C., el legislador ordena al juez peruano abstenerse de conocer de una causa relacionada con las personas o la familia, cuando la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República. Si bien nuestro Código no recoge la excepción de fraude a la ley, contiene normas que no permiten a personas no relacionadas a nuestro sistema a plantear causas que carecen de vinculación con nuestro Estado.

## DOCTRINA

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1, 2ª edición, Comares, Granada, 2000; DE VISSHER, Charles. Teorías y realidades en Derecho Internacional Público; FERRER VIEYRA. Notas sobre privilegios e inmunidades en Organismos Internacionales y en especial en la OEA. Imprenta de la Universidad de Córdoba, Argentina, 1950; LORD, Denning, M.R. En: Trendtex Trading Corporation vs. Central Bank of Nigeria. United Kingdom Court of Appeal Decision, International Legal Materials, Volumen XVI, N° 3, mayo, 1977; MEDINA, Manuel. Las organizaciones internacionales. Alianza Universidad Textos, Madrid, 1979; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 1ª edición, Lima, 1985; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil. 1ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1980; RIGAUX, Francois. Droit Public et Droit Privé dans le relations internationales. Publicación de la Revue Generale de Droit International Public, N° 26, París A.

Pedone; SHAW, L.I. En: Trendtex Trading Corporation vs Central Bank of Nigeria. United Kingdom Court of Appeal Decision, International Legal Materials. N° 3, Volumen XVI, mayo, 1977; VIRGOS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFEREZ, Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: litigación internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; ULLOA, Alberto. Derecho Internacional Público. Tomo II; DIEZ DE VELASCO, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público, Madrid, 1979.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

Competencia negativa de los tribunales peruanos

*Que, de la revisión de los actuados, se advierte que los jueces peruanos han sometido a su jurisdicción la demanda sobre pago de beneficios sociales interpuesta por la accionante sin tener en cuenta la figura jurídica de la inmunidad jurisdiccional y la competencia del órgano judicial tratándose de legaciones diplomáticas. Que, el Consulado de Colombia en el Perú, en virtud de la Convención de La Habana de mil novecientos veintiocho sobre Derechos y Deberes de los Funcionarios Diplomáticos, la Convención de Viena de mil novecientos sesentiuno sobre Relaciones Diplomáticas, la Convención de Viena de mil novecientos sesentitrés y la Convención de Viena de mil novecientos sesentinueve (convenciones ratificadas por el Perú y vigentes), tiene inmunidad jurisdiccional y administrativa, sin hacer distingos si se trate de materia penal, civil u otro, lo que implica que también comprende a la materia laboral. Consecuentemente, por el principio de inmunidad, no puede ser sometido a una jurisdicción distinta a la establecida en las referidas normas internacionales ni a un procedimiento distinto al señalado para ventilar la pretensión demandada* ***(Cas. N° 433-2005-Loreto).***

# TÍTULO III
# LEY APLICABLE

## Principio y fin de la persona natural

**Artículo 2068.-** *El principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio. Cuando un efecto jurídico dependa de la sobrevivencia de una u otra persona y estas tengan leyes domiciliarias distintas, y las presunciones de sobrevivencia de esas leyes fueran incompatibles, se aplica lo dispuesto en el artículo 62.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1, 33, 61, 62; C.P.C. arts. 14, 67; C.D.I.P. arts. 28, 29, 30*

**LUZ MONGE TALAVERA**

El Título III del Libro X del Código Civil denominado "Ley aplicable" tiene como objeto esencial la determinación de las reglas de conflicto de leyes aplicables a las diversas categorías de relaciones de Derecho. El conjunto de estas reglas constituye la materia principal del Derecho Internacional Privado. Su particularidad es que no son normas sustanciales o materiales, pues no tratan directamente la sustancia o materia de la relación privada en causa y por lo tanto no resuelven, por sí mismas, el problema de Derecho Privado que se presenta (MAYER). Este conjunto de reglas se limita a designar la norma sustancial estatal que el órgano jurisdiccional competente deberá tener en cuenta para resolver la relación litigiosa.

La regla de conflicto de leyes, en el modelo tradicional propuesto por Savigny, define una categoría jurídica (por ejemplo, el estado y la capacidad de las personas, el matrimonio, los contratos, los bienes) y un factor de conexión (por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio), el mismo que permite designar la ley a la cual se somete las relaciones que entran en alguna categoría.

Existe consenso tanto en la doctrina como en la legislación comparada en distinguir cuatro grandes categorías jurídicas (las personas, los bienes, los actos y los hechos jurídicos) que corresponden a las reglas de conflicto principales (LOUSSOUARN, BOUREL). De estas últimas se derivan las reglas de conflictos particulares. La finalidad es someter todos los aspectos que se derivan de una relación jurídica a una misma ley. Es el único medio de asegurar la coherencia de las diversas soluciones.

Las relaciones concernientes a la persona en cuanto tal, se agrupan en la categoría de conexión denominada "estatuto personal". Se trata de un vasto dominio que comprende, por un lado, el estatuto individual, es decir, el principio y fin de la persona, el estado civil, el nombre y la capacidad. Por otro lado, el estatuto personal engloba el estatuto familiar, incluidas las relaciones entre los esposos (matrimonio, divorcio) y las relaciones entre padres e hijos (filiación). Dentro del Derecho nacional, el estatuto personal engloba también el régimen patrimonial del matrimonio y aun el derecho sucesorio. Cabe precisar que en el ámbito de la legislación comparada, ciertos países como Francia, restringen el estatuto personal únicamente a los derechos de naturaleza extrapatrimonial.

Esta primera categoría de conexión, compuesta por el Derecho de las Personas y el Derecho de Familia (o estatuto personal), encuentra su unidad en la sumisión de las diferentes

materias que la componen a una misma ley, denominada ley personal, que no varía en función de los desplazamientos pasajeros de la persona de un Estado a otro.

Siendo la ley personal aquella que presenta un vínculo directo con la persona, queda a determinar el criterio de conexión al cual se someterá el estatuto personal. Desde el siglo XIX aproximadamente hasta nuestros días, existen dos criterios principales de conexión o elementos de localización: la nacionalidad y el domicilio. En el plano del Derecho comparado, los sistemas jurídicos de los diferentes países se hallan divididos entre las legislaciones que acogen la ley nacional para regir el estatuto personal y aquellas que optan por la ley del domicilio.

Dentro de la legislación nacional, el artículo 2068 del C.C., que inicia el articulado referente a la determinación de la ley aplicable adopta una posición clara y única estableciendo, sin ambigüedad, que "el principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio". Así, el Código Civil designa a la ley del domicilio como ley personal.

Es entonces la ley del domicilio la que determina a partir de cuándo se adquiere la calidad de persona natural. La norma se explica debido a la existencia de diversas soluciones sobre el particular en la legislación comparada. Algunos Códigos Civiles, como por ejemplo el argentino, establecen que la existencia de la persona comienza desde la concepción. Contrariamente, otros países establecen que la atribución de la personalidad está subordinada al hecho de que el niño nazca vivo y viable (Francia, Bélgica). En el ordenamiento jurídico peruano, y en otros países latinoamericanos, la calidad de persona natural se adquiere al momento del nacimiento con vida sin ninguna otra exigencia legal, y aun si el niño vive apenas unos minutos después de su nacimiento.

Es también la ley del domicilio la que regula lo concerniente a la extinción de la persona natural, y consecuentemente, los efectos jurídicos que esta genera. Es consenso, en la legislación comparada, que el hecho de la muerte pone fin a la persona.

El segundo apartado del artículo 2068, bajo comentario, prevé qué ley debe regir los efectos jurídicos derivados de la hipótesis en la cual se produce la muerte de dos personas y se carece de prueba acerca del momento preciso de la muerte de cada una de ellas. En la eventualidad de que ambas tengan leyes domiciliarias diferentes y estas últimas establezcan presunciones de sobrevivencia incompatibles, el artículo 2068 dispone que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 62 del Código Civil. Se consagra así la presunción de conmorencia y se descarta la tesis de la premoriencia que se fundaba en razones de edad o sexo de la persona. Significa que si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se les considera muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos sucesorios.

El artículo 2068 guarda concordancia con el Código de Derecho Internacional Privado, más conocido como Código de Bustamante (La Habana, 20 de febrero de 1928), que en sus artículos 28 y 29 establece lo siguiente:

> Artículo 28.- "Se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples".
>
> Artículo 29.- "Las presunciones de supervivencia o de muerte simultánea en defecto de prueba, se regulan por la ley personal de cada uno de los fallecidos en cuanto a su respectiva sucesión".

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Económica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois, Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; LOUSSOUARN, Jean et BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER Francoise. Droit International Privé. Litec., París, 2003; REVOREDO M., Delia. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios - Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier. Bruxelles. Bélgica, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Editorial Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Declaración de ausencia

**Artículo 2069.-** *La declaración de ausencia se rige por la ley del último domicilio del desaparecido. La misma ley regula los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente.*

*Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán regulándose por la ley que anteriormente las regía.*

Concordancias:
*C.C. art. 49; C.D.I.P. arts. 78 a 83*

LUZ MONGE TALAVERA

Demolombe decía que la ausencia es un "estado equívoco y perplejo". En efecto, la ausencia es aquella situación en la cual no se sabe si la persona está viva o muerta. Eso explica por qué, según Carbonnier, la ausencia "constituye una institucionalización remarcable de la duda infinita".

El artículo 2069, bajo comentario, determina la ley aplicable a la declaración de ausencia. La materia está incluida en la categoría de conexión denominada estatuto personal, la cual reagrupa el conjunto de relaciones que tocan a la persona en cuanto tal. Forman parte del estatuto personal el nombre, la capacidad, el matrimonio, la filiación, entre otros.

El fundamento de esta categoría se halla en la necesidad de dotar al estatuto personal de permanencia o estabilidad, sometiendo las diversas materias que lo componen a una ley que no varíe en función de los desplazamientos pasajeros de la persona de un lugar a otro. Dado que las normas que rigen el estatuto personal son de carácter imperativo, resulta de particular importancia conectar los diversos aspectos que lo integran a una ley fácilmente previsible y determinable.

Es consenso en doctrina que dicha ley debe presentar un vínculo directo con la persona. Sin embargo, en el plano del Derecho legislativo, la elección de un criterio para la categoría se divide entre los países que retienen la ley nacional, como la generalidad de países europeos, y aquellos que prefieren la ley del domicilio, como es el caso de los países anglosajones, escandinavos y de América Latina.

El Código Civil nacional somete la declaración de ausencia a la ley del último domicilio del desaparecido. En concordancia analógica con el Derecho de Sucesiones, la misma ley rige los efectos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del desaparecido. El artículo 2069, bajo comentario, garantiza de esta forma la unidad del régimen jurídico de la institución.

La solución adoptada por el legislador de 1984 se aparta del Derecho convencional en lo que concierne a los efectos de la declaración de ausencia sobre los bienes del desaparecido. Específicamente de los tratados de Derecho Civil de Montevideo y de La Habana, que retienen como criterio de conexión la *Lex rei sitae* (ley de la ubicación del bien).

El último párrafo del artículo comentado dispone que las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán regulándose por la ley que anteriormente las regía. La finalidad es evitar toda suerte de perturbaciones y al mismo tiempo proteger derechos adquiridos de conformidad con esas leyes.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn, 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois, Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; LOUSSOUARN, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M., Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios - Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, Bélgica, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Estado y capacidad de la persona natural

**Artículo 2070.-** *El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio.*

*El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.*

*No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero.*

Concordancias:
*C.C. arts. 3, 4, 39, 42, 43, 44, 140, 2062; C.P.C. arts. 57, 58; C.D.I.P. art. 27*

MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

# 1. Introducción

La determinación de la ley aplicable al estado civil y la capacidad de la persona natural son el eje central del artículo 2070 del Código Civil. Al respecto, es importante destacar, en primer lugar, que ambos aspectos conforman lo que se ha denominado con propiedad el estatuto individual.

En la actualidad surge una nueva categoría que comprende los derechos de la personalidad, los cuales son derechos esenciales, inherentes al ser humano, consustanciales a su propia dignidad, y protegidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 6 consagra el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica. En el mismo sentido, la Constitución Política peruana proclama en su artículo 1 que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; mientras que en el artículo 2 enumera los derechos fundamentales de la persona humana.

No obstante lo mencionado, el Código Civil peruano no contiene ninguna disposición al respecto, motivo por el cual sugerimos la siguiente adición al artículo 2070:

> "El estado y la capacidad de la persona natural, así como sus inherentes derechos, se rigen por la ley de su domicilio".

# 2. El estado de la persona natural

El estado de la persona comprende en derecho interno el nombre, el domicilio y la nacionalidad. Sin embargo, esta última no es objeto de conflicto de leyes, en virtud del principio según el cual el Estado determina soberanamente quiénes son sus nacionales.

### a) Derecho al nombre

El nombre es una institución compleja que está al servicio de diversos objetivos, en las que se mezclan diferentes aspectos y se hacen sentir intereses plurales. El nombre tiene una dimensión privada personal, pero también posee un componente público, administrativo y penal. Sus particularidades llevan a considerar al nombre como un derecho-deber, derecho de uso exclusivo, oponible a los demás, que han de respetarlo y obligación impuesta con carácter general por el Estado, cuya infracción se sanciona penalmente. En esta materia se involucra el interés de la persona designada por un nombre, que la individualiza y es emanación

y reflejo de su personalidad; el interés familiar, en la medida en que el nombre suele expresar una relación familiar y aparece en estrecha vinculación con el estado civil; y el interés del Estado, pues el nombre permite identificar a los ciudadanos.

El derecho al nombre de la persona está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2); en la Declaración de los Derecho del Niño (principio 3); y en el Convenio sobre los Derechos del Niño (artículo 7.1). Por su parte, la doctrina, con algunas excepciones, incluye la problemática del derecho al nombre dentro del ámbito del estatuto personal del titular. Ello implica considerar al nombre como un ámbito de la personalidad, y como tal, constituye un elemento del estado de las personas.

La normativa referida a la protección del nombre varía en los diferentes Estados en función de la concepción que cada ordenamiento jurídico tenga acerca de los derechos que resultan de la personalidad, es decir, del ámbito de protección con la que cuente su titular contra cualquier infracción que se produzca respecto a ellos. La Constitución peruana, en su artículo 2, inciso 1, consagra el derecho a la identidad de todas las personas, dentro del cual queda comprendido el derecho al nombre.

El nombre, además de ser una manifestación del estado de las personas, es una institución de policía, y de allí el carácter territorial de las normas relativas al Registro Civil. La Constitución peruana, en su artículo 183, establece que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifiquen el estado civil, manteniendo asimismo el Registro de Identificación de los ciudadanos. La Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley Nº 26497 del 11 de noviembre de 1995, norma en su Título V todo lo referente al Documento Nacional de Identidad, y en su Título VI todo lo que refiere a las inscripciones en el Registro.

Respecto a los actos de estado civil levantados por una autoridad extranjera, de acuerdo a la forma prevista por la ley local, estos gozan de fe pública en el Perú: *actor regit actum*. Esta afirmación solo concierne al valor del *instrumentum* mismo, aplicándose a la autoridad competente, como a la validez formal del acto. La principal dificultad se presenta en lo que atañe a la fuerza probatoria, la cual en principio está determinada por la ley extranjera, pero bajo ciertas reservas referidas a la calificación por la *Lex fori*, permaneciendo asimismo latente la excepción de orden público. A esta última podrá siempre recurrirse para excluir la aplicación de la ley extranjera cuyo contenido vulnera principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

**b) El domicilio**

El domicilio, como el nombre, en cuanto sirve para individualizar a la persona pertenece al estatuto personal y está definido por la ley personal. Cuando es materia de conflicto de leyes –determinación de la ley aplicable– el domicilio sirve de factor de conexión, y con la finalidad de no caer en un círculo vicioso, será la ley del Estado que adopta la conexión domiciliaria la encargada de definirlo.

Los legisladores del Libro X del Código Civil, Libro de Derecho Internacional Privado, por decisión de la Comisión Revisora, suprimieron del texto final los artículos que trataban sobre el domicilio internacional de las personas físicas. La razón principal que llevó a la Comisión Revisora a tomar tal decisión, se debió a la consideración de que el domicilio ya se encontraba normado en el Libro de las Personas del Código Civil, y hacerlo en el Libro X hubiera sido reiterativo.

Sin embargo, la Dra. Revoredo Marsano, con razón, nos dice que no cabe asimilar el domicilio en derecho interno, al domicilio en Derecho Internacional Privado, porque en este último es un factor de conexión, una circunstancia que conecta el caso concreto con el juez competente o con la ley aplicable; es una herramienta de la cual se vale el legislador para atribuir a los distintos casos internacionales una determinada jurisdicción o una determinada ley.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la definición del domicilio que hace el artículo 33 del Código Civil peruano, como la residencia habitual de una persona, al ser una conexión funcional, al no requerir mayor margen de interpretación, simplifica el problema. Adicionalmente, el Perú ha ratificado la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Persona Físicas en el Derecho Internacional Privado, en la que se reconoce la necesidad de interpretar unívocamente el domicilio internacional.

## 3. La capacidad de la persona natural

Dada las varias nociones a las que alude la palabra "capacidad", para alcanzar una exacta comprensión de la institución, debemos partir del Derecho Civil. Según Capotorti, todas las formas de capacidad tienen un elemento común: se trata siempre de una aptitud subjetiva reconocida (o limitada) por el Derecho sobre la base de ciertas cualidades o condiciones personales. No obstante, el contenido y la extensión de esta aptitud varían considerablemente siguiendo sus diferencias específicas. En principio, se puede afirmar que hay dos nociones fundamentalmente distintas: la capacidad de goce de los derechos y la capacidad de ejercicio de los derechos, cada una de ellas tiene por así decirlo, dos dimensiones; una general y otra especial. Al lado de las dos formas generales de la capacidad se encuentran numerosas capacidades especiales, en razón de la gran cantidad de relaciones e instituciones jurídicas en frente de las cuales se plantea una cuestión especial de capacidad.

Dado que las incapacidades de goce son siempre especiales y relacionadas con ciertos actos, no relevan del estatuto personal, pues no son establecidas en función de la personalidad, sino que forman parte integrante del funcionamiento de una determinada institución. Por ello, solo las incapacidades de ejercicio forman parte del estatuto personal, en la medida que tienen por objeto proteger a la persona en razón de su minoría de edad o su debilidad física o mental. Como los diferentes Estados no adoptan las mismas reglas materiales en estas materias, es a menudo necesario determinar la ley aplicable a esta aptitud.

El Derecho Internacional Privado comparado consagra la conexión de la ley personal, que dependiendo de los diversos países suele ser la ley del domicilio, o la ley nacional, aunque existen algunos casos de utilización de la religión como factor de conexión.

## 4. Aplicación de la ley del domicilio. Excepciones. Dominio

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2070 del Código Civil: "El estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio". Con esta conexión se uniformiza la legislación peruana con lo dispuesto en el Tratado de Montevideo de 1889, y con la mayoría de los existentes en Latinoamérica y en los países del *common law*.

El artículo comentado contiene dos excepciones a la vigencia de la ley del domicilio. La primera está referida a los derechos adquiridos, estableciéndose que: "El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud del domicilio anterior". Ello significa que con el cambio de domicilio, la persona natural no puede resultar con una capacidad menor, pero sí con una capacidad mayor a la que tenía en virtud de su domicilio

anterior, adoptándose la tendencia de la ley más favorable a la capacidad. Este principio ya se hallaba contenido en el Tratado de Montevideo de 1889 (artículo 2) y en el Código Bustamante de 1928 (artículo 8).

La aplicación de lo establecido en el artículo 2070 del Código Civil, en lo que respecta al respeto de los derechos adquiridos, debe efectuarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2050 del Código Civil. A tenor de este último, dos requisitos deben ser cumplidos para el reconocimiento en el Perú de un derecho regularmente adquirido en el extranjero: (i) que haya nacido al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado; y (ii) que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres.

La segunda excepción del artículo 2070 del Código Civil a la aplicación de la ley del domicilio para determinar la capacidad de una persona natural es la contenida en el tercer acápite del citado artículo, el cual establece que: "No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de las obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de un acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero".

En otras palabras, la excepción establece el reemplazo de la *Lex domicili* por la *Lex loci actus*, para regir la capacidad de las personas naturales, pero solo cuando se trata de obligaciones patrimoniales, sean estas contractuales o extracontractuales. Las obligaciones extrapatrimoniales, en cambio, continúan regidas por la *Lex domicili*.

La *ratio legis* de esta excepción relativa a las obligaciones patrimoniales obedece a dos hechos importantes. En el caso de las obligaciones patrimoniales extracontractuales nacidas por mandato de la ley, la fuerza vinculante existente entre la capacidad y la ley del domicilio se ve diluida por la importancia que tiene la efectividad de las leyes dentro de su territorio; tratándose de obligaciones patrimoniales contractuales, la excepción se justifica no solo por el respeto a la voluntad de las partes, sino también por la seguridad jurídica que brinda este sistema al no permitir el eventual respaldo de irresponsabilidad que pudiera otorgar la ley extranjera al considerar incapaz al agente que, de domiciliar en el lugar de celebración del contrato, sería responsable.

Los antecedentes de esta excepción los encontramos en la teoría del "interés nacional", la cual se opone a que el contratante del país sea lesionado por la aplicación de la ley extranjera. Dicha teoría ha sido criticada por cuanto conduce a una verdadera denegación de justicia, discriminando el interés del extranjero respecto del contratante del país, haciéndolo de inferior condición cuando ambos son igualmente merecedores de respeto. La solidez de esta argumentación ha traído como consecuencia que se busque matizar la teoría del "interés nacional" para que no funcione automáticamente en todos los casos. El Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dispone en su artículo 11: "En los contratos celebrados entre personas que se encuentran en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país, solo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley, si en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia de su parte".

La regla *Lex loci actus* propuesta por el tercer acápite del artículo 2070 para regir la capacidad de las personas naturales que contraigan obligaciones patrimoniales, en reemplazo de la *Lex domicili* tiene dos excepciones importantes prescritas por el mismo 2070: (i) cuando se trate de acto jurídico unilateral, y (ii) cuando existan predios situados en el extranjero. En el

primer caso, la excepción se justifica por el hecho que tratándose de negocio jurídico unilateral, la *Lex loci actus* pierde la fortaleza vinculante con la obligación, pues esta no nace necesariamente por imposición de la ley de dicho lugar (donde se realizó el acto), ni por voluntad concordante entre las partes involucradas. Por el contrario, en este caso, la obligación va estrechamente vinculada al lugar de realización o de cumplimiento, el cual puede ser elegido exclusivamente por el agente, por lo que se presta a que este pueda obtener beneficios particulares en perjuicio o en desigualdad de condiciones del tercero posteriormente vinculado a la relación.

En el segundo caso, la excepción que versa sobre los predios situados en el extranjero, está basada en el carácter territorial que presentan las relaciones jurídicas internacionales vinculadas a predios. La exclusión de los contratos sobre predios *situs* en país extranjero obedece a razones de efectividad.

Es importante enfatizar que el predominio de la *Lex loci actus* sobre la *Lex domicili*, en lo que respecta a la capacidad de las personas naturales que contraigan obligaciones patrimoniales, a tenor de lo señalado por el artículo 2070 del Código Civil, solo está referida a los actos jurídicos celebrados en el Perú. La teoría del interés nacional, por tanto, opera respecto a los contratos celebrados en el país del foro, pero no con relación a los concluidos en el país extranjero. Se trata, en consecuencia, de una formulación unilateral de la teoría del interés nacional. Al respecto opinamos, que en aras de la unidad doctrinal, y de la facilitación del comercio internacional, debe bilateralizarse el predominio de la *Lex loci actus* sobre la *Lex domicili* en materia de capacidad de las personas naturales que contraigan obligaciones patrimoniales. También resulta importante que el texto del artículo 2070 establezca de manera explícita que la primacía de la *Lex loci actus* tiene lugar solo en los actos jurídicos patrimoniales –sean contractuales o extracontractuales–, salvo las excepciones previstas en el tercer acápite del respectivo artículo.

En lo que atañe al dominio de la *Lex domicili*, ella rige las causales de incapacidad determinando los acontecimientos que conducen a la incapacidad como la edad o la demencia. Es igualmente esta ley la que prevé la necesidad de la intervención de la autoridad, sea esta judicial o administrativa. Sin embargo, es la *Lex fori* la que precisa el procedimiento a seguir. Asimismo, compete a la ley del domicilio del incapaz determinar los actos que no puede cumplir solo, o los que por excepción él pude realizar. Paralelamente, es la *Lex domicili* la que determina la representación del incapaz, las formalidades de conclusión de los actos que pueden ser impuestos y las relaciones de los diversos órganos de protección entre ellos, así como las condiciones de aptitud para las funciones de tutor. La ley del domicilio determina igualmente la sanción de la incapacidad o de la inobservancia de las formalidades requeridas.

## 5. Modificación propuesta al artículo 2070

"El estado y capacidad de la persona natural, así como sus inherentes derechos, se rigen por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

No es nulo por falta de capacidad el hecho o acto jurídico relativo a las obligaciones patrimoniales si el agente es capaz según la ley del lugar donde se celebró el acto, o donde acaeció el hecho generador de la responsabilidad extracontractual salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero".

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; REVOREDO MARSANO, Delia. (comp.). Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Okura Editores, Lima, 1985; AGUILAR NAVARRO BENITEZ DE LUGO, Mariano. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Estatuto Personal, Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho Internacional Privado. Derecho de la Persona. Eurolax, Madrid, 1995; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Código Civil IV. Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo Marsano, Lima, 1985.

## Instituciones de amparo al incapaz

**Artículo 2071.-** *La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio.*

*Las medidas urgentes de protección al incapaz que se encuentre en el Perú y, en su caso, las de protección a sus bienes situados en la República, se rigen por la ley peruana.*

Concordancias:
*C.C. arts. 37, 502 y ss., 564 y ss., 619 y ss., 2062, 2063; C.P.C. art. 58*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

### 1. Un problema de ubicación

Los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil ponen en evidencia un error en la ubicación del artículo 2071. En efecto, la norma se encuentra entre los dispositivos sobre personas y capacidad, cuando la tutela y demás instituciones de protección de incapaces son categorías del Derecho de Familia.

La situación es un rezago de la regulación del tema en el Código Civil de 1936, ya que esta norma no contemplaba un artículo específico sobre las instituciones de amparo al incapaz; la ley aplicable se determinaba entonces interpretando ampliamente el artículo V del Título Preliminar de dicho Código, referido a la ley aplicable al estado y capacidad de las personas. El Código vigente simplemente ha hecho la misma asimilación, vinculando a las instituciones de amparo de incapaces al tema de la capacidad, con el que no puede negarse que existe una vinculación, pero perdiéndose de vista que la regulación específica de la materia está en el Libro de Familia.

### 2. El domicilio como factor de conexión

Como se aprecia, el artículo en comentario hace regir la tutela y demás instituciones de amparo de incapaces por la ley del domicilio. En el esquema de nuestros codificadores, se siguió aquí la tendencia mayoritaria de normar los temas vinculados al estatuto personal por la ley del domicilio y no por la ley de la nacionalidad, como comúnmente también se propone.

En nuestra opinión, la opción de nuestro legislador es adecuada. La principal razón de ello es absolutamente práctica y la refieren los doctores Delgado Barreto y Delgado Menéndez: es la conexión más conveniente al interés de los individuos, a quienes les conviene estar sometidos a la ley donde viven. "En cambio, si se les somete a su ley nacional, que muchas veces ni ellos ni las autoridades locales conocen, y menos los terceros, su vida se les complica".

### 3. Las "demás" instituciones de protección al incapaz

Como se aprecia, el artículo 2071 es general respecto a las figuras de protección a incapaces que se encontrarían dentro de los alcances de la norma. Teniendo en cuenta qué figuras están reguladas específicamente en todo el título de Ley Aplicable, estarían incluidas en el artículo 2071, además de la tutela, la patria potestad, los alimentos, el patrimonio familiar, la curatela y el consejo de familia.

Como lo señalan los doctores Tovar Gil, en el caso de los alimentos, el artículo 2071 se aplica cuando el alimentista es un incapaz. Los alimentos para un agente capaz debe regirse

entonces por el artículo 2098, que regula las obligaciones que nacen por mandato de la ley. Sucede lo mismo en el caso del patrimonio familiar, aplicándose el artículo 2071 solo si el beneficiario es un incapaz.

## 4. Medidas urgentes

La norma finalmente se pone en un supuesto que no admite mayor discusión: la necesidad de que se adopten medidas urgentes de protección al incapaz que se encuentre en el Perú o para proteger sus bienes situados también en nuestro país. En estos casos, la urgencia obliga a que se aplique la ley peruana.

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1985; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 3ª edición, Lima, 1988; WOLF, Martín. Derecho Internacional Privado. Bosh, Barcelona, 1958; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Derechos y obligaciones del Estado y personas jurídicas de Derecho Público

**Artículo 2072.-** *Los Estados y demás personas jurídicas extranjeras de Derecho Público, así como las personas jurídicas internacionales de Derecho Público cuya existencia emane de acuerdos internacionales obligatorios para el Perú, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones en el país, de conformidad con las leyes peruanas.*

Concordancias:
*C.P.C. arts. 57, 67*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO

### 1. ¿Una norma mal ubicada?

Como lo precisan los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil, el artículo 2072 es una importante innovación del Código Civil, pues llena un vacío al reconocer la existencia de todo un universo de personas que no pueden considerarse comprendidas dentro de los alcances del artículo 2073, que se refiere a las personas jurídicas de Derecho Privado. Se reconoce así a las entidades extranjeras de Derecho Público la posibilidad de actuar como personas jurídicas en el Perú.

Es de notar que, no obstante ubicarse en el título de la Ley Aplicable, la presente no es una norma de conflicto, por lo que su ubicación pudo ser entre los dispositivos generales del Libro de Derecho Internacional Privado. Sin perjuicio de ello, la norma sigue la tendencia de la doctrina internacional de que los Estados y demás personas jurídicas de Derecho Público puedan adquirir derechos y asumir obligaciones en otro país, lo que facilita las relaciones internacionales comerciales o de cualquier otra índole.

Cabe agregar que, aun cuando el Perú no la ha suscrito, el tema de la personalidad y capacidad de las personas jurídicas en Derecho Internacional Privado fue tratado en el CIDIP de La Paz en el año 1984. Allí se adoptó como criterio que "cada Estado Parte y las demás personas jurídicas de Derecho Público organizadas de acuerdo a ley, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados Partes, con las restricciones establecidas por dicha ley y por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de la jurisdicción".

### 2. Los Estados y las personas jurídicas extranjeras de Derecho Público

Con relación a los Estados que quedan comprendidos en los alcances del dispositivo no hay mayor discusión, pues son aquellos que el Perú haya reconocido como tales. Un Estado que no hubiere sido reconocido por el Perú no podrá actuar en el Perú con personalidad propia.

En cuanto a las "demás personas jurídicas extranjeras de Derecho Público", a las que alude el dispositivo, los doctores Tovar Gil consideran que se trata de las dependencias u organismos de Derecho Público de un Estado extranjero, calificados como tales conforme a la propia legislación sobre el tema.

Cabe precisar que no deben perderse de vista las diversas formas en las que un Estado extranjero puede manifestarse, por ejemplo, a través de un órgano representativo, claramente dependiente, o por un organismo autónomo, incluso con personalidad jurídica propia. En

el Perú, existen entidades autónomas como INDECOPI o SUNAT que tienen personalidad jurídica propia, pero no por ello pierden su naturaleza estatal y pública. Las entidades extranjeras de este tipo calificarían, por lo tanto, como personas jurídicas extranjeras de Derecho Público a los efectos del artículo 2072.

Finalmente, nos parece que dentro de los alcances de la norma en comentario también quedan involucradas las empresas públicas extranjeras.

## 3. Las personas jurídicas internacionales de Derecho Público

Además de los Estados, a nivel internacional actúan otras entidades cuya personalidad debe ser reconocida. El artículo 2072 las denomina personas jurídicas internacionales de Derecho Público, pero en puridad se trata de los organismos internacionales. Como estos organismos en la práctica adquieren derechos y asumen obligaciones en nuestro país, la regulación resulta por demás adecuada.

De modo similar a lo que sucede con los Estados, no es la legislación nacional la que califica al organismo internacional. Como lo precisa Goldschmidt, las personas jurídicas que viven dentro del Derecho Internacional Público "adquieren su personalidad en virtud de los principios de este último".

Ahora bien, tal como indican los doctores Tovar Gil, cuando la norma alude a personas jurídicas internacionales, debe interpretarse que se refiere a personas jurídicas con componente internacional y no necesariamente a personas que detenten personalidad internacional de acuerdo al Derecho Internacional Público.

En cuanto al carácter público del organismo internacional, este estaría determinado, en nuestra opinión, por un factor de composición (en tanto lo compongan Estados) y/o por un factor de origen, en el sentido de que son públicos los organismos que deriven de acuerdos obligatorios para el Perú, conforme lo señala el propio artículo 2072. Resulta menos adecuado considerar público a un organismo por la finalidad que cumple, por lo impreciso que resulta determinar cuando nos encontramos frente a un fin público.

Finalmente, y con relación a esto último, compartimos la crítica de los autores citados en el sentido de que el artículo 2072 es inadecuadamente limitativo al no reconocer la existencia de una serie de entidades u organismos que gozan de personalidad internacional pero que no obligan al Perú, como por ejemplo, la Unión Europea, la OTAN, la Unión Africana, etc. No hay razón alguna para excluir a estas entidades, las que de por sí y en la práctica adquieren derechos y asumen obligaciones en nuestro país.

## DOCTRINA

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1985; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. 3ª edición, Lima, 1988. WOLF, Martín. Derecho Internacional Privado. Bosh. Barcelona, 1958; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Existencia y capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado

**Artículo 2073.-** *La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del país en que fueron constituidas.*

*Las personas jurídicas de derecho privado constituidas en el extranjero son reconocidas de pleno derecho en el Perú, y se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país, eventual o aisladamente, todas las acciones y derechos que les correspondan.*

*Para el ejercicio habitual en el territorio del país de actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetan a las prescripciones establecidas por las leyes peruanas.*

*La capacidad reconocida a las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa que la concedida por la ley peruana a las nacionales.*

Concordancias:
*C.C. art. 2029; C.P.C. art. 67; C.D.I.P. arts. 16 a 20, 31 a 35*

LUZ MONGE TALAVERA

El artículo 2073 del Código Civil determina la ley aplicable a la existencia, reconocimiento, capacidad y ejercicio de derechos de las personas jurídicas de derecho privado.

### 1. Existencia

La persona jurídica requiere constituirse válidamente para existir. Su constitución exige órganos de administración y representación, además de estatutos que deben ser establecidos de acuerdo a un ordenamiento jurídico. Por esta razón se dice que toda persona jurídica está necesariamente sometida a la ley de un Estado determinado. La pregunta es cómo o bajo qué criterio determinar esa ley. Dentro de este razonamiento surge también la interrogante relativa a la nacionalidad de la persona jurídica. Aun cuando, hablando propiamente, las personas jurídicas no tienen nacionalidad, la expresión se utiliza para referirse al vínculo particular que la une a un Estado determinado a efectos, por ejemplo, de la protección diplomática.

Un criterio para determinar la ley competente para regir a la persona jurídica y su nacionalidad es tomar en cuenta la nacionalidad de los asociados. Sin embargo, se oponen a él dos objeciones. La primera es que si bien se puede conocer a los socios fundadores, no se tiene la misma certeza respecto a los titulares actuales de las acciones. La segunda objeción pone en relieve la inestabilidad que podría rodear la determinación de esa ley en el caso de transferencias sucesivas de acciones.

El segundo criterio determina la nacionalidad de la persona jurídica en función de la vinculación territorial efectiva de la actividad social, identificada sobre la base de la ubicación del centro de explotación (lugar de realización de la actividad técnica) o de la sede social (lugar de reunión y funcionamiento real y efectivo de los órganos de administración, de dirección y control). Este criterio fue consagrado por el derecho francés y, según algunos autores, implica la inserción de la persona jurídica en la economía del país donde está situada.

El tercer criterio, vigente en el sistema inglés, se funda en el principio de la autonomía de la voluntad. Es decir, deja a los miembros la libertad de elegir la nacionalidad y la ley que regirá a la persona jurídica. Tendencia liberal que se desarrolla con el auge del comercio y que se funda en el principio de que la persona jurídica tiene la nacionalidad y se rige por la ley del país en el cual se constituye. Se reprocha a este criterio formal su carácter marcadamente

arbitrario, pues los fundadores se benefician de la libertad de elegir el país de constitución de la persona jurídica y, en consecuencia, la ley a la cual se someterá.

En este sistema, la persona jurídica no nace de un contrato social sino de su recepción por la autoridad pública. Significa que la misma tiene "la nacionalidad del Estado que le insufla la vida" (ANCEL, LEQUETTE). En todo caso, la solución permite la determinación simple y segura de la nacionalidad de la persona jurídica, la misma que surge de la constatación de documentos oficiales. Se caracteriza también por el compromiso del Estado de constitución de asumir la protección de la persona jurídica.

El Código Civil peruano adopta el modelo inglés. En efecto, el artículo 2073 prescribe que la existencia y la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado se rigen por la ley del país donde fueron constituidas. Es entonces la ley del país en la que fue constituida, calificada generalmente como ley nacional o *Lex societatis*, la que regirá el conjunto de aspectos relativos a su constitución, organización, funcionamiento, disolución, división y liquidación, si fuera el caso. Corresponde también a la *Lex societatis* regir las deliberaciones de la asamblea general, así como los poderes y facultades otorgados a sus representantes legales.

El artículo 2073 coincide con el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles que tuvo lugar el 3 de mayo de 1979 en Montevideo. Concuerda también con el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas del 24 de mayo de 1984 celebrada en La Paz, el cual establece que: "La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución". La Convención precisa además que: "Por la ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas".

## 2. Reconocimiento

El segundo párrafo del artículo 2073 se refiere al reconocimiento de las personas jurídicas constituidas en el extranjero. La referencia al particular encuentra justificación en el hecho de que, al no tratarse de personas individuales, el reconocimiento de la personalidad de un ente colectivo no se impone necesariamente. Es tan así que algunos países subordinan el reconocimiento a una formalidad o autorización particular.

Contrariamente, el legislador nacional opta por el sistema del reconocimiento de pleno derecho. Este sistema ha sido consagrado en la Convención de La Haya (1 de junio de 1956), que prevé el reconocimiento de pleno derecho de la personalidad de sociedades, asociaciones y fundaciones en el caso de que hayan sido constituidas regularmente en el territorio de uno de los Estados signatarios. Según el artículo 1 de la misma, la personalidad debe ser reconocida cuando esta ha sido adquirida en virtud de la ley del Estado contratante, donde las formalidades de constitución o de publicidad han sido cumplidas o donde se encuentra la sede estatutaria. El reconocimiento de pleno derecho está previsto también en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas, celebrada en La Paz el 24 de mayo de 1984, el cual precisa además que: "El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado parte para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución". La misma precisión fue consagrada en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, aprobada en Montevideo el 3 de mayo de 1979.

Conviene observar que el reconocimiento no se limita a la constatación de la validez de su constitución de acuerdo al ordenamiento extranjero correspondiente, sino que implica una verdadera autorización para el ejercicio de sus actividades en el territorio nacional. Esto permite el ejercicio de diversos derechos (por ejemplo, la posibilidad de accionar en justicia, instalar sucursales o celebrar actos jurídicos, etcétera) y, en general, gozar de todos los derechos que benefician a las personas jurídicas constituidas de conformidad al ordenamiento jurídico peruano. Es lo que se desprende del mismo segundo párrafo del artículo 2073, el cual señala que las personas jurídicas extranjeras se reputan hábiles para ejercer en el territorio del país todos los derechos y acciones que les correspondan.

## 3. Capacidad y ejercicio de derechos

Una vez comprobado que la persona jurídica tiene una vida propia, distinta a la de sus miembros, esta dispone del derecho de ejercer en el Perú los actos necesarios para el cumplimiento de su objeto social. Obviamente, como lo establece el artículo 2073, el ejercicio de tales actos se sujeta a la capacidad que le ha sido reconocida por su ley de constitución. En efecto, corresponde a la ley del país en el cual fue constituida determinar la extensión y límites de la capacidad de la persona jurídica para el cumplimiento de su objeto social.

Sin embargo, la capacidad para el ejercicio de actividades depende no solamente de la ley del país donde se constituye sino también de la ley del país donde se pretende ejercer alguna actividad. En el caso que dichas actividades sean ejercidas en el territorio nacional, el ordenamiento jurídico nacional tiene también vocación de aplicarse. Por lo tanto, el tercer párrafo del artículo bajo comentario establece, expresamente, que el ejercicio de los actos comprendidos en el objeto de su constitución se sujetan a las prescripciones establecidas en las leyes peruanas. Por ejemplo, tratándose del ejercicio de alguna actividad sometida en el país a una reglamentación particular, la persona jurídica extranjera, al igual que la constituida en el Perú, debe someterse a ella. Tal sería el caso de las actividades bancaria, pesquera o minera.

El último párrafo del artículo 2073 establece que la capacidad de las personas jurídicas extranjeras no puede ser más extensa a la concedida por las leyes peruanas a las personas jurídicas nacionales. El numeral bajo comentario recoge el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas de mayo de 1984 que contempla que: "En ningún caso, la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas, constituidas en un Estado parte, podrá exceder la capacidad que la ley del Estado parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último".

Conviene recordar, como ya se indicó, que la primera limitación en materia de capacidad que podría encontrar una persona jurídica extranjera es aquella impuesta por su propia ley nacional. Debemos válidamente suponer, entonces, que ninguna persona jurídica se puede beneficiar en el país de una capacidad más extensa que aquella que le ha sido reconocida por su propia ley.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Económica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn, 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO Sixto. Curso de Derecho Internacional

Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé, Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M., Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios - Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Ed. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Fusión de personas jurídicas

**Artículo 2074.-** ***La fusión de personas jurídicas con leyes de constitución distintas, se aprecia sobre la base de ambas leyes, y de la ley del lugar de la fusión cuando esta tenga lugar en un tercer país.***

Concordancias:
*LEY 26887 arts. 344 y ss.*

**Luz Monge Talavera**

El artículo 2074 del Código Civil trata lo relativo a la fusión de personas jurídicas con leyes de constitución diferentes. La fusión es una operación por la cual dos o varias sociedades reúnen su patrimonio para formar una sola sociedad. Existen diversas modalidades de fusión, las más comunes son la fusión por absorción y la fusión que origina la creación de una nueva sociedad.

En la fusión por absorción, la sociedad que absorbe aumenta su capital con el monto de los activos de la sociedad absorbida. Contrariamente, cuando la fusión da lugar a la creación de una nueva sociedad, las sociedades que se fusionan desaparecen dando lugar a la constitución de una sociedad nueva a la cual ambas aportan sus patrimonios.

Cualquiera sea la modalidad adoptada, la fusión internacional presenta diversas dificultades. Estas se presentan esencialmente cuando las personas jurídicas tienen leyes de constitución diferentes. En tal hipótesis, la única salida es respetar las condiciones previstas por las leyes de cada una de las personas jurídicas implicadas. El legislador nacional opta naturalmente por esta solución.

El artículo 2074 establece que la fusión de personas jurídicas con leyes de constitución diferentes debe observar ambas leyes. En el caso de que la fusión se llevara a cabo en un tercer país, se deberá tomar en cuenta, asimismo, la ley de este país. El numeral bajo comentario consagra el principio tradicional de la aplicación distributiva que impone el respeto de las condiciones impuestas por las diferentes leyes en presencia. Si esto es así, se observa entonces que la fusión internacional de personas jurídicas con leyes de constitución diferentes es una operación muy complicada.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Económica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn, 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois, Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M., Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios - Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Capacidad y requisitos esenciales del matrimonio

**Artículo 2075.-** ***La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos esenciales del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios.***

Concordancias:
*C.C. arts. 33, 241 y ss.; C.D.I.P. arts. 36 al 40*

MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

El artículo 2075 del Código Civil norma la ley aplicable a las condiciones de fondo para celebrar un matrimonio válido, consagrando la aplicación de la ley del domicilio como ley rectora de la capacidad y de los requisitos esenciales para contraer matrimonio válido.

### 1. Legislación internacional

La regla de la aplicación de la ley personal de los cónyuges al matrimonio no es muy antigua; antes de la Revolución Francesa, el matrimonio en el mundo occidental estaba regido por el Derecho Canónico. Con la laicización del matrimonio es que se somete el mismo al estatuto personal de los cónyuges: domicilio o nacionalidad, o la ley del lugar de celebración.

En los países anglosajones y específicamente en los Estados Unidos, y en Argentina, Guatemala, Chile, Ecuador y Paraguay, entre otros, rige para los requisitos de fondo la ley del lugar de celebración. Según el internacionalista Kaller de Orchansky, someter la capacidad nupcial a esta ley ofrece las siguientes ventajas: (i) generalmente el matrimonio se instala en el territorio del Estado donde se celebra y, por lo tanto, los impedimentos establecidos por las leyes locales cumplen su función protectora con miras a la familia que ha de constituirse y convivir en la sociedad que lo autoriza; (ii) también ofrece la ventaja de facilitar la tarea del oficial del Registro Civil, quien se limita a acatar su propia ley; y por último, (iii) estimula la celebración de matrimonios válidos, evitando los matrimonios claudicantes.

La principal objeción que se hace al sometimiento de las condiciones de fondo del matrimonio a la ley del lugar de su celebración es que favorece los fraudes a la ley; tal sería el caso de una persona incapaz de contraer matrimonio por un impedimento de su ley personal, que se desplaza a otro Estado, donde sí se le reconoce capaz, con el solo propósito de escapar a los impedimentos establecidos por su ley personal, beneficiarse de una ley más permisiva y así contraer un matrimonio "válido" de acuerdo a la ley del lugar de su celebración. Este matrimonio, empero, podría ser impugnado posteriormente sobre la base de las excepciones de orden público o de fraude a la ley.

#### a) Tratados de Montevideo de 1889

Estos tratados fueron ratificados por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Colombia no participó en el Congreso, pero ratificó posteriormente los tratados de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Procesal.

Es interesante precisar que los delegados al Congreso Sudamericano de Montevideo se apartaron del antecedente sentado en el Congreso de Lima de 1878, que se inclinó a favor de la ley personal, y consagraron la misma doctrina que inspira al Código Civil, es decir, la aplicación de la ley del lugar de celebración. Las razones aducidas a favor de tal posición se sintetizan en dos hechos centrales: el lugar de celebración es cierto y además único para ambos

contrayentes, por lo tanto contribuye a allanar las dificultades internacionales en materia de capacidad. En tal sentido, el artículo 11 del Tratado de Montevideo de 1889 y el artículo 13 del Tratado de 1940 –este último no ratificado por el Perú–, disponen: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra (...)". Los Tratados de Montevideo consideran que la capacidad para contraer matrimonio es especial y, por lo tanto, ajena al artículo 1 de los Tratados de Derecho Civil Internacional que regulan la capacidad por las leyes del domicilio de las personas.

### b) El Código Bustamante de 1928

El Código de Derecho Internacional Privado, denominado Código Bustamante, por acuerdo de la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en La Habana en 1928, cuenta con veinte países signatarios, todos de América Latina. No obstante, cinco de estos veinte países finalmente no ratificaron el Tratado: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. Es importante señalar que de los países que han ratificado los Tratados de Montevideo, solamente Bolivia y Perú han ratificado también el Código Bustamante. Al respecto, cabe precisar que la Corte Suprema del Perú, teniendo en cuenta la reserva de orden general con la que Bolivia ratificara el Código Bustamante, resolvió en ejecutoria del 7 de diciembre de 1935, que dicha reserva hace al Código inaplicable en la resolución de los problemas de Derecho Internacional Privado que se susciten con aquella República debiendo, en tales casos, aplicar los Tratados de Montevideo de 1889 que son ley del Estado tanto en Bolivia como en el Perú.

En lo referente a las condiciones jurídicas que han de preceder a la celebración del matrimonio, el Código Bustamante dispone en su artículo 36: "Los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiere a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paterno, a los impedimentos y a su dispensa".

Con relación a lo que debe entenderse por ley personal, el artículo 17 del mismo Código precisa: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior". El Código Civil peruano ha optado por la ley del domicilio como ley rectora del estatuto personal.

## 2. Legislación interna

De acuerdo a lo estipulado por el artículo 2075 del Código Civil peruano, la ley aplicable a las condiciones de fondo del matrimonio es la ley de los respectivos domicilios de los contrayentes, la cual se aplica distributivamente, y no presenta mayores dificultades cuando se trata de aquellos impedimentos que la doctrina alemana califica como unilaterales, como serían los referidos a la edad o capacidad de los contrayentes; pero existen otros impedimentos que la doctrina germana califica como bilaterales, como sería el caso del impedimento por padecer una enfermedad crónica contagiosa y transmisible por herencia, para los cuales convendría aplicar acumulativamente las dos leyes personales de los esposos.

La distinción entre impedimentos unilaterales y bilaterales reposa sobre la idea de que, en materia de formación del matrimonio, ciertas prescripciones se refieren a la aptitud del contrayente y pueden ser considerados separadamente en la persona de cada esposo; mientras que otros impedimentos interesan menos a la persona misma de los futuros esposos, y sí al lazo a crear, o sea, a la relación misma del matrimonio. Ahora bien, el principal problema de esta importante distinción radica en diferenciar cuándo estamos en presencia de

un impedimento unilateral que se aplica distributivamente, o de un impedimento bilateral que juega acumulativamente.

**a) Intervención del orden público**

En el ámbito de las condiciones para celebrar un matrimonio válido, podemos plantear como principio general que el conjunto de condiciones de fondo que la ley peruana impone a los futuros cónyuges para contraer matrimonio, tales como la monogamia, exogamia, consentimiento y heterosexualidad, por constituir principios de base de la constitución del matrimonio, deben ser considerados de orden público.

Respecto a la monogamia, en efecto, el orden público se opone a la celebración en el Perú de una unión poligámica; sin embargo, nosotros no rechazaremos todas las consecuencias en nuestro país de un matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero, en materia de régimen de bienes del matrimonio o de sucesiones, por el llamado efecto atenuado del orden público cuando se trata de derechos adquiridos. Ciertamente, en el Derecho Internacional Privado no tiene la misma extensión la adquisición de un derecho por la aplicación de una ley extranjera que el respeto en el país de un derecho adquirido en el extranjero. El ejemplo típico es el de la poligamia: ningún Estado de la cultura occidental autorizaría a un musulmán casado a unirse con otra mujer en matrimonio aunque su estatuto personal lo permita, pero tampoco tendría motivo para rechazar la calidad de hijo legítimo o la condición de heredero de su padre al nacido de una unión poligámica.

Para la mayor parte de los autores, el orden público es menos exigente en lo que concierne a los efectos de los derechos adquiridos en el extranjero que en lo que atañe a la adquisición de esos mismos derechos, teniendo aquí el orden público un efecto atenuado. La atenuación del papel del orden público en materia de derechos adquiridos en el extranjero expresa, sin duda, la dificultad de desconocer hechos acaecidos –como por ejemplo, un nuevo matrimonio realizado después de un divorcio– motivo por el cual deben existir razones particularmente graves para desconocer estos hechos.

La exogamia es la obligación de escoger cónyuge fuera de los parientes próximos. Consideramos que las reglas peruanas del artículo 242 del Código Civil constituyen un mínimo. Si una ley extranjera admitiera el matrimonio entre parientes más próximos, no permitido por la ley nacional, el orden público se opondría a la aplicación de esta ley.

Otro requisito fundamental para la validez del matrimonio es la libertad de consentimiento nupcial. Los vicios de consentimiento, tratándose de casamiento, se rigen por normas especiales y no por las generales del acto jurídico. Serían dos los vicios que cuentan en esta materia: el error y la violencia.

La razón de su limitación radica en que nuestro derecho defiende al matrimonio para que no sea atacado fácilmente, rechazando en nombre del orden público la aplicación de una ley extranjera que contemplase otros vicios del consentimiento distintos a los admitidos por la legislación peruana, o diera validez a un matrimonio realizado bajo el imperio de la violencia o sobre la base de un error de identidad de la persona.

La edad requerida para contraer matrimonio responde simultáneamente a la necesidad de un consentimiento lúcido y a los inconvenientes de los matrimonios prematuros. El Código Civil peruano fija la edad mínima para contraer matrimonio en dieciséis años y siempre que existan motivos justificados y los contrayentes manifiesten expresamente su voluntad

de casarse. Por lo tanto, si una ley extranjera permitiese el matrimonio a menores de dieciséis años no sería aplicable en el Perú por ser contraria al orden público.

En cuanto a la condición de la heterosexualidad de los contrayentes, esta es exigida explícitamente en el artículo 234 del Código Civil, al definir el matrimonio como la unión voluntaria entre un varón y una mujer; ella impide, por tanto, en nombre del orden público, el matrimonio de homosexuales en el Perú, aunque su ley personal sí lo permita.

Finalmente, en lo que atañe al orden público, debemos referirnos a aquellas leyes extranjeras que prohiben el matrimonio entre esposos de diferente raza, color o religión; dichas leyes no podrán ser aplicadas en el Perú por ser contrarias a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico peruano, como es la igualdad de todas las personas frente a la ley, consagrado en la Constitución Política del país.

## 3. Conclusión

En lo que atañe a las condiciones de fondo del matrimonio rige en principio lo dispuesto en el artículo 2075 del Código Civil –ley del domicilio de los contrayentes–, salvo que se trate de personas de países que han ratificado el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, en cuyos casos se aplicará la ley del lugar de celebración del matrimonio; en lo que concierne a los súbditos de países que han ratificado el Código Bustamante habrá que atenerse a lo que cada una de sus legislaciones haya decidido entender como ley personal –ley nacional o ley del domicilio–.

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; KALLER DE ORCHANSKY, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, 4ª edición, Buenos Aires, 1984; BATIFFOL, Henri. Note Revue. Critique de Droit International Privé, París, 1968; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Tomo I, Studium, Lima, 1982.

## Forma del matrimonio

**Artículo 2076.-** *La forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración.*

Concordancias:
*C.C. arts. 248 y ss., 2094; C.D.I.P. arts. 41, 42*

MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

En la mayoría de países, el matrimonio es un acto solemne que requiere de la observación de determinadas formas para su validez. El artículo 2076 del Código Civil norma la ley aplicable a las condiciones de forma para celebrar un matrimonio válido, consagrando la aplicación de la ley del lugar de celebración del matrimonio como ley rectora de la forma del matrimonio.

### 1. Ley del lugar de celebración

El sentido moderno de la antigua regla *Locus regit actum* lleva a regular la forma de los actos jurídicos por la ley del lugar de su celebración. Sin embargo, tratándose de actos jurídicos patrimoniales, esta regla es facultativa porque las partes pueden optar por someter la forma a la misma ley que regula la relación jurídica objeto del acto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2094 del Código Civil.

En el caso de la forma del matrimonio, la regla *Locus regit actum* tiene carácter obligatorio; así lo dispone tanto el Código Civil peruano en su artículo 2076, como el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889 (artículo 11) y el Código Bustamante de 1928 (artículos 41 y 42).

En tal sentido, los requisitos de forma para celebrar un matrimonio válido quedan regulados por una ley distinta –ley del lugar de celebración– a la que rige los requisitos de fondo –ley del domicilio de los contrayentes–. El principal problema que se deriva de esta situación es diferenciar cuándo estamos frente a un requisito de forma y cuándo frente a uno de fondo. Ello se vuelve particularmente complejo cuando estamos en presencia de derechos extranjeros que exigen a los contrayentes, por ejemplo, la celebración de una ceremonia religiosa para que el matrimonio sea válido, requisito no exigido por la ley local donde se celebra la boda. En este caso, como en otros similares, nos encontramos en presencia de un problema de calificación que debe ser resuelto de conformidad con la *Lex civilis fori*, es decir, de acuerdo a los conceptos o categorías jurídicas del ordenamiento jurídico del foro.

Calificar en Derecho Internacional Privado supone **precisar la naturaleza jurídica de una institución**; este es un paso previo obligatorio que el juez competente debe realizar antes de proceder a resolver un caso de Derecho Internacional Privado. De otro modo, este no sabría qué norma de conflicto usar para determinar la ley aplicable al problema que se le ha solicitado resolver. Así por ejemplo, cuando el artículo 2076 dispone que la **forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración**, será necesario determinar previamente cuál es la naturaleza jurídica del concepto condición de forma del matrimonio, para así poder determinar si el requisito cuyo incumplimiento se alega en el caso *sub litis*, es una condición de forma o de fondo. La calificación que realice el juez en este ámbito es decisiva ya que, de calificarse el problema como el incumplimiento de una condición de forma, el juez tendría que aplicar la norma de conflicto del artículo 2076 que ordena resolver el problema de la forma del matrimonio por la ley del lugar de su celebración; por el contrario, si califica

el problema como el incumplimiento de un requisito de fondo, deberá recurrir al artículo 2075 del Código Civil, que ordena regir las condiciones de fondo del matrimonio por la ley del domicilio de los contrayentes.

Siendo la diversidad legislativa una de las razones de la existencia del Derecho Internacional Privado, suele suceder que el contenido de la ley del lugar de celebración del matrimonio difiere sustancialmente de la ley del domicilio de los contrayentes. En consecuencia, aplicar una u otra ley tiene un impacto determinante en la solución del caso. He allí la importancia decisiva que tiene la calificación en la solución definitiva de un caso de Derecho Internacional Privado.

Uno de los mejores ejemplos viene dado por el caso Caraslanis c. Caraslanis resuelto por la Corte de Casación Francesa el 22 de junio de 1955. El señor Caraslanis, de nacionalidad griega, contrajo matrimonio civil en Francia, en 1931, con la señora Dumoulin de nacionalidad francesa. Años más tarde, la esposa interpuso ante los tribunales franceses demanda de divorcio, pero el señor Caraslanis reconvino alegando la inexistencia del matrimonio, por haberse incumplido al momento de su celebración con un requisito de fondo exigido por su ley personal –la ley griega– la cual exigía para la validez del matrimonio de los nacionales griegos de religión ortodoxa –aunque se encontraren en el extranjero– la celebración de matrimonio religioso. A efectos de resolver el problema de la validez del matrimonio, el Tribunal de Apelación debía entonces, en primer lugar, calificar si el requisito de religiosidad del matrimonio –supuestamente incumplido– pertenecía a la categoría de las reglas de forma o de fondo. El Tribunal de Apelación calificó el asunto como un problema de forma, lo cual lo llevó a aplicar la norma de conflicto francesa que regula la forma del matrimonio y determina que esta se rige por la ley del lugar de su celebración –ley francesa–, dejando de lado la norma de conflicto francesa que regula las condiciones de fondo del matrimonio. De acuerdo a la ley material francesa se trataba de un matrimonio válido, por lo tanto el Tribunal de Apelación rechazó la pretensión del señor Caraslanis, sentencia que fue luego confirmada por la Corte de Casación.

La siguiente pregunta es: ¿qué ley debe usar el juez para calificar el problema de Derecho Internacional Privado?; es decir ¿a qué conceptos o categorías jurídicas debe recurrir el juez para calificar el objeto del litigio y así poder determinar la ley aplicable? A pesar de existir diferentes posiciones al respecto, el Código Civil peruano no ofrece ninguna directiva sobre el tema. No obstante, consideramos que al calificar, el juez no puede desligarse de las concepciones de derecho del ordenamiento jurídico del foro –*Lex civilis fori*–. La calificación *Lege fori* se fundamenta en dos tipos de razones: por un lado, el asunto a resolver no es solo determinar la naturaleza jurídica del problema en cuestión, también se trata de interpretar la norma de conflicto del foro que debe aplicarse para resolver el caso; es indiscutible que el sentido de la norma de conflicto del foro solo puede ser dado por la ley interna del foro. Ello determinó que en el caso Caraslanis, los tribunales franceses recurrieran a las concepciones de derecho interno francés –*Lex civilis fori*– para calificar el problema, interpretar la norma de conflicto francesa, y así poder determinar la ley aplicable al caso.

La falta de acuerdo en las calificaciones es un problema significativo en Derecho Internacional Privado, ya que puede tener consecuencias negativas en cuanto al orden internacional, porque se puede llegar a sentencias contradictorias, según las cuales, un matrimonio puede resultar válido en un país y nulo en el otro. Un caso ilustrativo sobre el tema viene dado por la jurisprudencia francesa del Tribunal de Gran Instancia de París, del 7 de agosto de 1981. Un marroquí se había casado en Francia con una francesa, en la forma civil. No obstante,

la ley marroquí imponía a los matrimonios mixtos formas particulares de celebración, que no fueron tomadas en cuenta al momento de la celebración del matrimonio en Francia. Ello llevó a la esposa a obtener de los tribunales marroquíes la anulación del matrimonio. Luego la esposa demanda en Francia el *exequatur* del juicio de nulidad, lo cual es rechazado por los tribunales franceses porque de acuerdo al derecho francés el matrimonio efectuado en Francia era válido. El resultado de este proceso podría considerarse como absurdo, dado que las partes debían ser consideradas casadas en Francia, mientras que no lo estaban en Marruecos.

La única forma de evitar estos casos en el actual estado de desarrollo del Derecho Internacional Privado es que se celebren convenios internacionales en que se ratifique la vigencia de la regla *Locus regit actum* –aplicación de la ley del lugar de realización del acto– en lo que respecta a la celebración del matrimonio.

## 2. Matrimonio de peruanos celebrados en el extranjero

Los matrimonios de peruanos celebrados en el extranjero de conformidad con las leyes locales tienen plena validez en el Perú, desde el momento de su celebración. No obstante, es importante recordar que existen disposiciones de carácter consular y de registro que los peruanos casados en el extranjero deben cumplir para poder ejercer en el Perú sus derechos y acciones derivados del estado matrimonial. De este modo, los artículos 311 y 312 del Reglamento Consular del Perú, Decreto Supremo Nº 076-2005-RE obligan a los nacionales a registrar su matrimonio en el consulado del país en que se contrajo e inscribirlo en los Registros Civiles peruanos. El artículo 312 prescribe que "los funcionarios consulares comunican a los interesados que, de acuerdo a ley, el peruano que contrajera matrimonio en el extranjero y que no lo hubiera inscrito (...) en la oficina consular, está obligado a solicitar su inscripción en el Registro de Estado Civil del lugar donde establezca su domicilio en el Perú, dentro de los 90 días inmediatos a su registro (...). Pasado este término no podrá verificarse la inscripción sino por mandato judicial". También establece que la acción en la vía jurisdiccional es imprescriptible. Al respecto es importante destacar que el incumplimiento de las obligaciones administrativas prescritas no enerva la validez del matrimonio contraído en el extranjero por ser la **inscripción declarativa** y no constitutiva de derechos.

## 3. Jurisprudencia

Sobre este tema específico existe jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú. Es el caso de un matrimonio entre un peruano y una argentina, celebrado en Argentina el 25 de octubre de 1975, el cual no fue inscrito ni en el consulado peruano en Argentina, ni en los Registros de Estado Civil del Perú. Luego de varios años, la esposa solicitó la inscripción del matrimonio en los Registros de Estado Civil del Consejo Provincial de Ica, donde estaban domiciliados, a lo que se opuso el marido alegando que el matrimonio contraído en Argentina no tenía ningún valor en el Perú por no haber sido inscrito oportunamente, razón por la cual había contraído nuevo matrimonio en el Perú el 14 de enero de 1979.

El juez de primera instancia declaró fundada la demanda de la esposa, desestimando la oposición del marido, sentencia que fue revocada por la Corte Superior de Ica, lo que motivó la interposición de recurso de nulidad. La Corte Suprema declaró haber nulidad en la sentencia de vista, ordenando la inscripción del matrimonio basándose en los fundamentos del dictamen fiscal, que reconocían la aplicación al caso *sub litis* de la ley del domicilio, de acuerdo a lo establecido por el artículo V del Título Preliminar del Código Civil de 1936 y el Reglamento Consular peruano.

Sobre el mismo tema, existe otro caso resuelto en el mismo sentido por la Corte Suprema de la República el 20 de noviembre de 1985. Se trataba de un matrimonio celebrado entre peruanos en la ciudad de La Paz (Bolivia), el cual fue oportunamente inscrito en el Consulado del Perú de la capital boliviana, más no en los Registros de Estado Civil del Perú. Posteriormente, el marido al no considerarse legalmente casado en el Perú, contrajo nuevas nupcias el 9 de marzo de 1979 en la ciudad de Tacna, inscribiendo el nuevo matrimonio en los Registros correspondientes; ello motivó que la primera esposa solicitase la inscripción en el Registro Civil de Perú del matrimonio celebrado en La Paz, y la nulidad del segundo matrimonio realizado en Tacna.

El juez de primera instancia, en sentencia de fecha 11 de julio de 1983, reconoce la existencia del matrimonio celebrado en Bolivia, pero dice que solo tiene valor en ese país, más no en el Perú, por lo que el demandado ostenta en el Perú la calidad de soltero y, por lo tanto, el matrimonio realizado e inscrito en Tacna es válido, pues no existe impedimento alguno para su celebración, ni causales de nulidad. Asimismo, señala que la inscripción del matrimonio celebrado en Bolivia e inscrito ante el Ministerio de Relaciones Exteriores no convalida el requisito de inscripción ante el Registro de Estado Civil. Por todo lo cual declara infundada la demanda sobre nulidad de matrimonio e inscripción del matrimonio celebrado en La Paz. La sentencia de la Corte Superior confirma la sentencia de primera instancia.

Opinión contraria tuvo la Corte Suprema, quien declaró que el matrimonio celebrado en La Paz era válido y nulo el realizado en Tacna, siendo procedente la inscripción en el Registro Público del Perú del matrimonio celebrado en Bolivia. Para la resolución del caso, la máxima instancia aplicó el Código Civil de 1984, artículo 2076 y el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, ratificado por el Perú y por Bolivia, artículo 11, en virtud de los cuales la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración, que en el caso *sub litis* es la ley boliviana. Para fundamentar la aplicación del nuevo Código Civil de 1984 al asunto en cuestión, la Corte Suprema se basó en el artículo 2121 del nuevo cuerpo legal, que dispone que "a partir de su vigencia las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones existentes". Asimismo, la Corte fundamentó la aplicación del Tratado de Montevideo al caso en cuestión en la disposición contenida en el artículo 2047 del Código Civil, según la cual "el derecho aplicable para regular las relaciones jurídicas con ordenamientos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes (...)".

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. Tomo I, París, 1981.

## Derechos y deberes de los cónyuges

**Artículo 2077.-** ***Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Si los cónyuges tuvieren domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común.***

Concordancias:
*C.C. arts. 36, 287 y ss., 2062; C.D.I.P. arts. 43, 45*

MARÍA ANTONIETA DELGADO MENÉNDEZ

### 1. Efectos del matrimonio

El principal efecto del matrimonio es la comunidad de vida entre los cónyuges. Tradicionalmente se han diferenciado dos tipos de efectos derivados de la celebración del matrimonio: los efectos personales, referidos a derechos y a deberes recíprocos de los esposos, sin contenido económico; y los efectos patrimoniales, que comprenden al régimen de bienes del matrimonio.

El artículo 2077 del Código Civil regula la ley aplicable a lo que se conoce como efectos personales del matrimonio, mientras que el artículo 2088 regula lo relativo a la ley aplicable a los efectos patrimoniales.

Resulta importante destacar que las modificaciones introducidas recientemente en los sistemas occidentales autónomos de Derecho Internacional Privado, reflejan lo que se ha denominado una progresiva desregulación de la esfera de las relaciones personales entre los cónyuges; ello significa que las relaciones personales de los cónyuges quedan al margen de una reglamentación jurídica por considerarse que pertenecen a la intimidad de la vida matrimonial, quedando limitada la intervención del Derecho a la regulación de las relaciones patrimoniales.

Esta misma tendencia se aprecia también en el Derecho Convencional. El Convenio de la Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los efectos del matrimonio se ocupa exclusivamente de reglamentar las relaciones patrimoniales referidas al régimen de bienes del matrimonio, a diferencia del Convenio de la Haya de 1905, que trata sobre la ley aplicable tanto a los efectos patrimoniales como a los efectos personales del matrimonio.

Ahora bien, la diversidad legislativa existente entre los Estados y los diferentes conceptos y categorías jurídicas enraizados en los varios ordenamientos jurídicos vinculados a una relación privada internacional, determinan que un mismo efecto del matrimonio pueda ser calificado de manera distinta dependiendo del juez que conoce el asunto. En efecto, las concepciones de derecho que use el juez para calificar los efectos del matrimonio, definirán si determinado efecto debe ser considerado "personal" o "patrimonial", dando lugar a lo que se conoce como un problema de calificaciones; este problema se presenta, por ejemplo, en casos como el de alimentos entre los cónyuges y las litis expensas, donde se combinan el elemento económico y el personal.

### 2. Efectos personales

Son variadas las categorías jurídicas que se utilizan para designar la dimensión personal de la vida matrimonial. Algunos sistemas hablan de efectos personales del matrimonio (Ley federal austríaca de 1978, artículo 18); otros se refieren a relaciones personales entre los

cónyuges (Alemania, Ley de Introducción al Código Civil de 1986, artículo 14; Italia, Ley de 1995, artículo 29). También están aquellos que hablan de efectos extrapatrimoniales del matrimonio (Senegal, Ley de 1972, artículo 845; Togo, Código de Familia de 1980, artículo 708). Por su parte, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y el Código Civil peruano, artículo 2077, prefieren referirse a los derechos y deberes de los cónyuges.

## 3. Legislación nacional interna

El artículo 2077 del Código Civil trata de la ley aplicable a los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto se refiere a sus relaciones personales, disponiendo que estos se rigen por la ley del domicilio conyugal; salvo el caso en que los cónyuges tuvieren domicilios distintos, en cuyo supuesto se aplica la ley del último domicilio común.

Los derechos y deberes de los cónyuges, sin contenido económico, a los cuales alude el artículo 2077 representan el núcleo básico de los efectos personales; estos se encuentran regulados en el Capítulo Único del Título II, Sección Segunda del Libro III, artículo 287 al 294, del Código Civil peruano, y están referidos a la fidelidad, derivada de la monogamia; la cohabitación vinculada con los fines del matrimonio, uno de los cuales es la procreación; y la asistencia mutua que comprende los actos de auxilio y de ayuda que cada uno de los cónyuges debe al otro.

Respecto a la fórmula adoptada por el artículo 2077 para determinar la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, existen posiciones que critican el hecho de que se haya optado por una conexión única representada por la ley del domicilio conyugal (TOVAR). Proponen la utilización de un doble criterio de conexión, como puede ser la coincidencia del domicilio de los cónyuges con la nacionalidad de uno de ellos o el lugar de celebración del matrimonio con la nacionalidad de uno de los esposos, de modo que se asegure una efectiva vinculación entre la ley aplicable y la relación privada internacional. Con ello, sostienen, se evitaría la aplicación de la ley del domicilio común que podría conducir a emplear una ley extranjera en la que los deberes y derechos no responden en absoluto a la moral y principios de la sociedad conyugal en cuestión, como ocurriría en el caso que la nueva ley del domicilio perteneciese a una cultura diferente a la de los cónyuges, la musulmana, por ejemplo, que admite la poligamia.

La preocupación es válida, no obstante consideramos que la solución debe buscarse no en una conexión acumulativa, sino más bien en la utilización de la excepción de orden público. Así, por ejemplo, si la ley del domicilio conyugal dispusiera que el marido debe también cumplir con los deberes de cohabitación y asistencia respecto a sus otras tres esposas, con las cuales contrajo matrimonio con posterioridad, esta ley podría ser inaplicada en el Perú –en virtud de la excepción de orden público– por considerar el juez peruano que viola principios fundamentales de su ordenamiento jurídico (artículo 2049 del Código Civil).

## 4. Legislación internacional

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 ratificado por el Perú, dispone en su artículo 12: "Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecte sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial. Si los cónyuges mudaren su domicilio, dichos deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio." De acuerdo a dicho Tratado se entiende por domicilio conyugal aquel donde los cónyuges tienen constituido el matrimonio y en su defecto el domicilio del marido.

En lo que atañe a las medidas urgentes concernientes a las relaciones personales, el artículo 24 del Tratado de 1889 establece: "Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela se rigen por la ley del lugar que residen los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores".

Por su parte, el Tratado de la Habana de 1928, también ratificado por el Perú, al tratar sobre los efectos del matrimonio en cuanto a las personas de los cónyuges, dispone en su artículo 43: "Se aplicará el derecho personal de ambos cónyuges y, si fuera diverso el del marido, en lo que toque a los deberes respectivos de protección y obediencia, a la obligación o no de la mujer de seguir al marido cuando cambie de residencia, a la disposición y administración de los bienes comunes y a los efectos personales del matrimonio". Asimismo, en lo que refiere a los derechos y deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia mutua de los esposos, el artículo 45 del Tratado de 1928 prescribe: "Se sujeta al derecho territorial la obligación de los cónyuges de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

Ambos Tratados –Montevideo 1889 y Bustamante 1928– disponen que la aplicación de las leyes materiales extranjeras prescrita por las normas conflictuales contenidas en los tratados se hará en tanto no sean contrarias al orden público del foro –ordenamiento jurídico del juez competente–. También es importante resaltar que aunque los Convenios Internacionales omitan establecer de manera explícita la prevalencia del orden público del ordenamiento del foro, las leyes materiales extranjeras contrarias a los principios fundamentales del derecho del foro, nunca podrán ser aplicadas.

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. 2ª edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; AGUILAR NAVARRO, BENÍTEZ DE LUGO, Mariano. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Ediciones Tecnos, Lección 5ª; AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Edición Económica. 2ª edición, París, 1997; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; MOYA ESCUDERO, Mercedes. Derecho Internacional Privado español. II Parte Especial: el matrimonio. 7ª edición, Granada, 1991.

## Régimen patrimonial del matrimonio

**Artículo 2078.-** ***El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes o después del cambio.***

Concordancias:
*C.C. arts. 36, 39, 295 y ss., 348 y ss, 2062, 2067 inc. 3); C.D.I.P. art. 44*

**Marcela T. Arriola Espino**

### 1. Introducción

En Derecho Internacional Privado Comparado se observa que las categorías jurídicas comprendidas en las normas de conflicto sobre el aspecto patrimonial o vida económica del matrimonio tienen diferentes denominaciones para referirse a lo mismo. Así, desde la referencia de "régimen matrimonial" (artículo 19 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de Austria, artículo 14 de la Ley sobre el Derecho Internacional Privado y el Procedimiento Internacional de Turquía, artículo 52 de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de Suiza), hasta las de "relaciones patrimoniales entre los cónyuges" (artículo 15 del C.C. griego, artículo 19 del C.C. italiano), "efectos patrimoniales del matrimonio" (artículo 846 del C.C. senegalés, artículo 22 del C.C. venezolano) e incluso "efectos del matrimonio respecto de los bienes" (artículo 15 de la Ley para la nueva regulación del Derecho Internacional Privado de Alemania, artículo 7 del Código de las Personas y de la Familia de Burundi).

Por su parte, el legislador peruano optó por una doble denominación que resulta redundante como la de "régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes", para referirse a la propiedad y administración de los bienes que cada uno de los cónyuges adquiere o que adquieren ambos, a sus relaciones con terceros e, incluso al sostenimiento económico del matrimonio y/o de la familia en general.

Como se sabe, existen diversos regímenes patrimoniales del matrimonio en el mundo, que responden a la idiosincrasia de los pueblos y a la concepción que se tenga del matrimonio. Ellos pueden ser agrupados en dos regímenes extremos, el de la comunidad universal de bienes y deudas y, el de separación de bienes y deudas y, entre estos dos regímenes, se tiene los intermedios o mixtos en el que destaca el régimen de comunidad o sociedad de gananciales (CORNEJO CHÁVEZ; ARIAS SCHREIBER PEZET); además, existen legislaciones que adicionalmente prevén un régimen pactado o convencional entre los cónyuges, de carácter formal, para regular sus derechos y deberes de carácter económico.

Lo cierto es que, aun cuando existe en las diversas legislaciones un régimen patrimonial impuesto por la ley, el convencional no deja de ser legal por cuanto aquella lo permite (KALLER DE ORCHANSKY). Tratándose del Perú, se admite la sociedad de gananciales y la separación de patrimonios; en caso de no haberse otorgado la escritura pública para la constitución de separación de patrimonios antes de la celebración del matrimonio, se presume que han optado por el régimen opuesto.

## 2. Ley aplicable: primer domicilio conyugal

En estricto, el factor de conexión contenido en esta norma de conflicto que nos indicará el derecho aplicable es el domicilio conyugal, con la particularidad que sea el primero que establezcan los cónyuges.

Cabe precisar que nuestra legislación interna no regula el domicilio internacional en general, ni el domicilio conyugal internacional en especial, lo que significa un vacío que ha de ser superado con la reforma del Código Civil. Sin embargo, el Sistema de Derecho Internacional Privado peruano entiende que el domicilio conyugal internacional tiene la misma concepción que el domicilio conyugal interno que normalmente es estudiado por el Derecho de Personas. Es, entonces, el que fijan los cónyuges de consuno y, en caso de tener domicilios distintos, es el último domicilio común (vid. artículo 2077 del C.C.); el adjetivo internacional hace que esté destinado a la vida internacional, presente en una relación jurídica internacional, y se le concibe dentro de las fronteras de un Estado sin referirse a un determinado lugar (GUZMÁN LATORRE), este domicilio ha de ser determinado ante una situación derivada del tráfico jurídico internacional por el operador jurídico.

Definitivamente, este concepto prevé la igualdad entre los cónyuges y es válido cuando se ha de aplicar la ley territorial, a falta de aplicación de instrumentos internacionales que regulen el domicilio conyugal y sean vinculantes para el Perú y los otros Estados comprometidos en la relación jurídica en estudio.

No está de más señalar que el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y el Código de Bustamante tratan el domicilio conyugal; incluso existe un tercer instrumento que específicamente lo regula, es la Convención Interamericana sobre Domicilio Internacional de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado.

El primero lo hace en su artículo 8 y en él se establece que aquel "es el que tiene constituido el matrimonio", entendiéndose que es el fijado de común acuerdo por los cónyuges y, "en defecto de este se reputa por tal el del marido", con lo cual, la primera referencia es de carácter democrático en tanto la igualdad entre los cónyuges se vio opacada con la segunda, al establecer la sujeción de la mujer al marido, lo que se acentúa cuando adquirida la separación judicial, la mujer "conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro". El segundo instrumento internacional en su artículo 24 prevé que el domicilio conyugal es el domicilio legal del cónyuge o jefe de familia; anulándose la participación de la mujer en la constitución del domicilio conyugal. Mientras que la Convención Interamericana sobre Domicilio Internacional de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, vigente para Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay, adoptada en el seno de la CIDIP II en Montevideo, Uruguay el año 1979, de acuerdo a su época, señala en su artículo 4 que el domicilio conyugal es aquel en el cual viven de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su domicilio particular según las pautas de la misma convención.

La norma de conflicto en comento evita la cuestión móvil, al haberse previsto que el factor de conexión que contiene –domicilio de naturaleza mutable– sea inmutable o no variable en el tiempo, por la referencia que se hace al primer domicilio conyugal; de manera que será siempre el primer domicilio conyugal, que por lo general coincide con el lugar de celebración del matrimonio, el que rija el régimen patrimonial del matrimonio, haya o no cambio de domicilio durante la vida matrimonial.

Ahora bien, la inmutabilidad del factor de conexión domicilio conyugal tiene sus pros y contras. Así, se dice que la inmutabilidad da seguridad jurídica, los cónyuges conocen de antemano la ley que se aplicará a los efectos patrimoniales del matrimonio y evita el fraude a la ley; mientras que el inconveniente está en permitir que una ley regule estas relaciones desconectada de la realidad jurídica, social y económica que vive la pareja, precisamente por el cambio de domicilio que hicieron.

El legislador peruano optó por la inmutabilidad, e indirectamente optó por establecer que el cambio de régimen patrimonial está sujeto a que la ley del primer domicilio conyugal lo permita. Particularmente, vemos en esta regulación un límite a la autonomía de la voluntad de los cónyuges y la desvinculación de la ley aplicable a la realidad que vive la pareja matrimonial, como el caso de tener que aplicarse las normas del Código Civil peruano de 1936 a la fecha en que rige el Código de 1984, no permitiendo el primero la separación de patrimonios cuando el último sí. Por lo que sería necesario tener una inmutabilidad atenuada como la que existe en el sistema de Derecho Internacional Privado español (artículo 9.3 del C.C.) e italiano (artículo 19 del C.C.), que mantiene la inmutabilidad del factor de conexión pero, producido el cambio, la pareja matrimonial puede convenir en someterse a la nueva ley nacional o domiciliar, siempre que esta lo permita (CALVO CARAVACA y otros, AGUILAR BENITEZ DE LUGO y otros); con lo cual, no se limita la voluntad de los cónyuges ni se corre el riesgo de un fraude a la ley.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley aplicable, se advierte que es amplio en tanto que regulará lo concerniente a los bienes y deudas de los cónyuges adquiridos antes y después del matrimonio, sea individual o conjuntamente, a título gratuito u oneroso, a la administración de los bienes, a la obligación de los cónyuges respecto del sostenimiento del hogar, al cambio de régimen patrimonial y a los efectos patrimoniales del divorcio y separación de cuerpos.

## 3. Tratados

La *Lex causae* o ley reclamada por la norma de conflicto del foro, como aplicable al fondo del asunto, lo será, siempre y cuando no existan instrumentos internacionales al respecto que vinculen a los Estados cuyos ordenamientos jurídicos pretenden regular la situación jurídica internacional en estudio; ello, en estricta aplicación del artículo 2047 del Código Civil que establece la primacía de los tratados internacionales ratificados por el Perú sobre las normas de este Libro.

Sobre el tema que tratamos se ha de tener en cuenta el Tratado de Derecho Civil Internacional, adoptado en Montevideo, Uruguay el 12/02/1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 16/05/1890) y Uruguay, y al que se adhirió Colombia, y el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, aprobado en La Habana, Cuba el 13/02/1928 y ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 19/08/1929), República Dominicana y Venezuela.

Los artículos 40 al 43 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 tratan de las relaciones patrimoniales de los cónyuges; hacen referencia a las capitulaciones matrimoniales sin establecer ley aplicable y, en defecto de estas, las relaciones de los cónyuges respecto de los bienes y en todo lo que no esté prohibido por la *Lex situs*, se rigen por la ley del domicilio conyugal que hubieren fijado de común acuerdo antes de la celebración del matrimonio; en

caso de no haberse fijado de antemano el domicilio conyugal, tales relaciones se rigen por el domicilio del marido al momento de la celebración del matrimonio; estableciéndose la inmutabilidad del factor de conexión al señalarse que el cambio de domicilio no altera las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes que se hayan adquirido antes o después del cambio.

Los artículos 187 a 193, comprendidos en el capítulo "Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio", se refieren a que las capitulaciones matrimoniales se rigen por la ley personal común de los contrayentes, y en su defecto, por la ley del primer domicilio matrimonial; señalándose que estas leyes determinan, por ese orden, el régimen legal supletorio a falta de estipulación; consagrándose igualmente la inmutabilidad del factor de conexión nacionalidad o domicilio según corresponda.

## 4. Uniones de hecho y Derecho Internacional Privado

Al no existir en el Libro X del Código Civil una norma conflictual sobre los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, debemos proceder a la calificación como se hace respecto de una institución jurídica desconocida por el foro; es decir, se ha de tener en claro la función que esta cumple, para luego determinar la institución jurídica del foro que cumple igual o similar función y, finalmente insertarla en el supuesto de hecho de la norma de conflicto pertinente.

Para el ordenamiento jurídico peruano la unión de hecho es la unión estable de varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, que cumple fines semejantes al matrimonio y origina una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales siempre que la unión dure por lo menos dos años consecutivos (artículo 5 de la Const., artículo 326 del C.C.). En consecuencia, de esta unión al igual que del matrimonio derivan relaciones personales y relaciones patrimoniales. Limitándonos a este último aspecto, es propicio señalar que ante un caso de unión de hecho o convivencia derivada del tráfico jurídico internacional, es posible tener en cuenta el artículo 2078 del Código Civil que trata del régimen patrimonial matrimonial y que le es aplicable por analogía.

Respecto de las uniones de parejas irregulares, sea que no reúnan el requisito de dos años de convivencia, sea que tengan impedimento matrimonial o sea una pareja homosexual, ante una separación es posible iniciar la acción de enriquecimiento indebido, cuya norma de conflicto es el artículo 2098 del Código Civil.

## DOCTRINA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. T. VII, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2002; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otros. Derecho Internacional Privado. Vol. II, Comares, Granada, 1998; CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar Peruano. 10ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999; GUZMÁN LA TORRE. Tratado de Derecho Internacional Privado. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSKY, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. 7ª edición, Plus Ultra. Buenos Aires, 1989; MINISTERIO DE JUSTICIA. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Edición Oficial, Lima, 1994; REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (comp.). Código Civil. Ts. II y VI, Lima, 1985; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales, Comares, Granada, 2002; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE. Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995; VIEIRA, Manuel A. Derecho Internacional Privado. 5ª edición, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

## Nulidad del matrimonio

**Artículo 2079.-** ***La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive dicha nulidad.***

***Los vicios del consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración.***

Concordancias:
*C.C. arts. 274 y ss., 277, 2062; C.D.I.P. arts. 47 a 51*

**Luz Monge Talavera**

La celebración del matrimonio exige la reunión de un conjunto de condiciones de fondo y de forma, denominadas también elementos constitutivos, en cuya ausencia el matrimonio no será válido. Esas condiciones difieren en cada país. En nuestro sistema jurídico se encuentran formuladas por el artículo 234 del C.C., que establece la noción de matrimonio; y también son enunciadas, bajo un aspecto negativo, con el título de impedimentos, por los artículos 241 a 247 del C.C. Simultáneamente, los artículos 248 y siguientes del mismo Código señalan las formalidades del matrimonio.

El artículo 2079, bajo comentario, determina la ley aplicable a las causas susceptibles de motivar la nulidad del matrimonio. En primer lugar, se trata la nulidad por inobservancia de las condiciones de fondo (denominadas condiciones intrínsecas) del matrimonio. En segundo lugar, se alude a la nulidad por vicio del consentimiento. Se advierte, por otra parte, que el Código Civil no hace referencia a la ley aplicable en caso de inobservancia de las condiciones de forma (condiciones extrínsecas) del matrimonio.

En lo que respecta al primer párrafo, el artículo 2079 se sustenta en el tradicional principio, el cual establece que la ley que fija las condiciones de realización de un acto es competente para regir las consecuencias de la inobservancia de esas condiciones e imponer la sanción que debe aplicarse; es decir, declarar la anulabilidad, la nulidad o la inexistencia del acto.

Entonces, la ley que debe regir las condiciones esenciales del matrimonio (por ejemplo: la exigencia de la diferencia de sexos, el estado civil de los contrayentes y lo referente a la capacidad nupcial), es también competente para sancionar la inobservancia de estas condiciones. En concordancia con el artículo 2075 del C.C. que designa a la ley del respectivo domicilio de cada uno de los contrayentes como ley competente para regir las condiciones de fondo (intrínsecas) del matrimonio, podemos afirmar que corresponde a esta norma regir el incumplimiento de las mismas. A esta ley que ha sido infringida por los contrayentes, corresponde establecer la sanción y el régimen de la acción de nulidad.

*Mutatis mutandis*, si el principio establecido en el artículo 2076 es que la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración, *Lex loci celebrationis*, podemos válidamente suponer que corresponde también a la ley del lugar de celebración del matrimonio sancionar el incumplimiento o la infracción de las condiciones de forma o extrínsecas del mismo (funcionario competente, publicidad, presencia de testigos, etc.). Siguiendo este razonamiento, si el consentimiento de las partes fue alterado por algún vicio (error, dolo, violencia) es lógico inferir que la imposición de la sanción correspondiente sea sometida a la ley de celebración del matrimonio.

En suma, es la ley del domicilio de cada uno de los contrayentes o la ley del lugar de celebración del matrimonio la que determinará, en cada caso, quiénes son los titulares de la

acción de nulidad, el plazo para interponerla, la prescripción y los demás aspectos relativos a la misma.

Conviene observar finalmente que el artículo 2079 se refiere exclusivamente a las causas de nulidad. No hace referencia a la ley que rige las causas de anulabilidad del matrimonio. Al parecer, "cuando el legislador hace referencia al término 'nulidad', debe entenderse que se refiere al más amplio de 'invalidez'. De otro modo, no podría explicarse la omisión respecto a la anulabilidad del matrimonio" (REVOREDO). Para evitar imprecisiones de carácter terminológico, consideramos necesario modificar el artículo 2079.

En todo caso, es de observar que el artículo 2079, bajo comentario, retoma el artículo 47 del Código de Derecho Internacional Privado, Código de Bustamante, que establece textualmente que: "La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca que la motive".

Conviene recordar que el artículo 5 inciso b) de la Convención de la Haya de 1902 prevé que: "Los Estados que exijan la celebración religiosa podrán declarar nulos los matrimonios civiles celebrados por sus nacionales en el exterior".

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Económica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A., Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge, Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois, Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M., Delia. Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bélgica, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Efectos de la nulidad del matrimonio

**Artículo 2080.-** ***La ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio, excepto los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.***

Concordancias:
*C.C. arts. 36, 295, 2062, 2078; C.D.I.P. arts. 50, 51*

LUZ MONGE TALAVERA

El artículo 2080 designa la ley competente para regular los efectos de la nulidad del matrimonio. En Derecho comparado, se observan diversas soluciones sobre el particular. Los efectos de la nulidad del matrimonio son sometidos, en algunos países, a la misma ley que sanciona la nulidad. En otros, se rigen por la ley personal del esposo que procedió de buena fe. Existen también sistemas jurídicos que señalan la competencia de la ley que rige los efectos del matrimonio.

El legislador nacional prefiere someter los efectos no patrimoniales de la nulidad del matrimonio a la ley del domicilio conyugal. Se entiende que esta ley regula el cese de las obligaciones recíprocas entre los esposos, el ejercicio de la patria potestad de los hijos nacidos en matrimonio nulo, la calidad matrimonial o extramatrimonial de los hijos procreados en un matrimonio declarado nulo, etc.

Contrariamente, todo lo referente a las relaciones patrimoniales de los cónyuges es expresamente excluido de los alcances de la ley del domicilio conyugal. En caso de nulidad de matrimonio, para regir lo referente al régimen patrimonial del matrimonio, corresponde a la ley competente regular la disolución de la sociedad conyugal, la suerte de las donaciones realizadas por causa del matrimonio, etc.

Se aprecia que para regular los efectos extrapatrimoniales del matrimonio nulo, el Código Bustamante prevé una conexión principal y dos conexiones subsidiarias. El artículo 49 de este cuerpo de leyes señala que: "Se aplicará la ley personal de ambos cónyuges, si fuere común; en su defecto la del cónyuge que haya obrado de buena fe, y a falta de ambas, la del varón a las reglas sobre el cuidado de los hijos de matrimonio nulo, en los casos en que no puedan o no quieran estipular nada sobre esto los padres".

En lo que concierne a los efectos patrimoniales, el artículo 50 del Código Bustamante establece lo siguiente: "La propia ley debe aplicarse a los demás efectos civiles del matrimonio nulo, excepto los que ha de producir respecto de los bienes de los cónyuges, que seguirán la ley del régimen económico matrimonial".

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Económica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER, A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J. G. Droit International Privé québecois, Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SANCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma, Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre.

Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis, Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1992.

## Divorcio y separación de cuerpos

**Artículo 2081.-** ***El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.***

Concordancias:
*C.C. arts. 36, 332 y ss., 348 y ss., 2062, 2067 inc. 3); C.P.C. arts. 480 a 482, 573 a 580; C.D.I.P. arts. 52 a 56*

MARCELA T. ARRIOLA ESPINO

# 1. Introducción

Por diversos motivos, sean de carácter emocional, social, económico, etcétera, el proyecto de vida en común de los cónyuges sufre resquebrajamientos que van minando o destruyendo poco a poco la estabilidad de la pareja, y en general de la familia; lo que lleva a considerar que la vida en común es imposible. Otras veces, uno de los cónyuges falta a uno de los deberes matrimoniales y rompe el halo de respeto mutuo, confianza y lealtad que debe existir en todo matrimonio.

Ante estas realidades que implican un fracaso matrimonial, la solución jurídica está dada por la separación legal y/o el divorcio; soluciones que se presentan respecto de un matrimonio nacional o de un matrimonio internacional, cuya diferencia está dada en que el primero está regulado por un solo ordenamiento jurídico, el del Estado en donde se celebró; en cambio, el segundo, a través de sus elementos constitutivos importantes (domicilio de los contrayentes, lugar de celebración del matrimonio, primer y último domicilio conyugal, entre otros) está vinculado a más de un ordenamiento jurídico estatal, pero será el tribunal competente (entiéndase el término tribunal ampliamente, como la autoridad administrativa, registral, notarial y/o judicial) el que determinará, según el caso a dilucidar, cuál de esas leyes, que pretenden ser tomadas en cuenta, es la aplicable.

En consecuencia, producida la crisis matrimonial, en la separación legal y el divorcio internacional igualmente se tendrán en cuenta esos elementos extranacionales que nos hacen considerar a más de un ordenamiento jurídico; pero solo a través de la calificación de la situación jurídica internacional tendremos la norma de conflicto a tomarse en cuenta, el punto o factor de conexión considerado y, consiguientemente, la ley aplicable que es la que a través de sus normas materiales resolverá el caso en concreto.

No es extraño, pues, encontrarnos con Pedros y Marías que celebran matrimonio en su Estado de origen como el Perú, luego salen al exterior, tienen hijos binacionales y bienes en el Estado de residencia, con el tiempo vienen las desavenencias y se separan de hecho, uno de ellos vuelve al Perú y el otro se mantiene en el extranjero con los hijos, incluso este puede cambiar de domicilio a un tercer Estado. Legalmente no están separados y llega la hora de solicitar separación convencional con ulterior divorcio o, un divorcio por causal. O nos encontramos con el caso de parejas nacionales o binacionales que se conocen y casan en el extranjero, por ejemplo, Colombia, establecen su domicilio conyugal en dicho Estado, pueden tener o no hijos, así como bienes, luego deciden separarse legalmente para posteriormente divorciarse, y pretenden que la sentencia de divorcio sea reconocida en el Perú, ante la inscripción que hicieron del matrimonio en el Consulado peruano correspondiente.

Casos como estos forman parte de la categoría jurídica en estudio, y como en todo caso de Derecho Internacional Privado lo primero que se ha de establecer es la competencia del

tribunal nacional y luego el ordenamiento jurídico aplicable. Respecto de la competencia del tribunal nacional para conocer asuntos de naturaleza internacional no nos detendremos, en vista de que ello se ha tratado en los artículos pertinentes, igualmente, tampoco conceptualizaremos estas figuras jurídicas ya conocidas por el Derecho nacional y comparado y que han sido tratadas en su oportunidad; en cambio, sí comentaremos el Derecho aplicable o *Lex causae* al que se refiere la norma en comento.

## 2. Ley aplicable: domicilio conyugal

Cabe recordar que, establecida la competencia internacional de los tribunales peruanos para conocer un caso de separación de cuerpos y/o divorcio, estos han de tener presente que conforme al artículo 2047 del Código Civil: "El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran, conforme a las normas del presente Libro"; es decir, los tratados o convenciones de Derecho Internacional Privado de los que el Perú es parte se aplican prioritariamente sobre el Derecho interno establecido para estos casos en este Libro X del Código sustantivo.

Así, debemos tener en cuenta lo previsto en dos instrumentos internacionales que nos vinculan con Estados americanos, ellos son: 1.- El Tratado de Derecho Civil Internacional, adoptado en Montevideo-Uruguay el 12/02/1889, ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 16/05/1890) y Uruguay, y al que se adhirió Colombia y, 2.- El Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, aprobado en La Habana-Cuba el 13/02/1928 y ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 19/08/1929), República Dominicana, y Venezuela. Formularon reservas: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, República Dominicana y Venezuela.

Concretamente, el artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 dice: "La ley del domicilio matrimonial rige: a) la separación conyugal; b) la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró" y el artículo 52 del Código de Bustamante señala: "El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley domicilio, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges".

Observamos que estos tratados se constituyen en antecedentes del artículo 2081 del Código Civil, que trata, como lo hace expresamente el Código de Bustamante, del "derecho a la separación de cuerpos y al divorcio" con un derecho aplicable que es la ley del domicilio conyugal, por lo que se hace necesario establecer entonces cuál es el ámbito de esta ley.

Sobre el domicilio conyugal se ha de señalar que es el que los cónyuges fijan de consuno o de común acuerdo y, en caso de tener domicilios distintos, es el último común; es internacional en tanto participe en una relación derivada del tráfico jurídico internacional y se le concibe dentro de las fronteras de un Estado. No hay que perder de vista que tanto el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 como el Código de Bustamante y la Convención Interamericana sobre Domicilio Internacional de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, tratan del domicilio internacional en general y del domicilio conyugal en especial, cuyas normas se han de aplicar en caso de que los Estados cuyos ordenamientos

jurídicos se vean involucrados en una determinada relación jurídica internacional los hayan ratificado (vid. al respecto al artículo 2078 del C.C.).

## 3. Ámbito de aplicación de la *Lex causae* o ley aplicable

En concreto, la norma de conflicto prevista en este artículo 2081 del Código Civil rige la admisión de la separación legal y del divorcio. Es decir, el juez peruano al resolver un caso de esta naturaleza, deberá establecer si la *Lex causae* o Derecho aplicable en cuyas normas materiales sustenta su resolución final, acepta o no estas instituciones jurídicas; teniendo en cuenta que la ley del domicilio conyugal o del último en común será el que se tenía al momento de presentación de la demanda (MIAJA DE LA MUELA).

En relación con ello, algunos ordenamientos jurídicos admiten el divorcio y no la separación de cuerpos y, al contrario, otros admiten la separación de cuerpos y no el divorcio. Precisamente, esta norma de conflicto nos lleva a tener en cuenta que, si ante tribunal peruano se interpone divorcio *ad vinculum* o separación de cuerpos teniendo domicilio conyugal o último común en un Estado cuyo Derecho no los admite, nuestros magistrados –aun cuando su Derecho contempla el divorcio y la separación de cuerpos– no podrán amparar las demandas interpuestas, porque el legislador ha previsto que sea la *Lex causae* la que se pronuncie al respecto (CALVO CARAVACA y otros; MARÍN LOPEZ y otros).

Es importante señalar que la determinación de la admisibilidad del divorcio y la separación de cuerpos internacional, conforme al Derecho aplicable, debe tenerse como un requisito de procedencia que el magistrado debe advertir, al momento de calificar la demanda y no al momento se sentenciar, pues por economía procesal se hace necesario facilitar a las partes el conocimiento de que su demanda es admitida o no a trámite, sin que ello signifique un adelanto de opinión porque luego las causales alegadas se valorarán conforme a lo dispuesto por el Derecho aplicable, que igualmente, de acuerdo a la norma de conflicto que aparece en el artículo 2082 del Código Civil, es la ley del domicilio conyugal.

Cabe señalar que entre los países cuyos ordenamientos jurídicos admiten tanto el divorcio como la separación de cuerpos tenemos: Argentina, Bélgica, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Colombia, Guatemala, España, Italia, México, Panamá, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros.

## 4. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras sobre divorcio y separación de cuerpos

Sobre este tema, es importante señalar que para que las sentencias extranjeras de divorcio y separación de cuerpos –derivadas de un matrimonio celebrado en el Perú o de uno inscrito en el consulado peruano correspondiente– adquieran fuerza ejecutiva, deben ser sometidas a exequátur; solo así la sentencia extranjera se "nacionalizará" y su mandato se podrá inscribir en el Registro de Estado Civil, retrotrayéndose sus efectos a la fecha de emisión de la sentencia extranjera.

Como se sabe, el juez al resolver un exequátur no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión controvertida, por lo tanto, no controla la ley aplicada en la sentencia; solo se limita a verificar que se cumplan los requisitos contenidos en los artículos 2102, 2103 y 2104 del Código Civil.

Entre los requisitos a tenerse en cuenta está el orden público internacional. Por él se ha de entender como el límite o remedio a la aplicación del Derecho extranjero cuando contraviene los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; en consecuencia, no se podrán reconocer u homologar las sentencias extranjeras que se fundan en causales no previstas por el ordenamiento jurídico nacional, en vista de que el Derecho Familiar peruano es imperativo y las causales de divorcio y separación de cuerpos son *numerus clausus*.

## DOCTRINA

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y otros. Derecho Internacional Privado. Vol. II, Comares, Granada, 1998; DE SOUZA DEL OLMO, Florisbal. Direito Internacional Privado. 2ª edición, Forense, Rio de Janeiro, 2000; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y otros. Derecho Internacional Privado. Parte especial. 6ª edición, Eurolex, Madrid, 1995; MARÍN LÓPEZ, Antonio y otros. Derecho Internacional Privado español II. Parte especial. 7ª edición, Impredisur, Granada, 1991; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. T. II. Parte especial. 10ª edición revisada, Atlas, Madrid, 1987; MINISTERIO DE JUSTICIA. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Edición oficial, Lima, 1994; NIBOYET, J.P. Principios de Derecho Internacional Privado. Trad. Andrés Rodríguez Ramón, Nacional, México; VIEIRA, Manuel A. Derecho Internacional Privado. 5ª edición, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

## Causas y efectos del divorcio y de la separación

**Artículo 2082.-** *Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.*

*La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.*

Concordancias:
*C.C. arts. 39, 333, 349, 2062, 2078; C.D.I.P. arts. 54, 56*

MANUEL MURO ROJO

En el Código Civil de 1936, en materia de ley aplicable, la única norma referida al Derecho de Familia, en general, y a las relaciones entre los cónyuges, en particular, estaba contenida en la segunda parte del artículo V del Título Preliminar. Sin embargo, era una disposición genérica por la cual cualquier asunto vinculado a las mencionadas relaciones se regía, en principio, por la ley del domicilio.

Así, remitiéndose a la primera parte del mismo artículo V T.P. (referida al estado y capacidad civil), disponía que los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges, así como el régimen de los bienes de estos, se regulaban por la ley del domicilio; sin embargo, en virtud de dicha remisión, se aplicaba también la norma excepcional contenida en la misma norma, según la cual regiría la ley peruana cuando los sujetos involucrados fueran peruanos.

Esto último fue arduamente criticado, primero porque era una incongruencia jurídica establecer la coexistencia de dos sistemas opuestos: el de la ley del domicilio (para los extranjeros) y el de la ley nacional (para los peruanos); y, segundo, porque en la práctica resultaba ingenuo pensar que la ley peruana podía "tener virtualidad para llevar su imperio hasta los peruanos residentes en país extranjero respecto a materias en las cuales el ciudadano extranjero es sometido en el Perú a la ley peruana y no a su ley de origen. Por falta de reciprocidad, cada Estado aplicará su propia ley, a despecho del artículo V" (LEÓN BARANDIARÁN, p. 173). Este autor sugería la modificación de dicha norma para eliminar la acusada incongruencia, lo cual en efecto ha sucedido, porque en el Código Civil de 1984 ya no aparece la excepción relativa a la aplicación de la ley nacional.

Con relación al decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, no obstante que en el citado artículo V T.P. de la legislación anterior no había mención puntual alguna, era opinión común que la ley aplicable tenía que ser la del domicilio, pero puntualmente la del domicilio actual, no el anterior, ya que los cónyuges estaban ya desvinculados de este último.

Así lo dispone también el Tratado de Montevideo, que descarta el domicilio de la celebración del matrimonio y hace aplicable más bien la ley del "domicilio conyugal actual en correspondencia con la ley local, para admitir las causales de divorcio en tanto no atenten contra el orden público" (LEÓN BARANDIARÁN, p. 178). Por su parte, el Código de Bustamante no permite admitir las causales de divorcio anteriores a la constitución del domicilio conyugal, salvo que ellas estén admitidas por la ley personal común.

El artículo 2082 del Código Civil vigente incide específicamente en las causales y en los efectos civiles de la separación y del divorcio. En cuanto a las causales, la regla del domicilio ha sido precisada para cuidar que la referencia se entienda hecha al domicilio conyugal

"actual", de modo que no puedan invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

Al respecto, Tovar Gil precisa que la norma debe leerse con cuidado; pues ella se refiere a que no pueden aceptarse como causas hechos ocurridos antes de la adquisición de un domicilio, cuando esos hechos no eran admitidos como causales por la ley del domicilio anterior, de lo contrario en la práctica se alteraría la ley aplicable. Pero tampoco pueden invocarse hechos ocurridos en el lugar del domicilio conyugal anterior que constituían causales bajo ese ordenamiento si es que el del nuevo domicilio no los considera como tales, justamente porque el cambio de domicilio desvincula a los cónyuges del régimen legal anterior. Y, por último, advierte que es distinto el caso de causales que existían en el ordenamiento del domicilio anterior y que también lo son conforme al nuevo sistema legal, en cuyo caso sí es posible invocar la causal (TOVAR GIL, pp. 283-284).

En cuanto a los efectos civiles que produce la separación y el divorcio, opera la aplicación de la misma regla, o sea la ley del domicilio conyugal actual, salvo en lo referente al régimen de los bienes sociales, que también se afectan a consecuencia de dichos hechos, pero que se rigen por la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078).

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Filiación matrimonial

**Artículo 2083.-** ***La filiación matrimonial se determina por la ley más favorable a la legitimidad, entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo de nacimiento del hijo.***

Concordancias:
*C.C. arts. 36, 361 y ss., 2062; C.D.I.P. art. 57*

**Luz Monge Talavera**

La filiación forma parte del estatuto personal. Esta categoría genérica incluye disposiciones relativas al *estatuto individual* (nombre, domicilio, capacidad, etc.) y también disposiciones concernientes a las relaciones de familia o *estatuto familiar* (establecimiento y efectos de la filiación, condiciones de fondo y efectos del matrimonio, entre otros). Se trata de un conjunto de aspectos que conciernen directamente a la persona en cuanto tal. Por lo mismo, exigen ser sometidos a una misma ley que no varíe en función de los desplazamientos pasajeros del individuo (AUDIT).

Si colocamos aparte los Estados religiosos, como los países árabes musulmanes del contorno del Mediterráneo y de África, donde el estatuto personal está ligado a la religión o a la pertenencia a una comunidad determinada, la conexión del estatuto personal difiere de país a país entre la ley nacional y la ley del domicilio. Tradicionalmente, la filiación matrimonial, considerada como un efecto del matrimonio, era sometida a la ley de la nacionalidad común de los esposos o, en defecto de nacionalidad común, a la ley del domicilio común de los mismos. Sin embargo, la posibilidad de la diferencia de nacionalidades y la hipótesis de la inexistencia de domicilio común pueden ser fuente de dificultades en materia de filiación.

Este sistema ha sido soslayado por el legislador nacional, quien no se limita a prever una conexión en el espacio, sino que prefiere adoptar un sistema destinado a favorecer el establecimiento de la filiación matrimonial.

La norma nacional de conflicto en materia de establecimiento de la filiación matrimonial, contenida en el artículo 2083 del Código Civil, retiene una conexión alternativa. Es decir, prescribe la consulta de dos leyes diferentes: la ley de celebración del matrimonio y la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo. Como criterio de elección entre ambas prevé enseguida la ley más favorable al establecimiento de la legitimidad. Ambas leyes –la ley del lugar de celebración del matrimonio y la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo– se caracterizan por la facilidad de su determinación. Son además únicas e inamovibles.

Obviamente, *la ley más favorable al establecimiento de la legitimidad* es competente para determinar el objeto y la carga de la prueba en materia de filiación matrimonial. Por ejemplo, la presunción relativa al momento de la concepción, la existencia y la fuerza de la presunción de paternidad del marido (*pater is est* ...), y lo relativo al ejercicio de la acción contestatoria. Corresponde a la misma ley regir lo relativo a los diferentes modos de prueba admisibles (posesión de estado, prueba sanguínea o genética), a su fuerza probatoria, así como a los plazos y formalidades para interponer las acciones respectivas.

Cabe precisar igualmente que el legislador nacional guarda silencio sobre la ley aplicable a los efectos (de orden moral y material) propios de la filiación. Nada se dice respecto a la ley

aplicable a la patria potestad, es decir, a los derechos y los deberes recíprocos de los padres, por ejemplo, en materia de educación. Tampoco se alude a los deberes de orden material, como son las obligaciones alimentarias que corresponden a los padres.

Por otra parte, a partir de la lectura del artículo 2083, que dispone la elección de la ley más favorable al establecimiento de la filiación, se puede observar que el legislador deja de lado el mismo método de conflicto de leyes y la neutralidad que caracteriza a las normas de conflicto para dar paso a conexiones que se muestren favorables al interés del niño.

Recordemos que, tradicionalmente, la regla de conflicto de leyes no tiene por objeto consagrar una reglamentación sustancial de las relaciones internacionales, sino designar el orden jurídico del cual se extraerá esa norma. Para este fin, la regla de conflicto señala, a través de una conexión, el orden jurídico con el cual el asunto litigioso presenta los vínculos más significativos. El texto de las normas sustanciales internas en conflicto no es tomado en consideración. Por eso se dice que la regla de conflicto es neutra.

Sin embargo, actualmente esta neutralidad es muy relativa, pues los diversos Derechos internos muestran notoriamente la preocupación de proteger ciertos intereses, como por ejemplo el interés del niño, del trabajador o del consumidor. Esta tendencia que caracteriza el Derecho de nuestros días tiene en el ámbito del Derecho Internacional Privado, como consecuencia, la aparición de normas de conexión de carácter sustancial, denominadas también reglas de conflicto con finalidad material (BATIFFOL y LAGARDE).

El mecanismo permite al legislador escapar de la tradicional determinación de una ley única que regirá el fondo del litigio para presentar varias opciones legislativas. La competencia recaerá sobre aquella ley que facilite el logro del objetivo que el legislador se propone. La doctrina francesa se refiere a ellas como reglas de conflicto híbridas, pues constituyen un procedimiento intermediario entre la regla de conflicto clásica y la regla de conflicto puramente sustancial (MAYER).

Las reglas de conexión de carácter sustancial pueden ser variadas, según presenten de manera más o menos acentuada dicho carácter. Así, la denominada "directiva conflictual con carácter sustancial" reconoce al juez la posibilidad de escoger entre varias opciones legislativas la ley más favorable a un interés definido. Tal podría ser el caso del interés del niño al establecimiento de su filiación legítima, como es el caso de lo previsto por el Código Civil peruano.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J.-G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis. Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

## Filiación extramatrimonial

**Artículo 2084.-** ***La determinación de la filiación extramatrimonial, así como sus efectos y su impugnación, se rigen por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo o, en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo.***

***Si ninguno de los progenitores tuviera la posesión de estado, se aplicará la ley del domicilio del hijo.***

Concordancias:
*C.C. arts. 399, 402 y ss., 412, 2062; C.D.I.P. arts. 57, 60 a 63*

**Luz Monge Talavera**

El artículo 2084 se ocupa de la ley aplicable a la determinación de la filiación extramatrimonial. En el ámbito del Derecho comparado es posible observar diversas soluciones al respecto. Están aquellas legislaciones que designan como criterio de conexión a la ley de la nacionalidad y por otro lado están las que prefieren la ley del domicilio.

Los sistemas que adoptan la ley de la nacionalidad, someten la determinación de la filiación extramatrimonial a la ley de la nacionalidad de los padres o a la del hijo. Los problemas se presentan cuando cada miembro del grupo familiar posee nacionalidad diferente. En esta hipótesis, es perfectamente posible la aplicación de una ley para el establecimiento de la maternidad y otra completamente diferente para la determinación de la paternidad. Para evitar este inconveniente, algunos países (Alemania, por ejemplo) designan simplemente la competencia de la ley nacional de la madre para el establecimiento de la maternidad y de la paternidad.

El artículo 2084 del Código nacional, que traduce el interés del legislador de favorecer el establecimiento de la filiación extramatrimonial, opta por la ley del domicilio. El dispositivo bajo comentario consagra una regla de conflicto alternativa que prevé una conexión triple: una conexión principal a la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo y dos conexiones subsidiarias. La primera de ellas declara competente a la ley del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado. En defecto de esta, la ley prevé una segunda conexión subsidiaria y ordena la aplicación de la ley del domicilio del hijo.

Observemos que la competencia de la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo se justifica, pues permite la designación de una ley única para el establecimiento de la filiación extramatrimonial. Al someter la relación que une tres personas a una sola ley, el artículo 2084 garantiza la unidad de la competencia legislativa del estatus familiar. El criterio elegido evita el conflicto de leyes, en el caso de que los padres posean diferentes nacionalidades.

La pertinencia de la solución se confirma también, si se toma en cuenta que el sometimiento de la determinación de la filiación extramatrimonial, sus efectos y su impugnación a la ley del domicilio común tiene la ventaja de originar la coincidencia de la competencia legislativa y la competencia jurisdiccional. En efecto, la competencia judicial se determina frecuentemente en función del criterio del domicilio del demandante en virtud del principio *"Actor sequitur..."*. Por otra parte, es necesario remarcar que los jueces aplican mejor su propia ley, en lugar de la ley extranjera.

En defecto de domicilio común de ambos progenitores y del hijo, el artículo 2084 designa la competencia de la ley del domicilio del progenitor que tenga la posesión de estado respecto del hijo. La solución parece sustentarse en la idea de que al menos uno de los progenitores

domicilia con el menor y, que el hecho de tener la posesión de estado, demuestra su interés por la suerte del mismo (REVOREDO). El legislador nada dice respecto a la ley aplicable para juzgar la regularidad de dicha posesión. Se presume que cuando se invoca la posesión de estado de padre o madre, esta debería determinarse en función de la ley en vigor a la fecha, y en el lugar de la invocación de la posesión de estado.

En ausencia de posesión de estado de ambos progenitores, el artículo 2084 dispone la aplicación de la ley del domicilio del hijo, en tanto el establecimiento del vínculo de filiación lo concierne directamente.

Conviene observar finalmente que la proclamación formal del principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales no se refleja en el ámbito del conflicto de leyes, pues la determinación de ambas filiaciones se somete a diferentes reglas de conexión. El legislador nacional ha podido ordenar sencillamente la aplicación de la ley más favorable al establecimiento de la filiación matrimonial o extramatrimonial. Solución perfectamente compatible con ambas filiaciones.

Una regla similar se establece en el Código Civil francés, que dispone en su artículo 311-14 que "la filiación es regida por la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo; si la madre no es conocida por la ley del hijo". La conexión a la ley de la madre se presenta como una consecuencia natural al hecho de que la maternidad es generalmente cierta: *mater semper certa est*. La conexión subsidiaria a la ley del hijo se justifica en el caso de que la madre sea desconocida.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J.-G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis. Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

## Reconocimiento de hijo

### Artículo 2085.- *El reconocimiento del hijo se rige por la ley de su domicilio.*

Concordancias:
*C.C. arts. 33 y ss., 37, 388 y ss., 2062; C.D.I.P. arts. 64, 65, 66*

LUZ MONGE TALAVERA

El artículo 2085 se refiere al modo más general y típico de establecimiento de la filiación extramatrimonial: *el reconocimiento.* Se trata de una manifestación de voluntad del padre o de la madre, destinada a asumir el vínculo de filiación. Por lo tanto, es un acto jurídico sometido paralelamente a las condiciones generales de validez y a condiciones particulares de fondo y de forma.

El legislador nacional dispone que el reconocimiento se rige por la ley del domicilio del hijo. Suponemos que el criterio de conexión elegido en la materia se debe a que el reconocimiento concierne directamente al hijo.

Más allá, la determinación de la ley del reconocimiento está subordinada a la determinación previa del lugar del domicilio del hijo. Al respecto, conviene observar que tratándose de un incapaz la ley que regirá el reconocimiento será aquella del domicilio del representante legal del hijo, aun cuando el incapaz tenga en realidad un domicilio diferente al de su representante. En efecto, el artículo 37 del Código Civil dispone que los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.

Paralelamente, si el hijo es capaz, la ley que regirá el reconocimiento se fija de conformidad con el artículo 33 y siguientes del Código Civil. En otras palabras, el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

En uno u otro caso, es la ley del domicilio del hijo la que determina las condiciones de fondo y de forma de la validez del acto de reconocimiento y también las causas de su nulidad. Referente al autor del reconocimiento, determinados países consideran como condición de fondo que el acto proceda de la voluntad del padre y de la madre. Para ciertos ordenamientos jurídicos, la decisión de reconocer de uno de los padres es independiente a la del otro progenitor. En lo que concierne al hijo, algunos sistemas jurídicos establecen como condición de fondo que la calidad de filiación extramatrimonial que se pretende instituir no sea adulterina o incestuosa. Para otros, la posesión de estado de hijo legítimo obstaculiza un reconocimiento fuera del matrimonio.

Es también la ley del domicilio del hijo que rige las condiciones de forma del reconocimiento. Por ejemplo, si el acto de reconocimiento debe constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o testamento, etc.

Por otra parte, sorprende no encontrar una conexión alternativa, destinada a favorecer el establecimiento de la filiación extramatrimonial, tal como el legislador prevé en materia de filiación matrimonial. Pensamos que era perfectamente posible prever que el reconocimiento se rige por la ley del domicilio del hijo o por la ley del domicilio de su autor. Así lo establece, por ejemplo el Código Civil francés en su artículo 311-17, el cual dispone que "el reconocimiento voluntario de paternidad o de maternidad es válido si ha sido hecho de conformidad sea a la ley personal de su autor, sea a la ley personal del hijo".

Es también interesante remarcar que si la determinación de la filiación extramatrimonial es regida por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo, no aparece clara la razón por la cual el legislador cambia de criterio de conexión en materia de reconocimiento.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J.-G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis. Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

## Legitimación

**Artículo 2086.-** *La legitimación por subsecuente matrimonio, se rige por la ley del lugar de celebración de este. Sin embargo, si la ley del domicilio del hijo exige el consentimiento de este, debe ser también aplicada.*

*La capacidad para legitimar por declaración estatal o judicial, se rige por la ley del domicilio del legitimante: y la capacidad para ser estatal o judicialmente legitimado, por la ley del domicilio del hijo; requiriendo la legitimación la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas.*

*La acción para impugnar la legitimación, se somete a la ley del domicilio del hijo.*

Concordancias:
*C.C. art. 2062; C.D.I.P. arts. 60 a 63*

**Luz Monge Talavera**

El artículo 2086 del Código Civil se refiere a la legitimación. Esta institución jurídica que se origina en el Derecho Canónico tiene por finalidad esencial conferir al hijo nacido fuera del matrimonio los derechos de un hijo matrimonial. Es necesario precisar que la legislación peruana interna no contempla esta figura jurídica. Dado que en nuestro ordenamiento jurídico todos los hijos tienen los mismos derechos, lógicamente la legitimación parece no tener razón de ser. Del mismo modo, la ley alemana del 16 de diciembre de 1997 ha suprimido la legitimación, pues la legislación civil interna de este país tiende a abandonar la distinción entre filiación legítima y filiación natural.

Sin embargo, la generalidad de legislaciones conserva esta institución. En ellas es posible observar que los beneficiarios de la legitimación son obviamente los hijos extramatrimoniales. Es posible también revestir de una legitimidad póstuma al hijo fallecido con anterioridad al acto legitimante. La doctrina y la legislación comparadas distinguen dos especies de legitimación: aquella por matrimonio que puede presentar diversas modalidades según cada sistema jurídico y la legitimación por declaración estatal o judicial.

Siguiendo el modelo tradicional, el artículo 2086 del Código Civil distingue ambas especies de legitimación con el objeto de someterlas a criterios de conexión diferentes.

La legitimación por subsecuente matrimonio (*propter nuptias*) es el modo clásico y primordial de acceder al estatus de hijo matrimonial. Este favor legislativo requiere como condición *sine qua nom*, la celebración del matrimonio de los padres. En ese sentido se considera como un efecto incorporado al matrimonio. Siguiendo esta idea, es lógico afirmar que es la ley del lugar de celebración del matrimonio la que presenta los vínculos más significativos con la institución. El legislador confía naturalmente a ella su regulación.

Es entonces la ley del lugar de celebración del matrimonio la competente para regir las condiciones de la legitimación por subsiguiente matrimonio. Por ejemplo, respecto a la filiación: en algunos sistemas todos los hijos extramatrimoniales pueden ser beneficiarios de la legitimación, otros ordenamientos jurídicos excluyen de ella a los hijos adulterinos o incestuosos. Ciertas legislaciones exigen que la filiación sea previamente establecida por reconocimiento voluntario, para otras el reconocimiento puede hacerse en el mismo acto de celebración del matrimonio, en otras legislaciones es suficiente probar la posesión de estado.

En principio, la legitimación es desde su origen un efecto de pleno derecho del matrimonio. No es un acto jurídico distinto que exija manifestación de voluntad de nadie, ni aun

del hijo si este fuera mayor pues no se trata de una adopción. En la legislación civil francesa, por ejemplo, si la filiación ha sido previamente establecida, la legitimación se impone a todos a partir de la celebración del matrimonio. No se requiere la manifestación de voluntad de los esposos ni la del hijo, y ninguno de ellos podría impedir que la legitimación surta efecto. Si bien es cierto que la legitimación debe inscribirse al margen de la partida de nacimiento, la ausencia de esta formalidad no impide que la legitimación produzca efectos jurídicos (Código Napoleón, artículo 331 y siguientes).

Sin embargo, el legislador nacional establece en el mismo artículo 2086 del C.C. que la ley del domicilio del hijo debe aplicarse en el caso de que esta exija su consentimiento para la legitimación por subsecuente matrimonio. Pensamos que la disposición hace referencia a aquellas legislaciones que distinguen la legitimación por matrimonio de pleno derecho de la legitimación por matrimonio voluntaria. Es el caso de la legislación colombiana, en la cual el consentimiento del hijo es factor esencial para la legitimación voluntaria. El fundamento es que no se puede cambiar el estado civil de una persona contra su voluntad.

El segundo párrafo del artículo 2086, bajo comentario, se refiere a la legitimación por declaración estatal o judicial. Se trata de un acto de soberanía, por el cual el Estado o la autoridad judicial confieren a un hijo extramatrimonial los derechos de un hijo matrimonial. El legislador establece que la capacidad para legitimar por declaración estatal o judicial, se rige por la ley domicilio del legitimante. *Mutatis mutandis* es la ley del domicilio del legitimado, la competente para regular la capacidad de este último para el mismo acto. Siguiendo ese mismo criterio, el legislador establece que la legitimación requiere la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas legislaciones. Cabe observar que el texto de este segundo párrafo del artículo 2086 recoge el artículo 60 del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante.

Sobre el particular, es necesario mencionar que en el plano legislativo, esta especie de legitimación está sujeta a diversas condiciones de fondo y de procedimiento. El artículo 33 del Código Civil francés, por ejemplo, exige que el matrimonio entre los padres sea imposible, que la filiación del hijo se haya establecido por lo menos respecto del progenitor que solicita la legitimación y la manifestación de voluntad del padre o de la madre o de ambos, entre otros.

El último apartado del presente artículo prevé lo relativo a la acción impugnatoria de la legitimación. De acuerdo al mismo, la ley competente es aquella del domicilio del hijo. Es entonces esta ley la que regula, por ejemplo, quiénes son los titulares de la acción, las causales, los medios probatorios y el plazo, entre otros, de la impugnación. La pertinencia de la solución no exige mayores comentarios ya que se considera que será el legitimado el directamente afectado con la impugnación.

Finalmente, es menester subrayar que en el ámbito del Derecho comparado, algunos sistemas jurídicos han abandonado la neutralidad que caracteriza las normas de conflicto para dar paso a conexiones que se muestran favorables al interés del niño (ver comentario artículo 2083). Es el caso en materia de legitimación. El Código Civil francés, por ejemplo, prevé una pluralidad de conexiones que muestran el interés del legislador de facilitar el acceso del hijo extramatrimonial a los derechos que benefician los hijos matrimoniales. Al respecto, el artículo 331-16 del Código Napoleón dispone que el matrimonio origina la legitimación, cuando el día de la celebración de la unión esta consecuencia es admitida por la ley que rige los efectos del matrimonio, por la ley personal de uno de los esposos o por la ley personal del hijo. Paralelamente prevé que la legitimación por declaración judicial es regida, a elección del solicitante, por la ley personal de este o por la ley personal del hijo.

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J.-G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis. Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado, Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

## Adopción

**Artículo 2087.-** *La adopción se norma por las siguientes reglas:*

*1.- Para que la adopción sea posible se requiere que esté permitida por la ley del domicilio del adoptante y la del domicilio del adoptado.*

*2.- A la ley del domicilio del adoptante corresponde regular:*

*a. La capacacidad para adoptar.*

*b. La edad y estado civil del adoptante.*

*c. El consentimiento eventual del cónyuge del adoptante.*

*d. Las demás condiciones que debe llenar el adoptante para obtener la adopción.*

*3.- A la ley del domicilio del adoptado corresponde regular:*

*a. La capacidad para ser adoptado.*

*b. La edad y estado civil del adoptado.*

*c. El consentimiento de los progenitores o de los representantes legales del menor.*

*d. La eventual ruptura del parentesco del adoptado con la familia sanguínea.*

*e. La autorización al menor para salir del país.*

Concordancias:
*C.C. arts. 377 y ss., 2062; C.P.C. art. 781; C.D.I.P. arts. 73 a 77*

**Luz Monge Talavera**

Los diferentes aspectos relativos a la adopción son sometidos a la *ley personal* del adoptante o del adoptado. La ley personal, es decir, aquella que presenta un vínculo directo con la persona, puede variar de país a país. Algunos sistemas jurídicos optan por la ley de la nacionalidad, como ocurre en numerosos países de Europa continental. Otros retienen la ley del domicilio a título de ley personal, entre ellos están los países anglosajones, escandinavos y de América Latina. El legislador nacional prefiere la ley del domicilio y somete a esta el conjunto de aspectos destinados a la adopción.

Por otra parte, es preciso observar que la adopción tiende a la creación de un vínculo familiar. Este tipo de filiación es enteramente una creación de la ley. Por lo mismo, su establecimiento está subordinado a diversas condiciones de fondo y de forma que difieren según los sistemas jurídicos. Lo mismo se puede decir de los efectos que resultan de su pronunciamiento. Es también posible encontrar dentro de la legislación comparada que la ley, que rige el establecimiento de la adopción, no coincida con la ley que determina los efectos de este tipo de vínculo.

En todo caso, los conflictos de leyes que pueden suscitarse en la materia se deben generalmente al hecho de que adoptante y adoptado poseen diferentes domicilios o nacionalidades. Es también posible el caso en el cual los adoptantes tienen su domicilio en un país distinto al de su nacionalidad. Frente a ese conflicto existen dos soluciones posibles. La primera plantea la necesidad de elegir una ley a la cual someter de manera exclusiva las condiciones y efectos de la adopción. La segunda solución propone la aplicación de la ley del adoptante y la ley del adoptado, y hace depender el pronunciamiento de la adopción al cumplimiento de los requisitos previstos por ambas leyes. Esta última es la solución retenida por el legislador nacional.

El artículo 2087, que se refiere a la ley aplicable, reagrupa los diversos aspectos que conciernen a la adopción en tres incisos. El inciso primero prevé una exigencia que debe ser

acumulativamente cumplida por la ley personal del adoptante y por la ley del adoptado. En los incisos segundo y tercero se disocian las condiciones y efectos de la institución, según se trate del adoptante o del adoptado, quienes deben satisfacer distributivamente las exigencias establecidas en las respectivas leyes de sus domicilios.

El inciso primero establece una condición de fondo de admisibilidad de la institución de la adopción. Así, para que la adopción sea posible es necesario que esté permitida por la ley del domicilio del adoptado y por la ley del domicilio del adoptante. En consecuencia, la adopción procederá únicamente cuando ambas leyes la admitan. La disposición se explica debido a la existencia, en Derecho comparado, de países que ignoran o prohíben la adopción. Es el caso de diversos países musulmanes, en particular Argelia y Marruecos, donde se puede tomar a cargo un menor, pero sin la creación de vínculo familiar alguno. Obviamente, el legislador busca evitar el establecimiento de filiaciones adoptivas que no sean reconocidas en el país del adoptante o del adoptado.

Por otra parte, no permitir la adopción cuando la ley personal del adoptado la prohíbe concuerda con convenciones internacionales como la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 21 ordena a los Estados Parte velar porque el niño, que haya de ser adoptado en otro país, goce de las salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto a la adopción en el país de origen. Coincide también con la Convención de La Haya sobre adopción internacional.

El inciso segundo del artículo bajo comentario prevé la ley que regirá las condiciones que debe reunir el adoptante para acceder a la adopción. El legislador somete a la ley del domicilio del adoptante aspectos como: la capacidad para adoptar, la edad y el estado civil del adoptante, el consentimiento eventual del cónyuge del adoptante y las demás condiciones que debe reunir el adoptante para obtener la adopción. Se observa que el interés del legislador es evitar el fraude; es decir, la disposición tiende a impedir que se reconozca la facultad de adoptar a quien no podría hacerlo, en aplicación de su propia ley. Si esto es así, la aplicación de la norma da lugar paralelamente al pronunciamiento de una adopción, en la cual el adoptante podría carecer de los requisitos para adoptar, los que están previstos por la ley del domicilio del adoptado.

El inciso tercero del artículo 2087 determina la ley aplicable a las condiciones requeridas para ser adoptado, y la ley que regulará los efectos del establecimiento del vínculo adoptivo. En suma, la ley del domicilio del adoptado es la que deberá determinar si el candidato a la adopción puede ser adoptado. Corresponde a esta ley regular la capacidad para ser adoptado, la edad y el estado civil del adoptado, la determinación de las personas calificadas para consentir a la adopción o, lo que equivale a decir el consentimiento de sus progenitores o representante legal y la autorización para su salida del país.

Es también la ley del domicilio del adoptado la que rige la eventual ruptura del parentesco del adoptado con su familia sanguínea. La solución se justifica ya que siendo precisamente el interés del menor el que esta en juego, parece apropiado que sea la ley de su domicilio la llamada a pronunciarse sobre la ruptura del vínculo con la familia de origen. Sin embargo, observamos paralelamente que someter dichos efectos a la ley del domicilio del adoptante no es inadecuado si se toma en cuenta el hecho de que el adoptado vivirá en el medio familiar y social del adoptante. La aplicación de la ley del domicilio del adoptante favorecería indiscutiblemente a la integración del menor con su nueva familia.

En todo caso, la solución adoptada por el legislador nacional coincide con lo establecido por el Código Bustamante, que en el artículo 73 dispone que la capacidad para adoptar y ser adoptado, y las condiciones y limitaciones de la adopción, se sujetan a la ley personal de cada uno de los interesados. Los efectos de la adopción se regulan por la ley personal del adoptante en lo concerniente a su sucesión; y por la ley del adoptado lo relativo a la ruptura del vínculo de parentesco con la familia sanguínea. La impugnación de la adopción queda sujeta a la ley personal de cada interesado.

Por su parte el Tratado de Montevideo de 1940 estableció en su artículo 23 que "la adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público".

## DOCTRINA

AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Economica, París, 1997; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Pierre. Droit International Privé. lgdj, París, 1993; BUCHER A. Droit International Privé suisse. Bâle. Helbing et Lichtenhahn. 1995; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; CASTEL J.-G. Droit International Privé québecois. Toronto, 1980; DELGADO BARRETO, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1993; GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. Buenos Aires, 1982; Loussouarn, Jean y BOUREL, Pierre. Droit International Privé. Dalloz, 1996; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Montchrestien, París, 1988; MONROY CABRA, Marco. Tratado de Derecho Internacional Privado. Temis. Bogotá, 1999; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. Atlas, Madrid, 1985; MONÉGER, Francoise. Droit International Privé. Litec, París, 2003; REVOREDO M. Delia, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Lima, 1985; RIGAUX, Francois. Droit International Privé. Larcier, Bruxelles, 1987; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Cultural Cuzco, Lima, 1987; TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. Derecho Internacional Privado. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

## Derechos reales sobre bienes corporales

**Artículo 2088.-** ***La constitución, contenido y extinción de los derechos reales sobre bienes corporales se rigen por la ley de su situación, al momento de constituirse el derecho real.***

**Concordancias:**
*C.C. arts. 881 y ss., 2058 inc. 1), 2067 inc. 1); C.D.I.P. arts. 105, 106, 109 a 139, 214 a 219, 224, 227, 228*

**MANUEL MURO ROJO**

Esta norma tiene como antecedente el artículo VI T.P. del Código Civil de 1936, según el cual: "Los bienes, cualquiera que sea su clase, están regidos por la ley de su situación". Se trataba de una norma genérica muy limitada, que no comprendía dos aspectos de relevancia que el Código Civil vigente sí atiende: uno relacionado con los bienes en tránsito y otro concerniente a los bienes incorporales.

En ese sentido, la regulación del Código Civil vigente es un poco más amplia y completa, pues dedica hasta seis normas sobre ley aplicable para los derechos reales. Así, comienza desde la ley aplicable a los derechos reales sobre bienes corporales en el artículo bajo comentario, para seguir luego, en los artículos subsiguientes (2089 a 2093), con el tratamiento de los bienes corporales en tránsito, su desplazamiento, la prescripción de acciones sobre los mismos, los derechos reales sobre medios de transporte y el régimen aplicable a los derechos intelectuales, es decir a una clase de bienes incorporales.

Esta diversificación del tratamiento dispensado a los derechos reales ha hecho que la norma del artículo VI T.P. del anterior Código –que antes podía entenderse referida a toda clase de bienes y a toda clase de situaciones respecto de los mismos– se refiera ahora únicamente a los bienes corporales inmuebles y muebles que no estén en tránsito; tal como está recogida dicha norma en el actual artículo 2088.

Respecto de los citados bienes la ley aplicable se determina casi por sentido común, ya que no puede ser otra que la *Lex rei sitae*, que además es aceptada unánimemente por la doctrina, dado que los muebles e inmuebles ofrecen una realidad corpórea, descansan en un dato objetivo constituido por su situación, que hacen que tal régimen sea aplicable a ellos en base a una consideración inmediata, habida cuenta que existe un signo material dado por la ubicación de las cosas; de tal suerte que se trata de un régimen que permite una fácil verificación y no tendría por qué ofrecer problemas de interpretación (LEÓN BARANDIARÁN, p. 184; TOVAR GIL, p 298).

Sin embargo, aclara León Barandiarán, que se trata de los derechos reales (de los *iura in re*), es decir de los derechos "en las cosas", no de los derechos "a las cosas", como relación inmediata a ellas; así, por ejemplo, los derechos que nacen con motivo de una obligación convencional que supone la entrega de una cosa, en cuyo caso el régimen que se aplica es el establecido por el artículo 2095 del C.C., que indica como regla general la aplicación de la ley expresamente elegida por las partes o, en su defecto, la ley del lugar de cumplimiento; o, en circunstancias especiales las otras alternativas que ahí se señalan (la ley de la obligación principal o la ley del lugar de celebración del acto).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la referencia es a los bienes en sí mismos y no en consideración a la vinculación que puedan tener, como en efecto a veces la tienen, con determinadas relaciones o situaciones jurídicas; por ejemplo, los bienes de la sociedad conyugal, en cuyo caso el tema que se regula es el régimen patrimonial del matrimonio y en ese caso la

ley aplicable es la del primer domicilio conyugal (artículo 2078 del C.C.), o cuando se trata de los bienes en su condición de conformantes de un patrimonio hereditario, en cuyo caso la ley aplicable es la del último domicilio del causante (artículo 2100 del C.C.).

Ha advertido Tovar Gil, en relación a este artículo, que como quiera que dentro de sus alcances se comprenden a los bienes muebles y estos por su naturaleza podrían cambiar de lugar, la ley aplicable podría a su turno tornarse variable, por lo que el factor "lugar de ubicación" requería ser precisado temporalmente, y esto es lo que justamente se hace en la parte final del artículo 2088 al establecer que la ley aplicable es la ley de situación de los bienes "al momento de constituirse el derecho real"; lo que desde luego daría lugar a discutir en algunos casos sobre cuándo se considera constituido un derecho real determinado.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Bienes corporales en tránsito

**Artículo 2089.-** *Los bienes corporales en tránsito se consideran situados en el lugar de su destino definitivo.*

*Las partes pueden someter la adquisición y la pérdida de los derechos reales sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o pérdida de dichos derechos, o a la ley del lugar de expedición de los bienes corporales.*

*La elección de las partes no es oponible a terceros.*

Concordancias:
*C.C. art. 2058 inc. 1)*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

El artículo en comentario presenta reglas o factores de conexión especiales, para regular los derechos reales sobre bienes que circulan y que por esa misma razón resulta inadecuado vincularlos a la regla general *Lex rei sitae* (o *Lex situs*).

### 1. Bienes corporales en tránsito

Un primer concepto que se debe aclarar es el de bienes corporales en tránsito.

El concepto jurídico de tránsito no se relaciona con el movimiento físico del bien, sino con la circunstancia de hallarse en curso de transporte o desplazamiento internacional, al menos entre dos países distintos (bienes en ruta, bienes de viaje, bienes dinámicos) (FERNÁNDEZ ROZAS; SÁNCHEZ LORENZO; CANO).

Así pues, es suficiente que dichos bienes estén en curso de transporte, aunque transitoriamente se hallen en un lugar de paso, por ejemplo, al haber sido desembarcados en un puerto de un país intermedio, esperando ser transportados por ferrocarril a su lugar de destino en otro país (VIRGOS).

Se puede tratar también de bienes situados durante la travesía, en un medio de transporte, pero no en el país de carga, de descarga, ni en ningún otro (REVOREDO).

En las operaciones sobre bienes corporales en tránsito intervienen un remitente (que puede ser un exportador) y un destinatario (que puede ser un importador). Cabe también la posibilidad que participen terceros desarrollando operaciones múltiples en cadena, cuando se generan sucesivas operaciones de constitución o cesión de derechos reales, respecto a los bienes objeto de desplazamiento (CANO).

A nivel doctrinario se reconocen dos factores de conexión vinculados a este tipo especial de controversias, la ley del lugar de expedición y la ley del lugar de destino de las mercancías (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

### 2. Lugar de su destino definitivo

En el primer párrafo del artículo bajo comentario se empieza acogiendo la ley del lugar de su destino definitivo (situs futurus) (VIRGOS), que será la ley de la situación previsible por las partes, ya que designa el mercado afectado o donde se va a integrar dicho bien (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO), localizando de ese modo el Derecho aplicable a la adquisición, cesión o pérdida de los derechos reales sobre los bienes en tránsito.

Nótese que la norma no exige para la operatividad del factor de conexión del lugar de su destino definitivo, el que los bienes (mercancías) lleguen efectivamente (CANO).

En ese sentido, exportador e importador determinan a través de este factor o punto de conexión que la ley del país de importación (lugar de destino definitivo) sea aplicable desde el inicio (VIRGOS).

Así pues, la constitución de una reserva de propiedad sobre un bien que va a ser exportado deberá sintonizar con las condiciones del lugar de destino definitivo (CANO).

Sin embargo, algunos autores (LAREBOURS-PIGEONNIERE; BATTIFOL-LAGARDE) consideran que la competencia de la ley del lugar de destino definitivo solo debería ser utilizada en supuestos de operaciones llevadas a cabo a la distancia y mediante los transportes terrestres, ya que las mercancías que viajan por mar podrían reputarse situadas de conformidad con la ley del pabellón de la nave, siendo más oportuna que la ley del lugar de destino, frecuentemente cambiada e incluso indeterminada en el transcurso del viaje.

A partir de esta última consideración resulta explicable que la regla base del lugar de su destino definitivo, dentro del contexto de las soluciones flexibles justificadas por el comercio internacional, pueda ser modificada por voluntad de las partes, quienes de común acuerdo pueden cambiar la conexión aplicable para determinar el momento y las condiciones para constituir, transferir o extinguir derechos reales (REVOREDO).

## 3. Ley que regula el acto jurídico originario de la constitución o de la pérdida de dichos derechos

El segundo párrafo de la norma en comentario permite a las partes someter la adquisición o la pérdida de los derechos reales sobre bienes corporales en tránsito a la ley que regule el acto jurídico originario del derecho real, a la ley del contrato (REVOREDO).

Para determinar la ley del contrato corresponde tener en cuenta los puntos de conexión enlistados en el artículo 2095 del Código Civil (liderados por la autonomía privada), a partir de los cuales se definirán por ejemplo los bienes que pueden ser objeto de un derecho real, la naturaleza mueble o inmueble, la extensión del derecho real, las facultades del titular, los derechos reales accesorios y los temas de la oponibilidad, publicidad y preferencia, entre otros (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 4. Ley del lugar de expedición de los bienes corporales

La ley del lugar de expedición se trata de la última localización relevante antes que se haya creado una nueva. Así pues, por ser más fácil de determinar –en comparación con las dificultades que se presentan en la ley de su destino definitivo, cuando este se modifica o los bienes no llegan a su destino– se acopla a las soluciones flexibles encaminadas a precisar el Derecho aplicable a los bienes corporales en tránsito.

En ese sentido, la ley aplicable al contrato de venta (ley del vendedor) se haría coincidir con la ley aplicable a la transmisión real de la cosa vendida (ley del lugar de expedición) (VIRGOS). No obstante, se critica que se trataría de una conexión pasada frente al factor de conexión lugar de su destino definitivo, que representa una conexión estable (nueva ley de la situación), cuando los bienes están en viaje (VIRGOS).

## 5. La elección de las partes no es oponible a terceros

A fin de proteger a los terceros que presumen que la ley aplicable a los bienes corporales en tránsito es la ley del país de su destino, se establece que la elección por las partes de la ley subsidiaria –alcanzada dentro de las soluciones flexibles– no les es oponible a los terceros (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

Este criterio, consagrado en el último párrafo de la norma en comentario, implica que cuando se afecta el tráfico jurídico real (tránsito), la regla *Lex rei sitae* vuelve a ser aplicada decidiendo los derechos reales sobre las cosas (VIRGOS).

Hay que tener presente que el presupuesto necesario es que los bienes se hallen en tránsito, si este acabó por cualquier acto (legal o ilegal) que los introduzca en el país de la situación efectiva del bien, deja de ser considerado un bien en tránsito, reactivándose la *Lex rei sitae* para decidir sobre su propiedad y si ha pasado o no al tercero de buena fe (VIRGOS).

## 6. Nota extensiva a los bienes destinados a exportación o bienes sujetos a operaciones múltiples en cadena

Las categorías bienes destinados a exportación o bienes sujetos a operaciones múltiples en cadena, no se encuentran reguladas en el Libro X, pero sí están desarrolladas en la doctrina que los califica como bienes en futuro tránsito.

Estos bienes se caracterizan porque su localización en el país exportador es provisional, en espera de ser desplazados hacia el país de importación. De ahí que técnicamente no serían bienes en tránsito ya que el transporte no se ha iniciado, pero tampoco serían bienes que se ubican en el país de exportación pues su destino inmediato será su desplazamiento (CANO).

En la medida en que existe una zona gris, la solución para estos supuestos intermedios se orienta por la interpretación analógica de los factores de conexión para los bienes corporales en tránsito, confiriendo mayor relevancia a la ley del lugar donde desplegará sus efectos la situación real que desean constituir (VIRGOS).

## 7. Conclusión

Desde nuestro punto de vista, para determinar el régimen aplicable a la constitución, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre bienes corporales en tránsito se debe seguir la ley del lugar de destino definitivo. Subsidiariamente en el contexto de las soluciones flexibles se orientarán:

1° Por la ley que regula el acto jurídico (contrato) originario de la constitución o pérdida de los derechos reales.

2° Por la ley del lugar de expedición.

Empero, cuando se afecta el tráfico jurídico real (tránsito) la ley elegida por las partes no es oponible a terceros.

## DOCTRINA

CANO, Elena y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; VIRGOS, Miguel. Derecho Internacional Privado. Eurolex, Madrid, 1995; LAREBOURS-PIGEONNIERE, Paul. Precis

de Droit Internacional Privé. Dalloz, París, 1937; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, Maria Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte especial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo VI, Lima, 1985; BATIFFOL, Henri y LAGARDE, Paul. Droit Internacional Privé. Librairie Genérale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983.

## Desplazamiento de bienes corporales

**Artículo 2090.-** ***El desplazamiento de los bienes corporales no influye sobre los derechos que hayan sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. No obstante, tales derechos solo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezca la ley de la nueva situación.***

Concordancias:
*C.C. arts. 2050, 2120.*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

### 1. Introducción

El artículo bajo comentario aborda el tema de los conflictos móviles, los que se originan en el Derecho Internacional Privado por las mutaciones o cambios temporales y espaciales en el elemento de la situación fáctica descrito en el factor o punto de conexión (por ejemplo: cambio de domicilio internacional, cambio de la nacionalidad; *cambio de lugar de ubicación de un bien*), de suerte tal que una relación jurídica privada internacional queda sometida sucesivamente a dos ordenamientos jurídicos diferentes (BOUZA; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

El desplazamiento internacional de bienes corporales de un ordenamiento jurídico a otro distinto –caldo de cultivo para conflictos móviles– hace previsible la sumisión a dos leyes que por lo general no reconocerán los mismos derechos sobre el bien, generándose una disyuntiva que intenta ser resuelta a través de soluciones generales: aplicando a la relación jurídica privada internacional la última ley competente (ley anterior al cambio de ubicación del bien); o la ley de la nueva situación (identificable con posterioridad al cambio de ubicación del bien).

Sin embargo, las soluciones generales deben ser interpretadas tomando en cuenta dos mecanismos razonables:

i) El que proporciona la *solución alternativa,* que supone aplicar una u otra ley, atendiendo a criterios de validación del acto o de protección de los intereses dominantes en juego.

ii) El que suministra la *solución acumulativa,* que supone que la relación jurídica privada internacional pueda nacer o ser reconocida sobre la base de las dos leyes (ESPINAR).

### 2. Los bienes sobre los que inciden los conflictos móviles

Resulta necesario interpretar los alcances de la primera parte del primer párrafo del artículo en comentario, a fin de determinar sobre qué tipo de bienes inciden los conflictos móviles.

Hay que decir en primer lugar, que es ajeno al tema de los conflictos móviles las relaciones jurídicas privadas internacionales derivadas de los bienes inmuebles (predios); como por ejemplo, minas, canteras, depósitos de hidrocarburos descritos en el artículo 885 del C.C., los cuales por su propia condición quedan sujetos permanentemente al ordenamiento jurídico o estatuto del país donde se localizan. Respecto a estos bienes valdrá decir, entonces, que la regla *Lex rei sitae,* como un factor de conexión inmutable, los vinculará siempre a un solo ordenamiento.

No obstante, hay que tener en cuenta también, que la doctrina contempla que podrían surgir hipótesis para los conflictos móviles respecto a los denominados bienes inmuebles por destino (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Sin embargo, el contexto típico y natural para las hipótesis de los conflictos móviles sugiere tener en cuenta, por lo general, dos requisitos en relación a los bienes:

i) Que sean corporales;

ii) Que se haya dado su desplazamiento del ordenamiento jurídico de un país hacia otro ordenamiento distinto (desplazamiento internacional).

Sobre el primer punto, una mirada al artículo 886 del C.C. nos permite encontrar dentro de todos los posibles bienes que pueden ingresar a la clasificación general de muebles, por ejemplo, a los vehículos terrestres de cualquier clase; a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, por ejemplo, la energía eléctrica, y a los demás bienes que pueden llevarse de un lugar a otro.

Con relación al segundo punto, es explicable que como consecuencia del cambio de situación, una o varias veces surjan legítimas interrogantes –recogidas por la doctrina– sobre la ley que debe ser aplicada: "¿la ley del lugar de situación en el momento de presentarse la demanda, la ley del lugar donde se encontraba el bien cuando el tercero adquirió su posesión o trabó su embargo?" (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Nótese que en el artículo bajo comentario, para resolver los conflictos móviles se elige entre la aplicación de la ley anterior y entre la ley de la nueva situación del bien. Se puede observar, además, que el legislador ha deslindado dentro de la configuración del derecho real: la constitución del derecho y la oposición del mismo.

Este camino coincide con el registrado por la doctrina que hace distingos entre *el contenido y la validez* de la constitución del derecho real (CANO; FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO; REVOREDO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ; BOUZA).

Es por ello que para el hallazgo de soluciones –tratándose del desplazamiento internacional de bienes corporales– se deben armonizar, como sostiene Virgos, dos principios:

i) El principio del derecho real vinculado a la ley anterior al cambio de situación del bien; y,

ii) El principio de adecuación a los intereses del tráfico del país de la nueva situación.

Estos principios tienen como tarea determinar, por ejemplo, la posibilidad y condiciones de oponibilidad de los derechos reales (efectos frente a terceros), las condiciones de la posesión, el grado o alcance de la exigencia de la buena fe, la carga de la prueba, el momento de adquisición del derecho por un tercero (automático o sujeto a plazos), la publicidad registral de los derechos, etc. (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

## 3. Los derechos (reales) válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior

La vinculación de *la constitución* de los derechos reales por la ley de la situación anterior al cambio (imperio de la ley anterior), se sustenta en la teoría del respeto y defensa

de los derechos adquiridos (BOUZA; CANO), y en la teoría de la irretroactividad de la nueva ley.

En ese sentido, los derechos adquiridos en un país se reconocen en los demás países con una ley única, hasta que nuevos hechos de trascendencia real tengan lugar en el país de la nueva situación y sirvan para extinguir, modificar o transmitir el derecho real sobre el bien (VIRGOS).

Un caso de la jurisprudencia británica recogido por Virgos –y citado por Delgado Barreto-Delgado Menéndez-Candela Sánchez– ayuda a ilustrar este punto:

Se trataba de ciertas obras de arte que habían sido robadas a su dueño en Inglaterra y subsecuentemente vendidas en Italia. Después de algún tiempo, el adquiriente italiano las lleva a Londres donde encarga su venta en subasta a una conocida firma. A través del catálogo, el anterior dueño reconoce las obras robadas y reclama su devolución. El comprador italiano se niega a ello, alegando ser el legítimo propietario de las obras, pues según el Derecho italiano, el adquiriente de buena fe, como era el caso, hace suya la propiedad de la cosa mueble vendida.

Como quiera que los derechos reales se rigen por la *Lex rei sitae* y el problema que se debate es la propiedad de las obras de arte, resultaba necesario determinar si el comprador italiano adquirió o no la propiedad de esas obras de arte, atendiendo al momento en que se realizaron los hechos.

En ese sentido, es claro que cuando dichos hechos tuvieron lugar, las obras de arte se encontraban en Italia. Allí las compró y recibió el nacional italiano, por lo cual el juez inglés aplicó la ley italiana, conforme a la cual el adquiriente de buena fe hace suya la propiedad de los bienes, surgiendo un nuevo título de propiedad que anula al anterior. De ahí que cuando el bien regresa a Inglaterra lo hace con un nuevo título de propiedad. El tribunal reconoció al final la propiedad adquirida en Italia y el anterior propietario desposeído no pudo reclamar las obras de arte frente al nuevo propietario.

## 4. Derechos (reales) opuestos a terceros deben cumplir con los requisitos de la ley de la nueva situación

La norma en comentario permite interpretar también que, cuando el bien pasa a integrarse al ordenamiento jurídico donde el derecho real va a desplegar sus efectos, debe cumplir con los requisitos de la ley de la nueva situación (CANO).

De ahí que, cuando la coordinación y conciliación entre sistemas jurídicos resulte imposible, la ley anteriormente competente debe supeditarse a la nueva ley de la situación, en el extremo que resulte incompatible con los principios de la nueva ley (BOUZA), la cual se considerará en ese caso, como ley única.

Así pues, tratándose de la oponibilidad de un derecho real frente a un tercero (acreedor individual) que traba un embargo del bien (tercerías de dominio o de mejor derecho) corresponderá a la nueva ley de la situación resolver: la titularidad sobre el mismo, el orden o rango de los privilegios reales y *las condiciones de publicidad registral* (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, *la publicidad de los derechos reales* (sea o no registral), siendo una condición de oponibilidad del derecho real frente a terceros, puede

cumplir una función distinta como ser requerida como condición de validez de un contrato que le sirva de título (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Así, por ejemplo, podría utilizarse una ley para regir las condiciones de forma y validez formal del contrato; y podría emplearse para regir el modo de adquisición o validez de los derechos reales una ley distinta a la que determina las condiciones de oponibilidad y publicidad (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Respecto a los derechos reales de garantía y reserva de propiedad sobre bienes muebles, podrían surgir conflictos cuando el país de la situación inicial del bien y el país al que se desplaza establecen requisitos distintos. De ahí que, por ejemplo, cuando el sistema jurídico en el que se constituye el derecho requiere el simple acuerdo de las partes, y el del lugar del desplazamiento exige además la inscripción registral, al ser la ley aplicable la del segundo Estado, corresponderá al titular del derecho proceder a inscribirlo, ya que, en caso contrario, no podrá oponerlo frente a terceros de buena fe que pretendan adquirir el bien en ese segundo Estado (CANO).

En suma, para la oponibilidad frente a terceros subadquirientes del bien, se deberá aplicar la ley del lugar donde se encontraba el bien en el momento en que el tercero entra en posesión de dicho bien, con prescindencia de las ubicaciones anteriores o futuras (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

## 5. Conclusión

Desde nuestro punto de vista, frente al desplazamiento de bienes corporales corresponde aplicar la ley de la situación anterior al desplazamiento respecto a la constitución de los derechos reales, resultando irrelevante la mutación del lugar para el reconocimiento de dichos derechos (teoría de los derechos adquiridos).

Empero, la ponderación del tercero determinará que la oponibilidad del derecho real quede supeditada a la nueva ley de la situación generada por el desplazamiento (ley del lugar donde se localiza el bien, al tiempo que entró en posesión el tercero).

## DOCTRINA

CANO, Elena y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; VIRGOS, Miguel. Derecho Internacional Privado. Eurolex, Madrid, 1995; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte especial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos. Tomo VI, Lima, 1985; ESPINAR, José María. Los puntos de conexión. Ver artículo en la siguiente dirección electrónica localizada en Internet : http://wwwm2.uah.es/cpm/Web-derecho/cap8.PDF; BOUZA, Nuria. Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional. Tecnos, Madrid, 1977; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta; CANDELA SÁNCHEZ, César. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte general. Tomo 1. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004.

## Prescripción de acciones relativas a bienes corporales

**Artículo 2091.-** *La prescripción de acciones relativas a bienes corporales que cambien de lugar durante el plazo de prescripción, se rige por la ley del lugar en que se complete el tiempo necesario para prescribir, conforme a la ley de dicho lugar.*

Concordancias:
*C.C. art. 950 y ss.*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

### 1. Introducción

Para interpretar el artículo en comentario es importante tener en perspectiva que los hechos jurídicos que constituyen causa generatriz del nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas son fenómenos que se localizan en el tiempo (VIDAL). En ese sentido, el transcurrir del tiempo produce efectos en el Derecho y que corresponden apreciar a través de la categoría prescripción (RUBIO).

Valgan integrar entonces las reflexiones hechas en el artículo anterior respecto a los conflictos móviles (los que en este caso son sistematizados en un tipo legal configurado por el cambio de situación de los bienes corporales durante el transcurso del plazo de prescripción), con las hipótesis que plantea la doctrina –visto que los plazos de prescripción varían en los diferentes Estados– para resolverlos: apreciar el plazo a través de la ley de la nueva situación (lugar a donde fue desplazado el bien) o apreciar el plazo previsto por la ley de situación anterior al desplazamiento (REVOREDO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

### 2. La prescripción de las acciones relativas a bienes corporales

Un primer tema que corresponde aclarar es el ámbito de aplicación de la categoría prescripción de las acciones relativas a bienes corporales consignada por la norma conflictual.

La prescripción es una categoría con plurisignificados y en el vigente Código Civil peruano tiene un tratamiento separado y sustantivamente identificable. Así pues, las prescripciones pueden ser adquisitivas y extintivas.

La prescripción adquisitiva (usucapión) supone un modo de adquisición de propiedad que se sostiene en el transcurso del tiempo y en la existencia de la posesión sobre un bien.

La prescripción extintiva supone un modo de extinción de la acción debido al transcurso del tiempo –igual que en el primer caso–, pero ligado en cambio a la despreocupación del particular para exigir su derecho dentro de un lapso (RUBIO).

Esta prescripción extingue la acción (es decir, la atribución de las personas de recurrir ante los tribunales), pero no el derecho mismo (derecho subjetivo o atribución a partir de un texto normativo, para perseguir legítimamente su interés o beneficio) (RUBIO).

Los derechos sin acción para exigirlos constituyen obligaciones naturales que pueden ser dirigidas al deudor por otros mecanismos distintos, por ejemplo, la compensación (RUBIO).

No debiendo distinguir donde la ley no distingue, corresponde interpretar que la norma conflictual en comentario abarca en el tipo legal, tanto las hipótesis de la prescripción adquisitiva como las hipótesis de la prescripción extintiva (REVOREDO), haciendo la salvedad, empero, que el tema de la prescripción extintiva de *acciones personales* es regulado en un artículo propio, en el Libro X del Código Civil (artículo 2099).

De ahí que en el supuesto de hecho o tipo legal de la norma quedarían subsumidas ciertas cuestiones como los plazos (fijados por ley) para la prescripción, dependiendo de la distinción entre las acciones reales, personales o mixtas; el término inicial del plazo de prescripción; la renuncia de la prescripción ganada; los efectos de la suspensión de la prescripción; los efectos de la interrupción de la prescripción; el término final de la prescripción, etc.

## 3. El cambio de lugar del bien corporal durante el plazo de prescripción y la ley del lugar en que se complete el plazo necesario para prescribir

Nótese que la racionalidad de los conflictos móviles supone que las acciones reales se refieran a bienes muebles, ya que en el caso de los inmuebles (predios) se vinculan siempre por la *Lex rei sitae*.

En ese orden de ideas debe quedar en claro que, tratándose de la prescripción adquisitiva o usucapión –cuyo título de adquisición es la posesión–, si el particular adquiere la posesión del bien en un país y transcurre el plazo de usucapión previsto en dicho ordenamiento sin que haya operado su desplazamiento, se consolida el derecho real (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

Por ello, cuando el bien es trasladado vencido el plazo de prescripción según la ley del país de la antigua situación, la defensa y el resguardo de los derechos adquiridos hacen que la prescripción se rija por la ley anterior al cambio de situación (antigua situación); considerándose verificada la prescripción al considerarse vencido el plazo (REVOREDO).

En cambio, si antes de que culmine el transcurso del tiempo –dentro de lo que la doctrina denomina *supuestos de adquisición incompleta*– el poseedor traslada el bien a otro país que exige un plazo mayor de posesión, el plazo de usucapión será el establecido por la nueva ley (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

En consecuencia, la ley de la nueva situación (del lugar donde se dio el desplazamiento) podrá favorecer un plazo más corto para adquirir –toda vez que se computará el tiempo transcurrido en el lugar de situación anterior–, o podrá perjudicarla si la nueva ley estableciera un plazo más largo (REVOREDO).

Esta última hipótesis podría dar pie entonces a la siguiente interpretación: si la ley del país de la situación inicial del bien requiere un plazo más breve, por ejemplo dos años y en cambio, la ley del país al que el bien mueble se desplaza exige un plazo de tres años ininterrumpidos de posesión. El traslado del bien antes de completarse el plazo inicial supondrá el inicio de un nuevo cómputo (CANO).

En una línea interpretativa distinta, la doctrina sugiere que la solución del conflicto móvil a los *supuestos de adquisición incompleta*, se encause por la *Lex rei sitae* inicial, que es el lugar donde se perfecciona el título de adquisición del derecho real (a través de la posesión), independientemente de que se difiera o consolide tras el cambio de situación del bien (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO).

A partir de ese razonamiento y apoyados por el principio de continuidad de los derechos reales y el de respeto a los derechos adquiridos se favorece la interpretación de la acumulación de los plazos iniciales a través de la prueba de los actos verificados en el extranjero (CANO).

## 4. Conclusión

Para la sistematización de los conflictos móviles a través del tipo legal prescripción de acciones relativas a bienes corporales existen dos etapas, como plantea Rubio: la primera, mientras está transcurriendo el plazo fijado por la ley para que se den sus efectos; y la otra, cuando el plazo transcurrió y el beneficiario puede invocar, por ejemplo, en otro ordenamiento jurídico los derechos adquiridos de acuerdo a la ley anterior al desplazamiento.

## DOCTRINA

CANO, Elena y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENENDEZ, Maria Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte especial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos. Tomo VI, Lima, 1985; RUBIO, Marcial. Prescripción y caducidad. La extinción de las acciones y derechos en el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990; VIDAL, Fernando. La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano. Cultural Cuzco, Lima, 1988.

## Derechos reales sobre medios de transporte

**Artículo 2092.-** *La constitución, transferencia y extinción de los derechos reales sobre los medios de transporte sometidos a un régimen de matrícula, se regulan por la ley del país donde se haya efectuado ésta.*

Concordancias:
*C.C. art. 881 y ss.*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

### 1. Introducción

Existen bienes que por sus propias características están destinados para servir al desplazamiento y como tales a un constante movimiento, a mutar permanentemente de situación. Algunos los denominan "bienes supermuebles" (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO). Se trata de los medios de transporte, los cuales en términos generales y atendiendo a su finalidad no pueden quedar sujetos a la regla clásica de la ley del lugar de situación (*Lex rei sitae*), que devendría muchas veces ficticia; de ahí que la doctrina justifica vincularlos a conexiones o factores de conexión especiales (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO; CANO; VIRGOS).

### 2. Derechos reales sobre medios de transporte

Se pretende aludir en esta categoría de la norma en comentario, a las naves, aeronaves, vehículos terrestres de cualquier clase destinados al transporte individual o colectivo, de personas o bienes (carga), nacional o internacional.

A nivel de la doctrina comparada se aprecia que los derechos reales sobre los medios de transporte se regulan a través de los siguientes regímenes:

i) Régimen autónomo: que supone distinguir los derechos reales sobre medios de transporte aéreo, fluvial, marítimo o por ferrocarril (y los derechos reales sobre ellos constituidos) por un lado; y por otro lado, el transporte terrestre por carretera, regulando los primeros por la ley del lugar de abanderamiento, matrícula o registro (*Lex situs libri)*, mientras que los segundos –a los que algunos denominan medios de transporte sin pabellón– se regulan en cuanto a los derechos reales por la ley del lugar de su ubicación *(Lex rei sitae)* (CANO; VIRGOS).

ii) Régimen unificado: que implica que, sin dar lugar a distinciones, los derechos reales sobre medios de transporte aéreo, fluvial, marítimo y terrestre se regulan en cuanto a los derechos reales, por la ley del país donde la matrícula se haya efectuado (REVOREDO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

El primer régimen, en el extremo de la regulación de los medios de transporte por carretera (automóviles, motocicletas, etc.) por la ley de su situación física (*Lex rei sitae*) tendría un desarrollo, por ejemplo, en el artículo 10.2 del Código Civil español, justificado por la realidad turística de España, país receptor de un gran número de vehículos extranjeros. En ese sentido, los controles y derechos reales constituidos sobre este tipo de bienes se ve favorecido a través de la *Lex rei sitae* (CANO; VIRGOS; FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

El segundo régimen tendría como ventaja desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la publicidad frente a particulares y terceros, el regular la constitución, transferencia, gravámenes y extinción de los derechos reales por un factor de conexión fijo, estable –y en ciertas oportunidades irreversible– como el lugar de abanderamiento, matrícula o registro (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 3. El factor de conexión de la ley del país donde se efectúa la matrícula, registro o abanderamiento

Hay que observar que el texto original del artículo 885 de nuestro Código Civil establecía que las naves y aeronaves, los pontones y las plataformas flotantes, y el material rodante afectado al servicio ferroviario eran considerados inmuebles (situación que cambio con la Ley N° 28677 que derogó los incisos 4, 6 y 9 del referido artículo 885); mientras que por el artículo 886 del C.C. los vehículos terrestres de cualquier clase serían bienes muebles.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la categoría del Derecho Internacional Privado medios de transporte –del artículo bajo comentario– se abstrae de la condición de bienes inmuebles o muebles, unificándolos jurídicamente en cuanto al tema de los derechos reales a través del factor de conexión ley del país donde se efectúa la matrícula, registro o abanderamiento, factor que –en gran medida– se apoya sobre las bases y eficacia de un sistema registral obligatorio, intensamente masificado, interconectado y especialmente único.

En ese sentido, el sistema de matrícula, registro o pabellón permite enmarcar, por la ley del lugar donde se haya efectuado esta, los requisitos para la constitución, embargo, transferencia, ejecución y extinción de los derechos reales.

Por otro lado, debemos recordar que cuando existe un tratado aplicable a la relación jurídica privada internacional que resulte vinculante para el Perú, se priorizará la solución de fuente internacional desplazando al factor de conexión previsto en la norma bajo comentario. Así por ejemplo, la aplicación del Código Bustamante de 1928 haría que la facultad de embargar y vender judicialmente naves y aeronaves, estén o no cargadas y despachadas, se sujete a la ley del lugar de su situación *Lex rei sitae* (puerto o aeropuerto), y no a la ley del lugar de registro o matrícula) (GARCÍA CALDERON; CANO).

La inscripción de un buque en un Registro Público le confiere la nacionalidad y el derecho a enarbolar la bandera de pabellón del país de su inscripción, surgiendo asimismo efectos jurídicos derivados de los derechos reales (Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 0241).

Sin embargo, la afectación de los derechos reales sobre medios de transporte pueden complicarse en los casos siguientes:

i) Cuando existen Registros duales o dobles Registros;

ii) Cuando existe en algún Estado Registros abiertos *(open registries),* a partir de los cuales se permite que un medio de transporte (p.ej. un buque), enarbole bandera de conveniencia (BDC), sin existir un vínculo genuino con ese Estado.

El primer caso se produce cuando existe una duplicidad registral respecto a los buques (noción amplia desarrollada a partir de los elementos flotabilidad y destino mercantil, comprendiendo a cualquier aparato o artefacto flotante, excepto boyas y balizas), en cuya virtud junto al Registro para buques existen Registros marítimos o de matrícula en las capitanías marítimas (DOMÍNGUEZ).

Ambos tipos de Registros abarcarán por ejemplo anotaciones sobre la propiedad, gravámenes, nombre, número de matrícula del buque, etc. (DOMÍNGUEZ). En suma, inscripciones no solo con efectos administrativos sino con efectos jurídicos (Exposición de Motivos de del Proyecto de Ley N° 0241).

Sin embargo, la inadecuada interconexión entre los Registros sugiere que el operador del derecho, por su seguridad jurídica, contraste la compatibilidad de los derechos reales que pretende constituir, afectar o extinguir tanto en el Registro de la Propiedad Inmueble (donde se inscriben los buques) como en los Registros a cargo de las capitanías marítimas, fluviales y lacustres (Exposición de Motivos de del Proyecto de Ley N° 0241).

Como corolario de la matriculación de un buque se le extiende el certificado de matrícula (equivalente a la tarjeta de propiedad de los medios de transporte terrestre), con el cual se acredita que el buque está registrado en un Estado y puede enarbolar su bandera.

En el segundo caso, se constata también que a nivel internacional algunos Estados mantienen un Registro abierto que permite la inscripción de buques a los que les extienden su pabellón como Bandera de Conveniencia (BDC), lo cual supone que no existe un vínculo genuino entre el armador, o dueño de un buque, y la bandera que ese buque enarbola.

Lo cierto es que la propiedad y el control sobre el buque se localiza en un país o países distintos al del pabellón que enarbola el buque en sus desplazamientos (los Estados que confieren BDC, muchas veces tienen reducidos estándares de seguridad, y condiciones laborales, previsionales, sindicales y sociales menos beneficiosas).

## 4. Nota extensiva a los criterios para la competencia jurisdiccional a partir de los derechos reales sobre medios de transporte

Resulta paradójico que en los artículos sobre competencia jurisdiccional, pergeñados en el Título II del Libro X, no se consigne un artículo expreso que permita a los jueces peruanos conocer de las acciones sobre derechos reales derivados de los medios de transporte, ya que la regla del inciso 1 del artículo 2058 estaría referida a derechos reales que se incardinan en torno al factor de conexión *Lex rei sitae*, estableciéndose que cuando se sitúan en el territorio de la República y también cuando se trata de predios la competencia de los jueces peruanos, es exclusiva.

Nada dice el Título II en relación a la competencia jurisdiccional respecto a los derechos reales sobre medios de transporte vinculados por la *Lex situs libri* (del país de matrícula, registro o pabellón).

En la Exposición de Motivos se señala que la competencia (jurisdiccional) peruana exclusiva no comprende a las naves y aeronaves de bandera peruana, para lo cual debe consultarse a las leyes sobre aeronáutica, hipoteca naval y otras leyes especiales sobre la materia (REVOREDO).

Creemos que el territorio idóneo para encontrar criterios de competencia jurisdiccional peruana sobre medios de transporte es precisamente el Título II del Libro X del Código Civil.

En cualquier caso, la regla general de la *Lex rei sitae* que se interpreta del inciso 1 del artículo 2058 del Libro X, podría ser útil únicamente para los denominados por la doctrina medios de transporte sin pabellón o matrícula.

Resulta necesario por ello ampliar las competencias jurisdiccionales respecto a medios de transporte, ya que las facultades de los tribunales peruanos para conocer acciones relativas a derechos reales sobre medios de transporte sujetos a matrícula, para ejecutar, por ejemplo, una hipoteca naval, o en supuestos de *forum arresti*, podrían ser relativizados o, en todo caso, tendrían que sostenerse residualmente en otros criterios prestados del Título II.

## 5. Conclusión

Desde nuestro punto de vista, el artículo en comentario unifica el tratamiento jurídico de los derechos reales sobre medios de transporte, sin distinción alguna por su naturaleza aérea, fluvial, marítima o terrestre, sujetándolos a la ley del lugar donde se verifica la matrícula (*Lex situs libri*).

Debe interpretarse que respecto a los denominados medios de transporte sin pabellón (sin registro y sin matrícula) quedan sujetos al régimen general sobre los derechos reales nucleados en torno a la *Lex rei sitae* (en caso se compruebe la existencia de un tratado aplicable a la relación jurídica privada internacional se deben privilegiar los factores de conexión que establece el tratado para los derechos reales sobre medios de transporte).

## DOCTRINA

CANO, Elena y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; VIRGOS, Miguel. Derecho Internacional Privado. Eurolex, Madrid, 1995; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte especial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos. Tomo VI, Lima, 1985; DOMÍNGUEZ, María del Pino. El buque como objeto del Registro de Bienes Muebles. Ver artículo en la siguiente dirección electrónica localizada en Internet : http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/50-Derecho%20Mercantil/200402-125581711042470.html; Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 0241. Ver en la dirección electrónica http://www.asesor.com.pe/teleley/proyectot/proyecto0241.htm.; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima, 1969.

## Derechos reales sobre bienes incorporales

**Artículo 2093.-** ***La existencia y los alcances de los derechos reales relativos a obras intelectuales, artísticas o industriales se rigen por lo dispuesto en los tratados y leyes especiales; y si estos no fueran aplicables, por la ley del lugar donde dichos derechos se hayan registrado. La ley local establece los requisitos para el reconocimiento y ejercicio de tales derechos.***

Concordancias:
*C.C. art. 886 inc. 6); C.D.I.P. arts. 108, 115; D.LEG. 822 art. 1 y ss.; D. 486 art. 1 y ss.; D.LEG. 1075 art. 1 y ss.*

CÉSAR L. CANDELA SÁNCHEZ

### 1. Introducción

Situemos el ámbito de aplicación del artículo bajo comentario en el contexto de las creaciones del espíritu, de la inteligencia del hombre, de los conocimientos y las nuevas ideas que forman parte en gran medida del comercio, y cuyo valor reside en la cantidad y calidad de innovación que incorporen al sistema inmaterial que acompaña a las sociedades y al Derecho, el cual por su parte, asignará titularidades y derechos exclusivos (monopolios) al autor o creador de la obra con el fin de alentar la creatividad intelectual y la producción de nuevas obras (MAISCH; TORRES; ALARCÓN; ANTEQUERA; VIRGOS).

### 2. Derechos reales relativos a obras intelectuales, artísticas o industriales

Se debe tener en cuenta, desde una lectura concordada, que los bienes incorporales han sido enunciados en el inciso 6 del artículo 886 del C.C. de 1984, como bienes muebles.

Los bienes incorporales, inmateriales carecen de concreción o tangibilidad. No ocupan un lugar determinado en el espacio ni pueden localizarse como las cosas (VIRGOS). De ahí que la regla general de los estatutos reales, constituido por la ley del lugar de su celebración efectiva (*Lex rei sitae*) resulta inaplicable, ya que debido a su propia naturaleza intangible son ilocalizables en el espacio (CANO).

En ese sentido los estatutos reales, a través de conexiones especiales, regulan los derechos de propiedad intelectual y de propiedad industrial –género de las categorías descritas por la norma conflictual en comentario– para cada relación jurídica privada internacional.

Doctrinariamente, los derechos de propiedad intelectual se organizan en tres grupos:

a) Derechos de autor y conexos;

b) Derechos de propiedad industrial;

c) Derechos sui géneris (que comparten características de los derechos de propiedad industrial como de los derechos de autor) (CANO; REVOREDO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

Los derechos de autor y conexos se subdividen en derechos de intérpretes, artistas, editores y organismos de radiodifusión (CANO).

Los derechos de propiedad industrial se subdividen a su vez en signos distintivos, dibujos y modelos industriales, información no divulgada, denominaciones de origen, obtenciones

vegetales y patentes de invención (CANO; REVOREDO; DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

Nótese además que en el caso de algunos bienes incorporales, la inscripción en el Registro tiene naturaleza constitutiva y, por lo tanto, el derecho no existe si no está inscrito. En otros casos en cambio, la inscripción es solo probatoria, es decir, que el derecho existe antes de su inscripción (CARRASCOSA GONZÁLEZ), aunque esta facilita la prueba frente a terceros.

Así, por ejemplo, vinculando el artículo bajo comentario con el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derecho de Autor, se observa que la protección del derecho de autor, su goce y ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad.

En cambio, en la normativa sobre propiedad industrial (Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión N° 486; y las Disposiciones Complementarias a dicha decisión, Decreto Legislativo N° 1075), se condiciona el nacimiento de los derechos sobre los elementos constitutivos de la propiedad industrial a su inscripción en los Registros de Propiedad Industrial del Indecopi.

Entre las categorías que requieren la inscripción en el Registro encontraríamos el caso de las patentes, que representan el derecho que se le otorga al creador de una invención para facultarlo a excluir a terceros por un periodo de tiempo –en el caso del Perú por 20 años desde la fecha de solicitud de la patente– del beneficio que la reportaría la explotación de su invención.

Se trata ciertamente de un monopolio creado por la ley para el titular o tenedor del derecho, que busca servir de incentivo a la inversión efectuada en la investigación y el desarrollo, la habilidad inventiva y la utilización de tecnología, etc. (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 3. Tratados y leyes especiales sobre derechos reales de propiedad intelectual y de propiedad industrial

Resulta siempre bueno recordar que la existencia de un tratado vinculante para el Perú y aplicable a la relación jurídica privada internacional (véase nuestros comentarios al artículo 2047) hace innecesario acudir a las reglas del Libro X del Código Civil.

Por el contrario, ante la ausencia de tratado que coadyuve a resolver la controversia, el operador del Derecho debe sujetarse de manera obligada a las reglas sobre competencia jurisdiccional (Título II del Libro X del C.C.), y a las categorías y factores de conexión previstos por el legislador (en el Título III del Libro X del C.C.), para la determinación del Derecho aplicable.

Entre los tratados que resultan vinculantes para el Perú sobre bienes incorporales podemos enunciar a los siguientes: Tratados de Montevideo de 1889 (Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística; Tratado sobre Patente de Invención; Tratado de Marcas de Comercio y de Fábrica); Tratado de La Habana o Código Bustamante de 1928; Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial aprobado por Resolución Legislativa N° 26375; Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas; Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado por Resolución Legislativa N° 26407.

A nivel del Derecho Comunitario andino podemos tener en cuenta como antecedente, en primer lugar, a la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Propiedad Industrial para los Países Andinos (derogada por la Decisión 486) y a continuación de ella, a los instrumentos vigentes, a saber: Decisión 345 sobre Régimen Común de Protección a los Derechos de los Obtentores de Variedades Vegetales, Decisión 351 sobre Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 391 sobre Acceso a los Recursos Genéticos (publicada en la Gaceta Oficial el 17 de julio de 1996), Decisión 486 sobre Régimen Común de la Propiedad Industrial (publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina el 19 de setiembre de 2000) (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

Los instrumentos de fuente internacional sobre bienes incorporales ofrecen por lo general normas materiales tales como la de tratamiento nacional, no discriminación, territorialidad, derechos de prioridad, eliminación de barreras, pero también normas conflictuales que utilizan, en algunos casos, el factor de conexión *Lex loci protectionis* (ley del país para cuyo territorio se quiera hacer valer o proteger un derecho de propiedad intelectual o industrial) (VIRGOS). Es decir, la ley para la cual se reclama la existencia de un derecho, la decisión sobre su concesión o no, la extensión y el modo de su tutela; pero a la vez, la ley que debe decidir en qué caso un derecho ha sido o no lesionado, y las responsabilidades generadas por la lesión. De manera tal que la existencia y la protección de los derechos resultan amalgamados por la *Lex loci protectionis* (VIRGOS).

Ciertamente que la *Lex loci protectionis* no deberá ser confundida con la *Lex fori* (ley del tribunal que conoce el caso concreto), aunque algunas veces coincidan (VIRGOS).

## 4. La ley del lugar donde dichos derechos se hayan registrado

Resulta discutible que el artículo en comentario no coadyuve, al final de su primer párrafo, con mayores factores de conexión (o propulsores) que puedan ser utilizados por el operador del Derecho, en la búsqueda de la norma material aplicable a los variados casos concretos derivados de los derechos reales sobre bienes incorporales. Más aún si reparamos que el artículo 2093, siendo una norma ubicada en el Título III del Libro X del C.C., debería regular categorías y factores de conexión que faciliten la solución de la controversia en defecto de tratados o leyes uniformes especiales.

De ahí que las referencias a estos últimos en el Título III del Libro X del C.C. podría interpretarse como una remisión fuera de lugar a un cuerpo normativo al cual se dirigió –sin lugar a dudas– el operador del Derecho de manera previa, y se podría señalar que sin resultados positivos; por lo cual, apelando al desarrollo del método conflictual no le queda más que ingresar al Libro X del C.C., topándose con la correspondiente estación con el primer párrafo del artículo 2093, que lo deriva nuevamente al camino transitado ex ante (de búsqueda del tratado o ley uniforme especial), sin resultados efectivos para la solución de la controversia (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

De igual forma, resulta también discutible que el factor de conexión enunciado al final del primer párrafo del artículo en comentario, que residualmente debería servir para resolver el caso concreto –en defecto de tratado o ley uniforme–, deje al margen de la regulación a aquellos derechos reales sobre bienes incorporales para los cuales la inscripción en el Registro no tiene efectos constitutivos.

En ese sentido, el criterio del Registro para condicionar el nacimiento y explotación podría ser resultar válido solo para algunos bienes incorporales. Existen adicionalmente otros derechos de propiedad industrial o intelectual que no resultan susceptibles de registro (*know how, trade secrets*) que se valen de mecanismos contractuales o extracontractuales (FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO), por lo cual frente a lo limitado del factor de conexión del final del primer párrafo del artículo 2093 se justificaría una ampliación de los factores de conexión, algunos de los cuales serán enunciados posteriormente en la sección nota extensiva, dentro del presente comentario.

## 5. La ley local establece los requisitos para el reconocimiento y ejercicio de tales derechos

En este extremo, el artículo en comentario se inspira en el principio de territorialidad por el cual cada Estado decide autónomamente, siguiendo su propio Derecho material o sustantivo, si confiere para su territorio derechos; con qué contenido, si resulta necesario el registro, depósito o uso en el país o si es suficiente el mero acto de creación intelectual (VIRGOS).

Por ello, para el reconocimiento del derecho nacido en otro Estado, se debe cumplir con los requisitos que imponga la ley del país donde se intenta ejercitar el derecho, para investirlo de publicidad y para ser oponible a terceros (REVOREDO).

A partir de ello, se puede colegir que no cabe hablar de un derecho de propiedad intelectual que adquirido en un Estado reclame su existencia y continuidad a través de las fronteras nacionales (otros países). Siguiendo a Virgos, el derecho de propiedad existe de país en país, limitado a su territorio. Así, por ejemplo, un titular puede gozar y ser beneficiario de diversos derechos (de marca, patente, autor): uno en cada país que lo conceda, que se concentran sobre la misma obra (creación o signo) cierto, pero no de un único derecho (de marca, patente, autor, etc.) con validez universal (VIRGOS).

En suma, cada Estado concede un derecho para su territorio (VIRGOS).

## 6. La competencia jurisdiccional respecto a derechos reales sobre bienes incorporales

Resulta nuevamente paradójico que, en los artículos sobre competencia jurisdiccional, pergeñados en el Título II del Libro X, no encontremos alguno que haga referencia expresa a la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos sobre bienes incorporales, toda vez que la regla del inciso 1 del artículo 2058 del C.C. estaría referida a derechos reales que se incardinan en torno al factor de conexión *Lex rei sitae*, el cual como hemos señalado, no resulta aplicable por la naturaleza intangible de los bienes incorporales.

Ciertamente que, en defecto de norma expresa sobre competencia jurisdiccional, para los derechos reales sobre bienes incorporales podría acudirse residualmente, entre otras citas, al inciso 2 del referido artículo, aunque en rigor el mismo resulta aplicable a la ejecución de obligaciones en el territorio de la República, a contratos celebrados o hechos realizados en el territorio peruano y respecto a acciones civiles derivadas de delitos o faltas perpetradas o cuyos resultados se produzcan en el Perú.

En todo caso, creemos que si se ha pergeñado al final del primer párrafo del artículo bajo comentario un factor de conexión que se sostiene sobre la inscripción registral, correspondía haber incorporado antes –en el Título II del Libro X del C.C.– reglas de competencia

jurisdiccional peruana (exclusiva) sobre derechos reales relativos a bienes incorporales que han sido válidamente inscritos en nuestro territorio o sobre derechos sometidos a Registro peruano.

## 7. Nota extensiva al factor de conexión enunciado en la norma en comentario para los bienes incorporales

A efectos de subsanar la austeridad de factores de conexión consignados en el artículo 2093 del Libro X del C.C., modestamente consideramos que una reforma legislativa debería considerar su ampliación ponderando, entre otros, los siguientes puntos de conexión: i) el Derecho elegido por el contrato; ii) el Derecho del lugar de protección; iii) el Derecho del lugar de publicación o divulgación; iv) el Derecho del certificado de registro del país de origen o de la indicación geográfica; v) el Derecho del lugar del registro o de la solicitud de trámite de registro; vi) el Derecho del lugar de ejercicio de los atributos respecto al bien incorporal o el lugar de licencia; vii) el Derecho del lugar donde se realiza la principal actividad que origina el perjuicio o del lugar donde se produjo el perjuicio; viii) el Derecho del lugar indicado en cláusulas contractuales en línea (*on line*) o en los usos y costumbres adoptados a través del ciberespacio sobre políticas de acceso y servicio de proveedores no objetadas por el usuario particular (*Lex informatica*) (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ). Con ello, podrían existir otros surcos para encauzar la búsqueda del Derecho material aplicable atendiendo a la especial y variada naturaleza jurídica de los derechos reales sobre bienes incorporales.

De igual forma correspondería ponderar una precisión, en el sentido que los derechos de los pueblos interesados de los países andinos y amazónicos, sobre los recursos naturales en sus tierras, conocimientos tradicionales, conservación de la diversidad biológica, uso sostenible de sus recursos y variedades vegetales tienen el carácter de normas de aplicación inmediata (DELGADO BARRETO-DELGADO MENÉNDEZ-CANDELA SÁNCHEZ).

## 8. Conclusión

Desde nuestro punto de vista, para interpretar el artículo bajo comentario se debe recordar que, previo al intento de resolver el caso concreto utilizando el factor de conexión enunciado al final del primer párrafo del artículo 2093, se debió resolver mucho antes, la existencia y alcances de los derechos reales sobre bienes incorporales a la luz de los tratados que resulten vinculantes para el Perú.

## DOCTRINA

CANO, Elena y otros. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Derecho Internacional Privado. Civitas, Madrid, 1999; VIRGOS, Miguel. Derecho Internacional Privado. Eurolex, Madrid, 1995; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Parte especial. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos. Tomo VI, Lima, 1985; CARRASCOSA, Javier. Derecho Internacional Privado. Vol II, Comares, Granada, 1997; ALARCÓN, Enrique. Propiedad intelectual agricultura ante el nuevo milenio. En: Fascículo Técnico. N° 20. Centro Regional IICA. s/l. 1999; MAISCH, Lucrecia. Los derechos reales. Librería Studium, Lima, 1984; TORRES, Miguel. La transferencia de propiedad de los bienes muebles incorporales en el Código Civil. En: Revista Derecho. N° 45. Diciembre, 1991. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1991; ANTEQUERA, Ricardo. La protección internacional del derecho de autor y su papel en la promoción de la actividad creativa, literaria, musical y artística. En: Revista Iuris Dictio. N° 2, Vol 1, Universidad San Francisco de Quito, 2000.

## Forma de actos jurídicos e instrumentos

**Artículo 2094.-** ***La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.***

Concordancias:
*C.C. arts. 143, 144, 721, 722, 2076*

**MANUEL MURO ROJO**

En el Código Civil de 1936 el tema de la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se regulaba en el artículo XX T.P. en idéntica forma como lo hace actualmente el artículo 2094 del Código vigente; esto es, que la ley aplicable es la "del lugar en que se otorgan" o "la ley que regula la relación jurídica objeto del acto"; señalándose, además, que cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se deben observar las solemnidades establecidas por la ley peruana.

Al respecto conviene precisar que el artículo se refiere a las formalidades extrínsecas del acto jurídico, o sea aquellas que revisten al acto por razón de su solemnidad o de prueba, es decir para efectos de su existencia (solemnidad) o para efectos de acreditar dicha existencia (prueba). Consecuentemente, la norma no se ocupa del contenido intrínseco del acto jurídico, que no constituye "formalidades" como impropiamente se ha sostenido; es decir que no se refiere a los elementos constitutivos del acto (capacidad, objeto, causa, etc.) que están sujetos a normas de remisión diferentes (LEÓN BARANDIARÁN, p. 271).

Como quiera que el artículo 2094 hace alusión à la forma de los actos jurídicos y a la forma de los instrumentos, es pertinente distinguir la solemnidad de los actos, por un lado, y las formas instrumentales, por el otro. Así, las solemnidades tienen que ver con las formalidades externas que la ley exige imperativamente para la celebración del acto jurídico, de tal suerte que si aquellas faltaren determinarían la nulidad del acto. Ejemplos de esto es la presencia del alcalde o del funcionario municipal que lo represente en la celebración del matrimonio civil (artículo 259 y 260 del C.C.); la escritura pública para la constitución de una hipoteca (artículo 1098 del C.C.), entre otros.

Las formalidades instrumentales se entienden como los requisitos exteriores que deben reunir, no los actos jurídicos en sí mismos, sino los documentos en los cuales estos están contenidos; o sea que tales formalidades aluden a la parte eminentemente material del instrumento. Digamos que, por ejemplo, el acto jurídico que da lugar a la constitución de una hipoteca requiere del otorgamiento de una escritura pública (solemnidad), pero esta escritura pública, a su vez, debe reunir una serie de "formalidades instrumentales" para ser considerada como tal, desde la comparecencia de los sujetos contratantes, pasando por los insertos de ley, hasta la firma de las partes y del notario.

En cuanto a la ley aplicable, la norma comentada consagra la aplicación de la regla *Locus regit actum*, esto es, la ley del lugar de celebración del acto, que es la regla unánimemente aceptada en consideración a la practicidad que supone regirse por las formalidades conocidas en el lugar donde se celebra el acto. Se sustenta esta regla argumentando que son las necesidades de orden práctico las que la hacen aplicable; caso contrario sería difícil o imposible que las partes de un acto jurídico estuvieran en condiciones de utilizar formas distintas a las

reguladas en el ordenamiento del país donde se encuentran y pretendieran utilizar formalidades normadas en otras latitudes.

## DOCTRINA

LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil, Tomo VIII. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Obligaciones contractuales

**Artículo 2095.-** ***Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración.***

***Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1351, 1373, 2058 inc. 2), 2096; C.D.I.P. arts. 140, 141, 142, 164 a 213, 223, 225, 226*

**GONZALO GARCÍA CALDERÓN**

El artículo consagra la *Lex voluntatis*[1] como factor de conexión principal en esta categoría jurídica referida a las obligaciones contractuales. El legislador ha considerado el principio de la autonomía de la voluntad de las partes como el elemento central para efectos de que en cualquier contrato, sea de compraventa, mutuo, permuta, suministro, locación de servicios, contrato de asociación, entre otros, se pueda pactar una ley conforme a la decisión de los interesados.

Debemos acotar que la ley elegida por las partes puede ser independiente de la vinculación que exista con la relación jurídica sustancial. Las partes pueden vincularse con una ley que consideren más adecuada a sus intereses, sin ninguna limitación, salvo la violación del orden público internacional o las buenas costumbres indicadas en el artículo 2049 de las Disposiciones Generales del Libro Décimo del Código Civil. Es decir, para citar un ejemplo, si una persona jurídica domiciliada en el Perú celebra en Lima un contrato de compraventa con una persona jurídica domiciliada en Colombia cuya obligación contractual será ejecutada en Bogotá, podrán las partes pactar la ley del Estado del Brasil, para que sea esta última ley la que resuelva el fondo del conflicto, a pesar de que no exista ningún nexo entre el domicilio de las partes con el objeto jurídico del acto o relación jurídica, con la del lugar de celebración o con el lugar de ejecución, así como ninguna otra vinculación con la ley finalmente elegida por las partes.

El legislador peruano ha optado por esta formula amplia e irrestricta, la cual no compartimos ya que consideramos que debería elegirse una ley material efectivamente vinculada a la relación jurídica sustantiva.

Así, la doctora Delia Revoredo señala en la Exposición de Motivos y Comentarios al Código Civil[2] que "en nuestra propuesta sugeríamos modificar el primer párrafo del artículo 2095 exigiendo que la ley elegida por las partes tuviese alguna vinculación objetiva con la relación contractual (...) y suprimir el artículo 2096. El Dr. Mac Lean consideró preservar la fórmula actual".

(1) Sobre el tema puede leerse a BOGGIANO Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado.* Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2001, pp. 759 al 802; NIBOYET J.B. *Principios del Derecho Internacional Privado.* Editora Nacional, México D.F., 1954, pp. 655 al 698; KALLER ORCHANSKY, Berta. *Manual de Derecho Internacional Privado.* Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1980, pp. 394 al 426; GARCÍA CALDERÓN KOECHLIN, Manuel. *Derecho Internacional Privado.* Editorial UNMSM, Lima, 1969, pp. 250 al 255.

(2) REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios.* Tomo VI, Okura, Lima, 1985, p. 1005.

Personalmente coincido con esta tesis, en el sentido de la que ley elegida debe tener un elemento vinculante con la relación sustantiva, sea en razón del domicilio de las partes, del lugar de la celebración y/o ejecución de la relación jurídica o de la sede del juzgador.

Incluso hoy en día ya se discute sobre la posibilidad no solo de la elección de un derecho extranjero desvinculado de los elementos principales de la relación jurídica, sino de aplicar principios generales del Derecho o la aplicación de la denominada *Lex mercatoria* internacional, desvinculando el análisis legislativo del conflicto de todo Derecho Estatal.

Señala esta norma que en el hipotético caso de que las partes no hayan pactado una ley determinada, el juez deberá aplicar la *Lex loci solutionis*, es decir, la ley del lugar donde la obligación deba cumplirse o ejecutarse, y en caso de que se deba cumplir en diversos países, será la ley del país de la obligación principal la que determine la ley aplicable. Esta regulación recoge lo prescrito en los Tratados de Montevideo de 1889 y Código de Bustamante de 1928 del cual el Perú es parte. Acorde con su opción legislativa, el Perú ha considerado que la vinculación jurídica relevante es la del lugar del cumplimiento al acoplarse mejor con el interés del contrato.

Solo en los casos en los que no exista pacto expreso de las partes, ni se pueda determinar el lugar del cumplimiento de la obligación principal, se aplicará el factor de conexión *Lex loci celebrationis*, es decir, la ley del lugar de celebración del contrato, el cual es un factor residual y no siempre importante, ya que puede haberse celebrado un contrato de manera circunstancial como en una feria internacional, donde las partes no tienen sus domicilios ni ejecutan el contrato o la obligación principal del mismo.

Nuestra ley no reconoce la voluntad tácita o presunta de las partes en el sentido que se pueda interpretar el contrato, para efectos de someter la búsqueda de la solución del conflicto a una ley determinada, solo reconoce la voluntad expresada en él, por lo que el juzgador no está en la posibilidad de ubicar la ley que considere más relevante o más conveniente y que se adecue a las estipulaciones del contrato o los usos mercantiles aplicables al caso (la llamada *Proper Law Theory*).

El último párrafo de la norma bajo comentario funciona en la medida –como dice Goldschmidt[3]– que se trate de un contrato entre presentes, ya que si nos encontramos ante un contrato entre ausentes, las diversas teorías sobre el momento de su perfección podrían indicar igualmente diversos países como lugares de su celebración, pudiendo darse el caso de que cada parte domiciliada en un Estado distinto según su ley considere perfeccionado el contrato en su país.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Lecciones de Derecho Internacional Privado español. 2ª edición, Fondo Editorial de la Universidad de Madrid, Tomo I, Madrid, 1983; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrua. México, 1986; ARJONA COLOMO, Miguel. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; BALESTRA, Ricardo. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. 1997. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; BICOCA STELLA MARIS. Lecciones de Derecho Internacional Privado - Parte. Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990; BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983; CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Litografía, Bogotá, 1939; CARRILLO



(3) GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. El Derecho SACIFI. Buenos Aires, 1970, p. 207.

SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado - Introducción a sus problemas fundamentales. Tecnos, Madrid, 1981; DE YANGUAS MESSÍA, José. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Reus S.A. 3ª edición, Madrid, 1971; DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Prácticas de Derecho Internacional Privado. Selección de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; ESPINAR VICENTE, José María. La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español. Civitas, Madrid, 1994; ESPUGLES MOTA, Carlos. Código de Derecho Internacional Privado Español. Civitas, Madrid, 1989; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1970; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. Tratado de Derecho Internacional Privado, o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado. 3ª edición, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, 1860; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. La capacidad cambiaria en el Derecho Internacional Privado - Estudio Comparativo de las Legislaciones Americanas. Editorial Gil, Lima, 1951; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Repertorio de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia, Legislación, Concordancias y Notas. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Casos Prácticos y Legislación de Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969; GARCÍA CASTAÑEDA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Gil, Lima, 1925; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Imprenta Gofer. 6ª edición, Oviedo, 1984; GOLDSMIDT, Werner. El Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985; GUZMÁN DE LA TORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSK, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; LEÓN STEFFENS, Avelino. Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado - Nociones Fundamentales. Editorial Jurídica. Santiago de Chile, 1986; MANTILLA REY, Ramón. Apuntes de Derecho Internacional Privado - Parte General. 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. 8ª edición, Tomo I, Atlas, Madrid, 1985; MOROTE, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Privado. Librería Escobar Calle del Banco Herrador N° 120, Lima, 1896; MOSCONI, Franco. Diritto Internazionale Privato e Processuale. Editorial UTET. Torino, 1996; NÚÑEZ VALDIVIA, Segundo. Derecho Internacional Privado. Editorial Unas. Arequipa, 1966; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración y Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado Español. Aranzadi Editorial. Navarro, 2002; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, Antonio. Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo. Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1988; PALLARES, Beatriz. Derecho Internacional Privado Matrimonial - Régimen Legal Del Matrimonio Civil Ley 23515. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1988; PASQUALE, Fiore. Derecho Internacional Privado. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889; PÉREZ BEVIA, José Antonio. La Aplicación del Derecho Público Extranjero. Civitas, Madrid, 1989; PÉREZ VERA, Elisa y otros. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980; PECOURT GARCÍA, Enrique. Derecho Internacional Privado Español. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 1976; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado - Parte General. 6ª edición, Editorial Harla, México, 1995; PUENTE EGIDIO, J. Derecho Internacional Privado Español - Doctrina Legal del Tribunal Supremo. Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; TOVAR GIL, María del Carmen. Derecho Internacional Privado. Editorial M.S. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIÑAS FARRE, Ramón. Unificación del Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1978; WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1958; ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado, Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; REVOREDO, Delia. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI.

## Autonomía de la voluntad

**Artículo 2096.-** ***La ley competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2095, determina las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.***

Concordancias:
*C.C. arts. 1354. 1355. 1356. 2095; C.D.I.P. arts. 166. 175*

**GONZALO GARCÍA CALDERÓN**

Corresponde a la ley elegida por las partes indicar los límites de esta, sea a través de aplicar las normas imperativas del país, así como aplicar los límites a la voluntad de las partes. Sobre este último punto queremos señalar que no todos los países permiten, como lo hace el artículo 2095 del Código Civil, que las partes puedan elegir una ley sin que exista un vínculo o factor de conexión entre la ley elegida y la relación jurídica objeto de la controversia, por lo que podría darse el caso de que las partes elijan una ley y que esta limite la voluntad de las partes estableciendo un factor de conexión determinado para resolver dicha categoría jurídica distinto al señalado y querido por las partes.

¿Es posible pactar contra lo prescrito en este artículo? Es decir, ¿los límites de la autonomía que prescribe el artículo 2095 pueden llevar a sostener que las partes precisen que se aplicará el Derecho extranjero, pero no sus normas imperativas?; e incluso ¿ser más creativos e indicar que por esa categoría jurídica, ejemplo, prescripción, perfeccionamiento del contrato, naturaleza jurídica, lesión cesión, interpretación, saneamiento, o cualquier otra se aplique un derecho distinto a cada una aplicándose así leyes nacionales distintas para el mismo contrato y eludiendo el derecho extranjero, respecto a sus leyes imperativas o limitativas sobre la base del principio del *pactum* de *lege utenda*?

Creemos que las partes pueden, para el mismo contrato, aplicar leyes distintas; sin embargo, su voluntad estará limitada por la ley imperativa del lugar de su celebración, es decir, por sus normas de orden público.

Ejemplo, si se celebra un contrato en el Perú no se podrá pactar que la forma del acto jurídico se regulará por la ley de domicilio del comprador, ya que nuestra ley no permite la voluntad de las partes para esa categoría jurídica.

Este artículo también señala que si las partes eligen una ley extranjera, deberán ceñirse a las normas imperativas de esa ley extranjera elegida por ellos.

Nada impide que las partes pacten las normas del Derecho Internacional Privado de dicho país, pudiendo limitar la voluntad de las partes al factor de conexión señalado por la categoría jurídica de dicho Estado.

No existiendo el reenvío, es decir, no pudiendo el juez aplicar las normas del Derecho Internacional Privado del país al cual las partes se han sometido, no existirá posibilidad de violar los límites del Derecho Internacional Privado de dicho Estado, por lo que aun si dicho país, según sus normas de Derecho Internacional Privado, prohíbe la libre elección de la ley al estar el contrato vinculado a la ley peruana (es decir, a sus normas de conflicto), se deberá aplicar la ley extranjera, a pesar de que sus normas imperativas en Derecho Internacional Privado digan lo contrario, lo que nos lleva a la conclusión de que el artículo 2096 deberá

ser concordado con el artículo 2048 y, en consecuencia, las normas imperativas se refieren solo a sus normas de Derecho interno y no a sus normas imperativas del Derecho Internacional Privado.

Si las partes pueden elegir una ley extranjera, es porque el contrato está regulado por una ley que lo permite; por lo que las normas imperativas de la ley extranjera no estarán referidas a las normas de conflicto, sino a las normas internas de ese país.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Lecciones de Derecho Internacional Privado español. 2ª edición, Fondo Editorial de la Universidad de Madrid. Tomo I, Madrid, 1983; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrua, México, 1986; ARJONA COLOMO, Miguel. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; BALESTRA, Ricardo. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. 1997. Editorial Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; BICOCA STELLA MARIS. Lecciones de Derecho Internacional Privado - Parte. Editorial de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 1990; BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983; CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Litografía, Bogotá, 1939; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado - Introducción a sus problemas fundamentales. Tecnos, Madrid, 1981; DE YANGUAS MESSÍA, José. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1971; DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Prácticas de Derecho Internacional Privado. Selección de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; ESPINAR VICENTE, José María. La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español. Civitas, Madrid, 1994; ESPUGLES MOTA, Carlos. Código de Derecho Internacional Privado Español. Civitas, Madrid, 1989; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1970; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. Tratado de Derecho Internacional Privado, o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado. 3ª edición, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, 1860; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. La capacidad cambiaria en el Derecho Internacional Privado - Estudio Comparativo de las Legislaciones Americanas. Editorial Gil, Lima, 1951; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Repertorio de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia, Legislación, Concordancias y Notas. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Casos Prácticos y Legislación de Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969; GARCÍA CASTAÑEDA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Gil, Lima, 1925; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Imprenta Gofer. 6ª edición, Oviedo, 1984; GOLDSMIDT, Werner. El Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985; GUZMÁN DE LA TORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSK, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; LEÓN STEFFENS, Avelino. Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado - Nociones Fundamentales. Editorial Jurídica. Santiago de Chile, 1986; MANTILLA REY, Ramón. Apuntes de Derecho Internacional Privado - Parte General. 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. 8ª edición, Tomo I, Atlas, Madrid, 1985; MOROTE, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Privado. Librería Escobar Calle del Banco Herrador N° 120, Lima, 1896; MOSCONI, Franco. Diritto Internazionale Privato e Processuale. Editorial UTET, Torino, 1996; NÚÑEZ VALDIVIA, Segundo. Derecho Internacional Privado. Editorial Unas, Arequipa, 1966; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración y Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado Español. Aranzadi Editorial, Navarro, 2002; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, Antonio. Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo. Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1988; PALLARES, Beatriz. Derecho Internacional Privado Matrimonial - Régimen Legal Del Matrimonio Civil Ley 23515. Editorial Rubinzal

Culzoni, Santa Fe, 1988; PASQUALE, Fiore. Derecho Internacional Privado. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889; PÉREZ BEVIA, José Antonio. La Aplicación del Derecho Público Extranjero. Civitas, Madrid, 1989; PÉREZ VERA, Elisa y otros. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980; PECOURT GARCÍA, Enrique. Derecho Internacional Privado Español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado - Parte General. 6ª edición, Editorial Harla, México, 1995; PUENTE EGIDIO, J. Derecho Internacional Privado Español - Doctrina Legal del Tribunal Supremo. Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; TOVAR GIL, María del Carmen. Derecho Internacional Privado. Editorial M.S. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIÑAS FARRE, Ramón. Unificación del Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1978; WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1958; ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado, Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; REVOREDO, Delia. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI.

## Responsabilidad extracontractual

**Artículo 2097.-** *La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió haber actuado.*

*Si la ley del lugar donde se produjo el perjuicio considera responsable al agente, pero no la ley del lugar donde se produjo la actividad u omisión que provocó el perjuicio, es aplicable la primera ley, si el agente debió prever la producción del daño en dicho lugar, como consecuencia de su acto u omisión.*

Concordancias:
*C.C. art. 1969 y ss.; C.D.I.P. art. 168*

**GONZALO GARCÍA CALDERÓN**

La responsabilidad extracontractual es causa de obligaciones y nuestra legislación es explícita sobre aquel que cause por dolo o culpa un daño a otro, ya que estará en la obligación de indemnizarlo, siendo que el descargo por falta del dolo o culpa corresponde a su autor. Esta presunción, en lo que respecta al autor del daño o responsabilidad subjetiva, es un concepto de la legislación nacional no aplicable necesariamente en un conflicto con elementos extranjeros en la relación jurídica objeto de análisis, ya que de ubicar la ley aplicable y siendo ella extranjera será esta la que establezca este concepto y sus características.

Es decir, que en un conflicto de esta naturaleza, el factor de conexión establecido por el legislador nacional para la categoría jurídica denominada responsabilidad extracontractual, que señala que en caso de perjuicio se deberá aplicar la ley del país donde se realiza la actividad principal del causante del daño, nos lleva necesariamente a precisar que será dicha ley la que califique la naturaleza jurídica sobre la responsabilidad extracontractual y el daño causado según su Derecho interno.

Frente a un conflicto de competencia legislativa positiva el legislador opta por el criterio de la "actividad principal".

Distinta situación se da en el caso de la responsabilidad por omisión donde se aplica la ley del lugar donde el causante del perjuicio debió haber actuado.

En cuanto a la aplicación del segundo párrafo, el cual se inspira en el Código portugués, deben darse dos elementos concomitantes, primero: que la ley donde se produjo el daño causado por comisión u omisión considere responsable al agente; y segundo: que este haya podido prever (elemento subjetivo sujeto a probanza) el daño, modificando la regla general señalada en el primer párrafo de este artículo.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Lecciones de Derecho Internacional Privado español. 2ª edición, Fondo Editorial de la Universidad de Madrid, Tomo I, Madrid, 1983; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrua, México, 1986; ARJONA COLOMO, Miguel. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; BALESTRA, Ricardo. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. 1997. Editorial Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; BICOCA STELLA MARIS. Lecciones de Derecho Internacional Privado - Parte. Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990; BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983; CAICEDO CASTILLA,

José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Litografía, Bogotá, 1939; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado - Introducción a sus problemas fundamentales. Tecnos, Madrid, 1981; DE YANGUAS MESSÍA, José. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1971; DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Prácticas de Derecho Internacional Privado. Selección de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; ESPINAR VICENTE, José María. La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español. Civitas, Madrid, 1994; ESPUGLES MOTA, Carlos. Código de Derecho Internacional Privado Español. Civitas, Madrid, 1989; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1970; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. Tratado de Derecho Internacional Privado, o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado. 3ª edición, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, 1860; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. La capacidad cambiaria en el Derecho Internacional Privado - Estudio Comparativo de las Legislaciones Americanas. Editorial Gil, Lima, 1951; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Repertorio de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia, Legislación, Concordancias y Notas. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Casos Prácticos y Legislación de Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969; GARCÍA CASTAÑEDA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Gil, Lima, 1925; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Imprenta Gofer. 6ª edición, Oviedo, 1984; GOLDSMIDT, Werner. El Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985; GUZMÁN DE LA TORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSK, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; LEÓN STEFFENS, Avelino. Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado - Nociones Fundamentales. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1986; MANTILLA REY, Ramón. Apuntes de Derecho Internacional Privado - Parte General. 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. 8ª edición, Tomo I, Atlas, Madrid, 1985; MOROTE, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Privado. Librería Escobar Calle del Banco Herrador Nº 120, Lima, 1896; MOSCONI, Franco. Diritto Internazionale Privato e Processuale. Editorial UTET, Torino, 1996; NÚÑEZ VALDIVIA, Segundo. Derecho Internacional Privado. Editorial Unas, Arequipa, 1966; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración y Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado Español. Aranzadi Editorial, Navarro, 2002; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, Antonio. Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo. Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1988; PALLARES, Beatriz. Derecho Internacional Privado Matrimonial - Régimen Legal Del Matrimonio Civil Ley 23515. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988; PASQUALE, Fiore. Derecho Internacional Privado. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889; PÉREZ BEVIA, José Antonio. La Aplicación del Derecho Público Extranjero. Civitas, Madrid, 1989; PÉREZ VERA, Elisa y otros. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980; PECOURT GARCÍA, Enrique. Derecho Internacional Privado Español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado - Parte General. 6ª edición, Editorial Harla, México, 1995; PUENTE EGIDIO, J. Derecho Internacional Privado Español - Doctrina Legal del Tribunal Supremo. Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; TOVAR GIL, María del Carmen. Derecho Internacional Privado. Editorial M.S. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIÑAS FARRE, Ramón. Unificación del Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1978; WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1958; ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado, Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; REVOREDO, Delia. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI.

## Obligaciones originadas por la ley y otras fuentes

**Artículo 2098.-** ***Las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido, se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación.***

Concordancias:
*C.C. arts. 287, 1267 y ss., 1484, 1950 y ss., 1954 y ss.; C.D.I.P. arts. 220, 221, 222*

**Federico G. Mesinas Montero**

### 1. Una norma de cobertura

La ley aplicable a una obligación civil varía dependiendo de la fuente de la que provenga. Así, en el caso de las obligaciones derivadas de acuerdos de voluntades o contratos, que son la principal fuente de obligaciones, existe una regulación específica en el artículo 2095 que fija como ley aplicable la elegida por las partes, estableciéndose además factores de conexión supletorios. Por su parte, a las obligaciones provenientes de un daño injusto, o responsabilidad extracontractual, se les aplica la ley del país donde se realizó la principal actividad que originó el perjuicio, conforme al artículo 2097.

El artículo 2098 que es materia de comentario, regula la ley aplicable a las obligaciones legales, y a las derivadas de los denominados cuasicontratos. Señala así que las obligaciones que nacen por mandato de la ley, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa y el pago indebido se rigen por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación.

En el fondo, tal como lo explican los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil, esta norma actúa como un mecanismo de cobertura respecto a cualquier otro supuesto obligacional que no hubiere sido contemplado en alguno de los dispositivos del Título de la Ley Aplicable del Libro de Derecho Internacional Privado. Y es que al referirse la norma de modo general a las obligaciones legales, cualquier tipo de obligación omitido queda regido por ella.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que toda obligación tiene como fuente (mediata o inmediata) a la ley.

### 2. La "omisión"

Cuando se revisa la Exposición de Motivos del Código Civil, queda claro que para quienes redactaron el artículo 2098 los cuasicontratos eran también, en el fondo, obligaciones legales que debían regirse por la ley del lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación. A tenor de este criterio, entonces, su mención expresa en el artículo 2098 no era necesaria a priori.

Sin embargo, como se señala también en la Exposición de Motivos referido, el legislador optó por hacer referencia a tales figuras para evitar confusiones "dada la diversidad de criterios clasificadores de las obligaciones no contractuales en las diferentes legislaciones internas de los países". La idea era que se mantuviera el tratamiento uniforme para todas estas obligaciones legales, pues "al vincularse varias legislaciones en torno a una relación internacional puede suceder por ejemplo que una actividad sea clasificada como 'obligación nacida de la ley' en una de esas legislaciones, y como 'gestión de negocios'

–y no 'obligación nacida de la ley'– en otra, lo cual confundirá al intérprete en su labor clasificadora".

Ahora, no obstante esta intención de evitar "confusiones", surge un problema interpretativo en razón de que la norma omite pronunciarse un importante cuasicontrato: la promesa unilateral, figura que no aparece regulada en ningún otro artículo del Título de la Ley Aplicable. Lo que no queda claro es si en realidad se trata de una mera omisión material del artículo 2098, lo que podía subsanarse con una interpretación valorativa que incluya a la figura en la regulación, o si, por el contrario, la omisión fue deliberada a efectos de que se interprete que la promesa unilateral no es propiamente una "obligación legal" que deba ser regulada por este dispositivo.

Nótese que esta última interpretación de ningún modo sería descabellada, pues la doctrina comúnmente atribuye un régimen diferenciado a la promesa unilateral en razón del rol que juega la voluntad en este figura. Así por ejemplo, Goldschmidt, refiriéndose a ley aplicable a las obligaciones legales, señala que en este lugar solo contemplamos aquellos títulos de obligaciones que no radican en la voluntad. Por ello, la promesa pública (*pollicitatio*), no se rige por los principios ahora expuestos (...)".

No obstante esto último, en el caso de nuestro Código Civil lo razonable es que se contemple a la promesa unilateral dentro de los alcances del artículo 2098, precisamente porque aquí entra a tallar a la función de cobertura de este último dispositivo. En esa línea, la promesa se rige por la ley del lugar en el cual se hizo la declaración unilateral, que es el hecho originario de la obligación.

## 3. El lugar del hecho que origina la obligación

El artículo 2098 emplea como factor de conexión el lugar en el cual se llevó o debió llevarse a cabo el hecho originario de la obligación. Se da relevancia así al surgimiento mismo de la obligación y no al lugar de cumplimiento, que es un factor preferido en el caso de las obligaciones contractuales (en defecto de pacto sobre la ley aplicable).

Como lo hace ver la Exposición de Motivos del Código, pueden presentarse algunas situaciones dudosas en torno al hecho originario de la obligación con relación a cada figura específica.

En el caso de la gestión de negocios, el hecho originario es claramente la actividad del gestor. El problema puede presentarse si esta actividad se realiza en más de un país. Sobre este punto, es por demás adecuada la solución que plantean los doctores María del Carmen y Javier Tovar Gil en el sentido de que el análisis debe hacerse caso por caso. En esa línea, un elemento a tener en cuenta podría ser el lugar en el que se inició la gestión (como se plantea en la Exposición de Motivos); pero también podría ser factor determinante el lugar donde se desarrollan principalmente los negocios o se encuentran los bienes de los que se haya hecho cargo el gestor.

En el caso del enriquecimiento sin causa, puede suceder que el enriquecimiento de una de las partes y el empobrecimiento de la otra, que son los dos elementos que entran en juego en estos casos, se den en lugares diferentes. Sin embargo, tal como dice la Exposición de Motivos del dispositivo, es el enriquecimiento y no el empobrecimiento el que configura la institución del enriquecimiento sin causa, por lo que el lugar de su ocurrencia es el que debe reputarse como el origen de la obligación.

Finalmente, con relación al pago indebido, no hay duda que el hecho originario de la obligación fue el pago equivocadamente efectuado. La ley del lugar donde se realizó este último será, por tanto, la aplicable.

## DOCTRINA

GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. Depalma. 5ª edición, Buenos Aires, 1985; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; REVOREDO MARSANO, Delia. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI, 3ª edición, Lima, 1988; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Bosh. Barcelona, 1958; TOVAR GIL, María del Carmen y TOVAR GIL, Javier. Derecho Internacional Privado. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987.

## Prescripción extintiva

**Artículo 2099.-** *La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse.*

Concordancias:
*C.C. arts. 2001 inc. 1), 2091; C.D.I.P. arts. 229, 230, 231*

MARÍA DEL CARMEN DELGADO MENÉNDEZ

### 1. Introducción

El desarrollo del Derecho Civil ha llevado a distinguir la prescripción extintiva de la prescripción adquisitiva. El fundamento doctrinal de la distinción (VIDAL RAMÍREZ) radica en que, si bien la transformación de una situación de hecho en una situación de derecho por el transcurso del tiempo, se produce en la prescripción adquisitiva, salvo en el caso de que opere por el no uso, no ocurre lo mismo con la prescripción extintiva, porque en esta lo que se desvanece es la situación jurídica como consecuencia del no ejercicio de la correspondiente acción protectora del Derecho. De allí que el Derecho dé un tratamiento diferenciado a la usucapión y a la prescripción extintiva.

En efecto, son tres los ámbitos fundamentales donde difieren ambos tipos de prescripción: (i) los requisitos para que prosperen, ya que para que opere la prescripción adquisitiva se requiere como factor determinante la posesión del usucapiente, que es un hecho positivo; mientras que en la prescripción extintiva se requiere de la inacción del titular del derecho que está en la posibilidad de accionar, que es un hecho negativo; (ii) su ámbito de aplicabilidad, pues mientras la adquisitiva solo es susceptible de aplicarse a los derechos reales que pueden ser materia de posesión, la extintiva se aplica no solo a los demás derecho reales, sino también a todos los de naturaleza patrimonial; y (iii) sus efectos, dado que en la usucapión estos son adquisitivos y también extintivos, pues los derechos los adquiere el usucapiente y los pierde el anterior titular del derecho; mientras que en la extintiva, los efectos son meramente extintivos, ya que solo liberan al deudor de la acción del acreedor para hacer efectiva su pretensión y le dan un medio de defensa para oponer al acreedor.

En lo que atañe a los conceptos de prescripción y caducidad, es importante señalar que el Código Civil peruano diferencia ambos conceptos, expresando que la prescripción extingue solo la acción (artículo 1989), en tanto la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente a tal derecho (artículo 2003).

### 2. Problemas planteados por la prescripción en Derecho interno y su influencia en el Derecho Internacional Privado

El Derecho comparado nos muestra que los diversos derechos positivos internos tienen concepciones diferentes sobre el fundamento de la prescripción. En efecto, tribunales del *common law*, como el de Estados Unidos, conciben la institución de la prescripción extintiva como un medio de procedimiento, y en tanto tal, sometida a la *Lex fori* –ley del foro–; mientras que otros países, como es el caso de Francia y Alemania, mantienen la calificación de categoría de fondo, sujeta por tanto a la misma ley que rige la obligación que se pretende extinguir. En consecuencia, los tribunales alemanes al conocer un caso sobre documentos de crédito provenientes de Estados Unidos o Inglaterra, aplicarán las leyes de prescripción de estos países, en tanto leyes reguladoras de la obligación que se pretende extinguir; mientras

que los tribunales del *common law*, cuando conocen un caso sobre el mismo tipo de documentos pero provenientes de Alemania, al considerar la prescripción como un asunto de procedimiento, aplicarán su propia ley sobre prescripción, en tanto ley del lugar del proceso.

Usualmente, la determinación de la ley que será aplicable a la prescripción en cada ordenamiento jurídico está ligada con la finalidad asignada a la institución. Así, por ejemplo, una justificación social llevará al legislador a consagrar la aplicación de la *Lex fori*, mientras que la protección del deudor conducirá a establecer la aplicación de la ley de su domicilio; por último, la presunción de sanción de la negligencia del acreedor llevará a consagrar la aplicación de la *Lex loci solutionis* –ley de lugar de ejecución de la obligación–.

## 3. Problemas propios del Derecho Internacional Privado en materia de prescripción

Hay casos donde la prescripción en Derecho Internacional Privado queda sometida a las leyes de policía –normas de orden público–, en tanto normas destinadas a proteger intereses fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; de allí su carácter de normas de aplicación necesaria e inmediata. Así, por ejemplo, la prescripción estará sometida a una ley de policía en la hipótesis en que el Estado se beneficia en tanto deudor, o como tercero en relación con el derecho alcanzado con la prescripción.

Así lo determinó la sentencia del Consejo de Estado francés del 7 de enero de 1987, al resolver que la ley del 31 de diciembre de 1968, que fija un plazo de prescripción extintiva de cuatro años, "se aplica al conjunto de deudas del Estado, estén regidas por el Derecho Público o por el Derecho Privado, comprendiendo el Derecho del Estado extranjero.

## 4. Ley aplicable a la prescripción extintiva de acciones personales

Dado que los plazos de procedimiento tienen por objeto asignar un lapso de tiempo a las partes para cumplir determinados actos procesales, estos se regulan incuestionablemente por la *Lex fori*. La solución, por el contrario, no es tan obvia tratándose del plazo para ejercer la acción en justicia, como es el caso de la prescripción. Siendo en principio la prescripción la acción en justicia y no el derecho mismo, resulta tentador por razones de prueba (presunción de ejecución de la obligación) conectarla a la ley del foro, en tanto regla de procedimiento, como es la tradición del *common law*.

No obstante, no puede olvidarse que la razón de ser de los plazos tratados es también la de consolidar las situaciones adquiridas (AUDIT). Tampoco puede dejar de considerarse que la calificación de la prescripción extintiva de acciones como un medio de procedimiento, y por tanto regida por la ley del foro, presenta el inconveniente de dejar al demandante en libertad de maniobra que puede conducir al *forum shopping*, en la medida en que encuentre un tribunal que acepte un plazo más extendido.

Los países de Europa continental y de América Latina en su mayoría someten la prescripción extintiva y sus plazos a la ley que rige el derecho concernido. Los derechos potestativos de las personas naturales en materia de prescripción de las acciones relativas a filiación y al divorcio están regidos por la ley personal; mientras que la prescripción extintiva de los derechos potestativos en materia sucesoral están sometidos a la ley sucesoral, que para el Perú es la ley personal –ley del domicilio–. No ocurre lo mismo en Francia, donde la sucesión

inmobiliaria se rige por la ley del lugar de la situación de los bienes, y la sucesión mobiliaria por la ley del último domicilio del causante. Por su parte, tratándose de prescripción extintiva de las acciones personales referidas a obligaciones contractuales y extracontractuales, esta se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse.

## 5. Concordancia entre las normas materiales y las normas conflictuales referidas a la prescripción extintiva y a la caducidad en el Derecho peruano

El Libro VIII de nuestro Código Civil trata en el Título I de la prescripción extintiva, y en el Título II de la caducidad. Según lo dispuesto por el artículo 1989, "la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo", mientras que "la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente" (artículo 2003).

A pesar de tener una afinidad común constituida por el transcurso del tiempo, la caducidad y la prescripción extintiva son dos institutos jurídicos distintos. La prescripción no afecta el derecho subjetivo sino solo la pretensión, mediatizándola mediante la excepción correspondiente, mientras que la caducidad tiene efectos sobre ambos, ya que al afectar el Derecho subjetivo extingue también la pretensión correspondiente –el derecho de acción–. Otra diferencia importante entre ambos institutos radica en que la prescripción, por regla general, admite la suspensión, o interrupción de su término, lo cual no es admitido en principio en la caducidad cuyo término es perentorio y su transcurso fatal (VIDAL RAMÍREZ).

La diferente naturaleza jurídica de la prescripción –asunto de procedimiento– y la caducidad –asunto de fondo–, debiera llevar a los legisladores responsables de las normas de Derecho Internacional Privado a disponer un tratamiento diferenciado en relación con la ley aplicable a estas instituciones. De este modo, mientras que la prescripción extintiva debiera regularse por la ley del foro, la caducidad debiera regirse por la ley que regula la obligación que va a extinguirse.

Dado que el Derecho sustantivo peruano interno califica la prescripción extintiva como una excepción que solo extingue la acción, pero no el derecho –asunto de procedimiento–, ello debió llevar al legislador del Libro X del Código Civil a determinar como aplicable a la prescripción extintiva la *Lex fori* –como lo hace el derecho del *common law*–, que es la ley normalmente competente cuando se trata de asuntos de procedimiento. No obstante, según lo dispuesto en el artículo 2099 del Código Civil: "La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley que regula la obligación que va a extinguirse"; solución empleada normalmente cuando se califica la prescripción como un asunto de fondo. Esta situación denota una evidente falta de concordancia en el sistema jurídico peruano entre lo establecido por su ley material interna y su ley formal –norma de Derecho Internacional Privado– y además confunde los conceptos de prescripción y caducidad.

Por ello proponemos la modificación de la norma de conflicto peruana que trata de la ley aplicable a la prescripción, artículo 2099 del Código Civil, en los términos siguientes:

> "La prescripción extintiva de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la *Lex fori*".

Asimismo, dado que no existe en el Libro de Derecho Internacional Privado, Libro X, ninguna norma de conflicto que trate de la ley aplicable a la caducidad, proponemos la inclusión de un nuevo artículo, cuya redacción sería la siguiente:

"La caducidad de acciones personales derivadas de obligaciones patrimoniales se rige por la ley que regula la obligación que se va a extinguir".

## DOCTRINA

DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad y otros conceptos en el nuevo Código Civil. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, 4ª edición, Lima, 2002; PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1986; NUSSBAUM, Arthur. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947; AUDIT, Bernard. Droit International Privé. Edición Económica, 2ª edición, París, 1997.

## Sucesión

**Artículo 2100.-** ***La sucesión se rige, cualquiera que sea el lugar de situación de los bienes, por la ley del último domicilio del causante.***

**Concordancias:**
*C.C. arts. 33, 660 y ss., 663, 2061; C.P.C. arts. 19, 830*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

Respecto a la legislación aplicable a la sucesión hereditaria, tal como refiere el jurista Ferrero Costa, los elementos de la sucesión son el causante, los sucesores y la herencia. Cuando los tres se encuentran sometidos a una sola legislación, rige esta sin discusión alguna. Pero cuando diversas legislaciones reclaman la jurisdicción del hecho jurídico por reunir alguno o algunos de los elementos, surge el problema. Por ejemplo, ocurre cuando una persona de una nacionalidad tiene su domicilio en otro país, fallece en un tercero, tiene sucesores en un cuarto y bienes en un quinto, y las legislaciones de varios de estos países reclaman la apertura de la sucesión. La solución trasciende el campo del Derecho de Sucesiones para invadir el campo del Derecho Internacional Privado (FERRERO COSTA).

Para el Derecho peruano, se puede considerar que estamos frente a una sucesión internacional: si los herederos son extranjeros, si los bienes están situados en el extranjero o si el causante está domiciliado en el extranjero (DELGADO BARRETO y DELGADO MENÉNDEZ).

Sin desconocer los principios de reciprocidad internacional que obligan a dar validez a los testamentos y los derechos hereditarios instituidos por extranjeros no domiciliados en Perú, conforme a sus respectivas leyes personales, nuestro Código Civil regula cuidadosamente las normas que deben aplicarse a las sucesiones defendiendo la jurisdicción nacional, la herencia de los peruanos o de los extranjeros domiciliados en Perú y los derechos de los acreedores locales contra cualquier ley extranjera que cercene en alguna forma sus derechos (ECHECOPAR).

De acuerdo a esta norma, ante un caso de sucesiones con implicancias del Derecho Internacional Privado, la opción legislativa de nuestro Código Civil es aplicar el sistema de la ley personal domiciliaria del causante. Esto es, que la sucesión se regula por la ley del último domicilio del causante. Esta teoría conocida como la ley del domicilio se considera que es la más idónea, ya que facilita la determinación de la ley aplicable y no tiene el inconveniente de la ley nacional, por cuanto en esta puede haber personas con dos o más nacionalidades o sin ninguna (MONROY CABRA).

Precisamente, comentando esta norma, Delia REVOREDO refiere que el factor del domicilio es el más adecuado para determinar la ley aplicable al Derecho de Personas, al Derecho de Familia y al Derecho de Sucesiones. Así, refiere que se descartó la posibilidad de regular la sucesión por la *lex rei sitae*, porque los bienes no constituyen el fundamento ni la causa de la sucesión, y porque, como señala PASQUALE FIORI, si todo ha de depender de las relaciones de familia y de la voluntad del *de cujus*, no puede presumirse, en la sucesión legal, que este haya podido tener tantas voluntades cuantos sean los países en que se hallaren sus bienes. En estos casos, cuando los bienes que componen la masa hereditaria estuviesen ubicados en varios países, se sometería la sucesión a una pluralidad de leyes sustantivas poco deseable. En ese sentido, resultaría también engorroso, en los casos de sucesión testamentaria,

obligar al testador a otorgar testamento en cada uno de los países donde se encuentren los bienes, de acuerdo a la ley de cada uno de ellos, a fin de evitar incurrir en causales particulares de nulidad (REVOREDO).

Similar opinión manifiesta el jurista Delgado Barreto, quien refiere que el criterio único adoptado por el Código Civil de 1984 es, sin lugar a dudas, el más acertado. Más aún si tomamos en cuenta lo prescrito en el mismo Código en el artículo 33, referido a la constitución del domicilio, el cual prescribe que "[e]l domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar". Con esto se elimina la crítica de incertidumbre generada por el elemento intencional que antes definía al domicilio, acercándonos así al texto de las Convenciones de La Haya que utilizan esta conexión para regir el estatuto personal (DELGADO BARRETO).

De esta norma contenida en el artículo 2100 del Código Civil, se colige que la ley peruana es aplicable cuando el territorio nacional fue el último domicilio del causante (sea peruano o extranjero).

De acuerdo al significado dado en este artículo 2100 al factor del domicilio, el fallecimiento ocurrido ocasionalmente en país distinto al del domicilio no perturba la conexión domiciliaria, pues un domicilio se conserva mientras no se haya adquirido otro, y no se pierde por la mera presencia física en país distinto (REVOREDO).

Es interesante la distinción que elabora Echecopar García acerca de los casos que pueden presentarse cuando se trata de un extranjero no domiciliado en Perú:

**I.** Que deje bienes en Perú, pero que no figure entre sus posibles herederos ningún extranjero domiciliado en Perú ni persona de nacionalidad peruana. En tal caso, conforme al artículo 2100, se aplicará la ley del último domicilio del causante.

**II.** Que deje bienes en Perú y que figure entre sus posibles herederos extranjeros domiciliados en Perú o personas de nacionalidad peruana. El artículo 659 del Código Civil de 1936 disponía que, en caso de sucesión abierta en el extranjero, los herederos peruanos o extranjeros domiciliados tomarán de los bienes situados en el país lo necesario para reintegrarse de la porción que les corresponda si la ley extranjera los excluye o les da una inferior a la de la ley de Perú. El Código Civil de 1984 no conserva una disposición similar, por lo cual debe entenderse que se aplicará la ley del último domicilio del causante, sin paliativo alguno.

**III.** Que no deje bienes en Perú, pero que figuren entre sus posibles herederos extranjeros domiciliados en Perú o personas de nacionalidad peruana. En tal caso, la ley peruana no puede influir decisivamente, ya que carecería de medios para ser hecha efectiva en el lugar de ubicación de los bienes. Tendrán que aplicarse las leyes locales o los tratados internacionales si los hubiere.

**IV.** Que deje bienes en Perú y que estos deban pasar según la ley de su último domicilio a un Estado extranjero o a sus instituciones. En esta eventualidad es de aplicación el artículo 2101 del Código Civil de 1984, según el cual la ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la república si, conforme a la ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones (ECHECOPAR GARCÍA). Precisamente, este último supuesto es materia de regulación expresa en el artículo 2101 del Código y que comentaremos a continuación.

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones. 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; DELGADO BARRETO, César y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. Derecho Internacional Privado. Serie: Lo esencial del Derecho 22. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017; DELGADO BARRETO, César et al. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I: Conflicto de leyes - Parte general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III. PUCP, Lima, 2003; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho Internacional Privado. 7ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013; FERRERO COSTA, Augusto. Derecho de Sucesiones. 4ª edición, Cultural Cuzco, Lima, 1993; LEÓN BARANDIARÁN, José. Derecho Internacional Privado. Tomo VIII. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado. 4ª edición actualizada. Editorial Temis, Colombia, 1995; REVOREDO, Delia (comp). Código Civil VI. Exposición de motivos y comentarios. Volumen VI. Editorial Industria Avanzada, Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1999.

## Sucesión de bienes ubicados en el Perú

**Artículo 2101.-** ***La ley peruana rige la sucesión de los bienes situados en la República si, conforme a ley del domicilio del causante, ellos deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones.***

Concordancias:
*C.C. arts. 660 y ss., 830; C.P.C. arts. 19, 830*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

Al principio adoptado en el artículo precedente que acoge el sistema de la ley personal domiciliaria del causante, nuestro Código acoge el sistema de la ley territorial de los bienes.

Así, cuando de la aplicación de la ley del domicilio del causante resulta que sus bienes deben pasar a un Estado extranjero o a sus instituciones y hubiera bienes del fallecido que se encontraran ubicados en nuestro país, entonces se aplicará la ley peruana con base en el sistema de la ley territorial de los bienes.

En esta norma se sigue la *lex rei sitae* (principio real) cuando, de acuerdo con la ley extranjera aplicable a la sucesión, deban pasar los bienes hereditarios a poder de ese Estado extranjero siempre que el causante no deje herederos y existan bienes en Perú, caso en que se aplicará la ley peruana (ley de situación de los bienes), o sea, que los tomará para sí como heredero, el Estado peruano por aplicación del artículo 830 del Código Civil. No es el caso de la herencia vacante que, en nuestro vigente Código Civil, ya no existe. El Estado peruano asumirá esa herencia como heredero. Es, pues, un caso de excepción al principio de la ley personal domiciliaria (FERNÁNDEZ ARCE).

Una postura interesante es la de Ferrero Costa, quien estima que debe respetarse la voluntad del causante, interpretándose que el artículo 2101 se refiere únicamente a la sucesión intestada. Ampara su opinión en el Anteproyecto de Bibiloni, quien explicaba que se debe dejar fuera de la disposición el supuesto de la sucesión testamentaria cuando el causante defiere sus bienes al Estado, pues "es su derecho hacerlo, y su voluntad debe ser respetada". Finalmente, Ferrero Costa anota que existe doctrina que informa lo contrario, como Ricci, quien consideró que un Estado extranjero no podría adquirir por testamento por falta de capacidad, esgrimiendo la tesis de que los Estados extranjeros son personas morales jurídicamente existentes dentro de los límites del territorio del Estado en que fueron reconocidas (FERRERO COSTA).

Igual opinión comparte Delia Revoredo, quien señala que el artículo 2101 debe aplicarse aun cuando, según la ley extranjera, el Estado extranjero se encuentre calificado como heredero legal de último orden, a falta de otros herederos legales y testamentarios, o a falta de legatarios, ya que, en puridad, la figura de la vacancia de la herencia persiste. No opera, sin embargo, la excepción del artículo 2101, si el Estado extranjero es llamado a título de heredero o legatario por disposición testamentaria del causante, ya que en este último caso no se configura la institución de la herencia vacante (REVOREDO).

Para León Barandiarán, el tenor de esta norma es una manifestación del dominio eminente del Estado, de obtener el patrimonio hereditario vacante. Una poderosa reluctancia ha habido para consentir que una persona de derecho público extranjera adquiera un patrimonio inmobiliario; lo que ocurriría en el caso de herencia vacante si la ley local no opusiese atajo a tal coyuntura (LEÓN BARANDIARÁN).

En cuanto a la noción de la herencia vacante a que se refieren Delia Revoredo y León Barandiarán, consideramos que debe tenerse en cuenta que el Código vigente no ha regulado esta figura de la declaración judicial de herencia vacante, a diferencia del derogado Código Civil de 1936, el cual en el artículo 773 expresaba que: "Cuando no haya herederos legales de los indicados en el título anterior, la herencia se declarará vacante una vez cumplidos los trámites señalados en el artículo 1219 del Código de Procedimientos Civiles". Acorde a dicha normativa, se requería tramitar judicialmente la declaración de la herencia vacante cuando no se presentaban las personas comprendidas en el llamamiento legal para ser considerados herederos del causante y, ante ello, las normas de la sucesión intestada disponían que luego de ser declarada herencia vacante dicho patrimonio hereditario pasaba al Estado. En cambio, el Código Civil vigente de 1984, si bien contempla la declaración del Estado como sucesor, ello no presupone la constitución de una herencia vacante, sino la tramitación de una adjudicación de bienes al Estado, determinando el artículo 830 que la entidad adjudicataria sea la beneficiencia pública, pues el Estado por ley pasa a recibir los bienes como un adjudicatario forzoso.

Considero que esta norma remite a la ley peruana cuando, de la aplicación de la ley del último domicilio del causante, la ley extranjera haya establecido que el sucesor del fallecido intestado sea un Estado extranjero, en cuyo caso será la ley peruana la que regule la sucesión de los bienes ubicados en el territorio de la república. Nosotros convenimos con Ferrero Costa y Revoredo, en cuanto a que esta norma bajo comentario no será de aplicación a los bienes que se encuentren ubicados en Perú, cuando mediante la voluntad testamentaria del causante, este dispuso que dichos bienes pertenezcan al Estado extranjero, porque creemos que los alcances de esta norma contenida en el artículo 2101 es clara y precisa en sus alcances, el supuesto que determina la aplicación de la ley peruana es que, conforme a la ley del domicilio del causante, los bienes deban pasar a un Estado extranjero o sus instituciones, ello no comprende a las disposiciones testamentarias que se hubieren realizado. Por consiguiente, no se puede realizar una interpretación extensiva, máxime cuando la norma es clara y no presenta dudas de los alcances de su interpretación.

## DOCTRINA

AGUILAR BENITEZ DE LUGO, Mariano et al. Lecciones de Derecho Civil Internacional. Tecnos, Madrid, 1996; BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones. 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; DELGADO BARRETO, César y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. Derecho Internacional Privado. Serie: Lo esencial del Derecho 22. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2017; DELGADO BARRETO, César et al. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I: Conflicto de leyes - Parte general. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III. PUCP, Lima, 2003; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Derecho Internacional Privado. 7ª edición, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2013; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7 ª edición (1ª reimpresión). Gaceta Jurídica, Lima, 2013; LEÓN BARANDIARÁN, José. Derecho Internacional Privado. Tomo VIII. Gaceta Jurídica, Lima, 1997; MONROY CABRA, Marco Gerardo. Tratado de Derecho Internacional Privado. 4ª edición actualizada, Editorial Temis, Colombia, 1995; REVOREDO, Delia (comp.). Código Civil VI. Exposición de motivos y comentarios. Volumen VI. Editorial Industria Avanzada, Lima, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada. Astrea, Buenos Aires, 1999.

# TÍTULO IV
# RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y FALLOS ARBITRALES EXTRANJEROS

## Tratados. Principio de reciprocidad

**Artículo 2102.-** *Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos.*

*Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos.*

Concordancias:
*C.P.C. arts. 719, 749 inc. 11), 837 a 840; C.D.I.P. arts. 314, 423 a 433 ; D.LEG. 1071 arts. 74 a 78; D.LEG. 052 arts. 85 inc. 7), 89 inc. 1); D.S. 017-93-JUS art. 151*

MARCELA T. ARRIOLA ESPINO

### 1. Introducción

El artículo en comento hace referencia a una de las instituciones del Derecho Internacional Privado que hace posible la extraterritorialidad de las sentencias. En efecto, en principio, las sentencias solo producen efectos jurídicos dentro del territorio del Estado cuyo tribunal las ha emitido, ello por el principio de soberanía del que gozan los Estados; sin embargo, el movimiento migratorio externo que permite a los individuos traspasar sus fronteras con el consiguiente incremento de las relaciones privadas internacionales, hace que surja la necesidad que sentencias emitidas en un Estado sean reconocidas y ejecutadas en otros para lograr la realización del ideal de justicia y la concretización del cumplimiento de las sentencias en otros espacios. De lo contrario, se frustraría el tráfico jurídico internacional.

Es por eso que la mayoría de Estados son conscientes que los efectos de las sentencias firmes e, incluso, laudos extranacionales deben extraterritorializarse, permitiendo tal posibilidad con el único requisito de su sometimiento al proceso de reconocimiento y ejecución conocido como "exequátur".

### 2. Exequátur

El exequátur es el proceso judicial por el que se reconoce y se da fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. Este proceso, que en el Perú es no contencioso, no revisa el fondo de dicha sentencia, tiene por objeto investirla de los mismos efectos que cualquier sentencia nacional; es decir, el de cosa juzgada y, dependiendo del tipo de sentencia, el ejecutivo, constitutivo o registral.

En el sistema de Derecho Internacional Privado peruano, se observa que las normas sustantivas sobre la materia se tienen en el Título IV del Libro X del Código Civil; y, las normas procesales, en el Título II de la Sección Sexta del Código Procesal Civil.

Una sentencia para que sea sometida a exequátur debe ser definitiva, es decir, tener la calidad de cosa juzgada al no proceder contra ella ningún recurso impugnatorio o modificación alguna. Este proceso es viable respecto a las sentencias que provienen de procesos contenciosos, de las que se pretende su ejecución en el foro; en cambio, si solo se quiere hacer valer su valor de cosa juzgada o su mérito probatorio en un proceso en trámite en el país o, son resoluciones emitidas en procesos no contenciosos o de jurisdicción facultativa, no es necesario que sean sometidas a exequátur, solo basta que estén legalizadas por la vía diplomática, según se verá más adelante.

En fin, en el Perú se ha considerado que el exequátur homologa la sentencia extranjera a efectos de proceder a su ejecución, aun si la sentencia es constitutiva (por ejemplo de separación de cuerpo, o de divorcio), por cuanto emitido la resolución que pone fin al proceso se procede a su inscripción en el registro correspondiente, mediante oficio o partes firmados por el presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia que conoció el proceso (vid. artículo 762 del C.P.C). Sin embargo, se ha de precisar que si se trata de una sentencia de condena extranjera, el auto que la homologa se constituye en un título de ejecución, válido para iniciar el proceso de ejecución de resoluciones judiciales ante otra instancia (vid. artículo 719 del C.P.C.); en consecuencia, su ejecución no se da de inmediato, como la de las sentencias constitutivas o declarativas, infiriéndose además, que el exequátur no tiene como único fin el de dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranacional (FERNÁNDEZ ROZAS).

Por lo expuesto, rechazamos la posición de cierto sector de la doctrina peruana a la luz de la vigente legislación, al considerar que las sentencias declarativas y constitutivas solo pueden ser objeto de reconocimiento, mas no de ejecución; mientras que solo las sentencias de condena pueden ser reconocidas y ejecutadas (A. RIVEROS).

Cabe señalar que este proceso puede ser iniciado teniendo en cuenta como requisito de primer orden la existencia de tratado(s) sobre la materia que vinculen al Perú con el Estado de procedencia o de origen de la sentencia y, a falta de ellos, el principio de reciprocidad. Una vez verificados uno u otro requisito, se ha de constatar además el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 2104 del Código Civil; resultando ilógica la exigencia de estas condiciones para el régimen convencional o de tratados, porque ya estos señalan requisitos o condiciones específicas que se han de cumplir para proceder con el exequátur.

## 3. Tratados

El proceso de reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera se ha de iniciar teniendo en cuenta la vigencia de normas internacionales (tratados, convenciones) que obliguen al Perú y al Estado cuyo tribunal emitió la sentencia respectiva, por lo que resulta ser un régimen obligatorio.

De existir tratado sobre la materia, el proceso se sigue conforme a los términos del mismo, en atención a que conforme al artículo 2047 del Código Civil los tratados de Derecho Internacional Privado se aplican prioritariamente sobre el Derecho interno; obviándose entonces las condiciones generales previstas en el artículo 2104 del Código Civil, salvo que el mismo tratado remita a las normas del foro sobre tales condiciones ante lo no previsto en él, otorgándose a la sentencia extranjera la fuerza que le concede el respectivo tratado.

La práctica nos indica que es posible que ambos Estados (el de procedencia de la sentencia y el de recepción de la misma) estén vinculados por más de un tratado. En este caso,

tendríamos que estar a la voluntad de los Estados Parte expresada en el texto de uno de los tratados sucesivos, o "si los tratados no contienen ninguna cláusula, o si solo contienen cláusulas oscuras sobre ese punto, el problema será meramente de interpretación" (REUTER). Lo cierto también es que, estando a lo dispuesto por el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, vinculante para el Perú, en el que se trata la aplicación de tratados sucesivos concernientes sobre la misma materia, se ha de tener en cuenta los principios de aplicación del tratado posterior frente al anterior y del especial sobre el general.

Llama la atención el escaso número de tratados celebrados por el Perú en este rubro, los pocos que nos vinculan son multilaterales y ninguno bilateral, con lo que se nos indica la falta de una política convencional al respecto. En estos tratados multilaterales se observan condiciones o requisitos comunes que se han de cumplir, así: i) la sentencia debe haber sido expedida por Tribunal competente; ii) la sentencia o laudo debe tener carácter de ejecutoriado o calidad de cosa juzgada; iii) la parte contra quien se va hacer valer esa sentencia o laudo debe haber sido debidamente notificada, a fin de garantizar el derecho de defensa; y iv) no se atente contra el orden público internacional del Estado receptor. A continuación, una referencia sucinta sobre los tratados de la materia:

**a) Tratado de Derecho Procesal Internacional. Montevideo, 1889**

El Primer Congreso Internacional Sudamericano de Derecho Internacional Privado, celebrado en Montevideo-Uruguay entre 1888 y 1889, adoptó los llamados Tratados de Montevideo de 1889 que son ocho, entre ellos, el Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito el 11/01/1889, y un Protocolo adicional.

Son países ratificantes de este Tratado: Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú (fecha de depósito de ratificación: 16/05/1890) y, adherente, Colombia. No se formularon reservas. Entró en vigencia en 1892.

- **Ámbito de aplicación.-** Sentencias y fallos arbitrales dictados en asuntos civiles y comerciales (artículo 5).
- **Requisitos.-** i) Que la sentencia o fallo arbitral haya sido emitido por tribunal internacionalmente competente; ii) Que el fallo judicial o arbitral tenga el carácter de ejecutoriado o calidad de cosa juzgada en el Estado de origen de la resolución; iii) Que la parte contra quien se ha dictado el fallo haya sido legalmente citada y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del Estado del juicio; y iv) Que no se oponga al orden público del Estado de ejecución. (artículo 5).
- **Documentos indispensables que deben acompañar a la solicitud de exequátur.-** i) Copia íntegra de la sentencia o fallo arbitral; ii) Copia de las piezas procesales necesarias para acreditar que las partes han sido citadas; y iii) Copia auténtica del auto que declara que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o calidad de cosa juzgada (artículo 6).
- **Procedimiento y carácter ejecutivo.-** Conforme a la ley del foro o ley del Estado en donde se pide la ejecución (artículo 7).
- **No requieren de exequátur.-** Los actos de jurisdicción voluntaria o resoluciones provenientes de procesos no contenciosos. Tienen en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen emitido en ellos, con tal que reúnan los requisitos establecidos anteriormente (artículo 8).

**b) Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante. La Habana, 1928**

La Sexta Conferencia Panamericana, reunida en La Habana - Cuba en 1928, aprobó el Código de Derecho Internacional Privado el 13/02/1928 que, por acuerdo de la misma Conferencia adoptado en la misma fecha, lleva por título oficial el nombre de "Código de Bustamante".

Los Estados ratificantes de este Tratado son: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú (fecha de depósito del instrumento de ratificación: 19/08/1929), República Dominicana, y Venezuela. Formularon reservas: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, República Dominicana y Venezuela.

El Título Décimo del Libro Cuarto, sobre Derecho Procesal Internacional de este tratado trata de la "Ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros" en sus artículos 423 al 437.

- **Ámbito de aplicación.-** Toda sentencia de naturaleza civil y contencioso-administrativa; sentencias penales, solo en cuanto a la responsabilidad civil establecida y respecto a los bienes del condenado; laudos arbitrales; así como resoluciones dictadas en actos de jurisdicción voluntaria en materia de comercio (artículos 423, 432, 434 y 437).

- **Requisitos.-** i) Que la sentencia haya sido emitida por tribunal internacionalmente competente; ii) Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio; iii) Que no se oponga al orden público del Estado de ejecución; y iv) Que la sentencia extranjera sea ejecutoriada o tenga la calidad de cosa juzgada en el Estado en que se dictó (artículo 423).

- **Documentos indispensables que deben acompañar a la solicitud de exequátur.-** i) Traducción oficial de la sentencia en el Estado que ha de ejecutarse; ii) Que el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado en que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia (artículo 423).

- **Procedimiento.-** Conforme a la ley del foro o ley del Estado en donde se pide la ejecución (artículo 424).

- **No requieren de exequátur.-** Los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil. Tienen en los demás Estados el mismo valor que si se hubiesen emitido en ellos, con tal que reúnan los requisitos establecidos anteriormente (artículo 435).

**c) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958**

Fue adoptada en el seno de las Naciones Unidas el 10 de junio de 1958, y entró en vigor el 7 de junio de 1959. Actualmente, su promoción está a cargo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI) y vincula a ciento treinta y cuatro Estados de los cinco continentes. El Perú la aprobó mediante Resolución Legislativa N° 24810 de fecha 24/05/1988.

- **Ámbito de aplicación.-** Sentencias arbitrales extranjeras, que tengan origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas; también se considera a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como "sentencias nacionales" en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución (artículo I.1).

- **Sentencia arbitral.-** Esta expresión comprende las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, y las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido; es decir, las provenientes de arbitraje ad hoc y arbitraje institucional (artículo I.2).

- **Convenio arbitral.-** Los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito en el que las partes se obliguen a someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, que puedan ser resueltas por arbitraje. Este "acuerdo por escrito" puede estar contenido en un documento suscrito por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas (artículo II.1.2)

- **Procedimiento.-** Conforme a la ley del foro o ley del Estado en donde se solicita el reconocimiento y ejecución, cumpliéndose las condiciones que se detallan a continuación (artículo III).

- **Requisitos.-** i) Original debidamente autenticado de la sentencia o una copia del original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad; ii) Original del "acuerdo por escrito" o copia que reúna las condiciones para su autenticidad; iii) Traducción oficial de la sentencia y del "acuerdo por escrito", en el Estado requerido (artículo IV).

- **Denegación del exequátur a solicitud de parte.-** Solo si la parte contra la cual se solicita el reconocimiento y ejecución de la sentencia prueba: a) incapacidad de alguna de las partes que suscribieron el acuerdo arbitral, incapacidad determinada "en virtud de la ley que le es aplicable; b) invalidez del acuerdo arbitral "en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia"; c) inobservancia del derecho de defensa; d) incongruencia del fallo arbitral, sea que se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o cláusula compromisoria o va más allá de los términos del compromiso o cláusula compromisoria. No obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.; d) constitución irregular del tribunal arbitral o, procedimiento arbitral irregular; porque no se ha observado el acuerdo celebrado por las partes, o porque no se ha tenido en cuenta lo establecido por la ley del país donde se ha realizado el arbitraje; e) sentencia aún no es obligatoria para las partes, ha sido anulada o suspendida por autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha dictado esa sentencia (artículo V.1).

- **Denegación del exequátur de oficio.-** Si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral comprueba: a) Que conforme a su ley, la diferencia entre las partes no puede ser resuelta por arbitraje. b) Que se vulnere el orden público del Estado en donde se solicita el exequátur (artículo V.2).

### d) Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Montevideo 1979

Esta Convención fue adoptada el 08/05/1979 en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), reunida en Montevideo-Uruguay en dicho año. Ha sido ratificada por diez Estados latinoamericanos y entró en vigor el 14/06/1980.

Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú (fecha de depósito de la ratificación:15/05/1980), Uruguay y Venezuela han ratificado la Convención; de manera que está en vigor entre estos Estados. Brasil formuló reserva a la letra d) del artículo 2 y, Uruguay una declaración sobre el orden público.

- **Ámbito de aplicación.-** Sentencias y laudos arbitrales de naturaleza civil, comercial o laboral. Salvo, que los Estados Parte al momento de ratificar la Convención hagan expresa reserva de limitarla a sentencias de condena en materia patrimonial, como que también pueden declarar que es aplicable respecto a resoluciones que terminan un proceso y a sentencias penales respecto a la indemnización derivada del delito; reservas que no han sido formuladas por los Estados Parte referidos (artículo 1).

- **Requisitos.-** i) Que la sentencia o laudo haya sido emitido por tribunal internacionalmente competente, de acuerdo con la ley del Estado en donde deba surtir efecto; ii) Que el demandado haya sido notificado o emplazado, de manera equivalente por la ley del Estado donde la sentencia o laudo deba surtir efecto; iii) Que se haya asegurado la defensa de las partes; iv) Que la sentencia o laudo tenga el carácter de ejecutoriado o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que se dictó; y, v) Que no se oponga al orden público del Estado de ejecución (artículo 2).

- **Documentos indispensables que deben acompañar a la solicitud de exequátur.-** i) Traducción oficial de la sentencia o laudo, así como los documentos anexos que fueren necesarios, en el Estado que ha de ejecutarse; ii) Que el documento en que conste reúna las formalidades necesarias para ser considerado auténtico en el Estado de procedencia; iii) Copia auténtica de la sentencia o laudo; iv) Copia auténtica de las piezas necesarias a fin de acreditar haberse cumplido con la notificación al demandado y que se ha asegurado la defensa de las partes; y, v) Copia auténtica del auto que declara que la sentencia o laudo tiene el carácter de ejecutoriado o fuerza de cosa juzgada (artículos 2 y 3).

- **Ejecución parcial de la sentencia o laudo extranjero.-** Procede a petición de parte interesada, si la "sentencia, laudo y resolución jurisdiccional extranjera no pueden tener eficacia en su totalidad" (artículo 4).

- **Procedimiento y determinación de la competencia del juez o tribunal que lo conoce.-** Conforme a la ley del foro o ley del Estado en donde se pide la ejecución (artículo 6).

## 4. Principio de reciprocidad

A falta de tratado sobre reconocimiento y ejecución de sentencia y/o laudo extranjero que obligue al Estado de origen y al Estado receptor de la respectiva resolución, se ha de tener en cuenta el régimen supletorio de la reciprocidad.

Ello significa que se tendría que observar el principio de Derecho Internacional Público adaptado al Derecho Internacional Privado, de reciprocidad o actitud que un Estado adopta por propia voluntad a falta de norma expresa –en este caso un tratado– en respuesta simétrica o similar a la ya adoptada por otro Estado. De manera que las sentencias extranjeras tendrán en el Perú la misma fuerza que en el Estado de origen respectivo se otorga a la sentencias peruanas.

Esta es una reciprocidad legal al estar establecida en el Código Civil y, además, positiva que no requiere ser probada por quien solicita el exequátur, por cuanto se presume la reciprocidad "respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú", solo quien la niegue deberá probar su aseveración, conforme a lo previsto por el artículo 838 del Código Procesal Civil.

Cabe señalar que el régimen de reciprocidad establecido en el Perú conlleva a que adicionalmente se cumplan los requisitos previstos por el artículo 2104 del Código Civil.

## DOCTRINA

ALFONSÍN, Quintín. Teoría del Derecho Privado Internacional. Idea, Montevideo, 1982; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Introducción al Derecho Internacional Privado. Comares, Granada, 1997; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Curso de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Civitas, Madrid, 1994; MINISTERIO DE JUSTICA. Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Edición oficial, Lima, 1994. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Extranjera. Legislación Internacional Comparada. Comp. Alejandro Riveros, Lima, 1995; REUTER, Paul. Introducción al Derecho de los Tratados. Trad. Eduardo L. Suárez. Fondo de Cultura Económica, México, 1999; VIEIRA, Manuel A. Derecho Internacional Privado. 5ª edición, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1992.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**No puede alterarse la cosa juzgada de un pronunciamiento judicial extranjero**

*Todo cuestionamiento a la filiación declarada judicialmente por una resolución extranjera ejecutada en el Perú, deviene en improcedente por cuanto (...) las resoluciones que han pasado a autoridad de cosa juzgada no pueden ser cuestionadas ni modificadas por autoridad judicial alguna. Siendo así, se advierte que, por la sentencia extranjera homologada, se determinó que la demandada es la hija del causante (...) decisión que goza de la inmutabilidad de la cosa juzgada (**Cas. N° 4677-2009-Lima**).*

## Reciprocidad negativa

**Artículo 2103.-** ***Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República.***

***Están comprendidas en la disposición precedente las sentencias que proceden de países donde se revisan, en el fondo, los fallos de los tribunales peruanos.***

Concordancia:
*CC. art. 2102*

**GONZALO GARCÍA CALDERÓN**

Queremos incidir, en primer lugar, que el Título IV del Libro Décimo del Código Civil se aplica exclusivamente para las sentencias que provengan de tribunales ordinarios extranjeros y no respecto a laudos o sentencias provenientes de tribunales arbitrales extranjeros, ya que, en dicho supuesto el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales expedidos en el extranjero que se pretendan reconocer en el Perú se regularán por las disposiciones del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, y no por el Título IV del Libro X del Código Civil.

Al comentar este artículo es necesario hacer referencia al principio de la reciprocidad, el mismo que está comentado en el artículo 2102 de este Código, tanto en lo que respecta a la reciprocidad convencional o legislativa, el cual se encuentra regulado en el primer párrafo, así como la llamada reciprocidad afirmativa, la cual se encuentra regulada en el segundo párrafo del indicado artículo. El artículo 2103 bajo comentario trata de la llamada reciprocidad negativa, y se denomina así porque no se reconocerá en nuestro país ninguna sentencia extranjera que provenga de Estados o territorios cuyas leyes o tribunales ordinarios desconozcan las sentencias expedidas por los tribunales nacionales, e incluso, tampoco se reconocerán sentencias de aquellos países que revisen el fondo de la decisión de las sentencias expedidas por los jueces nacionales.

Se trata de dos supuestos legislativos, el primero de ellos propiamente referido a la reciprocidad, en cuanto a actuar de la misma manera como actúa o actuaría el otro Estado en una situación jurídica determinada. Es decir, que frente a la solicitud de reconocimiento de una categoría jurídica (divorcio, sucesiones, obligaciones, quiebra, entre otras), nuestro país actuará en correspondencia a la actuación del otro Estado –para dicha categoría jurídica–, pudiendo reconocer una sentencia que provenga de un territorio extranjero para la categoría jurídica divorcio y desconocerla para la categoría jurídica sucesiones, en caso de que la legislación de dicho Estado niegue el reconocimiento de alguna sentencia proveniente del Perú en dicha categoría jurídica.

El segundo supuesto legislativo se refiere a la posible revisión del fondo del conflicto, ya que nuestro país, por un principio de soberanía jurisdiccional, no acepta que un tribunal extranjero revise las decisiones efectuadas por los jueces nacionales, pues esta revisión sobre la decisión que puso fin al fondo del asunto implicaría un sometimiento y una aceptación de una suerte de casación por parte de un tribunal extranjero respecto a una decisión efectuada por los tribunales peruanos.

El legislador considera inaceptable que un fallo emitido por los jueces nacionales que tiene el carácter de cosa juzgada, es decir, inatacable e inmutable en el territorio nacional, deba pasar por un examen y una discusión sobre la correcta o incorrecta aplicación del Derecho

aplicable, entendiendo que el proceso de reconocimiento debe tener como única misión revisar la forma en la cual se desenvolvió el procedimiento y no inmiscuirse en la revisión del fondo del conflicto, el cual ya fue analizado por su par extranjero.

El Código Procesal Civil señala en el artículo 838 que quien niegue la reciprocidad debe probarla, esto es, que se presume la reciprocidad afirmativa, *juris tantum*, mientras que la reciprocidad negativa debe probarse.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Lecciones de Derecho Internacional Privado español. 2ª edición, Fondo Editorial de la Universidad de Madrid, Tomo I, Madrid, 1983; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrua, México, 1986; ARJONA COLOMO, Miguel. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; BALESTRA, Ricardo. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. 1997. Editorial Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; BICOCA STELLA MARIS. Lecciones de Derecho Internacional Privado - Parte. Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990; BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983; CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Litografía, Bogotá, 1939; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado - Introducción a sus problemas fundamentales. Tecnos, Madrid, 1981; DE YANGUAS MESSÍA, José. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1971; DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I. Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Prácticas de Derecho Internacional Privado. Selección de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; ESPINAR VICENTE, José María. La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español. Civitas, Madrid, 1994; ESPUGLES MOTA, Carlos. Código de Derecho Internacional Privado Español. Civitas, Madrid, 1989; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1970; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. Tratado de Derecho Internacional Privado, o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado. 3ª edición, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, 1860; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. La capacidad cambiaria en el Derecho Internacional Privado - Estudio Comparativo de las Legislaciones Americanas. Editorial Gil, Lima, 1951; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Repertorio de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia, Legislación, Concordancias y Notas. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Casos Prácticos y Legislación de Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969; GARCÍA CASTAÑEDA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Gil, Lima, 1925; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Imprenta Gofer. 6ª edición, Oviedo, 1984; GOLDSMIDT, Werner. El Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985; GUZMÁN DE LA TORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSK, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; LEÓN STEFFENS, Avelino. Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado - Nociones Fundamentales. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1986; MANTILLA REY, Ramón. Apuntes de Derecho Internacional Privado - Parte General. 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. 8ª edición, Tomo I, Atlas, Madrid, 1985; MOROTE, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Privado. Librería Escobar Calle del Banco Herrador Nº 120, Lima, 1896; MOSCONI, Franco. Diritto Internazionale Privato e Processuale. Editorial UTET, Torino, 1996; NÚÑEZ VALDIVIA, Segundo. Derecho Internacional Privado. Editorial Unas, Arequipa, 1966; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración y Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado Español. Aranzadi Editorial, Navarro, 2002; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, Antonio. Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo. Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1988; PALLARES, Beatriz. Derecho Internacional Privado Matrimonial - Régimen Legal Del Matrimonio Civil Ley 23515. Editorial Rubinzal

Culzoni, Santa Fe, 1988; PASQUALE, Fiore. Derecho Internacional Privado. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889; PÉREZ BEVIA, José Antonio. La Aplicación del Derecho Público Extranjero. Civitas, Madrid, 1989; PÉREZ VERA, Elisa y otros. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980; PECOURT GARCÍA, Enrique. Derecho Internacional Privado Español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado - Parte General. 6ª edición, Editorial Harla, México, 1995; PUENTE EGIDIO, J. Derecho Internacional Privado Español - Doctrina Legal del Tribunal Supremo. Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; TOVAR GIL, María del Carmen. Derecho Internacional Privado. Editorial M.S. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIÑAS FARRE, Ramón. Unificación del Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1978; WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1958; ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado, Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; REVOREDO, Delia. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI.

## Requisitos del reconocimiento

**Artículo 2104.-** *Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103:*

*1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.*

*2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.*

*3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.*

*4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.*

*5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.*

*6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.*

*7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.*

*8.- Que se pruebe la reciprocidad.*

---

**Concordancias:**
*C.C. arts. 2102, 2103; C.P.C. art. I; C.D.I.P. art. 423*

**GONZALO GARCÍA CALDERÓN**

Siendo el reconocimiento de sentencias extranjeras un acto jurídico declarativo de derechos (entendido como tal que si bien será a partir de su reconocimiento que podrá ser considerado como nacional, preexiste en el ordenamiento jurídico internacional generando efectos jurídicos en el Perú, anteriores a su reconocimiento, tal como se reconoce en el inciso 6 de este mismo artículo), es necesario verificar que se hayan cumplido con los requisitos formales que nuestra legislación considera indispensable para que existan los presupuestos de un debido proceso. Como es lógico, cada Estado puede variar sus exigencias formales tal y como sucede con los tratados internacionales suscritos por nuestro país en este tema, los mismos que establecen requisitos distintos a los señalados por el Código Civil[1].

Entre los requisitos que nuestra legislación señala están los siguientes:

### 1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva

Nuestro país no aceptará ninguna decisión jurisdiccional ordinaria extranjera que verse sobre acciones relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República.

---

(1) Ver Tratado de Derecho Procesal Internacional llevado a cabo en Montevideo de 1889; artículo 5.
Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, llevado a cabo en La Habana, Cuba en 1928; artículo 423.
Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, llevado a cabo en Montevideo, Uruguay en 1979 (CIDIP II); artículo 2.

Asimismo, no aceptará ninguna decisión que verse sobre los asuntos que hubiesen sido sometidos por las partes a un fallo extranjero, respecto a las acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales o las relaciones familiares, si la causa no tuviese ninguna vinculación efectiva con el tribunal de la República, tal como lo prescribe el artículo 2067 del Código Civil.

Es decir, el Perú solo reconocerá jurisdicción a los tribunales de otros Estados, respecto a asuntos de competencia facultativa o negativa señalado así por nuestra legislación, no aceptando decisiones extranjeras sobre las materias que la ley interna considera de exclusivo juzgamiento por los tribunales nacionales.

El Estado peruano ha reservado para sus órganos jurisdiccionales la facultad de conocer algunos temas referidos a categorías jurídicas que considera indelegables a otras jurisdicciones extranjeras, por lo que, a pesar de que las normas de conflicto de un Estado permitan la competencia jurisdiccional de sus jueces respecto a estos temas, el Estado peruano, al haberse reservado en forma excluyente para los jueces nacionales dichas materias, no podrá reconocer en nuestro país una decisión extranjera sobre aquellos.

## 2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo con sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional

El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras requiere necesariamente pasar por una revisión por parte del país al cual se pretende hacer valer una sentencia extranjera. Para ello, cada Estado establece sus propios requisitos formales para homologar y/o "nacionalizar" la sentencia y hacerla suya.

Para ello, el tribunal extranjero debe de haber sido competente para conocer el asunto de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.

Este inciso tiene importancia toda vez que lo que el juez peruano debe revisar es que la sentencia extranjera provenga de un Estado o territorio en el cual sus normas de conflicto le permitan abocarse al conocimiento de esa materia; es decir, que el equivalente a nuestro Libro X sobre Normas de Derecho Internacional Privado del país de donde provenga la sentencia será el que establezca la competencia jurisdiccional del juez que conoció el proceso, debiendo por tanto los jueces peruanos revisar, a efectos del reconocimiento de una sentencia extranjera, la legislación sobre Derecho Internacional Privado de aquel Estado para establecer la competencia de los mismos.

En ese sentido, será posible reconocer en el Perú una sentencia de divorcio obtenida en un paraíso divorcista por una pareja que contrajo matrimonio en el Perú, en la medida que las leyes de ese Estado consideren a esa pareja como domiciliados en su territorio y, en consecuencia, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado, sus jueces nacionales tengan competencia para conocer un asunto que contiene elementos extranjeros vinculados a más de un ordenamiento jurídico.

Sin embargo, nótese que para nuestra legislación no es suficiente que sea competente para conocer el asunto según sus normas de Derecho Internacional Privado, sino que esta norma debe concordarse con los principios generales de competencia procesal internacional. Con el fin de evitar el abuso del derecho violando principios generales, como puede ser por ejemplo: el derecho de defensa, el juez natural, el domicilio, o algún factor de competencia

jurisdiccional relevante se pueda burlar los derechos del demandado, el legislador exige que el juez sea competente acorde con el Derecho Internacional, entre otros.

Así, por ejemplo, no será válida en el Perú una sentencia que se pretende reconocer en nuestro país contra un demandado domiciliado en el Perú, al cual se le ha seguido un proceso en Argentina sin que exista ninguna vinculación con la relación jurídica materia del conflicto (domicilio, lugar de celebración, lugar de ejecución de la obligación principal), ni tampoco aceptación por parte de este de la jurisdicción extranjera, a pesar que el Derecho Internacional Privado de ese Estado le otorgue competencia jurisdiccional a sus jueces; ya que se estará vulnerando el principio procesal de competencia internacional que señala como juez natural al del domicilio del demandado.

### 3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse

Respecto a este inciso cabe destacar que la notificación debe realizarse conforme a las normas internas del lugar del proceso, por lo que la notificación, según las reglas procesales de ese país, podrán ser distintas a las exigencias que señale la ley peruana, debiendo el juzgador peruano revisar las normas internas de la legislación del país de donde proviene la sentencia a efectos de verificar que se haya cumplido con la notificación al demandado dándosele un plazo razonable para contestar, dentro de las garantías del debido proceso (*due process*) respetando los principios de bilateralidad y contradicción.

Es lógico que las garantías privilegien el derecho a la defensa y a una tutela jurisdiccional efectiva, por lo que de percibir algún indicio de discriminación o desigualdad ocurrido en el proceso llevado en el exterior, el juez nacional no deberá admitir el reconocimiento de la sentencia obtenida en esas circunstancias.

Todos los tratados o convenciones internacionales señalan estos requisitos como indispensables para reconocer un fallo proveniente del exterior, convirtiéndose en un derecho universal.

### 4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso

Como es natural el concepto, los plazos y las características de la institución jurídica denominada "cosa juzgada" varía de legislación en legislación, por lo que siendo un tema con diversas interpretaciones en cuanto a su definición es que nuestra legislación señala que debe verificarse que la sentencia sea cosa juzgada en el concepto de la ley del proceso; esto es, que esté consentida y que no quepa contra dicha sentencia recurso alguno que se pueda interponer, siendo imposible su modificación por el juez nacional de cualquier jerarquía de donde proviene la sentencia.

### 5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia

Lo que se busca con este requisito es impedir que una sentencia extranjera pueda ser reconocida en nuestro país al existir un litigio previo (juicio pendiente) al proceso iniciado en el exterior, ya que de darse ese supuesto no se amparará la sentencia extranjera.

El procedimiento en el exterior debe de haberse iniciado con posterioridad al juicio iniciado en el Perú, porque *contrarius sensu*, sí se podría reconocer una sentencia extranjera, si esta proviene de un país cuyo proceso se ha iniciado con anterioridad al mismo existente entre las partes y sobre el mismo objeto en el Perú. Señala la Dra. Delia Revoredo[2] que "la comisión ha optado por otorgar primacía al juicio que se inició primero, teniendo en cuenta que el juicio concluido debió, en principio, suspenderse, ya que anteriormente existía instaurado un proceso por la misma acción, entre las mismas personas y sobre el mismo objeto, en el Perú; y en recíproca concordancia con lo dispuesto en el artículo 2066 del Código Civil que ordena al juez peruano suspender la causa si hubiera en país extranjero una litis pendiente iniciada con anterioridad".

## 6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente

Este inciso requiere que se den conjuntamente dos premisas para no reconocer una sentencia extranjera, y es que la misma haya sido dictada posteriormente a otra sentencia y que esta reúna los requisitos para ser reconocida en el Perú.

Una sentencia dictada en el exterior no podrá ser reconocida en caso de existir una sentencia previa, aun cuando no se hubiere iniciado en el Perú el procedimiento de *exequátur*, ya que el legislador reconoce la preexistencia de la sentencia extranjera.

## 7. Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres

Es necesario distinguir el concepto de orden público nacional y de orden público internacional. El Título I del Libro X referido a las Disposiciones Generales, señala que las disposiciones de la ley extranjera serán excluidas solo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional.

El criterio del legislador ha sido el de distinguir entre el concepto denominado orden público interno del concepto orden público internacional, por lo que sostenemos que se podrá reconocer una sentencia extranjera así viole el orden público interno, mas no el orden público internacional. Un ejemplo que ahonda en lo dicho es el reconocimiento de una sentencia extranjera sobre una declaratoria de herederos obtenida en el exterior al haber domiciliado el causante en dicho país, o de una ley de sucesión que permita el 50 % de libre disposición. Si dicho derecho ha sido adquirido válidamente, y este no viola el orden público internacional ni las buenas costumbres podrá ser reconocida la sentencia extranjera en nuestro país.

## 8. Que se pruebe la reciprocidad

Todo aquel que alega un hecho deber probarlo, y ese fue el criterio seguido en este inciso por el legislador del Código Civil al señalar que quien invoque una reciprocidad convencional o afirmativa debía probarla. Sin embargo, este criterio ha sido modificado por el Código Procesal Civil, al señalar en el artículo 838 que se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú, indicando que corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad. Es decir, se ha invertido la carga probatoria señalándose el principio *iuris tantum* para la reciprocidad.



(2) REVOREDO, Delia. *Exposición de Motivos y comentarios del Código Civil*. Tomo VI. Okura, Lima, 1985, p. 1029.

Este criterio, si bien es beneficioso para el solicitante, implica una carga para el juez, ya que por el principio de la aplicación de oficio del Derecho extranjero contenido en el artículo 2051 del Libro Décimo, independientemente de la presunción respecto al solicitante, el juez debe conocer el derecho extranjero y premunirse de los elementos suficientes, para lo cual deberá utilizar los mecanismos que el propio Libro Décimo señala, como el solicitar informes al tribunal extranjero (por intermedio de la vía diplomática) para asegurarse que en dicho país extranjero se reconocen las sentencias que provengan del Perú.

No cabe que el juzgador se ampare en la presunción de reciprocidad para no agotar los recursos necesarios para impedir que se reconozcan sentencias de Estados extranjeros que no acepten sentencias expedidas por nuestro país.

## DOCTRINA

AGUILAR NAVARRO, Mariano. Lecciones de Derecho Internacional Privado español. 2ª edición, Fondo Editorial de la Universidad de Madrid. Tomo I, Madrid, 1983; ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Porrua, México, 1986; ARJONA COLOMO, Miguel. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Editorial Bosch, Barcelona, 1954; BALESTRA, Ricardo. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. 1997. Editorial Abelledo Perrot, Buenos Aires, 1997; BASADRE AYULO, Jorge. Derecho Internacional Privado. Grijley, Lima, 2000; BICOCA STELLA MARIS. Lecciones de Derecho Internacional Privado - Parte. Editorial de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1990; BOGGIANO, Antonio. Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1983; CAICEDO CASTILLA, José Joaquín. Manual de Derecho Internacional Privado. 2ª edición, Editorial Litografía, Bogotá, 1939; CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Derecho Internacional Privado - Introducción a sus problemas fundamentales. Tecnos, Madrid, 1981; DE YANGUAS MESSÍA, José. Derecho Internacional Privado, Parte General. Editorial Reus, 3ª edición, Madrid, 1971; DELGADO BARRETO, Cesar. Introducción al Derecho Internacional Privado. Tomo I, Fondo Editorial Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima, 2002; DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. Prácticas de Derecho Internacional Privado. Selección de Legislación, Jurisprudencia y Bibliografía. 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1986; ESPINAR VICENTE, José María. La Nacionalidad y la Extranjería en el Sistema Jurídico Español. Civitas, Madrid, 1994; ESPUGLES MOTA, Carlos. Código de Derecho Internacional Privado Español. Civitas, Madrid, 1989; FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Textos y Materiales de Derecho Internacional Privado, Madrid, 1970; FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara Lidia. Derecho Internacional Privado, Madrid, 1980; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado. 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. Tratado de Derecho Internacional Privado, o del Conflicto de las Leyes de diferentes naciones en materia de Derecho Privado. 3ª edición, Imp. De la Revista de Legislación, Madrid, 1860; FOELIX, Juan Jacob Gaspar. La capacidad cambiaria en el Derecho Internacional Privado - Estudio Comparativo de las Legislaciones Americanas. Editorial Gil, Lima, 1951; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Repertorio de Derecho Internacional Privado, Jurisprudencia, Legislación, Concordancias y Notas. Fondo Editorial de la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1961; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Casos Prácticos y Legislación de Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1977; GARCÍA CALDERÓN Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1969; GARCÍA CASTAÑEDA, Carlos. Derecho Internacional Privado. Editorial Gil, Lima, 1925; GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Imprenta Gofer. 6ª edición, Oviedo, 1984; GOLDSMIDT, Werner. El Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985; GUZMÁN DE LA TORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1989; KALLER DE ORCHANSK, Berta. Manual de Derecho Internacional Privado. Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1989; LEÓN STEFFENS, Avelino. Nuevas Normas de Derecho Internacional Privado - Nociones Fundamentales. Editorial Jurídica, Santiago de Chile, 1986; MANTILLA REY, Ramón. Apuntes de Derecho Internacional Privado - Parte General. 2ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982; MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. Derecho Internacional Privado. 8ª edición, Tomo I, Atlas, Madrid, 1985; MOROTE, Manuel. Tratado de Derecho Internacional Privado. Librería Escobar Calle del Banco Herrador N° 120, Lima, 1896; MOSCONI, Franco. Diritto Internazionale Privato e Processuale. Editorial UTET, Torino, 1996; NÚÑEZ VALDIVIA, Segundo. Derecho Internacional Privado. Editorial Unas, Arequipa, 1966; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. La Celebración

y Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en el Derecho Internacional Privado Español. Aranzadi Editorial, Navarro, 2002; ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, Antonio. Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo. Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1988; PALLARES, Beatriz. Derecho Internacional Privado Matrimonial - Régimen Legal Del Matrimonio Civil Ley 23515. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1988; PASQUALE, Fiore. Derecho Internacional Privado. Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1889; PÉREZ BEVIA, José Antonio. La Aplicación del Derecho Público Extranjero. Civitas, Madrid, 1989; PÉREZ VERA, Elisa y otros. Derecho Internacional Privado - Parte Especial. Tecnos, Madrid, 1980; PECOURT GARCÍA, Enrique. Derecho Internacional Privado Español. Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976; PEREZNIETO CASTRO, Leonel. Derecho Internacional Privado - Parte General. 6ª edición, Editorial Harla, México, 1995; PUENTE EGIDIO, J. Derecho Internacional Privado Español - Doctrina Legal del Tribunal Supremo. Editorial Universidad de Barcelona, Barcelona, 1980; TOVAR GIL, María del Carmen. Derecho Internacional Privado. Editorial M.S. Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIÑAS FARRE, Ramón. Unificación del Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1978; WEINBERG DE ROCA, Inés. Derecho Internacional Privado. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1997; WOLF, Martin. Derecho Internacional Privado. Editorial Bosch, Barcelona, 1958; ZAVALETA CUBA, Fernando. Derecho Internacional Privado, Parte General. Ediciones Jurídicas, Lima, 1997; REVOREDO, Delia. Exposición de motivos y comentarios. Derecho Internacional Privado. Tomo VI.

## Sentencia de quiebra

**Artículo 2105.-** *El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de quiebra, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento.*

*El reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional.*

*Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustarán a la ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores.*

*El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú, satifaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú, según la graduación señalada en la ley de quiebras.*

*Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si, después de satisfechos estos conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.*

---

Concordancias:
*C.C. art. 2061; LEY 27809 art. 1 y ss.*

**Javier Tovar Gil**

## 1. Introducción

El artículo 2105 se refiere a la quiebra internacional, fenómeno jurídico que hoy se trata bajo el concepto más vasto de insolvencia internacional. Es necesario señalar que, para su cabal comprensión, este artículo debe leerse conjuntamente con el artículo 2061 del Código Civil y con la Ley General del Sistema Concursal peruano (en adelante Ley Concursal). Solo de una lectura conjunta de estas piezas puede uno tener un panorama completo de la regulación peruana de la insolvencia y su posición frente a las dos tendencias doctrinarias y prácticas imperantes: la universalidad de la insolvencia y la territorialidad de la misma. La primera defiende el principio de un solo proceso de insolvencia global, centralizado en una misma autoridad competente y una sola ley que la regule. La segunda por su lado, propone tantos procesos y leyes como lugares relevantes existan conectados a la insolvencia, en función a factores tales como ubicación de los bienes o domicilio de los acreedores. Mientras la primera pone énfasis en la unidad de la persona jurídica concursada y la protección de su patrimonio, que debe administrarse en un solo proceso consistente y universal; la segunda parte de la premisa que debe preferirse la defensa de los diversos acreedores, que por estar situados en diferentes foros no deben verse perjudicados por la lejanía de un proceso, al que pueden no tener acceso.

En nuestro comentario abordaremos el artículo 2105 en el contexto antes señalado y propondremos algunas conclusiones. Primero haremos algunas precisiones.

## 2. Precisiones previas

a) Es necesario señalar que la referencia que hace el artículo 2105 a la categoría de la quiebra internacional, debe entenderse que abarca todo lo relativo a la figura de la insolvencia y el proceso concursal respectivo. En otras palabras, cuando la norma se refiere a la quiebra lo hace en sentido amplio, no estricto, comprendiendo todo lo relacionado a la insolvencia y sus efectos; no se restringe a la figura de lo que estrictamente se denomina quiebra, que es un fenómeno jurídico especial dentro del mundo más amplio.

b) El Código Civil peruano, en su Título III del Libro X sobre ley aplicable, no contiene una regla que se refiera a la insolvencia. En este sentido, no tenemos un artículo que de manera expresa comprenda nuestra figura en alguna categoría específica, que nos permita con ello definir la ley aplicable; salvo que se siga la ley aplicable a la existencia y capacidad de la persona jurídica, que es la del lugar de constitución. La única referencia a ella, aunque no expresa, la encontramos en el artículo 2061, referido a competencia jurisdiccional en materia de universalidades de bienes.

c) Aun cuando nuestro Código Civil no contiene una regla expresa sobre ley aplicable a la insolvencia internacional, la Ley Concursal sí contiene artículos específicos sobre Derecho Internacional Privado que regulan esta materia. En este sentido, esta ley establece su alcance internacional señalando que será aplicable a todo deudor domiciliado en el Perú. El factor de conexión para esta ley es el domicilio del deudor. Debemos añadir que la misma ley considera expresamente que una sucursal de empresa extranjera, a pesar de no tener personalidad jurídica propia, es un deudor domiciliado, lo que significa que puede ser sujeto de concurso, y constituye un patrimonio separable de la matriz a efectos de insolvencia.

Sin perjuicio de lo dicho, no existe una norma de conflicto bilateral que defina un factor de conexión general para la insolvencia. Como vimos la norma concursal peruana es unilateral, y se limita por tanto a señalar cuando aplica la ley peruana, pero no se pronuncia respecto a otros casos. En tal sentido, el tema general de la ley aplicable, salvo para el caso de deudores domiciliados en el Perú cuya insolvencia sea conocida por Indecopi, no es resuelto hasta aquí.

De otro lado, en materia de competencia jurisdiccional, la Ley Concursal repite el mismo criterio. En este sentido, considera que Indecopi será competente para conocer de toda insolvencia sobre un deudor domiciliado, incluyendo sucursales de empresas domiciliadas en el exterior. Sin embargo, no establece que tal competencia sea exclusiva.

## 3. Comentarios puntuales

En función de las premisas antes expuestas comentaremos el artículo 2105.

Lo primero que queremos destacar es que el artículo 2105 está ubicado en el título sobre reconocimiento y ejecución de sentencias expedidas en el extranjero; sin embargo, contiene también reglas que tienen directa relación con la ley aplicable a la insolvencia.

El primer párrafo del artículo acepta expresamente el reconocimiento de sentencias de quiebra expedidas en el extranjero. Esta regla en materia de reconocimiento se encuadra en la tesis universalista. Su ejecución estará sujeta a los requisitos previstos por el artículo 2104, es decir, deberá someterse a la prueba del *exequátur* y al cumplimiento de sus requisitos. Es relevante destacar que se añade una regla que faculta al tribunal a dictar medidas preventivas,

es decir, cautelares, desde la presentación de la solicitud de reconocimiento, lo que puede ser de gran interés práctico en esta materia.

Respecto a lo anterior surge un primer problema relevante. En el proceso de concurso, cuando un deudor incurre en una causal de insolvencia prevista por una ley aplicable, se inicia un estado en el que, en mayor o menor medida, los acreedores toman el control de la empresa, y su patrimonio queda sometido a un régimen especial de protección. Los acreedores, siempre de acuerdo a la ley aplicable, deben definir si la empresa deudora es viable o, si por el contrario, debe ser sometida a una liquidación ordenada y su quiebra de ser el caso. En este sentido, normalmente un proceso concursal se inicia con una resolución que incorpora a la empresa insolvente en este régimen especial, en función de una determinada ley aplicable que establecerá los alcances de este régimen especial de protección bajo control o participación de los acreedores. Esta resolución tiene una gran relevancia, pues a partir de ese momento entran en funcionamiento todos los mecanismos de protección del patrimonio del deudor, y se activan las fórmulas de control de la empresa por los acreedores. La resolución que declara la insolvencia es crucial para el proceso y, qué duda cabe, requiere ser ejecutada de inmediato. Sin embargo, ella no es necesariamente una sentencia en sentido formal, y menos es una sentencia de quiebra. Siendo esto así, ¿puede reconocerse y ejecutarse esta resolución que declara a una empresa deudora, domiciliada en el exterior, en insolvencia y por lo tanto la somete a un régimen concursal determinado? Nuestra respuesta es que si, en la medida en que en el foro del que proviene la resolución no existan recursos de impugnación pendientes de resolver respecto de este asunto específico. En otras palabras, que la resolución, aunque no sea en términos formales la sentencia de un proceso, se encuentre consentida o firme. La razón se basa en la propia naturaleza del proceso de insolvencia, pues la declaración de insolvencia es por sí misma una resolución de fondo que determina la situación legal del deudor. Todo lo que le sigue es, en gran medida, efecto y ejecución de esta primera decisión. Sin ella no hay insolvencia, y no hay por lo tanto proceso que seguir.

Unido al tema anterior surge otro problema formal que ha sido resuelto en algunas legislaciones y tratado adecuadamente en leyes modelo sobre la materia y tratados modernos. Nos referimos a la definición de la entidad nacional competente en materia de insolvencia. Cada vez cobra mayor fuerza la participación de organismos administrativos, diferentes de los jueces nacionales, en la conducción de los procesos de insolvencia.¿Es posible el reconocimiento y ejecución de resoluciones expedidas por estas entidades? Creemos que sí, siempre que la resolución se encuentre firme y no sea objeto de impugnación ante su Poder Judicial, cuando ello proceda. Esto sin perjuicio de las medidas cautelares, que creemos también deben permitirse, cuando ello se justifique.

Si bien en un primer momento nuestro artículo 2105 tiene una orientación universal, esta cambia de curso rápidamente a partir del segundo párrafo, y solo retoma esta tendencia al final del artículo. En efecto, los párrafos segundo, tercero y cuarto crean una regla sobre ley aplicable que es propia de la tesis territorial. De acuerdo con ellos, en el caso de bienes y créditos ubicados en el Perú, los efectos de una insolvencia decretada en el extranjero se regulan por la ley peruana sobre insolvencia, y no por la ley extranjera bajo la cual fue decretada. En buena cuenta, el artículo 2105 encubre una regla en materia de ley aplicable, mediante la cual se somete a la ley peruana todo proceso de insolvencia respecto a bienes y créditos ubicados en el Perú. En este caso, por la vía del artículo 2105, se abre un procedimiento secundario de insolvencia, pero sometido a la ley peruana.

Queremos anotar que el artículo 2105 hace referencia, por un lado, a bienes ubicados en el Perú, y por otro, a acreedores domiciliados y acreencias inscritas en el Perú. No entraremos aquí a un análisis exhaustivo de los problemas que pueden derivarse en la determinación de la ubicación de los bienes y créditos. Ello puede bien merecer un artículo separado. No queremos, sin embargo, dejar de señalar que son dos los títulos o factores de conexión relevantes para incorporar créditos al procedimiento secundario: el domicilio del acreedor o el hecho de encontrarse inscrita la acreencia. En este segundo caso, el ejemplo más claro ocurre cuando se ha registrado el crédito conjuntamente con una garantía real o similar. Es interesante anotar que por esta vía puede perfectamente ocurrir que un acreedor no domiciliado se incorpore al procedimiento secundario de insolvencia en el Perú.

Respecto al procedimiento secundario de insolvencia el artículo 2105 hace referencia a que será el "juez" quien "procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana, en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú". ¿Qué quiere decir esto a la luz de la actual Ley Concursal peruana? Aun cuando no existe una eslabón expreso que una ambas leyes, en nuestra opinión, debe querer decir que será Indecopi, en función a la Ley Concursal, la entidad que debe administrar el proceso secundario derivado del reconocimiento, una vez que el juez haya dado luz verde al *exequátur*. Es decir, que corresponderá al juez conocer del *exequátur*, pero a Indecopi conducir el proceso secundario que se abre respecto de los bienes y créditos ubicados en el Perú.

Finalmente, el último párrafo del artículo retoma la tesis universalista inicial, pero solo después de comprobar que no quedan créditos pendientes de satisfacer en el Perú. Cabe indicar que el párrafo está pensado en términos de una insolvencia que se resuelve por la vía de la liquidación, pero no hace referencia a la figura reestructuración, que implica una fórmula alternativa.

Como se puede ver, pese a referirse al reconocimiento de sentencias extranjeras, los párrafos tercero y cuarto del 2105 definen en realidad la ley aplicable para determinados casos. Esto ocurre debido a que no existe una norma de conflicto bilateral que defina el asunto. La necesidad de contar con un punto de apoyo.

## 4. Armando el rompecabezas

Ahora bien, si construimos el rompecabezas completo y consideramos como sus piezas: el artículo 2105, la Ley Concursal peruana y el 2061 del Código Civil, llegamos a las siguientes conclusiones.

Bajo la apariencia de optar por la tesis universal en materia de procesos de insolvencia, nuestra legislación es en la práctica territorial, pues centra su actuación en la protección de los acreedores domiciliados en el Perú.

La ley peruana en materia de insolvencia dispone que es aplicable a toda persona deudora que tenga su domicilio en el Perú, incluyendo expresamente a las sucursales de empresas extranjeras, respecto a su actividad y patrimonio locales. El artículo 2105 va más allá, pues establece que la ley peruana será aplicable, también a los no domiciliados insolventes o quebrados, sobre los bienes y créditos situados en el Perú, aun cuando la insolvencia se haya declarado en el extranjero. En estos casos, será aplicable la ley extranjera en lo que se refiere a la declaración de insolvencia y sus causales, y en tal sentido deberá reconocerse la resolución extranjera, salvo que no cumpla con alguno de los requisitos del exequátur, siendo los más relevantes los relacionados con el debido proceso y el orden público internacional peruano.

Sin embargo, respecto a los demás aspectos de la insolvencia, el 2105 dispone en la práctica que se debe abrir un proceso secundario en el Perú, bajo ley peruana, que comprenderá solamente a los acreedores domiciliados, créditos inscritos y bienes ubicados en el Perú. Satisfechos que fueren los créditos, la ley extranjera retoma competencia, de forma que el saldo de los bienes ubicados en el Perú, después de satisfechos los créditos inscritos en el Perú, se regulará por la ley extranjera bajo la cual se decretó la insolvencia, debiendo reconocerse y ejecutarse sus decisiones, siempre siguiendo la lógica del *exequátur*. Queda pues un margen para aplicar la tesis universalista.

Hasta aquí parece ser que nos hemos referido al caso de insolvencia de empresas domiciliadas en el exterior cuya insolvencia tiene ciertos efectos en el Perú, por existir bienes y acreedores aquí. Sin embargo, ¿qué ocurre con la sucursal o establecimiento secundario en caso de que sea declarada la insolvencia de su principal en el extranjero, o inclusive, que ocurriría frente a la teórica posibilidad de que una empresa domiciliada en el Perú sea declarada en insolvencia en el exterior?, ¿es ello *per se* ilegal?

En nuestra opinión no es ilegal. La ley peruana no ha establecido un supuesto de competencia exclusiva en esta materia, razón por la cual es legalmente factible, y en algunos casos lógico, que se decrete en el exterior la insolvencia de una persona domiciliada en el Perú, que deba ser reconocida y ejecutada, tal como lo hemos descrito más arriba. El caso más claro es el de las sucursales domiciliadas en el Perú, cuando su matriz es declarada en insolvencia.

Quedan sin embargo una serie de temas pendientes, producto del divorcio entre las normas del Libro X, la realidad actual de la insolvencia a nivel normativo e internacional, y la propia Ley Concursal, que no resuelve todo el problema. Será necesario entre tanto resolver los problemas utilizando la receta de la integración como método, y recordando el sentido y finalidad de las instituciones jurídicas, que no responden ante sí mismas sino ante una realidad para la cual han sido creadas.

## DOCTRINA

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRACOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado. Volumen 1. 2ª edición, Editorial Comares, Granada, 2000; MIAJA DE LA MUELA, Derecho Internacional Privado. 8ª edición, 2 tomos, Graficas Ya, Madrid, 1981; VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN, Alferez Francisco. Derecho Procesal Civil Internacional: Litigación Internacional; VIRGOS SORIANO, Miguel y RODRÍGUEZ PIANAU, Elena. Competencia Judicial Internacional y Reconocimiento del Resoluciones Judiciales Extranjeras: Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia; WOLF Martin. Derecho Internacional Privado. Bosh, Barcelona, 1958 (traducción 2ª edición inglesa).

## Ejecución de sentencia extranjera

**Artículo 2106.-** ***La sentencia extranjera que reúna los requisitos establecidos en los artículos 2102, 2103, 2104 y 2105 puede ser ejecutada en el Perú a solicitud del interesado.***

Concordancias:
*C.C. arts. 2102 a 2105, 2107; C.D.I.P. arts. 423 a 430*

RAMIRO VALDIVIA CANO

### 1. Antecedentes históricos del exequátur

*Exequátur* fue, en sus primeros momentos, sinónimo de *regium placet*, es decir, la licencia que la autoridad territorial otorga a una Bula, Breve papal u otra resolución eclesiástica para que tenga eficacia y fuerza vinculante en el respectivo territorio estatal. Esta licencia es concedida después de que las normas eclesiásticas han sido examinadas y se ha encontrado que son compatibles con los derechos y el poder del Estado y, por lo tanto, pasibles de promulgación.

Los promotores del Estado moderno trazan una línea divisoria entre el exequátur y el *regium placet*. Este último sería otorgado a las resoluciones episcopales o a los actos de cualquier otra autoridad eclesiástica perteneciente a la propia nación para la cual están destinados y aprobados. El exequátur es concedido a las resoluciones que provienen de una autoridad extranjera; como lo sería una constitución papal. El Papa, como jefe de Estado, es formalmente considerado una autoridad que no pertenece a ningún país en particular. No obstante –sostienen los teóricos de la modernidad– en ambos casos, las autoridades de un Estado tienen el poder de examinar las resoluciones eclesiásticas y la facultad de dar la licencia para su promulgación intra estatal; con cuya licencia, las resoluciones eclesiásticas adquieren fuerza legal y carácter vinculante.

En cuanto a los orígenes de este supuesto derecho del Estado sobre la Iglesia, no se encuentra rastros de él en los primeros siglos de la Iglesia ni aun hasta comienzos del siglo XIV. Es cierto que durante todo ese periodo, los concilios generales, como los de Nicea y Éfeso, previeron la autorización de las autoridades estatales para las resoluciones eclesiásticas. No obstante, no se trataba de una cuestión jurídica, sino de una de carácter físico que era invocada por las resoluciones eclesiásticas con el fin de darles la posibilidad de ser ejecutadas por la autoridad temporal. Más aún, si tal poder estatal hubiese sido reconocido en tal época, hubiesen apelado a él los gobernantes que con frecuencia estaban ansiosos de evitar la promulgación y ejecución de constituciones papales en sus dominios; en lugar de recurrir a otros mecanismos más complicados, con el objeto de impedir de cualquier modo la recepción en sus territorios de los documentos papales. Tales fueron los casos de los conflictos entre Felipe El Hermoso de Francia y Bonifacio VIII y de Enrique II de Inglaterra con Alejandro III.

En realidad el *regium placet* data del Cisma de Occidente que se prolongó desde el pontificado de Urbano VI hasta el Concilio de Constante y la elección de Martín V (1378 - 1417). A fin de prevenir la introducción de documentos papales espurios o emitidos por antipapas durante el Cisma, Urbano VI otorgó a algunas autoridades eclesiásticas la facultad de examinar constituciones papales y evaluar su autenticidad antes de proceder a su promulgación y ejecución. Las autoridades estatales se sintieron obligadas a adoptar las mismas medidas de previsión, aunque ellas no se atribuían tal poder como un derecho propio. Aparentemente, ese uso fue descontinuado cuando, después del Cisma, Martín V condenó el *regium placet* en su Constitución *Quod antidota* (1418). En el siglo XV, sin embargo, fue revivido en Portugal

por el Rey Juan II que lo proclamó como derecho inherente a la corona. En el siglo XVI, el Virrey de Nápoles, el Duque de Alcalá, lo hizo obligatorio y en el siglo XVII fue introducido en Francia a fin de preservar las llamadas libertades gálicas; y después, en otros países como España, Bélgica, Sicilia, Nápoles.

En la teoría, este supuesto derecho del Estado fue por primera vez propuesto y defendido por Lutero, Pasquier Quesnel y otros protestantes que negaban la suprema jurisdicción de los papas. Después fue invocado por gallicanos y jansenistas, como Van Espen, Febronius, De Marca, and Stockmans, que atribuían este poder al Estado como un mecanismo necesario de auto defensa contra los posibles intentos de la Iglesia de atentar contra los derechos de la sociedad civil. Más recientemente ha sido defendido con particular vigor por juristas y estadistas italianos como Cavallari, Mancini, Piola, particularmente en relación con la "Ley de Garantías" promulgada en 1871 por el gobierno italiano a favor de la Santa Sede.

No obstante, es no solo históricamente erróneo, que tal derecho haya sido ejercido desde tiempo inmemorial, sino que también es jurídicamente falso que tal poder pertenezca naturalmente al Estado, como un necesario mecanismo de auto- defensa. La injusticia de tal propuesta y la consecuente usurpación de autoridad por el Estado aparece manifiesta a la luz de la fe, la doctrina y de la historia de la Iglesia Católica. Más aún, el uso del *exequátur* para prevenir posibles usurpaciones de derechos debe ser visto desde el punto de vista de los posibles conflictos de derechos entre dos sociedades y el temor de una consecuente violación de su respectiva jurisdicción no autoriza a una de ellas a la otra a impedir el libre ejercicio de su jurisdicción ordinaria. Si se presentan diferencias, ellas deben ser resueltas por el diálogo, la mutua comprensión o el arbitraje.

En realidad, la Iglesia nunca ha reclamado para sí el poder de revisar o de aprobar previamente normas civiles; aunque la experiencia justificaría su preocupación por la usurpación de sus derechos por parte del Estado. La Iglesia se ha limitado a condenar las normas estatales que violan los intereses que ella defiende. Tal ocurre con el enérgico rechazo con que ha criticado las normas civiles contrarias al derecho a la vida.

## 2. Ejecución de sentencia extranjera

La globalización es un proceso mundial que tiene connotaciones de todo tipo. Debido a este proceso es cada vez mayor la interacción entre unos lugares y otros, por alejados que estén. Es, sin duda, un proceso de intensificación de relaciones políticas, culturales, sociales, económicas. Y, notoriamente, de relaciones jurídicas; todo lo cual conduce a la globalidad.

La consecuencia de la globalización es la sociedad mundial, la *civitas magna*; que, a su vez, implica mayores relaciones internacionales, movimiento continuo de personas, bienes y capitales de un país a otro, adopción de hábitos y culturas extranjeros, etc. Es cierto que determinados efectos de la globalización tienen consecuencias con altos costos, tanto económicos como políticos, para determinados sectores o países. Ellas incluyen proclividad al fortalecimiento de las relaciones de dependencia de los países periféricos hacia los centrales, la necesidad de inversiones extranjeras y aperturas mercantiles en territorios de los países de menores recursos.

Estas condiciones, a su vez, implican devastadoras consecuencias en los países en las que son impuestas: desempleo, repatriación de las ganancias, debilidad en las instituciones del Estado, entre ellas la del Poder Judicial, etc. A este respecto, se llega a pretender que las empresas multinacionales se desliguen –mediante la fragmentación del proceso productivo y otros mecanismos– de toda responsabilidad en el país anfitrión.

Se hace evidente la tendencia de los juzgados y tribunales a asumir la consideración de las consecuencias internacionales que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma; aunque no sea razonable que, en virtud de las posibles consecuencias que deriven de un fallo, pueda interpretarse arbitrariamente el ordenamiento jurídico.

Pero, mientras los implicados no estudien el problema con objetividad, no se puede emitir un juicio de opinión acerca de si la globalización es buena o mala; menos aún, incurrir en generalizaciones que devendrían rayanas en la frivolidad. Lo que es irrebatible es que la globalización es una realidad arrolladora que cada vez cobra mayor fuerza y que si los Estados, instituciones y personas no toman las debidas previsiones, esta fuerza puede traer consecuencias locales funestas.

Los estudiosos del Derecho ven con interés cómo la globalización invade todas las actividades y sectores. Entre las preguntas frecuentes de los justiciables se encuentran las que inciden en la eficacia que tiene en el Perú el Derecho foráneo y, específicamente, la sentencia expedida en estrado judicial extranjero. Por sentencia se entiende el acto jurisdiccional emanado de autoridad competente en el cual se distinguen una parte narrativa, otra motivadora o considerativa y una última en la que radica su dispositividad. Una sentencia extranjera que se homologue para ser ejecutada en Arequipa, producirá necesariamente los efectos de la cosa juzgada o del documento probatorio; o se ejecutará en lo que indica su parte dispositiva. Al ser traída u homologada en Arequipa ella produce efectos extraterritoriales, ya que, pronunciada la sentencia para un país determinado, ha de producir sus efectos en otros Estados.

El concepto de ejecución de decisiones extranjeras está referido al procedimiento que ha de seguirse para conferir eficacia procesal a una sentencia extranjera. El petitorio de la acción de reconocimiento estriba en solicitar que se confiera "eficacia procesal" a la decisión foránea; lo que significa dotarla de los dos efectos más característicos de una decisión judicial: el de reconocer la calidad de "cosa juzgada" a lo que fue materia de la decisión judicial y el de título ejecutivo. El trámite de la ejecución implica un proceso de transformación de la decisión extranjera en sentencia peruana. En la doctrina se ha definido que la sentencia extranjera, tal como fue pronunciada en su país de origen es una cosa, y la sentencia extranjera una vez que haya obtenido el *exequátur* en el Perú, es otra. Por lo tanto, la nueva ejecutoria surgida del exequátur puede reproducir íntegramente el fallo de la resolución originaria o puede limitarse a recoger solo alguno de sus pronunciamientos. Ambas puede resultar coincidentes o no.

El segundo dato a tener en cuenta es que la conversión de la decisión extranjera en título ejecutivo es una consecuencia de haber obtenido la eficacia procesal, y no que el procedimiento de *exequátur* se aboque necesariamente a la ejecución forzosa de la sentencia. Una vez logrado el *exequátur*, el interesado tiene expedito el título para impetrar la ejecución de la decisión judicial con las mismas características y procedimientos de la ejecución de las sentencias nacionales.

Como se ve, los conceptos de ejecución de sentencias expedidas en foros extranjeros y *exequátur* son indesligables. Los orígenes del *exequátur* están asociados a la formación del Estado moderno y a los correspondientes conceptos de soberanía, autonomía e independencia de la autoridad eclesiástica. En su evolución se van diferenciando dos manifestaciones del *exequátur*: la del Derecho Internacional Privado y la del Derecho Diplomático.

El Derecho comparado indica que cada ordenamiento jurídico tiene establecido su propio sistema en cuanto al alcance dado al *exequátur*. Por lo tanto, son de diversa índole estos sistemas, los que podemos reducirlos a cuatro, que son: el de inejecución absoluta, el de ejecución plena, el basado en la reciprocidad diplomática o legislativa y el de aceptación amplia de la sentencia extranjera, previo el cumplimiento formal del *exequátur* de estos dos últimos.

De esta forma, podemos imaginar un escenario en el que se haya establecido un sistema de inejecución absoluta, conforme al cual un ordenamiento jurídico determinado no concede eficacia alguna a la sentencia judicial extranjera. Por lo tanto, dicha sentencia no puede producir el efecto de la cosa juzgada ni ser ejecutada. Es el sistema de ineficacia absoluta, como si no se hubiese expedido ninguna sentencia o resolución. Por lo tanto, para reclamar y obtener lo que ya ha sido favorablemente decidido en el exterior tendrá que ser nuevamente promovido dentro de la jurisdicción interna como un nuevo juicio, independientemente del que se haya seguido en el extranjero; y, por ende, sin atender a sus conclusiones y sin que en ningún caso, por esa independencia, pueda tener efecto preclusivo sobre el nuevo proceso. A este sistema se adaptan aún las legislaciones de varios de los países anglosajones.

Sin embargo, esta postura de rechazo radical a la decisión extranjera no es satisfactoria, por varios motivos. En primer lugar, se obligaría a las partes interesadas en obtener una decisión pública con efectos en el Perú, a volver a plantear la cuestión ante las autoridades peruanas. Se perjudicaría la economía procesal y se fomentaría los dobles procesos con los costos que ello supone. En segundo lugar, un mismo caso de Derecho Internacional Privado podría ser objeto de distintas soluciones jurídicas. Se pondría en riesgo la continuidad en el espacio de las soluciones jurídicas, que serían siempre claudicantes.

Pero, en la senda de la globalización también se puede construir idealmente un sistema de ejecución plena inmediata. En esta creación, que ya va tomando cuerpo en el Derecho comparado, la sentencia extranjera produce de plano sus efectos sin que sea necesario un procedimiento previo de homologación o nacionalización de la sentencia extranjera. Por consiguiente, sin ningún pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, la sentencia extranjera, siempre que responda a ciertos requisitos formales, tendría plena eficacia extraterritorial. Esta eficacia se conservaría íntegra e indeclinable, aun en el caso de que los órganos jurisdiccionales nacionales, en un proceso autónomo o distinto de aquel en el cual se invoque la sentencia, tengan que determinar si esa sentencia extranjera corresponde exactamente a las exigencias contenidas en el orden nacional. Pero la decisión que recaiga es de pura declaración de certeza, sin que ello afecte de alguna forma la eficacia de la sentencia misma, pues ella se conservaría independiente de aquel otro proceso; siempre que no se encuentren vulnerados ciertos principios elementales considerados de orden público internacional.

Discutir el fundamento de la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras es referirse al fundamento del Derecho Internacional Privado; y dejar establecido que el Derecho Internacional Privado no es una rama del Derecho Civil. En este orden, existen dos grupos definidos de teorías para justificar la aplicación del Derecho extranjero: las teorías extrajurídicas que comprenden la cortesía internacional o *comitas gentium* y la reciprocidad; y las teorías jurídicas que, a su vez, comprenden la teoría del respeto de los derechos adquiridos, la de la comunidad jurídica internacional y la de la justicia internacional.

Sea cual fuese el fundamento, la globalización jurisdiccional, la necesidad de justicia global, se hace irreversible y es el momento de enfrentar el fenómeno y tornarlo a favor de los intereses del hombre.

## 3. Teorías extrajurídicas

### a) La teoría de la *comitas gentium* o cortesía internacional

Esta teoría tiene su fundamento en las consideraciones que se tienen los Estados entre sí para permitir la aplicación del Derecho extranjero como propio. Está basada, por consiguiente, en el principio de la *comitas gentium* o cortesía internacional que cubre vacíos del Derecho, pero no los reemplaza; puesto que ser cortés es más que todo una obligación del sentido común de los pueblos, tal vez de carácter moral, pero nunca una obligación jurídica. Si al hombre en la sociedad lo obligan la urbanidad y buenas maneras a ser cortés, a los Estados los obligará sus condiciones de pueblo sensato y civilizado, pero en ningún caso privará de fuerza alguna consideración de carácter jurídico.

### b) La teoría de la conveniencia

Foelix (V. Foelix y Demangeat. "*Traité de Droit International Privé*") sostiene que "todos los efectos que las leyes extranjeras pueden producir en el territorio de una nación dependen, exclusivamente, del consentimiento expreso o tácito de aquella", explicando la raíz utilitaria de la doctrina cuando expresa que "los legisladores, las autoridades públicas, los tribunales y los autores, al admitir la aplicación de las leyes extranjeras, se dejan guiar no por un deber de necesidad, no por una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido, sino únicamente por consideraciones de utilidad y conveniencias recíproca".

### c) Teoría de la reciprocidad

En términos genéricos, esta es la teoría a la que se adhiere el Perú, puesto que fundamenta la aplicación o los efectos jurídicos de determinadas relaciones de derecho, cuando esos mismos efectos son aceptados recíprocamente por los países extranjeros involucrados. Puede tratarse de reciprocidad diplomática o legislativa. Si bien un Estado basándose en la *comitas gentium* permite la aplicación del Derecho extranjero, es con la posibilidad de que ese u otro Estado tenga iguales consideraciones con respecto a él. En la reciprocidad, esta aplicación está garantizada porque si no hay la certeza contundente de dicha reciprocidad, esas disposiciones o relaciones jurídicas extranjeras no son aceptadas por el Estado impetrado, sino en las mismas condiciones en que son aceptadas las propias en el extranjero.

## 4. Teorías jurídicas

### a) Teoría de los derechos adquiridos

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, ha establecido que las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tuvo una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los otros Estados Parte, siempre que dichos derechos adquiridos no sean contrarios a su orden público (artículo 7). En efecto, desde siempre y con mayor frecuencia en la era de la globalización, se da cotidianamente la presencia de relaciones jurídicas, originalmente nacionales, que devienen de relaciones jurídicas originariamente nacionales y que en forma incidental son invocadas como válidas en otro país, cuya legislación y tribunales no tienen más remedio que reconocerlas. En ambos casos se impone, necesariamente, el concepto del respeto de los derechos adquiridos, concepto del que se deriva la

convalidación del derecho adquirido anteriormente en otro Estado y que, en su caso, permite la declaración de la existencia de este derecho.

De acuerdo con las ideas expuestas por Pillet (V. A. PILLET, "*Traité practique de Droit International Privé*" N° 41, p. 121) los derechos válidamente adquiridos bajo el imperio de determinada legislación se respetan, se les concede igual validez en el territorio de otro Estado como si se hubiesen logrado allí, en razón de la aceptación universal que debe dársele a los derechos legítimamente adquiridos. Los fundamentos de esta teoría son dos; uno de hecho: la seguridad que debe ofrecer el sistema jurídico de que los derechos legítimamente adquiridos merecerán el respeto y protección de los demás sistemas legislativos extranjeros; el otro fundamento es de derecho: la conciencia jurídica que debe existir entre los Estados garantiza el respeto y protección de los derechos adquiridos en el extranjero.

**b) Teoría de la comunidad internacional**

Savigny supo elevarse por sobre los conceptos rígidos de soberanía al afirmar en su "Sistema de Derecho Romano actual" (1849) que cuando una relación jurídica pone en conflicto al ordenamiento jurídico nacional con otro extranjero, no cabe aplicarse el concepto riguroso de soberanía que no permite que se aplique en su territorio un derecho extraño ni tampoco que el propio se extienda más allá de sus fronteras.

Savigny encuentra la fórmula en el desarrollo propio del derecho en su evolución, pues a medida que son "más numerosas y activas las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de la necesidad de renunciar a este principio de exclusión para adoptar el contrario. Por esta causa se tiende a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones derecho, estableciendo entre nacionales y extranjeros una igualdad ante la justicia que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. Si esta igualdad se hubiera realizado completamente no solo serían accesibles los tribunales en cada Estado de igual manera a los nacionales que a los extranjeros, sino que, en los casos de colisión de las leyes, la decisión dictada sobre la relación de derecho sería siempre la misma, cualquiera que fuese el país en que la sentencia hubiera sido pronunciada".

**c) Teoría de la justicia internacional**

Fiore afirma que el hecho de la existencia de la comunidad o *magna civitas*, exige la obligatoria aplicación del Derecho extranjero. Desestima el carácter permisivo basado en la cortesía internacional o en la reciprocidad de las anteriores teorías. Pero hay que atender a la distinción de las leyes basada en los intereses públicos y en los intereses privados que protegen, y concordarla con la noción de orden público internacional y, por lo tanto, en la competencia exclusiva del Estado. En cuanto se considera que los Estados son entidades que conviven dentro de la *magna civitas*, están sujetos estrictamente a las exigencias del Derecho y de la justicia. Este valor se impone no solo a los individuos, sino a los Estados mismos.

## DOCTRINA

Código Civil. 3ª edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, Lima, 1969; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Collection Université Nouvelle. Éditions Montchrestien. Paris (V), 1977; VALDIVIA CANO, Ramiro. Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo, Arequipa, 1995.

## Formalidad de la solicitud de ejecución de sentencia extranjera

**Artículo 2107.-** ***La solicitud a que se refiere el artículo 2106 debe ir acompañada de copia de la sentencia íntegra, debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, así como de los documentos que acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos en este título.***

Concordancia:
*C.C. art. 2106*

**Ramiro Valdivia Cano**

El Derecho comparado presenta legislaciones nacionales que imponen al *exequátur* condiciones que lo hacen impracticable. Tal es el caso de las que imponen la revisión del fondo de la sentencia extranjera. Pero, por lo general, para que el *exequátur* sea procedente en la doctrina y en el Derecho convencional general se acepta como condiciones necesarias que la sentencia extranjera conste en un documento auténtico. La autenticidad no es sino la calidad que ostenta el acto que ha sido dictado por la autoridad competente, que es la que tiene facultades como tal según el Derecho territorial, de lo cual da fe indirectamente la legalización del funcionario diplomático o consular respectivo; dejando en claro que las legalizaciones no versan sobre cuestiones de fondo o forma del documento que legalizan y mal podrían convalidar un documento que proviniese de las autoridades territoriales carentes de competencia para el caso.

El carácter de la autenticidad de un documento depende de la ley territorial donde se ha realizado. Un Estado extranjero acepta esta autenticidad cuando ella es legalizada por su respectivo funcionario diplomático o consular o el de funcionario de un país amigo cuando el nacional no lo haya o se halle impedido en ese momento. A veces, esa autenticación resulta también del hecho de que los documentos hayan llegado por la vía diplomática al órgano jurisdiccional a través del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En el Perú, es suficiente la legalización y traducción de los pertinentes documentos y, por lo tanto, no se requiere seguir el proceso del *exequátur* para la tramitación de exhortos y cartas rogatorias que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos.

Otra condición necesaria para que la sentencia surta sus efectos en un país extranjero es que debe ser traducida por persona autorizada al idioma oficial respectivo del foro del juez al que se ha recurrido. Sobre este particular puede contrastarse lo dispuesto en el artículo 423, parágrafos 5 y 6 del Código Bustamante; en el artículo 6, parágrafo a) del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, y el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos y arbitrales extranjeros (Montevideo, 1979).

Hay otras exigencias y condiciones requeridas para que sea procedente el *exequátur*. Estos requisitos varían de un sistema jurídico a otro, según la respectiva legislación y el sistema a que esté adherida tal legislación. Así, los requisitos para el *exequátur* a que alude el artículo 2107 del Código Civil peruano son los contenidos en los artículos 2102 y 2103 y, además, que las sentencias extranjeras cuyo reconocimiento se pretende:

1.- No resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.

2.- Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional. La sentencia extranjera tiene que haber sido dictada por una autoridad judicial competente que también lo sea en la esfera internacional. La competencia internacional proviene del hecho de que lo que ha sido decidido, lo ha sido por un tribunal o autoridad judicial extranjera que era competente para conocer y decidir dicho asunto según las normas o los principios del Derecho Internacional Privado del Estado donde se pretende ejecutar dicha sentencia o que produzca el efecto de la cosa juzgada.

Se pueden presentar cuatro casos en los cuales resulta evidente la incompetencia internacional:

a) Los tribunales nacionales son competentes en forma exclusiva o accidental.

b) Incompetencia de la ley extranjera aplicada el fondo por parte del tribunal que conoció del asunto.

c) El tribunal extranjero conoce y decide incompetentemente según las reglas del Derecho Internacional Privado del Derecho nacional.

d) Los tribunales nacionales son incompetentes, pero la decisión extranjera de una autoridad no jurisdiccional.

3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse. Que haya habido citación de las partes. Este es un requisito esencial de orden público del juicio interno y, por lo tanto, es exigible que tal condición se haya cumplido en el juicio extranjero que dio lugar a la sentencia cuyo *exequátur* se solicita.

4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso; es decir, que sea definitivamente firme y ejecutoria.

5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.

6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente; según la rectificación hecha por la fe de erratas publicada el 24 de julio de 1984.

7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres; y,

8.- Que se pruebe la reciprocidad. Este requisito debe ser concordado con la presunción relativa que se incorpora en su artículo 838 al Código Procesal Civil. La presunción relativa se refiere a la existencia de la reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias pronunciadas en el Perú. Corresponde la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad. Como se recuerda, mientras el Código Civil fue promulgado en 1984, el Procesal Civil lo fue en 1992. No obstante, la Corte Suprema se pronunció en 1997 en el sentido de que si entre el país que pretende ejecutar un *exequátur*

y el Perú no existen tratados bilaterales o multilaterales, es indispensable acreditar que en la nación de donde proviene la sentencia rige el principio de la reciprocidad, y que la carga de la prueba incumbe al demandante. Por ende, si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a la jurisprudencia peruana, no tendrá fuerza alguna en el Perú.

Todos estos requisitos serán más o menos formales de acuerdo al sistema de reciprocidad o revisión del fondo de la sentencia extranjera que se encuentre establecido en una legislación determinada. Con relación al artículo 2107 del C.C., la reciprocidad puede tener la consecuencia de permitir el efecto extraterritorial de la sentencia extranjera cuando recíprocamente está garantizada, legislativa o diplomáticamente, la ejecución de sentencias nacionales en ese país extranjero; o bien esta misma reciprocidad está vinculada al poder de revisión por parte de la autoridad jurisdiccional nacional sobre el fondo de la sentencia, lo cual no se hará sino cuando existiese la garantía legislativa o diplomática de que tal revisión no se le hará tampoco a una sentencia nacional. El sistema de revisión del fondo de la sentencia entorpece el desarrollo del Derecho Internacional Privado, pues el concepto de soberanía a ultranza y la tendencia a la interpretación territorialista del Derecho dan como consecuencia tal entorpecimiento.

## DOCTRINA

Código Civil. 3ª edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, Lima, 1969; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Collection Université Nouvelle. Éditions Montchrestien. Paris (V), 1977; VALDIVIA CANO, Ramiro. Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo, Arequipa, 1995.

## Trámite para declaración de ejecutoria de sentencia extranjera

**Artículo 2108.-** ***El trámite para la declaración de ejecutoria se ajusta a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles. Cumplido el trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales.***

***Las sentencias extranjeras que versen sobre asuntos no contenciosos de jurisdicción facultativa no requieren exequátur.***

Concordancias:
*C.C. art. 2102; C.P.C. arts. 719, 749 y ss., 837, 838; C.D.I.P. arts. 424 a 430*

**Ramiro Valdivia Cano**

En los mismos términos en que ha evolucionado la comunidad internacional y la globalización, ha evolucionado también la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. Se distingue diversas etapas. En la primera, la nota distintiva es la vigencia del antiguo aforismo jurídico *leges non valen extra territorium*, lo cual construye un verdadero y absoluto aislamiento, una hostilidad recíproca, una negativa rotunda a reconocer efectos a una sentencia extranjera.

A tal reconocimiento se oponía la soberanía del Estado y el principio de la territorialidad de la ley y, así como la ley no tenía valor sino dentro del territorio del Estado en el que había sido dictada, de la misma manera no era posible reclamar los efectos jurídicos de una sentencia en el territorio de otro Estado. Solo excepcionalmente por *comitas gentium*, podía el soberano permitir la aplicación de tales efectos, siempre que con ello no se quebrantara de alguna forma el concepto de soberanía.

En una segunda etapa la nota distintiva es la noción de la comunidad jurídicamente organizada, en la cual la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera es aceptada con ciertas restricciones, pues ello constituye una carga de la comunidad internacional que ha sido organizada sobre la base del Derecho y que obliga a todos sus integrantes a soportarla como una consecuencia de esa convivencia jurídica internacional. Se trata de un sistema de reciprocidad legislativa o diplomática. Se toma en cuenta la necesidad de permitir y reclamar tales efectos extraterritoriales de sentencias, pero, para no proceder en forma altruista y sin correspondencia, se emplea este sistema mediante el cual se permite hacer efectivo tales efectos a través de la declaración de autoridad de cosa juzgada o de su ejecución, siempre que recíprocamente la legislación del otro Estado o el tratado suscrito entre ambos garantizara efectivamente que de la misma manera las sentencias de este último país serían aceptadas en el otro.

El carácter caprichoso y pragmático de estas concepciones, respectivamente, dio lugar a una noción mucho más jurídica para fundamentar ese efecto extraterritorial. Han obsolecido los criterios de soberanía estatal y de la territorialidad de la ley a ultranza, de complacencia o pragmatismo; imponiéndose el criterio de obligación jurídica individualmente compartida por todos los Estados que forman la comunidad internacional. De allí que baste con que la sentencia extranjera tenga los requisitos de forma y fondo exigidos por el tratado o la ley para que esa sentencia pueda surtir sus efectos de cosa juzgada o ser ejecutada.

Es el caso de las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros a las cuales el Perú les reconoce la fuerza que les conceden los tratados respectivos. Si no hubiese tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, esta tiene la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos (ver artículos 2102 y 2103 del C.C.).

Cuando en el extranjero hayan sido dictadas sentencias judiciales, definitivamente firmes en materia privada y de las cuales se pretende que tengan efectos extraterritoriales en otro Estado, el procedimiento judicial mediante el cual esa sentencia puede ser ejecutada en este último Estado, se llama *exequátur*. Por consiguiente, mediante este procedimiento, la sentencia extranjera se nacionaliza, como dice Chiovenda (Ver CHIOVENDA "Principii di diritto processuale civile", Nápoles, 1923, Tomo I, p. 307).

Se concibe el exequátur como el mecanismo que hay que seguir para hacer cumplir los fallos dictados por los tribunales extranjeros en relación con la finalidad del Derecho Internacional Privado. En consecuencia, se llama *exequátur* al procedimiento judicial mediante el cual se pretende que tenga efectos extraterritoriales en otro Estado una sentencia judicial expedida por juez o tribunal extranjero, definitivamente firme en materia privada para que pueda ser ejecutada en este último Estado.

A tenor de lo dispuesto en el Libro X del Código Civil peruano, no todas las decisiones extranjeras son objeto del *exequátur*. No todos los actos judiciales extranjeros pronunciados en forma de fallo o de sentencia son susceptibles de *exequátur*. Lo que se requiere es que dichas sentencias sean de carácter privado, es decir, civiles o comerciales y que además sean dictadas por autoridades judiciales competentes en la esfera internacional. La Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros amplía aún más este concepto tradicional, pues introduce expresamente las sentencias provenientes de procesos laborales. Pero, al mismo tiempo, deja en libertad a los Estados para que en el momento de la ratificación puedan limitar esa eficacia a sentencias de condena en materia patrimonial, a resoluciones jurisdiccionales o que terminen el proceso y a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito (Ver artículo 1 de la citada Convención). Por lo tanto, no podrán ser objeto de *exequátur* decisiones dictadas por organismos que no sean órganos jurisdiccionales de alguna soberanía estatal.

En el Perú, están expresamente exonerados del proceso de reconocimiento de resoluciones judiciales expedidas en el extranjero la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por jueces de otros Estados que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.

De la misma manera, las decisiones administrativas están en principio fuera del alcance del *exequátur*. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha podido notar cierta tendencia a someter a *exequátur* tales decisiones y ello es debido fundamentalmente a los grandes cambios económicos y políticos que se han operado en la comunidad internacional. La prognosis del Derecho Internacional Privado favorece esta tendencia a hacer susceptible de *exequátur* las decisiones administrativas. Así, en el siglo XX, Francia ha suscrito tratados con los Estados nuevos del África en los que se ha establecido dicho procedimiento para actos o decisiones administrativas. La derogación del antiguo principio se ha notado ostensiblemente en tratados integracionistas, principalmente en el tratado que instituye la Comunidad Económica Europea del 27 de setiembre de 1968, el cual prevé el *exequátur* en materia civil o comercial, cualquiera que sea la jurisdicción.

En principio, el *exequátur* referente a las sentencias penales sería inconducente. A su ejecución se opone la territorialidad de la ley penal y, por lo tanto, dictada una sentencia de ese carácter, ella debe cumplirse en el territorio donde fue pronunciada. Si el reo huye y se asila en un país extranjero, solo podrá ser llevado de regreso para que la cumpla a través de

la extradición. Tampoco podría cumplir en el país extranjero ninguna condena a cuenta de la que deba cumplir en el país de origen. No obstante ello, ciertas sentencias penales pueden tener el efecto civil de una prueba en la jurisdicción de otro Estado, cuando la ley de este último país extrae consecuencias civiles de esa sentencia; como es el caso de la reparación civil.

En cuanto a las sentencias penales, el artículo 2111 del C.C. señala que lo dispuesto en el Título IV del Libro X (Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros) rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales, en lo referente a la reparación civil. Así, también tendría efecto civil de prueba una sentencia condenatoria de un individuo que fue condenado como partícipe en el homicidio doloso de uno de los cónyuges y pretenda, cumplida la condena, celebrar matrimonio en el Perú con el o la cónyuge supérstite. Lo que tiene eficacia aquí es la prueba del homicidio (aspecto civil); no la condena del individuo (aspecto penal) puesto que el inciso 6 del artículo 242 del Código Civil considera que constituye un impedimento relativo para contraer matrimonio.

En el Derecho comparado y en la doctrina general, así como en las legislaciones y tratados son requeridas ciertas condiciones para que el *exequátur* pueda considerarse procedente. Estos requisitos varían de un sistema jurídico a otro, según la respectiva legislación esté ubicada en uno u otro de los sistemas que acabamos de señalar. El trámite para la declaración de ejecutoria de sentencia extranjera actualiza el problema de la naturaleza del Derecho Internacional Privado que, como se sabe, es una rama autónoma con historia, fuentes, métodos y estructuras de sus normas propias y diferente a todas las otras ramas del Derecho; sin olvidar que su influencia se extiende sobre todo el espectro del Derecho. No ha faltado tratadista que, incluso, considere que esta rama es tan antigua como la raza humana. Resulta obvio que el Derecho Internacional Privado no es una rama del Derecho Civil. La estructura de la norma típica del Derecho Internacional Privado es completamente diferente a la de una norma del Derecho Civil. Mientras que las normas del Derecho Civil por lo general son directas, las del Derecho Internacional Privado se caracterizan por ser indirectas.

Ubicar los dispositivos del Derecho Internacional Privado en un Libro del Código Civil es inducir a la confusión sobre su naturaleza; pues da lugar a que se interprete que en el Perú es una parte más del Derecho Civil, o que debe su existencia al Derecho Civil. Es por ello que las normas del Derecho Internacional Privado, al igual que en otros países, se encontraban ubicadas en el Título Preliminar del Código Civil. Aunque, lo correcto sería considerarlas en un Código especial y autónomo que reúna todas las normas dispersas en varias leyes y en los diferentes Códigos vigentes.

Es debido al error de ubicar las normas de Derecho Internacional Privado como un Libro más del Código Civil que el trámite para la declaración de ejecutoria se tiene que remitir a lo establecido en el Código Procesal Civil. Cumplido el trámite, la sentencia extranjera tendrá la misma fuerza ejecutoria que tienen las sentencias nacionales. Esas normas son las contenidas en el Subcapítulo 11 del Título II de la Sección Sexta sobre Procesos No Contenciosos del Código Procesal Civil. Se trata del Subcapítulo "Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero" que va desde el artículo 837 al 840.

El artículo 837 se refiere a la competencia. Establece que el proceso, que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.

El Código Procesal Civil excluye del *exequátur* a los exhortos y cartas rogatorias. Según su artículo 839, no se requiere seguir este proceso para la actuación de exhortos y cartas rogatorias dirigidas por jueces extranjeros que tengan por objeto practicar notificaciones, recibir declaraciones u otros actos análogos, bastando para ello que la solicitud esté contenida en documentos legalizados y debidamente traducidos, de ser el caso.

El Subcapítulo 11 del CPC concluye con la norma sobre la entrega del expediente de *exequátur* tramitado. El artículo 840 dispone que, una vez terminado el proceso, se debe entregar copia certificada del expediente al interesado, manteniéndose el original en el archivo de la Sala.

## DOCTRINA

Código Civil. 3ª edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, Lima, 1969; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Collection Université Nouvelle. Éditions Montchrestien. Paris (V), 1977; VALDIVIA CANO, Ramiro. Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo, Arequipa, 1995.

## Valor probatorio de la sentencia extranjera legalizada

**Artículo 2109.-** ***Las sentencias extranjeras debidamente legalizadas producen en el Perú el valor probatorio que se reconoce a los instrumentos públicos, no requiriendo para ese efecto del exequátur.***

Concordancia:
*C.C. art. 2094*

**Ramiro Valdivia Cano**

En Francia el *exequátur* es el único procedimiento que le da efecto de ejecución a la sentencia extranjera. Pero sus Códigos Civil y de Procedimiento Civil lo establecen sin reglamentación. Luego, es la jurisprudencia la que ha tenido que construir todo el sistema sobre la materia. El hecho de que la jurisprudencia francesa hubiese conferido desde el antiguo derecho un poder absoluto de revisión de la sentencia extranjera que prácticamente establecía un juicio en Francia distinto del extranjero, hace que pueda ser considerado dentro del sistema de inejecución absoluta. Pero la evolución doctrinal ha hecho aparecer como anacrónicas tales orientaciones, y en sentencia del 7 de enero de 1964 la Corte de Casación ha enunciado por primera vez una enumeración limitativa de las condiciones del *exequátur*, estableciendo que con esas condiciones se encuentran satisfechas las exigencias de orden jurídico y de cualquier otro orden, objeto mismo de la institución.

En la doctrina del Derecho Internacional Privado, la sentencia extranjera puede ser ejecutada; en cuyo caso requiere de *exequátur*. O bien puede producir el efecto de simple hecho: las que han de producir el efecto de la prueba, el de cosa juzgada. El efecto de la prueba es aquel mediante el cual el interesado obtiene una confirmación *jure et de jure* de lo que sustenta como derecho preferente. Es, por lo tanto, la comprobación de un derecho irrecusable. Estas últimas no requieren *exequátur*; sino cierto control jurisdiccional a fin de comprobar su regularidad internacional.

El efecto de hecho de la sentencia extranjera consiste en las consecuencias de esta última naturaleza que se desprenden de todo acto jurídico, en tanto que tal puede producir o produce ciertos hechos de carácter irreversible en el extranjero que el juez nacional no puede desconocer. Así, vale el ejemplo propuesto por Batiffol (BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. *Droit Internacional Privé*. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983) que se cita con frecuencia. Señala que un contrato no produce efecto en tanto tal, es decir, como acto jurídico, sino entre las partes contratantes. Pero con respecto a los terceros, él existe como un hecho que ellos no pueden desconocer y cuya existencia acarrea ciertas consecuencias, por ejemplo, la responsabilidad del tercero cómplice de la violación del contrato por una de las partes. Esta noción está emparentada con la de justa causa y es ella la que permite, que se pudiese intentar una acción en garantía en razón de la evicción resultante de una sentencia extranjera sin necesidad de que ella hubiese recibido *exequátur* o, también, que la sentencia extranjera podría constituir la causa justa de un contrato si las partes concluyesen en un acuerdo sobre su ejecución o, inversamente, que el contrato que tuviera por causa el fraude a una sentencia extranjera se encontraría tachado de nulidad.

El efecto de prueba de la sentencia extranjera consiste en conceder que dicha sentencia es un documento que tiene las características de un documento auténtico o que lo es, gracias a un proceso de legalización, y que, además, proviene de una autoridad jurisdiccional competente con facultades para producir tales actos y, que, por lo tanto, sirve para producir

los efectos de prueba en los mismos términos en que los produce un documento nacional de esta naturaleza.

Así, sin necesidad de previo *exequátur*, una sentencia extranjera puede ser presentada en el Perú como comprobación de un testimonio o de una confesión o de cualquier otro acto que reciba en la sentencia extranjera su confirmación. Este efecto es independiente de su eficacia territorial, pues el juez no se encuentra ligado por lo dispuesto en la sentencia sino que la aprecia como una prueba instrumental presentada a la causa. Es, entonces, su carácter de instrumento auténtico lo que debe tomarse en cuenta, no la sentencia en sí misma con sus efectos de cosa juzgada o ejecución. Los magistrados peruanos pueden sacar sus conclusiones de las presunciones provenientes de una sentencia extranjera no revestida de *exequátur*, reservándose el derecho de apreciar la fuerza probatoria de tal instrumento. De lo contrario, sería un simple hecho que el tribunal puede apreciar soberanamente. En conclusión, si la sentencia extranjera se presenta en idioma castellano o traducida y debidamente legalizada por autoridad competente pero sin *exequátur*, el juez puede apreciarla no en el efecto extraterritorial de su contenido sino como una simple prueba instrumental presentada a la causa.

## DOCTRINA

Código Civil. 3ª edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, Lima, 1969; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Collection Université Nouvelle. Éditions Montchrestien. Paris (V), 1977; VALDIVIA CANO, Ramiro. Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo, Arequipa, 1995.

## Valor probatorio de la sentencia extranjera

**Artículo 2110.-** ***La autoridad de cosa juzgada de una sentencia extranjera puede hacerse valer dentro de un juicio si cumple con los requisitos establecidos en este título, sin necesidad de someterla al procedimiento del exequátur.***

Concordancia:
*C.C. art. 2109*

**Ramiro Valdivia Cano**

El efecto es de carácter constitutivo o declarativo cuando la sentencia extranjera crea una situación jurídica nueva, o declare una situación preexistente, o que se la considere legalmente como tal.

El 3 de marzo de 1930 la Corte de Casación francesa generalizó este principio a las sentencias constitutivas relativas al estado y capacidad al decidir "que las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero relativas al estado y capacidad de las personas produce sus efectos en Francia, independientemente de la declaración de *exequátur*".

Tales sentencias constitutivas, que no tenían fuerza ejecutiva, producían sin embargo, por la intangibilidad y la subsiguiente realización del otro acto jurídico, el efecto de la cosa juzgada. Pero no era fácil explicar la derogatoria de los anteriores principios; o si se podría permitir que una sentencia extranjera produjera en Francia los efectos de la cosa juzgada sin declaración previa de *exequátur*.

"Su dominio había naturalmente sugerido la idea –expresa Batiffol (BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. *Droit Internacional Privé*. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983) a este respecto–, que ella se justificaría por la competencia de la ley nacional en materia de estatuto personal". En consecuencia, "se aplicarían en Francia de pleno derecho, tanto como la ley personal, la sentencia que estatuyera sobre el estado y la capacidad". Pero esta asimilación de la sentencia a la ley no se impuso, ya que atribuía a la competencia de la ley nacional unos efectos excepcionales que nada justificaban. Ella se resiente manifiestamente de la influencia de la Escuela de Mancini, limitando en buena lógica la solución a las sentencias emanadas de un Estado del cual el interesado está sometido a su jurisdicción, cuestión esta no admitida por la jurisprudencia. Actualmente, esta jurisprudencia derogatoria del Derecho común ha sido abandonada.

Con relación al segundo efecto, es decir, el declarativo, es de doctrina general que cuando la sentencia extranjera produce ese efecto no requiere la formalidad del *exequátur*. Este efecto se produce cuando la sentencia extranjera declara ciertos derechos que preexistían, pero que no habían sido pronunciados jurisdiccionalmente o bien la sentencia lo que hace es declarar una situación o derecho que legalmente se consideraba como tal.

Como toda sentencia extranjera constitutiva es en el fondo declarativa, o bien viceversa, ha existido en la jurisprudencia francesa la aplicación de los principios concernientes a la sentencia extranjera constitutiva a la puramente declarativa, especialmente referidas a casos de estado y capacidad de la persona humana. El caso paradigmático es el propuesto en la sentencia de la Casación Civil del 9 de mayo de 1900, en el caso de Wréde, relativo a la anulación de un matrimonio, el Supremo Tribunal Civil, citada por Batiffol, en atención al principio secular de Derecho interno según el cual el estado y capacidad, en razón de su permanencia necesaria, tienen en la sentencia que los ha declarado, la autoridad necesaria que los fija,

decidió que "la anulación de un matrimonio legal y definitivamente pronunciado debe estar al abrigo de todo ataque, sea por parte de terceros, por parte de los esposos, porque el estado de las personas no puede quedar incierto". En el mismo sentido sentencia dicha Corte en el caso de la anulación de un reconocimiento de un hijo extramatrimonial del 7 de mayo de 1920.

La extensión de esta jurisprudencia que asimila la sentencia extranjera a la ley nacional a casos simplemente declarativos relativos al estado y capacidad de las personas se debe, como lo ha observado Batiffol, a una deformación del Derecho interno en la espera del orden internacional. De allí que si las exigencias de orden interno no son suficientes para impedir la autoridad absoluta de las sentencias relativas al estado o capacidad, así mismo debe suceder con las de orden internacional. Esta justificación, fundada, sin duda alguna, en el orden interno, no lo es en el orden internacional y la situación nueva que declaren esas sentencias extranjeras pueden tener en algún sentido, bajo su forma declarativa, fuerza ejecutoria contra terceros.

"La situación nueva que establecen esas sentencias, la fijación del estado de una persona, es reconocida en Francia sin *exequátur*, pero bajo reserva de un control a posteriori". "Pero la necesidad de un *exequátur* subsanaría desde entonces que esas sentencias fuesen invocadas a los fines de ejecución sobre los bienes o de coerción sobre las personas" (BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. *Droit Internacional Privé.* 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983). La doctrina fundamenta esta posición al argüir que la cosa juzgada es un concepto de firmeza e intangibilidad que proviene del hecho de ser la sentencia la consagración de la verdad jurídica misma, *res judicata pro veritate babetur.* En consecuencia, no caben contra ella ninguna acción o recurso que pueda desvirtuarla.

Se ha venido distinguiendo entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, aunque el Libro X, no considera esta disquisición dada la sutileza y complejidad de la casuística. Una nueva normativa del Derecho Internacional Privado habrá de tener en cuenta que cosa juzgada formal es aquel efecto de la sentencia que produce la firmeza de la cosa juzgada. Este efecto se reconoce sin previos pronunciamientos, tal como cuando se trata de las sentencias constitutivas o declarativas. Pero es allí que la doctrina ha criticado tales jurisprudencias, porque en un momento dado el efecto de la cosa juzgada, aunque sea en su efecto formal, siempre entraña la posibilidad de preterir a un tercero afectado por una tal sentencia extranjera que produzca ese efecto. En tanto que, la cosa juzgada material es aquel efecto en el cual la sentencia produce ciertas consecuencias de carácter material en los bienes o coerción en las personas. El deslinde entre uno y otro efecto carece de firmeza y exactitud porque a veces es cuestión de matices. Por lo tanto, con un efecto formal de cosa juzgada esgrimido como defensa se puede producir efectos materiales indirectamente. Por ello, la doctrina general y especialmente los tratadistas franceses, Batiffol, entre ellos, se han pronunciado por la vigencia previa del *exequátur*, obligatorio en el caso de cosa juzgada material y necesario en el caso de cosa juzgada formal, para evitar una de estas consecuencias ya señaladas.

No obstante, la solución que propone el artículo 2110 tiene la virtud de dar mayor dinamicidad al proceso de globalización jurisdiccional al que le da viabilidad y fluidez.

## DOCTRINA

Código Civil. 3ª edición actualizada y aumentada. Gaceta Jurídica, Lima, 2002; BATIFFOL, Henry y LAGARDE, Paul. Droit International Privé. 7ª edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1983; GARCÍA CALDERÓN, Manuel. Derecho Internacional Privado. Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la UNMSM, Lima, 1969; MAYER, Pierre. Droit International Privé. Collection Université Nouvelle. Éditions Montchrestien. Paris (V), 1977; VALDIVIA CANO, Ramiro. Panorama del Derecho Internacional Privado en el Perú. Editorial Mundo, Arequipa, 1995.

## Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros

**Artículo 2111.-** *Lo dispuesto en este título rige, en cuanto sea aplicable, también para resoluciones extranjeras que ponen término al proceso y, especialmente, para las sentencias penales en lo referente a la reparación civil.*

*Tratándose de laudos arbitrales, serán de aplicación exclusiva las disposiciones de la Ley General de Arbitraje(*).*

Concordancias:
*C.P.C. art. 837 y ss.; D.LEG. 1071 arts. 74 al 78*

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

La norma, cuyo texto original fue sustituido por la segunda disposición modificatoria de la anterior Ley General de Arbitraje N° 26572, difiere en exclusiva a las disposiciones del actual Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, en todo lo referente al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

### 1. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú

El artículo 74 del Decreto Legislativo que norma el arbitraje dispone que "1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el Derecho peruano: a) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o, b) La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o, c) Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú. 2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero".

Por su parte, el artículo 75 del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje dispone su aplicación "(...) a falta de tratado o, aun cuando exista este, si estas normas son, en todo o en parte, son más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero(...)".

Si bien el Perú es parte de varios tratados sobre la materia (Convención de Lima de 1878, Convención de Montevideo de 1889, Convención de Caracas de 1911, Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, Convención de Montevideo de 1940, Convención de Panamá de 1975, Convenio Interamericano de Montevideo de 1979 y Convención de Nueva York de 1958), los más importantes son, sin duda alguna, el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (más conocido como la Convención de Nueva York de 1958) y el Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocido como el Convenio de Panamá de 1975), ya que ambos solo regulan el tema del reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, a diferencia de los demás tratados ratificados por el Perú, que siguen el camino equivocado de aplicar las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales a los laudos arbitrales.

(*) Texto según modificatoria efectuada por la Ley N° 26572 del 05/01/1996.

Es por esta razón, que el artículo 74 del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje de manera expresa se refiere a los Tratados de Nueva York y de Panamá, porque, a la fecha, alguno de los dos será de aplicación al reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país. Sin embargo, la norma deja abierta la puerta para que si en el futuro el Perú se adhiere a algún otro tratado más favorable a la parte que pida el reconocimiento y la ejecución, resulte aplicable esa nueva convención.

## 2. Aplicación de la Convención de Nueva York o el Convenio de Panamá

La Convención de Nueva York de 1958 se aplica al reconocimiento y a la ejecución de laudos arbitrales que hayan sido dictados fuera de nuestras fronteras (CRAIG, PARK y PAULSSON), aun cuando hayan sido emitidos en Estados que no sean miembros, por cuanto el Perú no ha hecho uso de la reserva de reciprocidad dispuesta en el artículo I de dicho Tratado.

De esta manera, todo laudo arbitral dictado en cualquier parte del mundo (obviamente con exclusión del Perú), podrá ser reconocido y ejecutado en nuestro país, de conformidad con el mencionado tratado internacional (MONTOYA).

En cambio, el Convenio de Panamá, si bien pretende ser una copia a escala latinoamericana de la Convención de Nueva York (VON MEHREN, BORN), no establece de manera precisa su ámbito de aplicación, razón por la cual requiere ser interpretado, pudiéndose afirmar que para su aplicación, será necesario cumplir con los siguientes requisitos (VAN DEN BERG, GRIGUERA, BOWMAN):

a) Que el laudo arbitral sea "internacional". Este requisito se desprende del título de la Convención: "Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional". El problema es que el Convenio no define qué se entiende por laudo "internacional" (VAN DEN BERG, BOWMAN).

b) Que el laudo arbitral se refiera a asuntos "comerciales". Este es otro requisito exigido por el título de la Convención: "Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional". De nuevo el problema es que la Convención tampoco define qué debe entenderse por "comercial"(MONTOYA, PITTI, CAMINOS).

c) Que el laudo arbitral sea emitido en un país distinto a aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución. Este requisito se infiere de los incisos 1(a), (d) y (e) del artículo V de dicha Convención.

d) Que exista reciprocidad a dos niveles: El primero, referido a la necesidad de que el laudo arbitral sea dictado en un país miembro de la Convención; y, el segundo, que el laudo arbitral sea emitido en un proceso arbitral seguido entre nacionales que pertenezcan a Estados miembros. Todo esto, por cuanto la Convención de Panamá se dictó con la finalidad de que fuera aplicada entre Estados latinoamericanos (VAN DEN BERG, GRIGUERA).

e) Que las partes del proceso arbitral residan en Estados miembros de la Convención (CAMINOS, BOHMAN).

En fin, sea cual fuere el ámbito de aplicación del Convenio de Panamá, lo cierto es que la Convención de Nueva York tiene la ventaja de ser clara en este tema. Además, tiene la virtud de ser un tratado de aplicación universal, contando, a diferencia de su par latinoamericana,

con un vasto desarrollo doctrinal y con una colección significativa de fallos judiciales, que servirán a los jueces peruanos de valioso antecedente para cuando tengan que aplicarlo (BORN, VAN DEN BERG).

Por todas estas razones, consideramos que ante la alternativa de aplicar en el Perú alguno de estos tratados, fuera de toda duda corresponderá utilizar la Convención de Nueva York, simplemente porque de lejos resulta más favorable al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

## 3. ¿Cuándo se aplica la Ley General de Arbitraje?

La parte final del artículo 74, como el primer párrafo del artículo 75 del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, establecen la posibilidad de aplicar las normas de la LGA aun cuando exista algún tratado aplicable, "(...) si sus normas son más favorables a la parte que pida el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral (...)".

Los artículos de la LGA no hacen más que reconocer el principio de "eficacia máxima", mediante el cual primarán las normas nacionales si son más favorables a las de un tratado para el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (CRAIG, PARK y PAULSSON, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN).

Sin embargo, en la actualidad los supuestos establecidos en el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, para no reconocer y ejecutar un laudo arbitral extranjero (artículo 75) son prácticamente idénticos a los dispuestos en el artículo V de la Convención de Nueva York, razón por la cual, mientras las normas nacionales no sean más favorables a las contenidas en la Convención de Nueva York, este tratado será de aplicación al reconocimiento y a la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros, debido a la supremacía de los tratados sobre la legislación doméstica, que la propia LGA reconoce de manera expresa.

## DOCTRINA

BORN, Gary B. International arbitration and forum selection agreements: planning, Drafting and Enforcing. Kluwer Law International. The Hague, 1999; BOWMAN, John P. The Panama Convention and its implementation under the federal arbitration act. En: The American Review of International Arbitration. Vol. 11. 2000; CAMINOS, Hugo. The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration. En: ICSID Review. Foreign Investment Law Journal. Vol. 3, 1988; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Algunas cuestiones preliminares referidas a las causales de anulación de los laudos arbitrales dictados en el Perú y a las de no reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero. En: Laudo. Revista del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú. N° 3, Lima, 2002; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras. Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. En: Themis, Revista de Derecho. N° 21, Lima, 1992; CRAIG, Laurence. PARK, William y Jan. PAULSSON. International chamber of commercial Arbitration. 2ª edición, ICC Publications, París, 1990; Fouchard, Gaillard. Goldman on International Commercial Arbitration, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), 1999; GRIGUERA NAÓN, Horacio A. Países de América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El Arbitraje Comercial Internacional, Suplemento Especial, 1995; MONTOYA ALBERTI, Ulises. El arbitraje comercial. Cultural Cuzco, Lima, 1988; PITTI G., Ulises. Ámbito de aplicación del Convenio Interamericano sobre Arbitraje Comercial Internacional. En: El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español. Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz. Cultural Cuzco, Lima, 1989; VAN DEN BERG, Albert Jan. The Application of the New York Convention by the Courts. En: ICCAPublications.com, www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/home/ipn/default.asp?ipn=17561; VAN DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention 1958 and Panama Convention 1975: Redundancy or Compatibility? En: Arbitration International. Vol. 5, N° 3, 1989; y, VON MEHREN, Robert B. The enforcement of arbitral awards under Conventions and United States Law. En: The Yale Journal of World Public Order. Vol. 9, N° 1, 1982.

# TÍTULO FINAL

# CAPÍTULO PRIMERO
# Disposiciones finales

## Unificación de la contratación civil y mercantil

**Artículo 2112.-** *Los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, se rigen por las disposiciones del presente Código. Quedan derogados los artículos 297 a 314, 320 a 341 y 430 a 433 del Código de Comercio.*

Concordancias:
*C.C. arts. 1529, 1602, 1648, 1814, 1868; C. de C. art. 50*

FEDERICO G. MESINAS MONTERO / NELWIN CASTRO TRIGOSO

### 1. Premisa: breve mención de la importancia de los Códigos Civiles (con especial referencia al Código Civil italiano de 1942)

Los códigos, calificados como "pequeños dioses de la modernidad" (RAMOS NÚÑEZ), son aquellos instrumentos normativos que expresan un intento de organización jurídica de una parcela concreta y especializada del tejido social y jurídico, dotadas de espíritu innovativo, permanencia, coherencia y sistematicidad (NICOLÒ, TARELLO).

El Código Civil es detrás de la Constitución (y no solo por influjo de la tradición) el instrumento normativo más importante. Uno de los Códigos Civiles más influyentes es, sin duda alguna, el Código Civil italiano de 1942. Dicho cuerpo normativo compone, junto con el Código Civil francés de 1804 y el Código Civil alemán de 1896, una tríada de imprescindible consulta a la hora de emprender empresas codificadoras. Más allá de la innegable influencia que la doctrina de estos países ha desplegado sobre los demás pertenecientes a la tradición romano-germánica, es necesario resaltar someramente los motivos de la importancia de sus Códigos Civiles, en especial, a efectos del presente comentario, del Código Civil italiano de 1942. Así, en apretada síntesis, se puede sostener que sobre el plano de la estructura y de la técnica, el Código Civil francés representa el modelo de código práctico, popular y sobrio por excelencia, el Código Civil alemán el tipo de Código altamente sofisticado y científico y el Código italiano el modelo de "síntesis" de los anteriores.

Pero la importancia del Código Civil italiano de 1942 no se agota en lo recientemente destacado. Aunque –en cierto sentido– antecedido por su homólogo suizo de 1881 (ASQUINI), el legislador italiano de 1942 elaboró, antes que un Código Civil en el sentido tradicional del término, un Código de Derecho Privado. Tal cosa ha sucedido gracias a una decisión del todo trascendente: la unificación legislativa de las dos disciplinas privatistas. El legislador italiano de 1942 decidió reunir en un solo instrumento al Derecho Civil y el Derecho Comercial. Para la consecución de tal propósito, renunció a la idea de disciplinarlos separadamente como, en cambio, había sucedido con anterioridad. Los italianos, en efecto, tenían, antes de 1942, dos Códigos de Derecho Privado: el Código Civil de 1865 y el Código de Comercio de 1882 (FRANZONI). Naturalmente, lo primero que hizo su legislador fue unificar las fuentes del Derecho Privado, sin la cual no hubiera sido proyectable ningún afán unificador.

A partir de la antedicha elección, una buena parte de la doctrina hispanoamericana, en especial la argentina (ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, etc.), ha comenzado a hablar de un proceso de comercialización del Derecho Civil y, en relación con el mismo, de la unificación de las obligaciones y de la contratación civil y mercantil. Tales discursos no se han limitado a señalar la conveniencia dogmática, ni la "imperiosa necesidad práctica", de dicha unificación, sino que, con diversa intensidad, han tratado de promover una unificación legislativa "a la italiana". El discurso sobre la comercialización del Derecho Civil no se remonta, empero, a la época de la codificación italiana de 1942 (LIMPENS). Decir lo contrario es faltar a la verdad. Pero se trataba de un tipo de planteamiento cuyas raíces y explicación nada tienen que ver con el discurso que se acaba de describir.

Tal manera de ver las cosas, no obstante que ha tenido eco en algunos destacados autores nacionales (MONTOYA MANFREDI, VEGA MERE, etc.), no puede ser compartida. Para comprender por qué esto es así, se hace necesaria la realización de una pequeña aproximación al sentido del discurso original (el italiano), en aras de su correcta contextualización.

A la consecución de tal objetivo estará dedicada la parte siguiente del trabajo.

## 2. La denominada comercialización del Derecho Civil: el significado y real alcance de la experiencia italiana y su carácter inviable en nuestro medio

La efectiva portada de la unificación legislativa que tuvo lugar en Italia solo puede sernos proporcionada por la doctrina de dicho país, de modo que se impone, como ya se adelantó, una indagación (signada, dados los límites espaciales asociados a la naturaleza del presente comentario, por la concisión) de las razones que indujeron al legislador italiano a proceder de tal manera. No está demás señalar que se ha priorizado la consulta de autores de la época de la codificación italiana, en especial, de algunos de los más representativos exponentes de su prestigiosa escuela comercialista.

La elección operada en el medio italiano, según informa una autorizada doctrina, tuvo esencialmente un carácter político (FERRI). En efecto, antes que una decisión sustentada en una –inexistente– identificación intrínseca de los contenidos de las disciplinas del Derecho Privado, "el teorema de la unidad del Derecho Privado" (MOSSA) fue el producto de la necesidad de funcionalizar en clave de economía corporativista la actividad empresarial ante las exigencias de la "producción nacional" requerida por el Estado fascista. Que ello haya sido así, no es óbice para sostener que, junto con el anterior factor, existió uno conectado funcionalmente, el cual fue de naturaleza económica y que estuvo representado por la necesidad de una más amplia protección del acreedor a efectos de una más dinámica circulación de la riqueza (FRANZONI). Repárese que, a pesar de lo acotado, es decir, de la presencia de un componente económico en la unificación, lo preponderante –sino decisivo– fue el aspecto político, ligado, naturalmente, a las necesidades del régimen fascista que por aquel entonces gobernaba Italia. Quizás, la prueba de cuanto se acaba de afirmar aflore del hecho de que el gobierno fascista decidió a último momento cancelar el proyecto de Código de Comercio que se venía preparando paralelamente a su homólogo Civil, prácticamente en la época de la invasión de los países del Eje a Francia, cuando corría el año 1940 (MOSSA, FERRI, ASQUINI).

Huelgan comentarios acerca de la naturaleza autoritaria de dicho régimen y, consecuentemente, del peculiar contexto histórico y cultural en el que maduró una operación como la que se comenta, hecho que motivó, en su momento, el lanzamiento de durísimas críticas por parte de quienes consideraron a la unificación como una más de las "colosales mentiras del

fascismo" (MOSSA) o como una operación determinada por "exigencias del arte, más que de la vida" (FERRI), aunque, en tiempos más recientes, haya sido interpretada con menos encono y de modo más objetivo (FRANZONI).

Lo dicho hasta aquí sobre el Código italiano de 1942 no debe ser leído en el sentido de que se trata de un cuerpo normativo caracterizado por el autoritarismo. En efecto, no debe pensarse que el Código Civil italiano de 1942 ha sido influenciado de manera total y determinante del régimen autoritario de la época, dado que, como ha sido autorizadamente destacado, la gran mayoría de los juristas que formaron parte de la labor codificadora se valieron de su educación cultural y de su experiencia técnica para impedir que prevalezcan ideologías políticas y se concentraron, en cambio, en el empeño de hacer un Código adherente a las exigencias de la sociedad de su tiempo (NICOLÒ).

En suma, cuando el discurso que en la experiencia italiana aludía a la unificación del Derecho Civil con el Derecho Comercial se asentaba en un contexto económico, social y político bien determinado, cuyas características no se han repetido en otro lugar, ni siquiera en la Alemania de aquella época, que tenía ciertas notas comunes.

A la luz de lo precedentemente referido, cabe preguntarnos si es recomendable importar el discurso sobre la unificación del Derecho Privado y sobre su comercialización en un medio como el nuestro, en el cual no existen, ni por asomo, las condiciones que llevaron a la Italia de la primera mitad del siglo pasado a su elaboración.

La respuesta no puede sino ser contundentemente negativa. Y no podía ser de otra manera. Piénsese en la consagración constitucional de un régimen económico de mercado, en la falta de una codificación conjunta de las disciplinas privatistas, en la vigencia –ciertamente marginal, pero vigencia al fin y al cabo– del Código de Comercio; piénsese, en fin, en la legislación especial en materia de empresa, sociedades, libre competencia, en la derivación a la instancia administrativa para conocer conflictos relativos a la protección de los consumidores (LEÓN), etc.

## 3. Conclusión: valoración del artículo 2112 del Código Civil

Según se ha relatado, en el año 1983 la Universidad de Lima presentó a la Comisión Revisora una ponencia relativa a la conveniencia de proceder a la unificación del régimen de las obligaciones y de los contratos civiles y mercantiles. Ahora bien, dicha propuesta no fue recogida íntegramente por la antes referida Comisión, pero habría contribuido de manera sustancial a la concepción e incorporación del artículo 2112 al Código (HUNDSKOPF). Ahora bien, si lo sostenido previamente acerca de lo inviable de un discurso sobre la unificación del Derecho Privado es cierto, ¿qué significado tiene el artículo 2112 del Código Civil? A dar respuesta a esta pregunta estará dedicada esta parte final del comentario.

No puede negarse que con la norma bajo análisis el legislador ha querido unificar, al menos en parte, toda vez que pensaba que las condiciones de nuestra realidad no permitían una total unificación del Derecho Privado (ARIAS-SCHREIBER), la contratación privada. Ella hace aplicable la disciplina del contrato, en general, contenida en el Código Civil a algunos de los más importantes contratos antaño regulados por el Código de Comercio de 1902, esto es, la compraventa, la permuta, el mutuo, el depósito y la fianza de naturaleza mercantil por considerar sus diferencias con sus pares civiles como tenues (ARIAS-SCHREIBER). Con semejante operación, se ha querido seguramente dar cabida a los planteamientos que han sido criticados precedentemente (la unificación del Derecho Privado y la comercialización

del Derecho Civil "a la italiana"), pero sin tener en cuenta su carácter ilusorio en nuestro medio o, dicho con otros términos, sin mostrar preocupación por el contexto real de su surgimiento. Con ello, se ha incurrido, una vez más, en una práctica nociva para con nuestro Derecho: la importación de discursos y problemáticas que no nos atañen, las cuales hacen perder de vista las auténticas cuestiones relevantes, que suelen ser soslayadas injustificadamente debido a tal práctica.

Y es que por más que pudiera llegar a convenirse con Arias-Schreiber en la atenuación de la diferencia entre los contratos de compraventa, permuta, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil y sus pares civiles, ello por sí mismo no justifica la unificación efectuada. Además de la realidad (política, social, económica) de nuestro país, una propuesta de ese tipo debe sustentarse en una evaluación de los efectos concretos del cambio de régimen de fuentes del Derecho producido. Los contratos mencionados se explicaban de algún modo por las costumbres comerciales, que son la segunda fuente del Derecho Comercial conforme al Código de Comercio. La sola "atenuación de diferencias" no es suficiente, por lo tanto, para desplazar los usos comerciales por el Código Civil, si no se determinan previamente los efectos de esta regulación como fuente ahora principal y respecto de figuras que, se entiende, tenían algún desarrollo en las prácticas comerciales.

Como se ha explicado, la opción unificadora italiana involucró no un paso gracioso de determinados contratos para ser regulados en un nuevo cuerpo normativo, sino una uniformización de las reglas de aproximación a las figuras mercantiles y civiles, en lo que puedan tener en común y dada una realidad concreta. Si nosotros aún no nos hemos planteado seriamente dicha discusión ni hay una propuesta integral de cambio ¿cómo propender entonces a la unificación, por más que en el caso del artículo 2112 esta sea solo parcial?, ¿por qué importar soluciones foráneas si no se ha evaluado los efectos concretos de la medida en una realidad como la nuestra, que no es necesariamente asimilable a la italiana o cualquier otra europea o latinoamericana?

Más allá de su efecto derogatorio sobre parte del viejo Código de Comercio, el artículo 2112 no es, por lo dicho, un ejemplo de la mejor forma de cómo se debe legislar.

## DOCTRINA

ALTERINI, Atilio Aníbal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. En: http://www.alterini.org/to_aaa6.htm, 1998. ARIAS-SCHREIBER, Max y otros. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Vol. VI. 3ª edición, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, Lima, 1988. ASCARELLI, Tulio. Il Codice civile e la sua vigenza. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año LI. Primera parte, Vallardi, Milán, 1953; ASQUINI, Alberto. Voz: Codice di commercio. En: Enciclopedia del diritto. Vol. VII, Giuffrè, Milán, 1960; FERRI, Giuseppe. Revisione del Codice civile e autonomia del diritto commerciale. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año XLIII. Primera parte, Vallardi, Milán, 1945; FRANZONI, Massimo. El libro delle obbligazioni e dei contratti. En: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Año XLVII, Giuffrè, Milán, 1993; HUNDSKOPF, Oswaldo. Los nuevos contratos mercantiles frente al proceso de unificación. En: Gaceta Jurídica. Legislación, doctrina y jurisprudencia. Tomo 16. W.G. Editor, Lima, 1995; IRTI, Natalino. La edad de la descodificación. Traducción del italiano al cuidado de Luis Rojo Ajuria. Bosch, Barcelona, 1992; LEÓN, Leysser L. La reforma del Código Civil vista en serio. En: LEÓN, Leysser L. El Sentido de la codificación. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano. Palestra, Lima, 2004; LEÓN, Leysser L. La "constitucionalización" del Derecho Privado. En: Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano, martes 23 de noviembre de 2004; LIMPENS, Jean. L´ unificazione del diritto civile e commerciale. Il Belgio di fronte alle più recenti esperienze. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año LI, Primera parte, Vallardi, Milán, 1953; MONTOYA MANFREDI, Ulises. El proceso de unificación del Derecho Civil y Comercial en América Latina. En: Gaceta Jurídica.

Legislación, doctrina y jurisprudencia. Tomo VII. W. G. Editor, Lima, 1994; MOSSA, Lorenzo. Per il diritto dell' Italia. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año XLIII. Primera parte, Vallardi, Milán, 1945; MOSSET ITURRASPE, Jorge. Cómo contratar en una economía de mercado. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996. NICOLÒ, Rosario. Riflessioni sul tema dell´empresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile. En: Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni. Año LIV, Primera parte, Vallardi, Milán, 1956; NICOLÒ, Rosario. Voz: Codice civile. En: Enciclopedia del diritto. Vol. VII, Giuffrè, Milán, 1960; OVIEDO ALBÁN, Jorge. Los principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. Su importancia en la armonización y unificación del Derecho Privado. En: Actualidad Jurídica. Tomo 97. Gaceta Jurídica, Lima, 2001; RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Codificación, tecnología y postmodernidad. La muerte de un paradigma. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000. TARELLO, Giovanni. Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y la estructura de los códigos. En: TARELLO, Giovanni. Cultura jurídica y política del derecho. Fondo de Cultura Económica, México DF, 1995. VEGA MERE, Yuri. El derecho del consumidor y la contratación contemporánea. Consideraciones preliminares a favor de la construcción dogmática de los contratos de consumo. En: AA.VV. Contratación contemporánea. Contratos modernos. Derecho del Consumidor. Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2001.

## Derogatoria expresa del Código Civil de 1936

**Artículo 2113.-** ***Derógase el Código Civil promulgado por Decreto Supremo de treinta de agosto de mil novecientos treintiséis, así como las demás leyes que se opongan al presente Código.***

Concordancias:
*C.C. art. I*

CARLOS A. RAMOS NÚÑEZ

### 1. El artículo bajo comentario

Curiosamente, a diferencia, de muchos otros artículos del ordenamiento privatista no ha sido sometido a ninguna reforma. Tampoco podría serlo, sino en el caso de que se pusiera nuevamente en vigencia, como reclaman algunas voces, el Código Civil de 1936. Es más que probable que sea uno de los pocos artículos que no sea modificado hasta cuando, si es el caso, se dicte una nueva normativa civil integral. Dispone, en ese sentido de un curioso privilegio: será la última norma en expirarse junto al código que lo contiene.

### 2. Los antecedentes

El país ha pasado ya por sucesivos códigos civiles. En realidad, hasta la fecha hemos tenido cinco, incluyendo los Códigos del Estado Sud Peruano y del Estado Nor Peruano en tiempos de la Confederación Peruano-Boliviana. Un importante tránsito ha sido también, dada la envergadura de la transformación política y de configuración del nuevo Estado, el tránsito de la Colonia a la Independencia.

#### 2.1. De la Colonia a la República

El Reglamento Provisional expedido por el general José de San Martín en su cuartel general de Huaura, el 12 de febrero de 1821, estipulaba en el artículo 18:

> "Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el ocho de setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, o abrogados por autoridad competente"(1).

#### 2.2. La codificación santacrucina

Los códigos civiles santacrucinos no contemplaron norma alguna referida a la derogatoria del sistema legal del Antiguo Régimen. Sin embargo, debe considerarse que el Título Preliminar de los Códigos civiles Santa Cruz constituye una reproducción *ad literam* de su par napoleónico. Su contenido era: "De la publicación, efectos y aplicación de las leyes en general". En ese sentido, estos Códigos fueron la punta del iceberg en el Perú republicano del movimiento iluminista que insistía en convertir a la ley en fuente hegemónica y excluyente.

(1) QUIRÓS, Mariano Santos de. *Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú desde su Independencia en el año de 1821*. Imprenta de José Masías, 1831, p. 4.

El "absolutismo legislativo"[2], gestado en el mundo ibérico desde las reformas borbónicas, llegaba a su coronación y mayoría de edad con los códigos bolivianos. Si en la Novísima Recopilación y en la doctrina jurídica española del siglo XVIII ya se había afirmado la idea del predominio de la ley sobre la costumbre y la opinión de los doctores[3], la codificación peruano-boliviana oficializó desde entonces esta prevalencia. El mismo papel que en otras experiencias sociales tuvo el Título Preliminar (afirmar a la ley y dotarla de mayor firmeza), cumplieron en nuestro medio los códigos civiles de Santa Cruz. El destierro de la costumbre como fuente obligatoria en una sociedad como la peruana, signada por el pluralismo cultural y la maciza presencia indígena, suponía una suerte de esquizofrenia jurídica, confiriendo a la codificación un carácter marcadamente elitista y etnocéntrico[4]. Recordemos que el *iusnaturalismo* que abrazaba la Ilustración no reparaba en las diferencias etnológicas de los hombres. El individuo no era sino uno, al margen de cualquier consideración histórica o geográfica que lo distinguiera. En consecuencia, una misma legislación podía regir bajo climas diversos.

El artículo 1 del Título Preliminar del Código santacrucino estipulaba: "Las leyes obligan en todo el territorio del Estado, y serán ejecutadas en cada lugar en virtud de su solemne promulgación". Se trata de una réplica del mismo numeral del Código Civil napoleónico, pero con una curiosa nota distintiva, pues, en lugar de referirse a todo el territorio se alude a la voz "en cada lugar". Esa variación respondía a una tradición hispana que hacía depender la vigencia de las leyes reales destinadas para todo el territorio de la aprobación de los fueros. Esconde también el interés de Santa Cruz de no enemistarse con las élites locales, disimulando la imposición compulsiva del Código boliviano en el Perú. Cabe recordar, por otro lado, la impronta religiosa reclamada para la validez de la normas: el juramento que para su observancia debían ejercitar los súbditos del reino. Este requisito formal de validez se hallaba institucionalizado en el Perú. Numerosas cartas constitucionales de la naciente república pasaban por la aprobación, que bajo la forma de juramento, pronunciaban los ciudadanos notables de las distintas provincias[5]. Valdría la pena preguntar si este procedimiento reclamado para las leyes en general, era exigible para los códigos básicos.

(2) Paolo Grossi utiliza el término "assolutismo giuridico" para referirse negativamente al proceso histórico moderno que coloca –con desmedro de la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia– en el centro de la escena a la ley. Véase su *Assolutismo giuridico e Diritto privato*. Giuffrè. Milán, 1998, libro que recoge doce artículos de dicho autor aparecidos en publicaciones periódicas y colectivas.

(3) Vid. RAMOS NÚÑEZ, Carlos. "Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna". En: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro (compilador). *La tradición clásica en el Perú virreinal*. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999, pp. 285-308.

(4) Bartolomé Clavero ha estudiado ese sentimiento de desdén que la Ilustración moderna exhibía frente al pluralismo cultural. Véanse sus artículos: "La idea de Código en la Ilustración jurídica", en *Historia, Instituciones y Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88; "Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, N° 18, Firenze, 1989; "Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, vol. 25, 1994, pp. 81-194. Este último trabajo, bastante ampliado, se encuentra en el libro de CLAVERO, Bartolomé. *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código Ladino por América*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, en el capítulo titulado "Aventuras y desventuras de Napoleón, el Código por América: transplantes ladinos y rechazos indígenas", pp. 141-233.

(5) Este peculiar sistema de promulgación de cuño hispánico no solo abarcaba circunscripciones territoriales, sino incluso ámbitos profesionales y oficios. Así, en la sección de documentos y manuscritos que alberga la Sala Alberto Tauro de la Biblioteca Nacional del Perú, se halla una acta sobre "la Jura de la Constitución por los empleados del Ministerio de Hacienda, presididos por el Dr. H. Unanue", fechada en Lima el 21 de noviembre de 1823 (1823, D. 12054). Otras muchas juras de los textos constitucionales se guardan en dicho repositario, a saber, el Acta de juramento de la Constitución de 1826, suscrita por los vecinos del pueblo de Aucayama (1827, D. 4703); Acta de juramento de la Constitución por los funcionarios de la Dirección General de Estudios, de fecha 22 de octubre de 1856 (1856, D. 8610); Acta de adhesión a la Constitución del Estado, suscrita por los vecinos de la provincia de

De la lectura de los Códigos santacrucinos parece que sí. En efecto, el artículo 1 de las respectivas normas de aprobación, disponía: "El Código Civil, anexo al presente Decreto, será promulgado solemnemente en todas las capitales de Departamento y de Provincia del Estado". Más allá del estilo autoritario y vertical que presidió la promulgación localizada del Código santacrucino, se advierte con facilidad que la dinámica difiere mucho del sistema francés, distanciándose asimismo del moderno mecanismo de sanción legislativa de vocación estrictamente nacional, que delega la voluntad popular en la soberanía del Parlamento y del Poder Ejecutivo. De allí que, en la fórmula contemporánea, la aceptación del pueblo se da por descontada para la entrada en vigor de una norma.

Por otro lado, si el artículo 1 del Código boliviano implícitamente rechaza la costumbre como fuente normativa, también desconoce la derogatoria de la ley por el desuso o *desuetudo*. Esa modalidad tradicional de abrogación, recogida en el Derecho Romano, a través de un texto de Julianus(6), así como en las *Siete Partidas* de Castilla(7), no halla eco en los Códigos santacrucinos. En ellos, la ejecutabilidad de las leyes se torna dependiente "de su solemne promulgación en cada lugar".

### 2.3. Proyecto del Código Civil peruano de 1847

El Título Preliminar, en el que desfilan quince artículos, está expresamente orientado a servir de cobertor legal a todos los códigos, y no solamente al Código Civil en cuyo proyecto se encontraba. No es otra la conclusión si se atiende a la frase que preside el Proyecto: "Título Preliminar a los Códigos". Como es usual en el Derecho moderno de la codificación, el Título Preliminar del Proyecto sitúa a la ley en la cima del sistema jurídico. Prácticamente, todos los artículos de ese apartado –con una u otra excepción–, se ocupan de la vigencia de la ley en el tiempo o en el espacio. Así, por ejemplo, el artículo I establece que "toda ley o mandato legislativo sancionado y publicado conforme a la Constitución prescribe un deber o concede un derecho".

Aun cuando la estructura de los enunciados normativos no siempre postule un deber u otorgue un derecho, para los legisladores la ley era concebida en términos tan obligatorios que no se imaginaba otra cosa que la conformidad o disconformidad de las conducta sociales con la legislación existente. Incluso, en el artículo IV del mismo Título Preliminar se consigna: "Las leyes obligan a todos los habitantes del Perú, los que no pueden dejar de hacer lo que las leyes prescriben, ni practicar lo que prohíben, pero pueden ejercitar el derecho que se les concede". Este galimatías gramatical no busca otra cosa que medir todo comportamiento humano a la luz de la ley positiva.

El Proyecto estipula que pasados doce días de la publicación en el diario oficial, las leyes entrarían en vigencia en la capital de la República, y en las provincias del departamento de Lima. En las provincias del interior la *vacatio legis* tendría una duración de dos meses, y solo recién entraría en vigencia la ley. Se advierte un marcado realismo frente a las condiciones

Chincha y Pisco, de fecha 12 de abril de 1886 (1886, D.7950). El sistema persistiría hasta fines del siglo pasado, pero desaparecerá bajo el imperio de la Constitución leguiísta de 1920.

(6) Cfr. Digesto 1, 3, 33: "Como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan más que por haber sido aceptadas por la voluntad del pueblo, con razón obligará a todos también lo que aprobó el pueblo sin escrito alguno; pues ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad mediante el sufragio o con la misma realidad y los hechos? Por lo que también se ha adminitido con muchísimo acierto que las leyes se abroguen, no solo mediante el sufragio del legislador, sino también, con el consentimiento tácito de todos por desuso".

(7) La ley 6, título II, de la primera Partida establecía que la costumbre, aunque fuera buena, podía desatarse de dos maneras: a) por otra costumbre; b) si fuera sustituída por una ley escrita.

geográficas del país, y en este caso, más allá de consideraciones formalistas, el legislador se muestra sensible a la realidad. Habría sido muy difícil, seguramente, que una ley dictada en Lima y publicada en el Diario Oficial, pudiera ser conocidas en provincias como Puno, Ayacucho, Chachapoyas, o Tarapacá, al día siguiente de su publicación[8]. El Proyecto se aferra, asimismo, al dogma de la irretroactividad de las leyes (art. III). Implícitamente acoge la teoría de los derechos adquiridos. La postura del Proyecto se revela tan radical como impracticable, puesto que abraza no solamente al Derecho Civil, sino también a otros cuerpos legales. Esa suerte de "Título Preliminar a todos los Códigos" haría inviable, por ejemplo, la retroactividad en Derecho Penal donde, como se sabe, constituye uno de los pilares de las teorías garantistas, que procuran favorecer a los reos con la pena más benigna. El purismo frente a la teoría de los derechos adquiridos distraía al legislador, y si antes, al regular la *vacatio legis* de la ley, mostraba un criterio razonable; en el punto referido a la retroactividad de las normas prevalecían las convicciones ideológicas de un liberalismo sin matices.

La recusación de otras fuentes formales distintas a la ley se manifiesta de diferentes formas. Por un lado, "los jueces no pueden dejar aplicar las leyes bajo ningún pretexto o excusa, ni juzgar por otras leyes que las de los códigos, y nunca por la costumbre o uso" (art. V). Si por "uso" entendemos a la costumbre judicial, este artículo excluye tanto a la costumbre propiamente dicha como a la jurisprudencia de las cortes. Si el juez advierte duda, oscuridad, contradicción o falta de alguna norma, deben consultar a las Cortes Superiores, y estas a su vez a la Corte Suprema (arts. VII y VIII). No queda muy claro si entre las prerrogativas de las Cortes Superiores y de la Corte Suprema está la de resolver en torno a las dudas, oscuridad, contradicción o falta de alguna ley.

Pareciera que cuando se trata de duda, oscuridad o contradicción, tales prerrogativas estuviesen implícitas. Sin embargo, de la lectura del artículo IX puede concluirse que los tribunales, incluyendo a la propia Corte Suprema, carecen a simple vista de la atribución de colmar lagunas cuando falta alguna ley, pues en tal caso, la Suprema solicitará a las cámaras legislativas integrar tales lagunas "pasándoles el respectivo proyecto". Según el Proyecto, hasta en caso de duda, oscuridad o contradicción, la Corte Suprema está obligada a consultar a las cámaras legislativas, y en su receso al Consejo de Estado (art. X). A la Corte Suprema se le ha confiado actuar como vigilante de la plenitud legislativa del ordenamiento legal, desde que está obligada a dar cuenta a las cámaras legislativas de los defectos que encontrare en la legislación (art. XII).

Probablemente, el artículo más valioso del Título Preliminar desde el punto de vista de la administración de justicia sea la admisión restringida de la equidad. En efecto, el artículo XI establece que mientras se absuelvan las consultas sobre la duda, oscuridad o contradicción, estas "no impedirá el que los jueces resuelvan conforme a los principios de equidad". No obstante, las restricciones de tal facultad, la presencia de una concepción *iusnaturalista* que no se conforma con la sola legislación positiva deja una puerta entreabierta en el reconocimiento a los principios de equidad. En este aspecto el Proyecto de 1847 revela una

(8) En un país como el Perú, en el que las distancias, geografía y medios de comunicación dificultaron históricamente la difusión de los textos legales, el debate sobre la vigencia de las leyes ha sido recurrente. La Constitución de 1979 fijaba en dieciséis días la *vacatio legis*, en tanto que la Constitución de 1993 la establece en veinticuatro horas. Vale la pena señalar que hasta la fecha no hay vuelos diarios a Amazonas, Madre de Dios y muchas otras localidades del país, por lo que no hay modo de que los jueces y más todavía, los litigantes, conozcan el contenido de las normas oficiales el mismo día en que estas se publican. Por otro lado, un término muy dilatado podría dar lugar a la evasión de normas de carácter obligatorio. Tal vez lo más prudente consista en establecer un plazo de vigencia que concilie la realidad geográfica del país con la seguridad jurídica que demanda el cumplimiento oportuno de la ley.

superioridad técnica frente al Código napoleónico, que no llegó a plasmar en fórmulas legislativas el recurso a la equidad.

Lamentablemente, el Código Civil de 1852 eliminó a la equidad como un elemento de integración jurídica (art. 9). El Proyecto insiste en una precisión semántica, cuando en el artículo XIII consigna que "en la palabra hombre se entiende comprendida la mujer, y las disposiciones de la ley abrazan ambos sexos, siempre que ella distinga expresamente". Finalmente, el Título Preliminar se empeñó en intentar todo un programa de codificación, inusual en este tipo de textos legislativos. Tal vez se explique por la necesidad de dotar al país cuanto antes de estos instrumentos legales. Los propios comisionados, por sí, o por presión del gobierno, querían tener a la vista un plan de elaboración de códigos. Su cumplimiento se haría ineludible si se prescribía en el propio Proyecto un programa de este género. Ni siquiera aquí el legislador declinó en su fe en los efectos de ley.

La confianza del legislador ante su fuente más preciada, la ley, lo habría de llevar a considerar, contra toda lógica y evidencia histórica, que "la costumbre o el desuso no derogan las leyes" (art. VI). Cotidianamente nos encontramos ante normas que han sido derogadas por su desuso. Es quizá el artículo más ideológico de todos: ni siquiera figura en el Code, el cuerpo que por antonomasia instaura el imperio de la ley.

El Proyecto del Código Civil no ha hecho suyo el principio de la *ignorantia iuris non escusant* (la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento), al que se afilian los códigos modernos. Si bien el legislador sustrae la norma del Título Preliminar sirviéndose de este procedimiento para que en el campo del Derecho Público la dispensa no puede oponerse, por ejemplo, si se desconocen normas de observancia obligatoria en el Derecho Penal, su incorporación entre los dispositivos interiores del Código Civil, conlleva la dispensa de la ignorancia de la ley "para los efectos civiles" a ciertos sujetos entre los que se hallan "los labradores que viven en despoblado" y "a los pastores que viven errantes en despoblado" (art. 12). Es curiosa la prescripción que con respecto a las mujeres sanciona el Código: "Las mujeres gozan de los derechos que les concede este Código; y están obligadas a lo que prescribe sin que les valga la ignorancia". Tal precepto debe ser aplicable, conforme indica el proyecto, a las mujeres que residen en los centros urbanos. La dispensa alcanzaría solo aquellas mujeres que viven en despoblado y a las mujeres que hubieran contraído matrimonio con maridos que fueran labradores que viven lejos de un conglomerado urbano o que estuvieran casadas con pastores errantes o ubicados lejos de un centro poblado (art. 14). El Proyecto no dispensa del conocimiento de la ley a las mujeres campesinas solteras, convivientes, divorciadas y viudas. Sin embargo, un juez inteligente habría incluido tales situaciones a partir de un simple argumento analógico a *pari* –allí donde hay la misma razón existe el mismo derecho–. La aceptación de esta dispensa ubicaba al Proyecto en un sitial de avanzada en el Derecho comparado de la época, desafortunadamente el Código de 1852 no hizo suya esta propuesta legislativa. Un lacónico artículo estipuló: "Los varones y las mugeres gozan de los derechos, y están sujetos a las obligaciones que establece este Código" (art. 11).

## 2.4. El Código Civil de 1852

El presidente Castilla había dispuesto en la Ley del 21 de diciembre de 1849 que apenas los nuevos códigos "se pongan en observancia, será prohibido en lo absoluto, so pena de nulidad y responsabilidad, fundar los decretos, fallos y sentencias en materia civil en otras leyes, doctrinas, reglas o textos que los artículos de los códigos" (artículo 5). Añadía luego categórico, en el mismo numeral: "Es prohibido igualmente a los abogados y a las partes, citar o apoyar sus recursos, alegatos o informes en otros textos que las citadas disposiciones

de los códigos". Se definía de este modo el monopolio de la ley –de la ley del Código– sobre las otras fuentes normativas. Con un solo decreto se mataba la pluralidad de fuentes que había sostenido al Derecho común. De la misma manera como se limitaban las fuentes formales, Castilla y su Ministro de Justicia, Manuel Ferreyros, restringían la libertad interpretativa de la magistratura consignando el siguiente artículo: "Los jueces no podrán hacer otra interpretación de los artículos, que la que resulte usual y gramatical de sus palabras, bajo la misma pena del artículo anterior" (art. 6). Aquí se planteaba indirectamente el principio *in claris non fit interpretatio*, vale decir, que los textos normativos claros y evidentes no necesitan ser interpretados.

El legislador también preveía la posibilidad de lagunas y el modo de colmarlas: "Cuando los códigos no hayan dispuesto para el caso que juzgue o estén oscuros en su decisión, el juzgado o tribunal que se hallare en tal embarazo, elevará los autos a la Corte Suprema, para que esta declare el principio o regla que no estando comprendida en los códigos, sirva al juez para decidir o para proceder en el pleito consultado, oyendo para el efecto dicha Corte Suprema el informe de dos salas distintas de la corte o cortes superiores que quiera consultar" (art. 7). Conforme la ley del 21 de diciembre de 1849 se creaba un equivalente del *referé legislatif*, confiando esta tarea no al Consejo de Estado, como ocurrió en Francia, sino a la Corte Suprema de la República. Esta se convertía en el cenáculo de las directivas interpretativas en torno a las disposiciones de los Códigos Civil y de Enjuiciamientos Civiles. Debe haber existido un alto grado de confianza política en dicho órgano para que un soberano aprehensivo como Castilla dejase en manos de la Corte Suprema esa tarea. En efecto, el artículo 8 de la mencionada ley, dejaba abierta un amplio abanico de mecanismos de integración de las lagunas a discreción del tribunal más alto de la justicia peruana: "La Corte Suprema para hacer la declaratoria de que habla el artículo anterior, se apoyará en los principios de jurisprudencia, en las reglas del Derecho común y en la equidad natural, sin hacer uso de los textos, de las compilaciones de leyes hoy vigentes; pudiendo los letrados en tales casos apoyar sus defensas en los mismos principios".

El formalismo del legislador encuentra en este punto un límite crucial: el Derecho Natural. De haber abrazado la política legislativa de Castilla un rígido esquema legalista, simplemente habría recurrido a operaciones analógicas de autointegración legislativa, pero no. El legislador acude a mecanismos de integración heterónoma que no se sitúan en el plano de un sistema legal herméticamente cerrado, sino en esferas que rebasan la frontera legal (los principios de jurisprudencia y las reglas del Derecho común) y que rebasan incluso el plano jurídico (la equidad natural).

Llama la atención igualmente que se conceda a la defensa el uso de las mismas operaciones de integración heterónoma de las lagunas legales. Solo es posible explicar esta postura a partir del entroncamiento visible de la codificación moderna –que el legislador juzgaba natural por el contexto histórico y la práctica judicial y forense– con la cultura jurídica del *Ius Commune*, habituada al recurso de fuentes no siempre legislativas. Sin embargo, la recurrencia a "los principios de la jurisprudencia", a "las reglas del Derecho común" y a "la equidad natural" debía de regirse por ciertas solemnidades. No era una concesión gratuita y sencilla, de extendida aplicación. Se trataba de una situación límite. De allí que el legislador tome sus precauciones: "La declaración de la Corte Suprema en los casos del artículo anterior, no servirá sino para decidir o proceder en el caso consultado, hasta causar ejecutoria, después de seguidas las instancias y trámites establecidos. Pero se cuidará por la misma Corte Suprema de solicitar del cuerpo legislativo disposiciones generales para llenar estos vacíos, sometiéndole al efecto en sus primeras sesiones una memoria de los casos en que haya habido necesidad de

las consultas" (art. 9)[9]. Se procura, como es obvio, desalentar una posible práctica repetida de esta atribución conferida a la Corte Suprema, pero recortada inmediatamente después.

La confianza política del presidente Castilla hacia la Corte Suprema, no obstante sus conocidas aprehensiones respecto a este órgano, no desaparecerían con el tiempo. La Ley del 22 de noviembre de 1850, dictada un año después, acusa nuevamente la persistencia del gobernante de premunirla del papel de *referé legislatif*. En el sétimo considerando de esta ley, se lee: "Que entre tanto, el mismo cuerpo legislativo, en los artículos 7, 8 y 9 de la Ley [del 21 de diciembre de 1849], ha previsto el remedio para los casos de insuficiencia u oscuridad de los códigos, autorizando a la Corte Suprema para que establezca o declare principios y reglas, cada vez que las cortes superiores o los juzgados necesiten recurrir a ella consultando sobre las dudas y embarazos que se susciten en el seguimiento de los pleitos".

Esta plena confianza en el tribunal de mayor jerarquía de la administración de justicia del país se conecta ciertamente con la presencia de jueces de su entera confianza. Resulta preciso recordar al lector distraído que las reformas de la judicatura en el país se inician con la República y no consisten sino en el cambio y recambio de los elementos que componen los órganos judiciales, según su grado de adhesión o rechazo al gobierno de turno. De manera que no se hallan en juego consideraciones puramente teóricas. Por el contrario, la coyuntura política más deleznable tiene aquí un papel imprescindible. Fenecido el gobierno de Castilla e instaurado el de Echenique, como por encanto esa fe en la Corte Suprema se desvanece. Así, el Código Civil promulgado por el régimen de Echenique borra de un plumazo la figura del *referé legislatif*. Las reglas no serían otras que las estipuladas en el Código y, más específicamente, en el Título Preliminar.

Uno de los compiladores de las leyes, decretos y órdenes del Perú republicano, Juan Oviedo, tomó el cuidado de aclarar que las leyes del mariscal Castilla en torno a la valoración de las fuentes y a los mecanismos de integración de las lagunas habían sido derogadas, en virtud de los artículos VIII y X del Título Preliminar del Código Civil, así como por los artículos 1821, 22, 23 y 24 del Código de Enjuiciamientos Civiles, recientemente promulgados. ¿Qué estipulaban estas normas en materia de integración? El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil de 1852 establecía que "los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes, ni juzgar sino por lo dispuesto en ellas".

De esta manera se consolidaba la preeminencia de la ley sobre las otras fuentes formales como la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre. Solo la ley nada más que la ley. Este precepto en torno a la obligatoriedad de la magistratura a aplicar el texto legislativo contenido en el Código, partía de una idea cara a la Ilustración, conforme a la cual un código trata de ser una ley completa y omnicomprensiva, en la cual quedan regulados todos los problemas de la materia unitariamente acotada, exactamente igual que un tratado de geometría, un código no puede quedar interrumpido.

Afirmados los axiomas básicos y los principios básicos debe procederse por vía deductiva hasta las consecuencias particulares. Una vez acotada la materia a tratar (a saber, el Derecho Civil) se establecen los principios generales, y de esas normas más amplias se infieren deductivamente todas las demás, de modo que en el Código quede contenido toda una rama del Derecho. Los ilustrados, a partir de un criterio racional y optimista, creían que este propósito de exhaustividad, de totalidad, era realizable. Pero, como anotaba Francisco Tomás y Valiente,



(9) OVIEDO, Juan. *Colección de leyes, decretos y órdenes*. Tomo 10, pp. 105-106.

"en épocas posteriores el código ha reducido su pretensión y se ha conformado con regular tan solo los *principales y más generales problemas* de un sector del ordenamiento jurídico"[10].

La figura del *referé legislatif*, que el presidente Castilla había incorporado tanto en la Ley del 21 de diciembre de 1849 como en el Decreto del 22 de noviembre de 1850, como atribución de la Corte Suprema –que ante la oscuridad o insuficiencia de las leyes– podía apelar a "los principios de la jurisprudencia", a "las reglas del Derecho común" y a la "equidad natural", se convierte en la versión final del Código Civil de 1852 en una facultad del Parlamento. Se lee en el artículo X del Título Preliminar que "las consultas [propuestas por los jueces] se elevarán al Poder Legislativo, por la Corte Suprema, con el respecto informe favorable o adverso". La Corte Suprema pierde, pues, el papel directriz que se le había asignado en materia de interpretación. Solo "está obligada a dar cuenta al Congreso, en cada legislatura, de los defectos que notara en la legislación" (art. XI). Se extiende a esta misma obligación de dar cuenta de las omisiones legislativas a los jueces y tribunales superiores, los cuales, naturalmente no podrán recurrir directamente al Congreso, sino por intermedio de la Corte Suprema (art. XII).

El Código peruano supera al francés en un punto esencial de la teoría del Derecho, puesto que mientras que el artículo cuarto del *Code* se limita a expresar que "el juez que se rehusara a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de delegación de justicia", sin mencionar los medios a los que debe recurrir el juzgador; aquel, con gran acierto ofrece ciertas pautas: "Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos, resolverán atendiendo: 1º, al espíritu de la ley; 2º, a otras disposiciones sobre casos análogos, y 3º, a los principios generales del Derecho".

El Código nacional en este aspecto sigue –y perfecciona– parcialmente al Código Civil austríaco de 1811, que consignaba: "Si la ley no es aplicable enteramente a un hecho, el juez tomará en consideración los casos análogos, los motivos y, en defecto de estos, los principios de Derecho Natural y las circunstancias" (art. VII del Título Preliminar). Esta norma sobre integración de las lagunas jurídicas, es quizás una de las más destacadas de nuestro antiguo ordenamiento civil Su influencia en los códigos latinoamericanos posteriores es inocultable. Debe tenerse en cuenta que el Código peruano es el primero en América Latina en recurrir a estos mecanismos de heterointegración. Ya el *Proyecto del Código Civil para la República del Perú* de 1847, había estipulado que sin perjuicio de las consultas a la Corte Suprema y a las Cámaras Legislativas (art. X), los jueces debían colmar las lagunas "conforme a los principios de la equidad"[11].

Todo el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1852, del mismo modo que el Título Preliminar del *Code*, procura determinar con claridad la centralidad de la ley en el ámbito del sistema jurídico. Se encuentra semejanzas saltantes en casi todo el articulado del Título Preliminar. Es fácil colegir que el legislador peruano copia *ad literam* al Código galo. Por ejemplo, el artículo primero que estipula que "las leyes obligan en todo el territorio de la República", el artículo segundo que establece que "la ley no dispone sino para lo venidero y que no tiene carácter retroactivo", el artículo cuarto que prescribe que "las leyes de policía y

(10) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho Español*. 4ª edición, 3ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1988, p. 467.

(11) *Proyecto del Código Civil para la República del Perú*, p. III.

de seguridad obligan a todos los habitantes del Perú" son exactamente iguales a los numerales 1, 2 y 3 del *Code* napoleónico, respectivamente.

La ascendencia del Iluminismo legalista en el Código peruano es más categórica que en el francés al incluir una norma que no figura en el texto galo: "Las leyes no se derogan por la costumbre ni por el desuso" (art. VI del Título Preliminar). Nuestro Código así, en este punto, como anota León Barandiarán, "se confesó más racionalista, dogmático y adscrito al *jus scriptum*, que el napoleónico"[12]. Ello suponía la primacía de la ley sobre la costumbre. Esquizofrenia jurídica para un país marcado por el pluralismo cultural y la masiva presencia indígena.

Los ilustrados asumieron que la ley era el único vehículo para la configuración del fenómeno jurídico, a la vez que subestimaban la costumbre, a la que describían como el producto de un pasado irracional, obra anónima, popular y desprovista de las luces de que eran portadores tan solo filósofos cultos y legisladores iluminados. Bentham, hacia 1802, escribió sobre el particular: "El Derecho escrito es el único que puede merecer en verdad el nombre de ley. El Derecho no escrito –decía– es propiamente hablando tan solo un Derecho conjetural, una ficción de la ley. En la base de la ley escrita hay algo seguro, manifiesto: hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de voluntad y se conoce perfectamente la época de su nacimiento. El Derecho no escrito no tiene nada de eso. Se desconoce su origen, crece continuamente, nunca puede estar terminado y se modificado sin que nadie se aperciba de ello [...]. La gran utilidad de la ley es su certidumbre"[13]. En consecuencia, solo los códigos generan seguridad jurídica, certeza acerca de lo que es Derecho vigente, máxime cuando son pocos, breves y de fácil lectura. No ocurre lo mismo con el Derecho consuetudinario, contenido –cuando lo está– en recopilaciones ilegibles y contradictorias.

## DOCTRINA

QUIRÓS, Mariano Santos de. Colección de leyes, decretos y órdenes publicadas en el Perú desde su Independencia en el año de 1821. Imprenta de José Masías, 1831; GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e Diritto privato. Giuffrè, Milán, 1998; RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Consideración de la costumbre en la doctrina jurídica virreinal. De la valoración clásica a su impugnación moderna. En: HAMPE MARTÍNEZ, Teodoro (compilador), La tradición clásica en el Perú virreinal. Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1999; CLAVERO, Bartolomé. La idea de Código en la Ilustración jurídica. En: Historia, Instituciones y Documentos. 6. 1979; CLAVERO, Bartolomé. Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio. En: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. N° 18, Firenze, 1989; CLAVERO, Bartolomé. Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América. En: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Vol. 25, 1994; CLAVERO, Bartolomé. Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código Ladino por América. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000; OVIEDO, Juan. Colección de leyes, decretos y órdenes. Tomo 10, Proyecto del Código Civil para la República del Perú de 1847; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Manual Historia del Derecho Español. 4ª edición, Tercera reimpresión. Tecnos, Madrid, 1988; LEÓN BARANDIARÁN, José. Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico.

(12) LEÓN BARANDIARÁN, José. "Estudio comparativo del Código Civil de 1852 y el Código napoleónico". p. 258.
(13) Vid. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Ob. cit., p. 471.

# CAPÍTULO SEGUNDO
# Disposiciones transitorias

## Disposiciones sobre derechos civiles

**Artículo 2114.-** *Las disposiciones relativas a los derechos civiles consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú se aplican a partir del trece de julio de mil novecientos setentinueve.*

Concordancias:
*C. arts. 2, 3*

MANUEL MURO ROJO / HENRY HUANCO PISCOCHE

### 1. Alcances de la norma

Esta norma, como toda norma transitoria, ha sido prevista para solucionar los conflictos que puedan surgir al momento de aplicar las normas en el tiempo. En ese sentido, este artículo señala que las disposiciones relativas a los derechos civiles que contenga el Código Civil, y que a su vez estén comprendidos en el artículo 2 de la Constitución de 1979, se aplican a partir del 13 de julio de 1979. Esta fecha fue consignada en atención a que fue a partir de entonces que la Constitución de 1979 entró en vigencia, pues la promulgación del Código Civil vigente se realizó estando en vigencia la anterior Constitución.

En efecto, existen algunos derechos civiles que antes de la vigencia del Código Civil ya habían sido previstos por la Constitución; tales derechos no entraron en vigencia con el Código de 1984 sino desde la vigencia de la Constitución de 1979. Ahora bien, uno de los rasgos característicos del Código Civil vigente, y que lo distingue del Código de 1936, es la forma en que los derechos civiles han sido abordados. Como se recordará, el Código derogado no otorgaba un trato prolijo a estos derechos; el Código Civil vigente, por el contrario, destina gran cantidad de artículos a los derechos civiles, lo cual constituye una de sus bondades más conspicuas.

Es en razón a ello que el Código Civil de 1984 ha previsto más derechos de los consagrados en la Constitución, lo cual encuentra perfecta sintonía con lo establecido en el artículo 3 de esta, pues señala: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma Republicana de gobierno".

### 2. Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional

El artículo bajo comentario constituye además una clara intención del legislador civil de concordar los supuestos regulados por el Código Civil con los de la Constitución. Las relaciones entre ambas ramas del Derecho no siempre han sido pacíficas; así por ejemplo, hace casi un siglo, respecto a esta relación, Scialoja había expresado: "El Derecho Civil, el hecho penal, la novela mercantil y la nada constitucional" (LEÓN HILARIO, p. 6); frases que sin duda alguna demuestran la "rivalidad" existente entre dichas ramas del Derecho.

Se ha dicho, y con razón, que el Código Civil es la norma más importante dentro del sistema jurídico, aunque no la de mayor jerarquía. Se dice que es la más importante, pues las materias reguladas por aquel están más cerca de los ciudadanos, es decir, mientras que la Constitución regula los poderes del Estado, el régimen político (supuestos que no afectan inmediata y directamente la vida de las personas); el Código Civil regula las situaciones de la vida cotidiana, como es la celebración de un contrato, el matrimonio, la herencia, problemas de responsabilidad civil, etc.

Un punto de claro encuentro entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional es el Título Preliminar del Código Civil. Así, se afirma que se ha utilizado "(...) el Título Preliminar del Código Civil para demostrar la pérdida del papel central de dicho texto legal y las influencias que la Constitución tiene en este" (LEÓN HILARIO, p. 6). Más aún, al parecer su importancia escaparía del ámbito privado, pues "(...) es ya incuestionable la prevalencia de las normas del Título Preliminar, pues los criterios doctrinales se han unificado con los jurisprudenciales en cuanto que opera en todo el ámbito del Derecho, sea Privado o Público, pues su articulado se vincula a todo el ordenamiento jurídico" (VIDAL RAMÍREZ, p. 120; RUBIO CORREA, p. 22).

Respecto del tema descrito, surge un problema ya advertido por nuestra doctrina nacional, el cual cuestiona la permanencia del Título Preliminar, ya que todas sus normas están ya reguladas en la Constitución (VEGA MERE, p. 43-C; ESPINOZA ESPINOZA, p. 27). Sin embargo, tal cuestionamiento, a decir de los autores citados, no debe merecer mayor preocupación, pues "El Título Preliminar del Código Civil, además de la necesidad de su mantenimiento dentro de este cuerpo de leyes sujeto a revisión, debe ser la sede legislativa que permita la consagración de principios que muy posiblemente no podrán ser recogidos en una Constitución. No solo se debe respaldar su presencia; también debe ser enriquecido" (VEGA MERE, p. 48-C).

Por lo expuesto, "(...) no puede desconocerse que la Constitución ejerce influencia sobre el Derecho Privado, tanto de un modo indirecto como de un modo directo" DE CASTRO, p. 297), sin embargo consideramos que es conveniente delimitar las funciones de cada una: la Constitución debe mantener su rol como norma que establece los lineamientos y bases sobre los cuales se funda el sistema político, además debe reconocer los derechos de las personas; el Código Civil, por su parte, debe desarrollar esos derechos reconocidos para que los mismos encuentren una adecuada e integral tutela por el ordenamiento jurídico en general.

## DOCTRINA

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. El Derecho Civil constitucional. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1991; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El Derecho Civil y la Constitución; ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. PUCP, Lima, 2003; HESSE, Konrad. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Cuadernos Cívitas, Madrid, 2001; LEÓN HILARIO, Leysser. La "constitucionalización" del Derecho Privado. En: Suplemento de análisis legal de El Peruano (23/11/2004). RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. PUCP, Lima, 1993. VEGA MERE, Yuri. ¿Debe mantenerse el Título Preliminar del Código Civil frente a la absorción de su contenido por la constitución de 1993? En: Gaceta Jurídica. Tomo B, N° 39; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. La importancia y trascendencia del Título Preliminar del Código Civil. En: Revista Advocatus. N° 5, Lima, 2001.

## Eficacia de los registros parroquiales

**Artículo 2115.-** ***Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores.***

Concordancia:
*C.C. art. III*

**JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO**

Este artículo tiene como antecedente el artículo 1827 del Código Civil de 1936, el cual establecía, entre otros aspectos, que las partidas de los Registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes de la vigencia del citado Código conservaban la eficacia que le atribuían las leyes anteriores.

De la redacción del artículo en comentario, se puede colegir que a partir del 14 de noviembre de 1936 tienen eficacia jurídica los hechos que se inscribieron en los Registros Civiles, vale decir, el nacimiento, reconocimiento, matrimonio, defunción, etc. En consecuencia, desde la vigencia del Código Civil de 1936, tales hechos no pueden ser acreditados con la presentación de la partida expedida por un Registro parroquial, salvo que se pruebe mediante la certificación respectiva, la inexistencia del Registro de Estado Civil en el lugar correspondiente, tal como lo establecía el artículo 1827 del Código Civil de 1936.

Cabe mencionar que los nacimientos, matrimonios y defunciones extendidas en los libros parroquiales fueron considerados, por el inciso 3 del artículo 400 del Código de Procedimientos Civiles, como instrumentos públicos.

No obstante, en cuanto a la acreditación del estado de casados a través de partidas parroquiales debe tenerse presente que el matrimonio religioso solo generó efectos civiles hasta el 4 de octubre de 1930, fecha en la cual se promulgó la Ley Nº 6889.

Esta ley dispuso como presupuesto para la eficacia de los matrimonios que se celebren en la forma como lo estableció la Ley del 23 de diciembre de 1897, exigiendo, además, que se presente como requisito del matrimonio religioso el certificado del matrimonio civil. Igualmente la ley sancionaba con uno a seis meses de prisión a los párrocos, pastores y sacerdotes que no cumplieran con exigir tal requisito. Tal sanción fue dejada sin efecto por el Código Civil de 1936.

La Ley del 23 de diciembre de 1897 autorizó el matrimonio civil de las personas que no profesaban la religión católica, es decir, de aquellas que la Iglesia les negó la licencia para casarse por tener disparidad de culto.

Igualmente, declaró la validez de las inscripciones realizadas hasta la fecha de su promulgación (23 de diciembre de 1897) en los Registros de Estado Civil de los matrimonios de las personas no católicas.

Por lo expuesto, se puede advertir que antes de esa fecha (23 de diciembre de 1897) no existía para las personas otro matrimonio que el religioso, el cual para tener plena validez legal tenía que celebrarse con las formalidades establecidas por la Iglesia en el Concilio Trento, tal como lo disponía el artículo 157 del Código Civil de 1852.

En consecuencia, las partidas parroquiales en las que se dejó constancia de la celebración de matrimonios religiosos celebrados hasta el 4 de octubre de 1930 conservaron su validez legal a efectos de acreditar dicho estado. Por el contrario, las partidas parroquiales que certifican la celebración de matrimonios religiosos con posterioridad son considerados solo como un documento simple sin ningún valor legal, que ante la ausencia del matrimonio civil, podría acreditar conjuntamente con otros documentos la existencia de una unión de hecho.

## DOCTRINA

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar peruano. 10ª edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1999.

## JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA

No procede declaración de heredero por partida de bautizo emitida después del 14 de noviembre de 1936

*Que, en lo concerniente a causal por aplicación indebida del inciso 6 artículo 219 del Código Civil, al respecto el artículo 831 inciso 2 del Código Procesal Civil establece como requisito de la demanda de sucesión intestada el que se recaude, entre otros, copia certificada de la partida de nacimiento del presunto heredero, o documento público que contenga el reconocimiento o la declaración judicial, si se trata de hijo extramatrimonial. En el presente caso, la sucesión intestada presentada por el demandado {...} ante la notaría pública {...} fue recaudada únicamente con la partida de bautismo que se realizó el treinta y uno de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, fecha posterior a lo establecido en el artículo 2115 del Código Civil; por consiguiente no resultaba admisible que el notario demandado proceda a declarar a {...} heredero de don {...}, incurriendo en causal de nulidad previsto en el artículo 219 inciso 6 del Código Civil (Cas. Nº 4464-2008-Lima).*

## Igualdad de derechos sucesorios

**Artículo 2116.-** *Las disposiciones de los artículos 818 y 819 se aplican a los derechos sucesorios causados a partir del veintiocho de julio de mil novecientos ochenta.*

Concordancias:
*C.C. arts. 818, 819*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

En cuanto a los hijos se refiere, la legislación civil peruana protege tanto a los hijos habidos en el matrimonio como los extramatrimoniales, al considerar que todos tienen igual derecho a heredar.

La sucesión legal de los hijos, bajo el régimen del Código Civil anterior, de 1852, se basó en la diferencia de derechos sucesorios entre los hijos legítimos e ilegítimos. Eran hijos ilegítimos los no nacidos del matrimonio ni legitimados, comprendiéndose asimismo como ilegítimo al hijo natural, esto es, al hijo concebido en tiempo en que los padres no tenían impedimento para casarse. De los naturales, unos estaban reconocidos por el padre y otros no, especificándose que los derechos concedidos por el Código a los primeros no se adquirían por sentencia en que se declarara la paternidad. Los hijos naturales reconocidos por el padre eran herederos forzosos, correspondiéndoles en conjunto la quinta parte de la herencia cuando concurrían con los descendientes legítimos. En otras palabras, no todos los hijos ilegítimos heredaban; solamente los naturales y siempre que hubieren sido reconocidos por el padre, y en una porción exigua (FERRERO COSTA).

De los hijos ilegítimos, conforme al Código de 1852, solo los hijos naturales reconocidos eran los únicos que tenían derecho a heredar. Esta diferencia era tal, que cuando en el Título XVIII denominado "De la sucesión legal", el artículo 874 decía que: "Los hijos heredan por partes iguales", se refería solo a los legítimos. Para quienes no lo son, hay en ese Código un título especial, el Título XIX, que comienza con el artículo 891, según el cual: "Los hijos ilegítimos no tienen ningún derecho de suceder en los bienes del padre, ni en los de los parientes de este; excepto los naturales reconocidos, que gozarán de los derechos que este Código les concede" (LANATTA).

Un avance comparativo al regulado en el Código Civil de 1852 se logra en el derogado Código Civil de 1936, el cual consagró en el artículo 761 que: "Los hijos si son todos legítimos o todos ilegítimos, heredan por partes iguales. Los demás descendientes, solos o en concurrencia con hijos heredan por estirpes", mientras que en el artículo 762 expresó que: "Si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibiría la mitad de lo que reciba cada legítimo", precisando luego en el artículo 763 que: "Los hijos ilegítimos que heredan son los reconocidos voluntariamente o por sentencia, respecto a la herencia del padre y los parientes de este, y todos, respecto de la madre y los parientes de esta". Con esta clasificación de hijos en legítimos e ilegítimos se eliminó la noción de hijo natural. Y, por otro lado, se amplió el ámbito de los derechos –entonces limitados– a todos los hijos ilegítimos, nacidos fuera del matrimonio, hayan sido reconocidos voluntariamente o declarados judicialmente como tales.

La consagración de la igualdad de derechos de los hijos se alcanzó con la Constitución Política de 1979 en su artículo 6, segundo párrafo. Por ello, a partir de su entrada en vigor el 28 de julio de 1980, se suprimió la distinción elaborada por el Código Civil de 1936 en

relación con los hijos legítimos y los hijos ilegítimos, ya hayan sido estos reconocidos voluntariamente o declarados mediante sentencia judicial.

Asimismo, Rubio Correa indicó que esta norma constitucional prohíbe las diferencias que el Derecho estableció en el pasado entre los hijos. De ellas, la más importante y duradera fue la que se refirió a la naturaleza de hijos legítimos o ilegítimos de que hablaba el Código de 1936, o de hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales de que hablaba el Código de 1984. En el primer caso, las normas discriminaban efectos entre unos y otros por decisión del legislador (lo que básicamente estaba referido a derechos hereditarios), en tanto que en el segundo caso la diferencia se hace con la finalidad de abordar los distintos problemas que el Derecho debe resolver por la naturaleza de la relación de los padres entre sí y, a partir de ella, por la naturaleza de la relación de los hijos con cada padre y con la pareja (RUBIO CORREA).

Así, en las sucesiones abiertas a partir del 28 de julio de 1980, en cuanto al derecho hereditario de los hijos se aplica la aludida norma constitucional de la Carta Magna de 1979, la misma que derogó implícitamente lo dispuesto en el artículo 762 del Código de 1936, que diferenciaba los derechos sucesorios de los hijos.

El Código Civil vigente de 1984 expresa en el artículo 818 que: "Todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios respecto de sus padres. Esta disposición comprende a los hijos matrimoniales, a los extramatrimoniales reconocidos voluntariamente o declarados por sentencia, respecto a la herencia del padre o de la madre y los parientes de estos, y a los hijos adoptivos". Esta norma plasma en el Código Sustantivo el precepto constitucional de la igualdad de los hijos, que también contiene la Carta Constitucional de 1993.

Mención especial es la referencia que se hace al artículo 819, cuyo texto refiere que: "La misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes. Estos heredan a sus ascendientes por cabeza, si concurren solos, y por estirpe, cuando concurren con hijos del causante". En el citado artículo 761 del Código de 1936 se señalaba que: "Los hijos si son todos legítimos o todos ilegítimos, heredan por partes iguales. Los demás descendientes, solos o en concurrencia con hijos heredan por estirpes".

Los hijos del causante le heredarán siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales. Los nietos y demás descendientes heredarán por derecho de representación, y, si alguno hubiese fallecido dejando varios herederos, la porción que le corresponda (al representado) se dividirá entre estos por partes iguales. La llamada a descendientes que no sean hijos se hace por la vía del derecho de representación (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Lanatta, al comentar la segunda parte del artículo 761 del Código Civil de 1936, refiere que la regla se hace extensiva a todos los casos en que suceden estos descendientes "solos o en concurrencia con hijos". Por consiguiente, si al causante le suceden solamente nietos, todos los cuales tienen igual grado de parentesco con él, siendo la sucesión por estirpes, no reciben partes iguales, sino que reciben menos los hijos de familias numerosas y reciben más los hijos únicos, o los que tienen pocos hermanos (LANATTA).

En cuanto a esta norma comentada se refiere, debe tenerse en cuenta que tanto la jurisprudencia como la doctrina reconocieron, durante la vigencia del artículo 762 del Código derogado, que la diferenciación dispuesta en él no alcanzaba a los demás descendientes que heredaban por estirpes, tanto en la representación sucesoria en la línea descendente como en la colateral. Por tanto, en cuanto a la igualdad de derechos de los demás descendientes que enuncia el artículo 819 rige desde la entrada en vigor del Código de 1936 y no desde el 28 de julio de 1980, como erróneamente señala el artículo 2116 (FERRERO COSTA).

## DOCTRINA

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: análisis comparado Konrad-Adenauer-Stiffung, Lima, 1996; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV: Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 7ª edición revisada y puesta al día. Tecnos, Madrid, 1998; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III, PUCP, Lima, 2003; FERNÁNDEZ ARCE, César et al. Derecho de Sucesiones. Materiales de enseñanza. Tomos I y II, PUCP, Facultad de Derecho, Lima, 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Tomo II: La sucesión testamentaria. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

#### Igualdad de derechos sucesorios

*Que, el veintidós de julio de mil novecientos ochentiocho y el veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventidós, doña (...) viuda de (...) donó dos lotes de terreno de su propiedad a dos de sus hijos: (...) y (...), respectivamente. Que, doña (...) viuda de (...) tenía otros hijos quienes consideran que hay un desmedro económico en perjuicio de ellos respecto a los lotes de terreno que su madre ahora fallecida donó en vida a favor de solo dos de sus hijos, por lo que ahora demandan la nulidad del acto jurídico e instrumentos respecto a las donaciones efectuadas por su madre (...) a favor de sus hermanos (...). Que, la resolución de vista ha establecido entre sus fundamentos que se ha probado con la sentencia de sucesión intestada que la causante (...) tuvo varios descendientes con derecho sucesorio, por lo que la causante estaba prohibida de dar en donación más de lo que podía disponer por testamento, debiendo de haber tenido en cuenta que todos los hijos tienen iguales derechos sucesorios" (Cas. N° 64-98-Cusco).*

## Ley aplicable a derechos sucesorios

**Artículo 2117.-** ***Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto este lo permita.***

Concordancias:
*C.C. art. 660*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

La vigencia de las normas de sucesiones en el tiempo dependerán de la fecha en que se apertura el proceso sucesorio, esto es, a partir del momento en que el causante fallece.

El Código Civil de 1936 expresó en su artículo 1830 que: "Los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor este Código, se regirán por las leyes anteriores. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará conforme al presente Código; pero se cumplirán en cuanto este lo permita las disposiciones testamentarias".

La norma comentada de nuestro Código Civil vigente reconoce la aplicación de las normas vigentes a la fecha de la ocurrencia del fenómeno sucesorio, esto es, la muerte del *de cujus*. Ya sea que falleció *ab intestato*, sin testamento o con testamento, tanto en uno como en otro caso, el Código Civil aplicable será el que estaba vigente a la fecha del fallecimiento del causante.

Habiendo entrado en vigor el Código Civil el 14 de noviembre de 1984, podrían suscitarse dudas al tratar de saber si sus disposiciones priman o no sobre las del Código derogado de 1936, pero el artículo 2117 del nuevo Código impide todo conflicto sujetando la aplicación de uno u otro cuerpo de leyes a la fecha de apertura de la sucesión (ECHECOPAR).

Mención especial merecen los derechos sucesorios de los hijos, ya que estando vigente el derogado Código Civil de 1936, a partir del 28 de julio de 1980 se consagró la igualdad de derechos de los hijos independientemente de su origen. Eliminándose así la distinción habida entre los derechos hereditarios de los hijos legítimos y los hijos ilegítimos. Por consiguiente, las aperturas de sucesión ocurridas porque el causante falleció en cualquier fecha posterior o incluso el 28 de julio de 1980, se regulan por la norma constitucional de la igualdad de derechos de los hijos.

## DOCTRINA

ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III, PUCP, Lima, 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Tomo II: La sucesión testamentaria. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Volumen IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

# JURISPRUDENCIA

## CORTE SUPREMA

### Aplicación del artículo 2117 del Código Civil

*Que, el artículo 2117 del Código Civil, señala que "los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto este lo permita". Marcial Rubio, al respecto, señala que son derechos adquiridos "aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien lo tenemos" (Para leer el Código Civil III, Pontificia Universidad Católica del Perú, pagina sesenta). Que, en el caso concreto, se tiene que doña (...) falleció el once de julio de mil novecientos setenta y cinco, y que don (...) falleció el nueve de enero de mil novecientos ochenta y uno, esto es cuando aún se encontraba en vigencia el Código Civil de mil novecientos treinta y seis; pues el Código vigente (mil novecientos ochenta y cuatro), recién entró en vigencia el catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro; en tal sentido, resulta de aplicación a la presente controversia el artículo 2117 del Código Civil* ***(Cas. N° 5101-2008-Lima).***

## Revocación del testamento cerrado

**Artículo 2118.-** ***El testamento cerrado otorgado según el régimen anterior a este Código que estuviere en poder del testador o de cualquier otra persona, se considera revocado si el testador lo abre, rompe, destruye o inutiliza de otra manera.***

Concordancia:
*C.C. art. 699 y ss.*

**Emilia Bustamante Oyague**

El testamento cerrado es el que otorga el testador en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que contiene su última voluntad (FERRERO COSTA).

Una de las formalidades de esta clase de testamentos es que el documento que contiene la manifestación de voluntad del testador debe ser colocado en un sobre, debidamente cerrado y con una cubierta. El sobre que contiene el testamento debe ser entregado a un notario en presencia de dos testigos hábiles, quien extenderá en la cubierta del sobre un acta en la que constará el otorgamiento del mismo y su recepción por el notario. Acta que debe ser firmada por el testador, el notario y dichos dos testigos.

De modo, entonces, el testamento cerrado integra dos actos complementarios: el testamento mismo y el acta de la cubierta que constituye un instrumento público (ZANNONI).

Así, el testamento cerrado conforme a las normas del Código Civil debe permanecer en custodia del notario hasta que ocurra la muerte del testador, y se le sea solicitada la entrega de dicho documento al juzgado civil competente o al despacho notarial del lugar donde fue el último domicilio del causante a efectos de conocer el proceso de comprobación judicial y protocolización de testamento cerrado.

Conforme al derogado Código Civil de 1936, una vez terminado el acto del otorgamiento del testamento cerrado mediante acta ante notario y cinco testigos, el testamento cerrado era devuelto por el notario al testador, quien podía conservarlo en su poder o confiar su custodia a quien crea conveniente, inclusive al mismo notario si este accedía a ello.

Para el Derecho Sucesorio, la revocación es la declaración de voluntad del testador por la que determina la ineficacia del anterior negocio jurídico testamentario y puede conceptuarse como un negocio jurídico en cuanto da lugar a unos efectos que son queridos por el revocante (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Siendo uno de los caracteres jurídicos del testamento su revocabilidad, en este artículo 2118 del Código Civil se regula un hecho del testador al que la ley le atribuye efecto revocatorio por presumir que mediante dichos actos el testador ha expresado tácitamente su voluntad de dejar sin efecto el testamento cerrado que tenía en su poder (LANATTA).

Así, respecto al testamento cerrado que fuera otorgado al amparo de las normas del derogado Código Civil de 1936, se entiende que queda revocado si el mismo testador lo abre, rompe, destruye o inutiliza de otra manera.

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones. 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 7ª edición revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1998; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III, Lima, PUCP, 2003; FERNÁNDEZ ARCE, César et al. Derecho de Sucesiones. Materiales de enseñanza. Tomos I y II. PUCP, Facultad de Derecho, Lima, 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Tomo II: La sucesión testamentaria. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; MAFFIA, Jorge O. Manual de Derecho Sucesorio. 2ª edición actualizada y aumentada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

## Obligación de presentar testamento cerrado

**Artículo 2119.-** ***La persona que tuviere en su poder un testamento cerrado, otorgado según el régimen anterior a este Código, está obligada a presentarlo ante el juez competente, dentro de los treinta días de tener noticias de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación.***

Concordancia:
*C.C. art. 699 y ss.*

**EMILIA BUSTAMANTE OYAGUE**

En el derogado Código Civil de 1936, una vez otorgado el testamento cerrado, el sobre podía ser entregado en custodia al notario o también podría permanecer en poder del mismo testador o de tercera persona.

En el caso de que el testamento cerrado hubiera sido otorgado durante la vigencia del Código Civil de 1936 y la muerte del testador se produjera recién durante la vigencia del actual Código Civil de 1984, entonces esta norma obliga a quien tuviere en su poder dicho testamento cerrado a presentarlo ante el juez competente, dentro de los treinta días de tener noticias de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación.

Como comentaba Lanatta, ese sistema de custodia era inconveniente. El testamento cerrado en poder del testador o de un tercero queda expuesto a los riesgos de la pérdida, la sustracción, la ocultación y al de apertura anticipada e indebida (LANATTA).

Revoredo refiere que esta norma consagra una regla que tendrá posibles excepciones en la realidad, como el caso de no encontrarse la persona obligada en el lugar ante cuyo juez corresponde presentar el testamento. Son estos casos de imposibilidad física de cumplir una obligación dentro del plazo señalado y que corresponde invocar al interesado sin que se requiera para ello una disposición legal específica (REVOREDO).

Por su parte, Lanatta acota de algunos casos judiciales en que, promovido el proceso de la declaratoria de herederos (hoy, sucesión intestada), se acreditaba que el causante había otorgado testamento cerrado, el Poder Judicial dispuso que se siguieran juicios ordinarios (hoy, procesos contenciosos de conocimiento) a efectos de que se declarara la inexistencia del testamento cerrado, luego de lo cual recién procedía seguir con el juicio de declaratoria de herederos (LANATTA).

## DOCTRINA

BORDA, Guillermo. Manual de Sucesiones. 10ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones. 7ª edición revisada y puesta al día, Tecnos, Madrid, 1998; ECHECOPAR GARCÍA, Luis. Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica, Lima, 1999; FERNÁNDEZ ARCE, César. Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomos I, II y III, PUCP, Lima, 2003; FERNÁNDEZ ARCE, César et al. Derecho de Sucesiones. Materiales de enseñanza. Tomos I y II. PUCP, Facultad de Derecho, Lima, 2003; FERRERO COSTA, Augusto. Tratado de Derecho de Sucesiones. 7ª edición (1ª reimpresión), Gaceta Jurídica, Lima, 2013; LANATTA, Rómulo. Anteproyecto de Reforma del Libro de Sucesiones del Código Civil. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; LANATTA, Rómulo. Derecho de Sucesiones. Tomo II: La sucesión testamentaria. Editorial Desarrollo, Lima, 1978; MAFFIA, Jorge O. Manual de Derecho Sucesorio. 2ª edición actualizada y aumentada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985; ZANNONI, Eduardo A. Manual de Derecho de las Sucesiones. 4ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

## Ultraactividad de la legislación anterior

**Artículo 2120.-** *Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca.*

## Teoría de los hechos cumplidos

**Artículo 2121.-** *A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.*

Concordancias:
*C.C. art. III*

**MARCIAL RUBIO CORREA**

Lo que el artículo 2120 manda es que, sean o no reconocidos en el Código Civil de 1984, los derechos nacidos de hechos realizados bajo el imperio de la legislación anterior se rigen por esa legislación anterior.

El artículo 2120 intenta hacer aplicación ultraactiva de la legislación previa, sea el Código de 1936 o una anterior de ser el caso, y no aplicará las normas del Código Civil de 1984 a los derechos mencionados.

Esta aplicación corresponde típicamente a la teoría de los derechos adquiridos la cual sostiene que, establecido un derecho, él se sigue rigiendo por la legislación del momento en que nació y que la legislación posterior no puede modificarlo.

Así establecido, como norma general y de aplicación a todos los casos de derechos nacidos al amparo de la legislación previa al Código de 1984, el artículo 2120 resulta abiertamente contradictorio con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil y con el artículo siguiente, el 2121, pues ambos establecen la aplicación inmediata de las nuevas normas.

De esta manera, ocurriría lo siguiente en la aplicación del Derecho Civil: si tenemos un derecho nacido con normas anteriores al Código Civil de 1984, según el artículo 2120 se regirá aún ahora por la legislación anterior. En cambio, si nos fijamos en los artículos 2121 y III del Título Preliminar del Código Civil de 1984, serán las normas de este (y no la legislación anterior) las que le sean aplicadas.

Es muy claro que no pueden coexistir como normas generales el artículo 2120 de un lado y los artículos III del Título Preliminar y 2121 del Código Civil del otro: hay una abierta contradicción entre ambos. La historia de la norma nos puede iluminar el problema ocurrido.

En el Código de 1936 no existía disposición equivalente al artículo III del Título Preliminar actual. En vez de todo ello, estaban los artículos 1824 y 1826, como disposiciones finales, que establecían lo siguiente:

> "Código de 1936, artículo 1824.- Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos".

> "Código Civil de 1936, artículo 1826.- Se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca".

Se puede ver que los dos artículos citados del Código de 1936 lo incorporan plenamente, como cuerpo legislativo, dentro de la teoría de los derechos adquiridos: el artículo 1824 preveía que el Código de 1936 legislara en materia de efectos jurídicos de los actos anteriores y establecía como regla general que se respetaran los derechos adquiridos. Solo si estos no eran violados por la aplicación del nuevo Código, se aplicarían sus disposiciones recientes.

El artículo 1826, a su vez, disponía la norma para los derechos nacidos bajo la vigencia de la ley anterior y que no eran reconocidos por el Código de 1936: en ese caso, decía, los mencionados derechos se regirán también por la legislación anterior.

En otras palabras: el Código de 1936 era plenamente orientado al respeto de los derechos adquiridos y solo hacía aplicación inmediata de la norma cuando aquellos no se veían afectados.

Sin embargo, en el Código de 1984 se estableció como regla general que las normas se aplican a las consecuencias de las situaciones y relaciones jurídicas existentes en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el que es tenido como la norma general de aplicación en el tiempo, inclusive por el Tribunal Constitucional según reza su jurisprudencia[1].

Por consiguiente, en este contexto no había armonía entre una norma de aplicación inmediata como el artículo III del Título Preliminar (y el artículo 2121 de un lado) y el artículo 2120 del otro que, por lo demás y como se puede apreciar comparando las redacciones, es copia prácticamente textual del artículo 1826 del Código de 1936.

La única explicación posible para la existencia del artículo 2120 dentro de la sistemática del Código de 1984, que opta claramente por la teoría de la aplicación inmediata, es entender que el legislador transcribió acríticamente a su texto el del artículo 1826 del Código Civil de 1936.

Hay que señalar, sin embargo, que la Constitución de 1993 ha establecido como regla general la irretroactividad de las normas, en su artículo 103[2], la que debe ser entendida como regulada complementariamente por el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, según vimos en la jurisprudencia antes citada. No obstante, en su artículo 62[3] ha introducido la regla de los derechos adquiridos en materia de contratos. Por ello, y aunque la Constitución fue aprobada nueve años después que el Código, deberemos entender que la regla

(1) "(...) el legislador peruano ha optado ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes" (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 23 de abril de 1997 en el Exp. N° 0008-96-I/TC sobre acciones de inconstitucionalidad acumuladas interpuestas por ciudadanos firmantes contra el Decreto Legislativo N° 817).

(2) Constitución, artículo 103.- "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho".

(3) Constitución, artículo 62.- "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

de los derechos adquiridos solo es aplicable en materia contractual, por consonancia con el artículo 62 de la Constitución y que no es aplicable en los demás casos de aplicación de la ley civil en el tiempo.

En cuanto al artículo 2121, este repite, en las disposiciones transitorias del Código Civil, el mandato establecido en el artículo III del Título Preliminar. En consecuencia, valen para él todas las consideraciones hechas a propósito de aquella norma.

## DOCTRINA

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo. Derecho Civil. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; BOFFI BOGGERO, Luis María. Tratado de las Obligaciones. Depalma, Buenos Aires, 1977; CANCINO, Fernando. Estudios de Derecho Privado. Temis, Bogotá, 1979; CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español. Común y Foral, Reus, Madrid, 1978; DE BUEN, Demófilo. Introducción al Estudio del Derecho Civil. Porrúa, México, 1977; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica Editores. Lima; MAZEAUD, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Ejea, Buenos Aires, 1976; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción y caducidad: La extinción de acciones y derechos en el Código Civil (Biblioteca para leer el Código Civil, Vol. VII). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Ultractividad de legislación anterior: teoría de los derechos adquiridos**

*Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca. Esta aplicación corresponde típicamente a la teoría de los derechos adquiridos, la cual sostiene que establecido un derecho él se sigue rigiendo por la legislación del momento en que nació y que la legislación posterior no puede modificarlo (Cas. N° 5855-2007-Lima).*

**Teoría de los hechos cumplidos: celebración del contrato y solicitud de escritura pública**

*Bajo este contexto de la revisión de los autos, se advierte que el hecho "compraventa" ocurrió con la vigencia del derogado Código Civil de 1936, mientras que la consecuencia "otorgamiento de escritura pública" se produce con el Código Civil vigente; por lo que se colige que se tiene que la Sala de mérito no ha infringido las normas in comento, por cuanto conforme a la teoría de los hechos cumplidos citada en el considerando precedente ha resuelto los autos aplicando debidamente el Código Civil vigente; por lo que la infracción normativa material debe ser desestimada (Cas. N° 4955-2012-Ayacucho).*

**Teoría de los hechos cumplidos y teoría de los derechos adquiridos**

*{C}onforme a la teoría de los derechos adquiridos cuya aplicación es alegada por el impugnante, la nueva ley –en este caso el Código Civil del año mil novecientos ochenta y cuatro– no afecta los derechos adquiridos antes de su vigencia (Código Civil abrogado del año mil novecientos treinta y seis). Sin embargo, conforme a la teoría de los hechos cumplidos, la ley posterior se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; la aplicación de la ley es inmediata. En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos y solo en ciertos casos, como por ejemplo en materia de pensiones y contratos de trabajo, se aplica la teoría de los derechos adquiridos (Cas. N° 3556-2006-Lima).*

## Prescripción y caducidad iniciadas antes de la vigencia del Código Civil

**Artículo 2122.-** *La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad.*

Concordancias:
*C.C. arts. 950 y ss., 1989 y ss., 2003 y ss.*

**FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**

La norma, como genuina norma transitoria, solucionó el posible conflicto que podían generar los plazos prescriptorios establecidos por el Código Civil de 1936 y los introducidos por el Código que inició su vigencia el 14 de noviembre de 1984. A la fecha, la norma ya perdió su razón de ser por el transcurso de los más de 35 años desde que inició su vigencia, ya que el plazo máximo para la prescripción en el Código en vigor es de 10 años.

La norma ha pretendido solucionar también la posible disimilitud que podría presentarse con los plazos de caducidad, la que también ha perdido ya su razón de ser.

## DOCTRINA

ARAUZ CASTEX y LLAMBÍAS. Derecho Civil. Parte general. Perrot, Buenos Aires, 1955; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Bosch, Barcelona, 1981; GARCÍA AMIGO, Manuel. Instituciones de Derecho Civil. Parte general. Edersa, Madrid, 1979; GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo. La caducidad. Montecorvo, Madrid, 1990; JOSSERAND, Louis. Derecho Civil. EJEA, Buenos Aires, 1950; LEÓN BARANDIARÁN, José. Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica, Lima; MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. EJEA, Buenos Aires, 1979; PETIT, Eugene. Tratado elemental de Derecho Romano. Selecta, México, 1982; PUIG BRUTAU, José. Caducidad y prescripción extintiva. Bosch, Barcelona, 1986; RUBIO CORREA, Marcial. Prescripción, caducidad y otros conceptos. Fundación Bustamante de la Fuente, Lima, 1987; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Prescripción extintiva y caducidad. Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

## JURISPRUDENCIA

### CORTE SUPREMA

**Hipótesis de conflicto en materia de prescripción**

*Marcial Rubio Correa señala que el espíritu de este artículo estaba ya en el 1833 del Código Civil de mil novecientos treinta y seis. La disposición está destinada a cubrir eventuales diferencias entre los plazos otorgados anteriormente, y los del nuevo Código Civil. Esto supone dos hipótesis de conflicto: -Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código Civil daba para la caducidad eran menores que los actuales, regirán aquellos para las situaciones de caducidad que se iniciaron antes del catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (vale la pena aclarar que esta hipótesis no se aplicaría a la prescripción, pues sus plazos no han sido ampliados en el nuevo Código Civil); -Si los plazos que la legislación anterior al nuevo Código daba para la caducidad o la prescripción eran mayores, a partir del catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro podrán aplicarse los nuevos plazos más breves* ***(Cas. N° 5101-2008-Lima).***

# ÍNDICE GENERAL

# Índice general

Autores de este tomo ..... 5

## LIBRO VII
## FUENTES DE LAS OBLIGACIONES
(Continuación)

### SECCIÓN SEXTA
### RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

ARTÍCULO 1969 Responsabilidad subjetiva
**Gastón Fernández Cruz** ..... 11

ARTÍCULO 1970 Responsabilidad objetiva
**Gastón Fernández Cruz / Leysser León Hilario** ..... 55

ARTÍCULO 1971 Hechos dañosos justificados
**Javier Pazos Hayashida** ..... 103

ARTÍCULO 1972 Ruptura del nexo causal
**Yuri Vega Mere** ..... 110

ARTÍCULO 1973 Reducción judicial de la indemnización
**Eric Palacios Martínez** ..... 115

ARTÍCULO 1974 Irresponsabilidad por pérdida de conciencia
**Jorge A. Beltrán Pacheco** ..... 118

ARTÍCULO 1975 Derogado ..... 121

ARTÍCULO 1976 Derogado ..... 121

ARTÍCULO 1976-A Responsabilidad de la persona con apoyo
**Luis Alejandro Luján Sandoval** ..... 122

ARTÍCULO 1977 Indemnización equitativa del daño causado por incapaz
**Jorge A. Beltrán Pacheco** ..... 129

ARTÍCULO 1978 Responsabilidad por incitación o coautoría
**César E. Moreno More** ..... 132

ARTÍCULO 1979 Responsabilidad por el daño causado por animal
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 143

ARTÍCULO 1980 Responsabilidad por ruina de edificio
**Carlos A. Mispireta Gálvez** ..... 148

ARTÍCULO 1981 Responsabilidad por daño del subordinado
**Luis Alejandro Luján Sandoval** ..... 153

ARTÍCULO 1982 Responsabilidad por denuncia calumniosa
**Jorge A. Beltrán Pacheco** ..... 175

ARTÍCULO 1983 Responsabilidad solidaria
**José Barreto Bravo / Nelwin Castro Trigoso** ..... 178

ARTÍCULO 1984 Indemnización del daño moral. Criterios para su valuación
**Javier Pazos Hayashida** ..... 185

ARTÍCULO 1985 Contenido de la indemnización y relación de causalidad adecuada
**Alfredo Bullard González** ..... 189

ARTÍCULO 1986 Nulidad de los convenios de exclusión de responsabilidad
**Javier Pazos Hayashida** ..... 196

ARTÍCULO 1987 Responsabilidad del asegurador
**Carlos Flores Alfaro** ..... 199

ARTÍCULO 1988 Remisión a los regímenes de seguro obligatorio
**Javier Pazos Hayashida** ..... 206

## LIBRO VIII
## PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

### TÍTULO I
### PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

ARTÍCULO 1989 Definición
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 213

ARTÍCULO 1990 Imperatividad de las normas sobre la prescripción
**Eugenia Ariano Deho** ..... 216

ARTÍCULO 1991 Renuncia a la prescripción
**Eugenia Ariano Deho** ..... 219

ARTÍCULO 1992 Alegación de querer valerse de la prescripción
**Eugenia Ariano Deho** ..... 223

ARTÍCULO 1993 Momento inicial del fenómeno prescriptorio
**Eugenia Ariano Deho** ..... 229

ARTÍCULO 1994 Causas de suspensión del decurso prescriptorio
**Eugenia Ariano Deho** ..... 232

ARTÍCULO 1995 Reanudación del decurso prescriptorio
**Eugenia Ariano Deho** ..... 232

ARTÍCULO 1996 Interrupción de la prescripción
**Eugenia Ariano Deho** ..... 238

ARTÍCULO 1997 Ineficacia de la interrupción
**Eugenia Ariano Deho** ..... 244

ARTÍCULO 1998 Reinicio del decurso prescriptorio
**Eugenia Ariano Deho** ..... 248

ARTÍCULO 1999 Legitimidad para invocar la suspensión e interrupción
**Enrique Varsi Rospigliosi / Marco Andrei Torres Maldonado** ..... 253

ARTÍCULO 2000 Tipicidad de los plazos prescriptorios
**Enrique Varsi Rospigliosi / Marco Andrei Torres Maldonado** ..... 258

ARTÍCULO 2001 Plazos de prescripción
**Juan Carlos Esquivel Oviedo / Johaly Cristina Córdova Rivera** ..... 263

ARTÍCULO 2002 Cumplimiento del decurso prescriptorio
**Enrique Varsi Rospigliosi / Marco Andrei Torres Maldonado** ..... 274

## TÍTULO II
## CADUCIDAD

ARTÍCULO 2003 Definición
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 276

ARTÍCULO 2004 Principio de legalidad en el plazo de caducidad
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 278

ARTÍCULO 2005 Continuidad de la caducidad
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 280

ARTÍCULO 2006 Declaración de la caducidad
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 281

ARTÍCULO 2007 Cumplimiento del decurso en la caducidad
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 282

# LIBRO IX
# REGISTROS PÚBLICOS

## TÍTULO I
## DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 2008 Clases de Registros
**Jorge Luis Gonzales Loli** ..... 285

ARTÍCULO 2009 Régimen legal de los Registros Públicos
**Óscar Huerta Ayala** ..... 294

ARTÍCULO 2010 Título que da mérito a la inscripción
**Jorge Luis Gonzales Loli** ..... 305

ARTÍCULO 2011 Calificación registral y principio de legalidad
**Óscar Huerta Ayala** ..... 316

ARTÍCULO 2012 Principio de publicidad
**Juan Carlos Esquivel Oviedo** ..... 341

ARTÍCULO 2013 Principio de legitimación
**Luis Alberto Aliaga Huaripata / Gilberto Mendoza del Maestro** ..... 350

ARTÍCULO 2014 Principio de buena fe pública registral
**Luis Alberto Aliaga Huaripata / Gilberto Mendoza del Maestro** ..... 358

ARTÍCULO 2015 Principio de tracto sucesivo
**Alberto Meneses Gómez** ..... 368

ARTÍCULO 2016 Principio de prioridad de rango
**Alberto Meneses Gómez** ..... 371

ARTÍCULO 2017 Principio de prioridad excluyente
**Jorge Luis Gonzales Loli** ..... 380

## TÍTULO II
## REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

ARTÍCULO 2018 Primera inscripción de dominio
**Francisco Avendaño Arana** ..... 384

ARTÍCULO 2019 Actos, contratos y derechos inscribibles
**Marco Pacora Bazalar** ..... 391

ARTÍCULO 2020 Anotación preventiva
**Jorge Luis Gonzales Loli** ..... 397

ARTÍCULO 2021 Actos o títulos posesorios no inscribibles
**Óscar Huerta Ayala** ..... 414

ARTÍCULO 2022 Principio de oponibilidad
**Moisés Arata Solís** ..... 421

ARTÍCULO 2023 Inscripción del contrato de opción
**Jorge Luis Gonzales Loli** ..... 471

## TÍTULO III
## REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

ARTÍCULO 2024 Libros del Registro de Personas Jurídicas
**Zegel Basilio Santos** ..... 484

ARTÍCULO 2025 Inscripción en los libros de personas jurídicas
**Zegel Basilio Santos** ..... 490

ARTÍCULO 2026 Inscripción de personas jurídicas regidas por leyes especiales
**Zegel Basilio Santos** ..... 496

ARTÍCULO 2027 Inscripción de actos de empresas de Derecho Público
**Zegel Basilio Santos** ..... 501

ARTÍCULO 2028 Inscripción de la persona jurídica
**Oswaldo Arias Montoya** ..... 506

ARTÍCULO 2029 Inscripción de personas jurídicas constituidas en el extranjero
**Oswaldo Arias Montoya** ..... 506

## TÍTULO IV
## REGISTRO PERSONAL

ARTÍCULO 2030 Actos y resoluciones inscribibles
**Juan Carlos Esquivel Oviedo** ..... 511

ARTÍCULO 2031 Inscripción de resoluciones judiciales
**Jesús David Vásquez Vidal** ..... 525

ARTÍCULO 2032 Partes judiciales
**Jesús David Vásquez Vidal** ..... 531

ARTÍCULO 2033 Lugar de inscripción
**Jesús David Vásquez Vidal** ..... 535

ARTÍCULO 2034 Efectos de la omisión de la inscripción
**Jesús David Vásquez Vidal** ..... 539

ARTÍCULO 2035 Cancelación de inscripciones
**Jesús David Vásquez Vidal** ..... 544

## TÍTULO V
## REGISTRO DE MANDATOS Y PODERES

ARTÍCULO 2036 Instrumentos inscribibles
**Juan Carlos Esquivel Oviedo** ..... 548

ARTÍCULO 2037 Lugar de inscripción
**Marco Antonio Becerra Sosaya** ..... 556

ARTÍCULO 2038 Derecho del tercero de buena fe
**Marco Antonio Becerra Sosaya** ..... 560

## TÍTULO VI
## REGISTRO DE TESTAMENTOS

ARTÍCULO 2039 Actos y resoluciones inscribibles
**Eduardo Laos de Lama** ..... 563

ARTÍCULO 2040 Lugar de inscripción
**Eduardo Laos de Lama** ..... 569

## TÍTULO VII
## REGISTRO DE SUCESIONES INTESTADAS

ARTÍCULO 2041 Actos y resoluciones inscribibles
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 572

ARTÍCULO 2042 Lugares de inscripción
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 575

## TÍTULO VIII
## REGISTRO DE BIENES MUEBLES

ARTÍCULO 2043 Bienes muebles registrables
**Marco Pacora Bazalar** ..... 576

ARTÍCULO 2044 Forma de identificación de los muebles
**Marco Pacora Bazalar** ..... 580

ARTÍCULO 2045 Actos y contratos inscribibles
**Marco Pacora Bazalar** ..... 582

# LIBRO X
# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## TÍTULO I
## DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 2046 Igualdad de derechos civiles
**César Delgado Barreto** ..... 587

ARTÍCULO 2047 Fuentes del Derecho Internacional Privado
**César L. Candela Sánchez** ..... 590

ARTÍCULO 2048 No aplicación del reenvío
**César Delgado Barreto** ..... 597

ARTÍCULO 2049 Orden público internacional y buenas costumbres
**César Delgado Barreto** ..... 600

ARTÍCULO 2050 Reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero
**Jorge Basadre Ayulo** ..... 604

ARTÍCULO 2051 Aplicación de oficio del Derecho extranjero
**Jorge Basadre Ayulo** ..... 608

ARTÍCULO 2052 Prueba de la ley extranjera
**Jorge Basadre Ayulo** ..... 610

ARTÍCULO 2053 Existencia y sentido de la ley extranjera
**Jorge Basadre Ayulo** ..... 612

ARTÍCULO 2054 Absolución de consulta sobre la ley nacional
**Jorge Basadre Ayulo** ..... 618

ARTÍCULO 2055 Interpretación del Derecho extranjero
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 619

ARTÍCULO 2056 Resolución de conflictos de leyes locales
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 621

## TÍTULO II
## COMPETENCIA JURISDICCIONAL

ARTÍCULO 2057 Competencia sobre personas domiciliadas en el Perú
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 622

ARTÍCULO 2058 Competencia en acciones patrimoniales
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 625

ARTÍCULO 2059 Sumisión tácita
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 632

ARTÍCULO 2060 Prórroga o elección de tribunal extranjero en asuntos de competencia nacional
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 634

ARTÍCULO 2061 Competencia en acciones sobre universalidad de bienes
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 636

ARTÍCULO 2062 Competencia en acciones personales
**Romina Santillán Santa Cruz / María Jesús Sánchez Cano** ..... 639

ARTÍCULO 2063 Foro de necesidad
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 644

ARTÍCULO 2064 Derogado ..... 646

ARTÍCULO 2065 Unidad del foro
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 647

ARTÍCULO 2066 Litispendencia y cosa juzgada
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 649

ARTÍCULO 2067 Competencia negativa del tribunal peruano
**María del Carmen Tovar Gil** ..... 652

## TÍTULO III
## LEY APLICABLE

ARTÍCULO 2068 Principio y fin de la persona natural
**Luz Monge Talavera** ..... 660

ARTÍCULO 2069 Declaración de ausencia
**Luz Monge Talavera** ..... 663

ARTÍCULO 2070 Estado y capacidad de la persona natural
**María Antonieta Delgado Menéndez** ..... 665

ARTÍCULO 2071 Instituciones de amparo al incapaz
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 671

ARTÍCULO 2072 Derechos y obligaciones del Estado y personas jurídicas de Derecho Público
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 673

ARTÍCULO 2073 Existencia y capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado
**Luz Monge Talavera** ..... 675

ARTÍCULO 2074 Fusión de personas jurídicas
**Luz Monge Talavera** ..... 679

ARTÍCULO 2075 Capacidad y requisitos esenciales del matrimonio
**María Antonieta Delgado Menéndez** ..... 680

ARTÍCULO 2076 Forma del matrimonio
**María Antonieta Delgado Menéndez** ..... 684

ARTÍCULO 2077 Derechos y deberes de los cónyuges
**María Antonieta Delgado Menéndez** ..... 688

ARTÍCULO 2078 Régimen patrimonial del matrimonio
**Marcela T. Arriola Espino** ..... 691

ARTÍCULO 2079 Nulidad del matrimonio
**Luz Monge Talavera** ..... 695

ARTÍCULO 2080 Efectos de la nulidad del matrimonio
**Luz Monge Talavera** ..... 697

ARTÍCULO 2081 Divorcio y separación de cuerpos
**Marcela T. Arriola Espino** ..... 699

ARTÍCULO 2082 Causas y efectos del divorcio y de la separación
**Manuel Muro Rojo** ..... 703

ARTÍCULO 2083 Filiación matrimonial
**Luz Monge Talavera** ..... 705

ARTÍCULO 2084 Filiación extramatrimonial
**Luz Monge Talavera** ..... 707

ARTÍCULO 2085 Reconocimiento de hijo
**Luz Monge Talavera** ..... 709

ARTÍCULO 2086 Legitimación
**Luz Monge Talavera** ..... 711

ARTÍCULO 2087 Adopción
**Luz Monge Talavera** ..... 714

ARTÍCULO 2088 Derechos reales sobre bienes corporales
**Manuel Muro Rojo** ..... 717

ARTÍCULO 2089 Bienes corporales en tránsito
**César L. Candela Sánchez** ..... 719

ARTÍCULO 2090 Desplazamiento de bienes corporales
**César L. Candela Sánchez** ..... 723

ARTÍCULO 2091 Prescripción de acciones relativas a bienes corporales
**César L. Candela Sánchez** ..... 727

ARTÍCULO 2092 Derechos reales sobre medios de transporte
**César L. Candela Sánchez** ..... 730

ARTÍCULO 2093 Derechos reales sobre bienes incorporales
**César L. Candela Sánchez** ..... 734

ARTÍCULO 2094 Forma de actos jurídicos e instrumentos
**Manuel Muro Rojo** ..... 739

ARTÍCULO 2095 Obligaciones contractuales
**Gonzalo García Calderón** ..... 741

ARTÍCULO 2096 Autonomía de la voluntad
**Gonzalo García Calderón** ..... 744

ARTÍCULO 2097 Responsabilidad extracontractual
**Gonzalo García Calderón** ..... 747

ARTÍCULO 2098 Obligaciones originadas por la ley y otras fuentes
**Federico G. Mesinas Montero** ..... 749

ARTÍCULO 2099 Prescripción extintiva
**María del Carmen Delgado Menéndez** ..... 752

ARTÍCULO 2100 Sucesión
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 756

ARTÍCULO 2101 Sucesión de bienes ubicados en el Perú
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 759

## TÍTULO IV
## RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y FALLOS ARBITRALES EXTRANJEROS

ARTÍCULO 2102 Tratados. Principio de reciprocidad
**Marcela T. Arriola Espino** ..... 761

ARTÍCULO 2103 Reciprocidad negativa
**Gonzalo García Calderón** ..... 768

ARTÍCULO 2104 Requisitos del reconocimiento
**Gonzalo García Calderón** ..... 771

ARTÍCULO 2105 Sentencia de quiebra
**Javier Tovar Gil** ..... 777

ARTÍCULO 2106 Ejecución de sentencia extranjera
**Ramiro Valdivia Cano** ..... 782

ARTÍCULO 2107 Formalidad de la solicitud de ejecución de sentencia extranjera
**Ramiro Valdivia Cano** ..... 788

ARTÍCULO 2108 Trámite para declaración de ejecutoria de sentencia extranjera
**Ramiro Valdivia Cano** ..... 791

ARTÍCULO 2109 Valor probatorio de la sentencia extranjera legalizada
**Ramiro Valdivia Cano** ..... 795

ARTÍCULO 2110 Valor probatorio de la sentencia extranjera
**Ramiro Valdivia Cano** ..... 797

ARTÍCULO 2111 Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros
**Fernando Cantuarias Salaverry** ..... 799

## TÍTULO FINAL

### CAPÍTULO PRIMERO
### Disposiciones finales

ARTÍCULO 2112 Unificación de la contratación civil y mercantil
**Federico G. Mesinas Montero / Nelwin Castro Trigoso** ..... 805

ARTÍCULO 2113 Derogatoria expresa del Código Civil de 1936
**Carlos A. Ramos Núñez** ..... 810

### CAPÍTULO SEGUNDO
### Disposiciones transitorias

ARTÍCULO 2114 Disposiciones sobre derechos civiles
**Manuel Muro Rojo / Henry Huanco Piscoche** ..... 819

ARTÍCULO 2115 Eficacia de los registros parroquiales
**Juan Carlos Esquivel Oviedo** ..... 821

ARTÍCULO 2116 Igualdad de derechos sucesorios
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 823

ARTÍCULO 2117 Ley aplicable a derechos sucesorios
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 826

ARTÍCULO 2118 Revocación del testamento cerrado
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 828

ARTÍCULO 2119 Obligación de presentar testamento cerrado
**Emilia Bustamante Oyague** ..... 830

ARTÍCULO 2120 Ultraactividad de la legislación anterior
**Marcial Rubio Correa** ..... 831

ARTÍCULO 2121 Teoría de los hechos cumplidos
**Marcial Rubio Correa** ..... 831

ARTÍCULO 2122 Prescripción y caducidad iniciadas antes de la vigencia del Código Civil
**Fernando Vidal Ramírez** ..... 834

Este libro se terminó de imprimir
en agosto de 2020 en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú