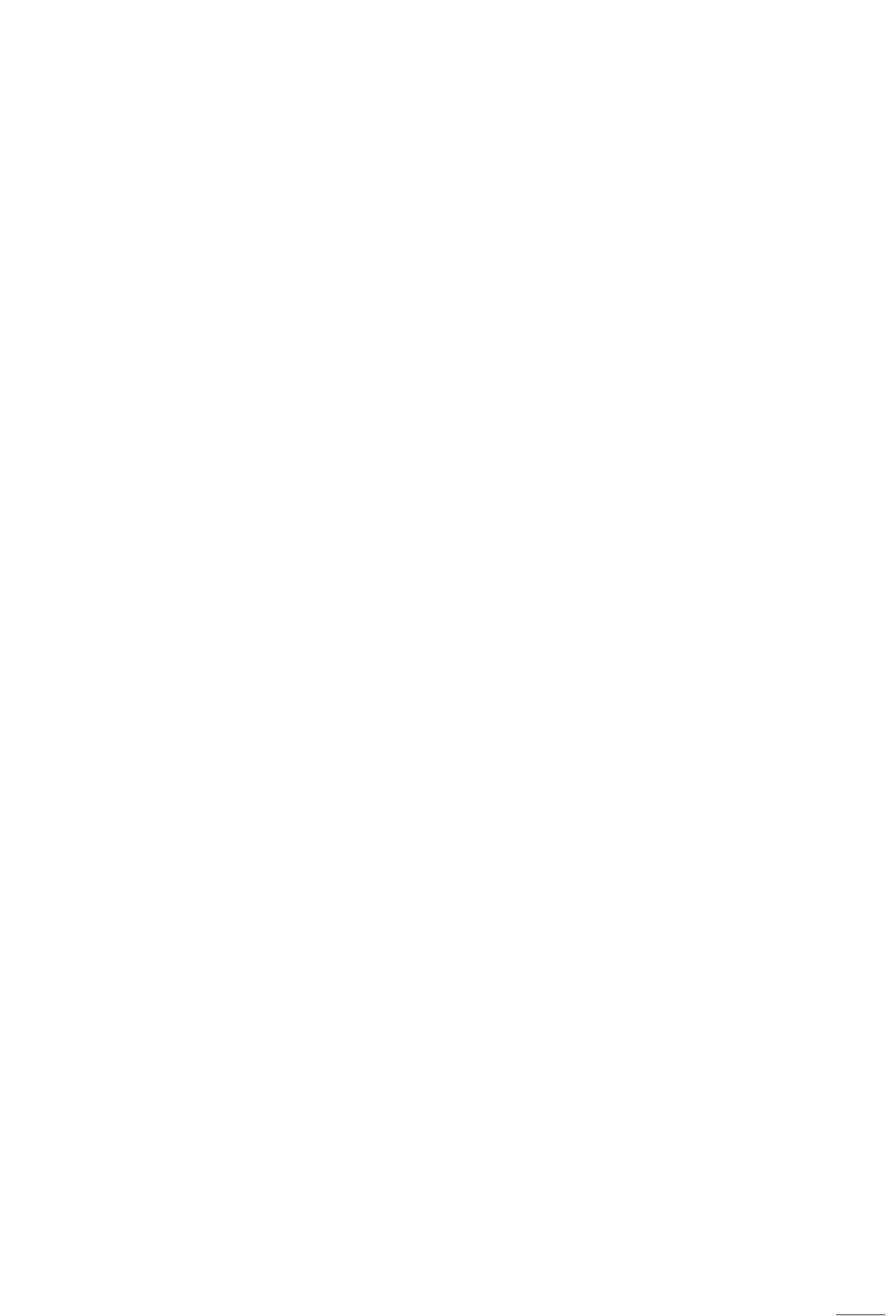


IUS^{ET} PRAXIS



EDICIÓN ESPECIAL 40 ANIVERSARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Parte II



IUS^{ET} PRAXIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO N.º 53, diciembre 2021



UNIVERSIDAD
DE LIMA

FONDO EDITORIAL

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 53, diciembre, 2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053>

CONSEJO EDITORIAL

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Enrique Varsi Rospigliosi

Comité editorial:

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)

Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)

Aída Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)

Rémy Cabrillac (Universidad de Montpellier, Francia)

Francisco Ramos Méndez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Flávio Tartuce (Universidad de São Paulo, Brasil)

© Universidad de Lima

Fondo Editorial

Av. Javier Prado Este 4600

Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33

Apartado postal 852, Lima 100, Perú

Teléfono: 437-6767, anexo 30131

fondoeditorial@ulima.edu.pe

www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Imagen de portada: L.O.N Dslr Camera/Shutterstock.com

Impreso en el Perú

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09663

EVALUADORES

Mg. Isabel Tello Carbajal (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Br. Óscar Alberto Alejos Guzmán (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Aldo Cassinelli Ledgard (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Bárbara Pita Dueñas (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Mary Claudia Alvarado Cabanillas (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Arquímedes Fernández Vásquez (Universidad de San Martín de Porres, Perú)
Mg. Mercedes Isabel Ormeño Malone (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Jorge Luis Tanillama Loayza (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mg. Rafael Lengua Peña (Universidad de Columbia, Estados Unidos)
Mg. Alonso Morales Acosta (Universidad de Lima, Perú)
Dra. Milushka Rojas Ulloa (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Peter Palomino Figueroa (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

SERVICIOS DE INFORMACIÓN E INDEXACIÓN

La revista *Ius et Praxis* se encuentra indexada y registrada en:

Bases de datos

LatinREV (Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades)

Buscadores

Google Académico

Repositorio

Repositorio Institucional Ulima

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
REFLEXIONES	
Entrevista a Frank García Ascencios	13
ARTÍCULOS	
La activa participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la legislación comercial peruana en los últimos cuarenta años <i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i>	19
El <i>project finance</i> , las asociaciones público-privadas y la brecha de infraestructura en el Perú <i>Pierre Nalvarte Salvatierra</i>	45
El certificado de depósito y el <i>warrant</i> en los almacenes generales de depósito y su tratamiento en la Ley de Títulos Valores vigente <i>Jorge Luis Ramírez Zegarra y María Belén Medicina Leuzzi</i>	59
Consideraciones prácticas en la adquisición parcial de acciones del fundador de una <i>start-up</i> <i>Ricardo de la Piedra y Beatriz Melo</i>	79
Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica <i>Renzo Vinelli Vereau</i>	95
Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos <i>María del Carmen García Cantizano</i>	111
Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano <i>Joaquín Missiego del Solar</i>	125
Sobre arbitraje administrativo: el caso de las contrataciones de menos de 8 UIT <i>Oscar Herrera Giurfa</i>	137

Nulidad de oficio de los actos administrativos <i>Carlos Rodríguez Manrique</i>	151
¿Esquizofrenia colectiva? El rol de los Registros Públicos en las reorganizaciones societarias en el Perú <i>Reynaldo Antonio Guarniz Izquierdo</i>	175
Contratos mineros: comentarios sobre cláusulas para facilitar la ejecución de proyectos mineros <i>Hernán Torres Álvarez</i>	195
La denuncia de las Reglas de La Haya por parte del Estado peruano: la responsabilidad civil en el transporte marítimo internacional de mercancías y su regulación en el derecho marítimo convencional <i>José Antonio Pejovés Macedo</i>	211
El impacto del COVID-19 en las mujeres trabajadoras del Perú. ¿Se incrementa la desigualdad y la violencia en el trabajo? <i>Evelin Coloma Cieza</i>	249
Seguridad y salud: una nueva perspectiva de los sistemas de gestión de seguridad y salud con motivo de la aparición de riesgos emergentes <i>Karla Canova Talledo</i>	271
Controlando internalidades: entre la economía y la psicología de la regulación <i>Gustavo Rodríguez García</i>	281
Antecedentes de la reforma de la capacidad en el Código Civil peruano <i>Enrique Varsi Rospigliosi y Valeria Chávez Romero</i>	295
CÓDIGO DE ETICA	333
POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES	337

PRESENTACIÓN

En mi condición de decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y director general de la revista *Ius et Praxis*, es motivo de gran satisfacción para mí presentar la segunda publicación en homenaje al 40 aniversario del inicio de actividades de nuestra facultad.

La primera parte fue publicada en julio del 2021 con la edición 52 de nuestra revista, la que dio lugar a un simbólico pero sentido acto académico con la participación de reconocidos exdecanos, profesores, exprofesores, alumnos y exalumnos de la facultad, quienes, congregados en torno a este homenaje, pusieron de manifiesto que el tiempo transcurrido permitió compartir entre profesores y alumnos no solo sólidos conocimientos, sino de modo especial valores y huellas imborrables.

En esta oportunidad, gracias a la extraordinaria colaboración recibida de otros profesores de la facultad que han querido sumarse a este homenaje, presentamos dieciséis trabajos de investigación académica en las diferentes áreas de su especialidad.

Este esfuerzo colectivo refleja la necesidad de seguir creando espacios para analizar, debatir y reconfigurar las relaciones jurídicas actuales frente a los retos que nos presenta el mundo real, y nos abre la posibilidad de llegar a nuevos consensos, contribuyendo al desarrollo de la conversación y la reflexión. Esto definitivamente ayudará a ensanchar los marcos analíticos para generar conocimientos que amplíen los existentes.

Estamos seguros de que su contenido será de sumo interés para estudiantes, abogados, jueces, profesores y todas aquellas personas interesadas en conocer el derecho.

No me queda sino expresar mi agradecimiento a todos los que han contribuido a estas dos ediciones especiales de homenaje de la revista *Ius et Praxis*, en conmemoración de los primeros 40 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. En especial a los profesores y exprofesores que nos han distinguido de manera simbólica

con su aporte al presentarnos sus reflexiones, conocimientos y experiencias, casos y complejidades, compartiendo su experiencia profesional.

Asimismo, quiero expresar mi agradecimiento a todos los alumnos integrantes de la revista por su estrecha colaboración, compromiso e identificación con los proyectos de la facultad, quienes han demostrado un gran sentido de pertenencia a esta gran familia. A ellos les reitero mi reconocimiento por todo su esfuerzo, dedicación y apoyo incondicional en la edición de la presente revista, factores que han sido de vital importancia para concretar este homenaje.

Gracias a todos por acompañarnos, de una u otra manera, en los eventos conmemorativos de celebración del 40 aniversario de nuestra facultad.

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Director general de la revista *Ius et Praxis*
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

REFLEXIONES

ENTREVISTA A FRANK GARCÍA ASCENCIOS*

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5632>

SOBRE LA REVISTA *IUS ET PRAXIS*

¿Cuál fue su motivación para postular a la revista *Ius et Praxis*? ¿A qué comisión perteneció como parte del Comité de Apoyo?

Como estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, siempre disfruté de formar parte de una comunidad académica donde crecía diariamente como profesional. Sabía que era un estudiante, pero también intuía que mi profesionalismo se iría forjando gradualmente desde el salón de clases.

Con el ánimo de seguir creciendo profesionalmente es que el año 2009 decido integrar el Comité de Apoyo Estudiantil de la revista *Ius et Praxis*, decisión que sin lugar a dudas contribuyó a mi amor por la abogacía. Recuerdo que aquel semestre se nombró como director de la revista al profesor Ernesto Blume Fortini, expresidente del Tribunal Constitucional, quien animó a un grupo de entusiastas jóvenes a relanzar la revista de la Facultad de Derecho.

Haciendo memoria de esos años, recuerdo que estuve cursando los últimos ciclos de la carrera; tiempos complejos debido a que estuve enfocado en concluir mis estudios y lograr el título de abogado. No obstante, producto de un enorme cariño por la facultad, aporté gran parte de mi tiempo a la revista desde la comisión de edición.

La comisión de edición me permitió comprender la importancia de los trabajos de investigación en el derecho, lo que coadyuva a que los estudiantes conozcan nuevas posiciones e interpretaciones sobre diversas áreas jurídicas, desde los clásicos del derecho civil, penal, constitucional, hasta el derecho ambiental, minero y sanitario.

* Abogado y magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, Perú. Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Hawái en Mānoa, Estados Unidos. Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca, España. Profesor en la Universidad de Lima.

¿Cuál diría usted que es la mejor experiencia que tuvo como miembro de la revista?

La mejor experiencia de integrar el equipo de la revista *Ius et Praxis* fue conocer a personas con extraordinaria pasión por el derecho. Esta pasión se percibía en cada uno de ellos. Primero, tengo que reconocer a los profesores de la facultad, que en incontables ocasiones nos acompañaron en las noches y fines de semana, con el objeto de compartir sus experiencias con nosotros. Esta cooperación desinteresada es digna de resaltar, ya que ahora comprendo que uno en sus horas libres tiene otras obligaciones, pero varios dedicaron su tiempo a charlas, seminarios, conversatorios, congresos, entre otras reuniones.

Segundo, este mismo ímpetu, pero por instruirse, lo constaté en los miembros del Comité de Apoyo Estudiantil, pues conversábamos —aunque en ocasiones debatíamos— sobre las posiciones jurídicas de autores y profesores en diversas disciplinas. El integrar la revista me sirvió para estar actualizado y complementar los conocimientos impartidos en las aulas de clase. Gradualmente, percibí una mayor competitividad en conocimientos entre los miembros de la revista.

Me quedo con esta experiencia, que sin duda alguna me impulsó a seguir adelante con mis estudios y me acompaña hasta el día de hoy.

¿Cuál es el legado que le ha dejado *Ius et Praxis* y cómo ha aplicado ello a su vida profesional?

La revista *Ius et Praxis* me ha traído múltiples satisfacciones, pero considero que el legado más significativo es el poder desarrollar mi responsabilidad y mejorar mi trabajo en equipo. La responsabilidad es una cualidad que uno forja en distintas etapas de la vida. El cumplir con los objetivos trazados, con la realización de eventos, con el lanzamiento de diversos números de las revistas, entre otras metas, me ayudó a desarrollar esta cualidad, de ser responsable con las obligaciones asumidas. Ello va de la mano con el logro de metas.

Asimismo, mejoré mi capacidad para trabajar en equipo, competencia elemental hoy en día para todo puesto de trabajo. El compartir diversas posiciones logró que piense en los objetivos de la organización. El éxito siempre es del equipo. Uno no avanza en la vida si es que no sabe trabajar en equipo. Este no es un mundo de islas, sino de constante coordinación.

SOBRE SU PASO POR LA FACULTAD DE DERECHO

¿Su cargo como profesor le ha dado una perspectiva distinta de la Universidad de Lima, con respecto a cuando usted fue alumno?

Desde mi época de estudiante siempre estuve estrechamente vinculado a la universidad. Incluso, debo revelar que una de mis metas fue enseñar en esta casa de estudios, y seguir los pasos de los queridos y respetados profesores de la facultad. Por ende, mi perspectiva de la universidad no es distinta; siempre he percibido que las autoridades y el equipo administrativo están muy comprometidos con sus funciones.

Ese compromiso con la universidad lo he constatado desde mi actual posición como profesor de la Facultad de Derecho. Soy testigo de la decidida preocupación de las autoridades y profesores por adecuarse a los nuevos tiempos de enseñanza mediante medios digitales; todos buscan que la calidad educativa se mantenga a lo largo del tiempo.

Asimismo, existe una confianza en la calidad del docente, lo que permite que uno se sienta tranquilo y respaldado por las autoridades. Ello hay que destacarlo, debido a que permite que el profesor esté enfocado en el desarrollo de sus clases.

¿Cuál considera usted que es el aporte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a la formación jurídica del país?

Nuestra facultad ha ido ganando prestigio a lo largo del tiempo. El reconocimiento de la Facultad de Derecho se produce gracias al desempeño profesional de nuestros abogados como consejeros legales, abogados en ejercicio, funcionarios y gerentes públicos.

Así, el aporte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima a la formación jurídica del país es significativo. Nuestro compromiso como abogados es con el país. Desde la posición en que nos ubicamos, buscamos el fortalecimiento de las instituciones públicas y privadas. Por consiguiente, es indiscutible la responsabilidad que tenemos para con el futuro de nuestra nación.

Conociendo la imagen errada que se suele tener de los abogados con respecto a su formación en valores y principios, ¿adónde cree usted que debería apuntar la Facultad de Derecho a largo plazo y cuál es el reto de los futuros abogados?

La Facultad de Derecho tiene una formación sólida en el campo jurídico. No obstante, la realidad de nuestro país refleja una carencia de valores a todo nivel en las instituciones. Por eso, considero oportuno potenciar la malla curricular en cuanto a los cursos de ética profesional para fortalecer el componente ético en el desempeño profesional. Pienso que la conducta de los futuros abogados debe estar guiada por patrones éticos sólidos. El conocimiento es importante, pero ello debe estar conectado con valores y principios.

Por otro lado, considero que la universidad —con acierto— se dirige hacia un nuevo objetivo, que es ofrecer desconocidos conocimientos en diversos temas de derecho, como derecho y moda, derecho y cambio climático, abogados del siglo XXI, entre otros. Ello coadyuva a ofrecer una nueva oferta académica que permita conectar a los alumnos con las nuevas tendencias del derecho.

La Facultad de Derecho se ha ido modernizando, eso es positivo. La enseñanza del derecho se adecúa a los nuevos tiempos. No me quedan dudas de que estamos en el camino correcto: avanzando hacia una educación sólida en leyes, valores y justicia social.

ARTÍCULOS

LA ACTIVA PARTICIPACIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA EN LA LEGISLACIÓN COMERCIAL PERUANA EN LOS ÚLTIMOS CUARENTA AÑOS

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 12/11/2020 Aprobado: 19/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4952>

RESUMEN. En este artículo, se pone de relieve la activa participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la gestación de importantes hitos en materia de derecho comercial peruano, así como en los cambios legislativos más relevantes de las últimas décadas en áreas tales como el derecho concursal, de protección al consumidor, arbitraje comercial, entre otros. En ese sentido, primero, se hace un breve recuento sobre el nacimiento de la Universidad de Lima y la posterior creación de su Facultad de Derecho. Seguidamente, el autor comenta su inserción en la cátedra universitaria y su labor de gestión administrativa en dicha facultad, además de la participación de diversos juristas de gran renombre que contribuyeron a la creación y consolidación de diversas cátedras y cursos del currículo de la facultad de especial contemporaneidad y relevancia académica. Finalmente, se ilustran los principales cambios normativos que tuvieron lugar en las décadas recientes en materias legislativas vinculadas al derecho comercial, en relación con las problemáticas que se buscaron atender con aquellas modificaciones y los nuevos paradigmas que estas involucraron.

PALABRAS CLAVE: Universidad de Lima / Facultad de Derecho / participación activa / cambios

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y doctor en Derecho. Socio fundador en Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio, entre otros.

THE ACTIVE PARTICIPATION OF THE LAW SCHOOL OF THE UNIVERSITY OF LIMA IN PERUVIAN COMMERCIAL LAW IN THE LAST FORTY YEARS

ABSTRACT. The author highlights the active participation of the Law School of the University of Lima in the gestation of essential milestones in Peruvian commercial law and the most relevant legislative changes in recent decades in areas such as bankruptcy law, consumer protection, commercial arbitration, among others.

The author begins his journey with a brief account of the birth of the University of Lima and the subsequent start of the Law School of said institution. Next, he comments on his insertion in the university chair and his administrative management work in said faculty, as well as the participation of various renowned jurists who passed through it and who contributed to the creation and consolidation of various chairs and courses of the faculty's curriculum of special contemporaneity and academic relevance. Finally, he illustrates the main normative changes that took place in recent decades in legislative matters related to commercial law, commenting on the problems addressed with those modifications and the new paradigms that they involved.

KEYWORDS: University of Lima / Law School / participation / active / changes

Consideramos pertinente y necesario iniciar este artículo con una breve reseña histórica de la Universidad de Lima, con algunas notas introductorias complementarias.

Entre los años 1960 y 1961, un grupo de profesores universitarios e importantes representantes del comercio y la industria, reunidos en la Asociación Civil Prodiés (Promoción del Desarrollo Industrial a través de la Educación Superior), decidieron fundar una nueva universidad. Después de dos años de esfuerzos, se creó la Universidad de Lima, cuyo funcionamiento fue autorizado por el Decreto Supremo 23 del 25 de abril de 1962.

El objetivo de Prodiés era constituir una universidad diferente, acorde con el proceso de modernización del país, en la que permanentemente se fomentara el espíritu comunitario entre profesores y alumnos. Un miembro destacado de esta asociación y primer rector de la Universidad de Lima fue el doctor Antonio Pinilla Sánchez-Concha.

La Universidad de Lima inició sus labores con 120 alumnos agrupados en dos facultades, en un pequeño local situado en el distrito de Jesús María, jirón Nazca 548, frente al Campo de Marte. Debido a su rápido crecimiento, el 27 de agosto de 1966 se inauguró el campus de Monterrico con una extensión de alrededor de 40 000 metros cuadrados, que hoy llega, según se nos ha informado, a 183 307,06 metros cuadrados de área utilizable.

Tenemos entendido que actualmente nuestro campus cuenta con más de 2200 lugares de estacionamiento, junto con algunos otros importantes ambientes, como el Auditorio ZUM y la Zona de Expresión Artística, los cuales son construcciones subterráneas que permiten ganar cuantioso espacio para áreas verdes en la superficie. La Universidad de Lima posee, además, a poca distancia, un campus complementario ubicado en la urbanización Mayorazgo del distrito de Ate.

En la actualidad, la Universidad de Lima tiene aproximadamente 20 000 alumnos distribuidos entre su Programa de Estudios Generales, sus 12 carreras pertenecientes a 5 facultades, y su Escuela de Posgrado. Además, promueve un Instituto de Investigación Científica (IDIC) y ofrece numerosos servicios a los estudiantes, docentes y comunidad en general.

Es sumamente importante destacar que la Universidad de Lima es una institución académica sin fines de lucro, lo que la diferencia de otras universidades privadas que están constituidas y organizadas como sociedades anónimas. Sustentada en su naturaleza jurídica, forma profesionales líderes, reconocidos por sus méritos y comprometidos con el bienestar de la sociedad. Los logros de los profesionales graduados en la Universidad de Lima se constatan y comprueban en los procesos de calidad que realizan, en el desarrollo de las investigaciones y en la práctica de la innovación. La historia nos ha demostrado que en la institución se han formado excelentes profesionales de diversas carreras, que son inclusive referentes internacionales por su calidad

académica, por el impacto de sus investigaciones y por su contribución al desarrollo integral de la sociedad. En cuanto a los valores fundamentales de la Universidad de Lima, estos son los siguientes: (a) libertad de pensamiento y respeto a la diversidad, (b) honestidad y vocación de servicio, (c) compromiso con la calidad y con la innovación, (d) lealtad y sentido de pertenencia.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que hoy, sin duda alguna, es reconocida y muy respetada, fue creada por Resolución del Consejo Universitario 067 del 2 de octubre de 1980 como un Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas (así se les denominaba a las facultades en esa época, por la normativa universitaria vigente), e inició sus actividades en el mes de marzo de 1981 en el campus universitario de Monterrico. Ya funcionaban, y también destacaban en esa época, los programas académicos (después denominados facultades) de Administración, Economía, Contabilidad, Ingeniería Industrial y Comunicaciones.

En ese tiempo, se distinguía en el sistema universitario público la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y, en el sistema universitario privado, la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), creada en 1917. La gestación y desarrollo de la Universidad de Lima desde que se fundó en 1962, además de ser una excelente idea, fue en nuestra opinión muy positiva, ya que ofrecía una nueva opción o alternativa para libremente postular a una universidad privada con una modernidad en la educación universitaria que en esa época no se ofrecía. De ser admitido como estudiante, luego de aprobar el examen de ingreso, o el traslado en su caso, se podía obtener con el esfuerzo necesario, primero, un bachillerato, luego un título profesional y, de proponérselo, una maestría como grado académico especializado.

Desde su fundación, la Universidad de Lima estuvo y está permanentemente preocupada por dirigir sus esfuerzos de educación e investigación hacia nuevas áreas, y por ello, al ingresar al mundo de las ciencias jurídicas con la creación de la Facultad de Derecho, incursionó de una manera especial y diferente hacia una perspectiva económica y política de la carrera, sobre la base de que el derecho no puede estar desvinculado de la realidad, más aún si se tiene en cuenta que en esa época venían adquiriendo singular importancia nuevos fenómenos económicos y comerciales que condujeron a la creación de instituciones innovadoras, y ya se reconocían y aceptaban alternativas o nuevas modalidades de inversión y de actividad empresarial en los diferentes sectores de la realidad. Esta coyuntura fue advertida, sostenida y difundida por las autoridades de esos primeros años de funcionamiento de la Facultad de Derecho, y me estoy refiriendo de manera especial a los doctores Camilo Carrillo, Carlos Torres y Torres Lara y Álvaro Llona Bernal.

Como sin duda es indiscutible e irrefutable, actualmente el derecho no puede estar desvinculado de la realidad, por el hecho de haber adquirido una singular relación,

vinculación y conexidad con los fenómenos económicos y comerciales. Nunca antes la microeconomía y la macroeconomía habían tenido tanta importancia para el derecho, y ello no significa que otros campos hayan perdido importancia para las ciencias jurídicas, como la familia, los derechos sucesorios, los derechos reales y obligacionales, las relaciones contractuales, la sociedad civil en general, el derecho penal y el derecho constitucional, entre tantos otros. Lo que ocurre es que nuevos fenómenos económicos, comerciales y sociales ya habían crecido desproporcionadamente o estaban en pleno proceso de desarrollo. Así, las empresas y toda su problemática ocupaban, quiérase o no, una particular dimensión en la realidad jurídica mundial. Por ejemplo, al “comercializar” el Código italiano al derecho civil, o al emprender el Código de Obligaciones suizo la tarea de unificar las obligaciones, no han hecho otra cosa que mostrarnos las grandes características y dimensiones que está asumiendo el derecho en el mundo moderno.

A manera de comentario personalizado y con las excusas correspondientes, puesto que de lo que se trata es de destacar en forma genérica la activa participación que ha tenido la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la legislación comercial peruana de los últimos cuarenta años, tal y como lo señala el título del presente artículo, no podría dejar de comentar la imprevista y no planificada incorporación del suscrito como persona y abogado al cuerpo docente, al contacto permanente con estudiantes universitarios y al grupo humano de autoridades, que tuve la inmensa fortuna de conocer, a mediados del mes de septiembre de 1974, lo que prácticamente me cambió la vida, para bien naturalmente. Mi ejercicio profesional como abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú oficialmente se había iniciado el 20 de octubre de 1973, fecha en la que me confirieron el título de abogado, aunque ya había laborado como practicante de derecho en distintas oficinas legales y en estudios de abogados desde el mes de enero de 1968, luego de haber concluido los dos años de Estudios Generales en la PUCP, y por haber ingresado ya al primer año de la Facultad de Derecho en el año 1968. Como recuerdo, se aconsejaba en esa época que los estudiantes de derecho completáramos voluntariamente los estudios teóricos con las prácticas preprofesionales, combinación que, conforme aprecié y constaté, fue muy importante.

Afortunadamente para el suscrito, y la verdad sin esperarlo ni planificarlo, sucedió que a mediados del mes de septiembre de 1974, siendo ya abogado titulado, prácticamente a la mitad del segundo semestre de dicho año, el reconocido y muy apreciado profesor del curso de derecho comercial que se dictaba en la Facultad de Administración de la Universidad de Lima, el doctor Carlos Neuhaus Rizo-Patrón, inesperadamente tuvo que dejar el dictado del curso por una severa afección a la faringe y, por lo tanto, con suma urgencia se necesitaba encontrar a un reemplazante, con la condición de que se adapte al horario nocturno, ya establecido, de dos noches a la semana (miércoles y viernes de 7 p. m. a 9 p. m.). Resulta que ese año yo estaba destacado y becado por la Organización de Luis Banchemo Rossi, donde trabajaba ya como parte integrante del cuerpo legal, y

seguía, además, el curso anual de Gestión y Promoción de Exportaciones en la Escuela de Administración de Negocios ESAN para obtener el Certificado de Experto en Comercio Exterior. Entonces uno de mis compañeros de clases, cuyo padre era el doctor Sixtilio Dalmau, que también era un reconocido profesional que estaba estrechamente vinculado a la Universidad de Lima, me preguntó si yo ya era abogado graduado (en ese momento tenía 25 años de edad y hacía casi un año que ya era abogado titulado) y si aceptaría asumir a medio ciclo dicho curso, para con ello superar la emergencia suscitada por la enfermedad del doctor Neuhaus; si aceptaba, implicaba ingresar al profesorado de la Universidad de Lima para reemplazar oficialmente al profesor delicado de salud. Esta propuesta fue absolutamente inesperada, no planificada ni soñada, y me pareció muy interesante, además de que el horario de clases no alteraba mis estudios de posgrado, por lo que la acepté de inmediato y sin vacilaciones. Al respecto, considero que en esas circunstancias se me presentó una interesantísima oportunidad que de ninguna manera debía dejar pasar, y se convirtió en un gran reto personal, ya que hasta esa fecha no tenía ninguna experiencia como docente. Esta decisión me permitió integrar la planilla de profesores de la Universidad de Lima, primero en la Facultad de Administración entre los años 1974 y 1981, y luego en la Facultad de Derecho, a partir de 1981, hasta que me jubilé el 3 de febrero del 2019 al cumplir el límite de edad estatutario. Ejercí la docencia de manera ininterrumpida en la Universidad de Lima por casi 46 años, por varios años fui miembro del Consejo Directivo de la Facultad, jefe del departamento en dos oportunidades y luego decano de la Facultad de Derecho en dos periodos consecutivos.

En la segunda mitad de la década de 1970, prácticamente en medio de un gobierno militar que se había iniciado en 1968 y que concluyó en julio de 1980, éramos en realidad muy pocos los profesores que enseñábamos los cursos de derecho o los cursos vinculados a esta disciplina en la Facultad de Administración, pero todos teníamos que estar muy atentos a la evolución política y a la gestación de la nueva Constitución que se venía trabajando y que, finalmente, se aprobó en 1979. Recuerdo en esos años, entre otros, a los profesores Álvaro Llona Bernal, Jaime Zavala Costa, Fernando Orbegoso Baraybar, Ernesto Blume Fortini, Carlos Hamann Pastorino y de manera especial al doctor Carlos Torres y Torres Lara, quien tenía a su cargo los cursos de cooperativismo y de propiedad social, los cuales los dictaba bajo un enfoque básicamente jurídico. Desde que lo conocí, a pesar de ser algunos años mayor que yo, me permitió desarrollar una fraterna amistad, pues teníamos en común el hecho de haber sido ambos formados en el colegio La Salle y también en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la que el doctor Carlos Torres y Torres Lara estudió los primeros años de la carrera de Derecho para luego trasladarse a la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Nos unía, además, nuestra inclinación hacia el derecho de la empresa en todas sus diferentes manifestaciones. Gracias a esa relación, pude estar al tanto de las gestiones y dificultades que se presentaron durante el proceso de gestación y creación de la Facultad de

Derecho dentro de la Universidad de Lima, la que, como ya he resaltado, desde que había iniciado sus actividades en el año 1962, se distinguía por su perfil básicamente empresarial y, por lo tanto, una Facultad de Derecho necesariamente debía adaptarse a esta característica. Tengo entendido que no fue tarea fácil, que la idea pasó por algunas dificultades, pero que al final se formalizó con la Resolución 067 del 2 de octubre de 1980 y la Facultad de Derecho inició sus actividades en el mes de marzo de 1981. El doctor Carlos Torres y Torres Lara tuvo una importante y muy significativa participación en su gestación y desarrollo. Fue decano en dos oportunidades entre los años 1984 y 1990, en las que realizó una gestión que hasta ahora es reconocida y destacada por todos quienes estamos vinculados a la Universidad de Lima.

Como una muy especial deferencia al doctor Carlos Torres y Torres Lara, quien falleció a los 57 años el 16 de junio del año 2000, recibí el honroso encargo de presidir la comisión editora de su libro homenaje, publicado en junio del 2019, y de hacer la presentación de este. En un apretado resumen de este encargo, y con el fin de ponderar algunos conceptos, ideas y actividades de su persona, consideré oportuno y pertinente identificar tres diferentes periodos de su vida, a saber: el primer periodo es esencialmente académico y universitario, estrictamente vinculado a la Universidad de Lima, que concluyó parcialmente el 28 de julio de 1990 cuando juramentó como ministro de Trabajo; el segundo periodo abarca su trayectoria como político y culmina con su fallecimiento en el año 2000, aunque, en los últimos años, ya se había reincorporado a la docencia tanto en la Facultad de Derecho como en la Escuela de Posgrado de la Universidad de Lima; y, finalmente, un tercer periodo que se expresa a través de sus obras y las publicaciones que en su memoria se han hecho, en las que con justicia se destacan y recuerdan sus calidades humanas, profesionales, académicas y políticas.

Dentro del primer periodo, debo destacar la fuerza que le dio, en su calidad de decano, a la renovación y modernización del plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, incorporando al cuerpo de profesores, en una primera etapa, a los doctores José León Barandiarán, Ulises Montoya Manfredi, Luis Alberto Sánchez, Francisco Miró Quesada Cantuarias, Carlos Fernández Sessarego, Valentín Paniagua, Fernando Vidal Ramírez, Felipe Osterling Parodi, Max Arias-Schreiber, Domingo García Rada y Raúl Ferrero Costa, entre otros; y, posteriormente, a Augusto Ferrero Costa y a José León Barandiarán Hart, quienes también llegaron a ser decanos de la facultad; y a los doctores Enrique Elías Laroza, Hernando Montoya Alberti, Ricardo Beaumont Callirgos, Víctor García Toma y Delia Revoredo Marsano, entre otros. En el currículo de estudios de la Facultad de Derecho ya se distinguía un importante grupo de cursos esenciales básicos y obligatorios, y una interesante variedad de cursos electivos de diferentes especialidades, entre los cuales se incluyeron cursos modernos relacionados con el derecho comercial, hoy identificado como derecho empresarial, y la informática jurídica.

Considero de suma importancia destacar que un reducido grupo de profesores, a su solicitud, acompañamos al doctor Carlos Torres y Torres Lara a visitar en varias ocasiones a los miembros que aún se reunían para laborar con la comisión creada por el Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965, encargada de preparar un anteproyecto de un nuevo Código Civil. Esta comisión, que venía trabajando lenta y pausadamente desde el mes de marzo de 1965, había intensificado y acelerado su labor a partir del 28 de julio de 1980, cuando terminó el gobierno militar y retornó a la política el arquitecto Fernando Belaunde Terry como presidente de la República, quien designó al doctor Felipe Osterling Parodi como el primer ministro de Justicia¹. El doctor Osterling Parodi cambió la metodología de trabajo de la comisión encargada de elaborar el anteproyecto del Código Civil: se redistribuyeron los temas y especialidades, y se incorporó a jóvenes y brillantes abogados, entre los cuales destacaban Lucrecia Maisch von Humboldt, Delia Revoredo Marsano, Jorge Vega Velasco y Carlos Cárdenas Quiroz, coincidentemente todos ellos ya profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, como también lo eran los doctores Osterling Parodi y Arias-Schreiber. Se apreciaba sin duda que había un decidido propósito de aprobar lo más rápido posible un nuevo Código Civil que reemplazara al vetusto Código de 1936, lo que se materializó el 24 de julio de 1984, fecha en la que se aprobó el Decreto Legislativo 295, mediante el cual se promulgó el Código Civil de 1984, actualmente vigente, disponiendo que este regiría a partir del 14 de noviembre de 1984.

En esos años tan especiales para el derecho civil (entre julio de 1980 y julio de 1984), eran dos los aportes o propuestas que, a criterio del doctor Torres y Torres Lara y del mencionado grupo de profesores que tuve el honor de integrar, considerábamos que se debían incorporar de una manera clara y transparente en el articulado del nuevo Código Civil. En primer lugar, la unificación de la teoría del acto jurídico y de las obligaciones civiles y comerciales, lo cual se logró parcialmente. En segundo lugar, la introducción de regulaciones específicas de contratos especiales de naturaleza comercial, cuyos proyectos veníamos trabajando. Se trataba de algunos contratos modernos que bien merecían ser recogidos en el libro de contratos del Código Civil, en razón de que ya sabíamos que en el anteproyecto se habían incluido contratos de naturaleza comercial, como son el contrato de suministro y el contrato de hospedaje, y fue por ello que presentamos los mencionados proyectos, los cuales tenían que ver con el fenómeno moderno de la distribución comercial, como son el contrato de agencia, el contrato de distribución comercial, el contrato de concesión privada y el contrato de franquicia o *franchising*. Lamentablemente, recibimos como respuesta que el anteproyecto ya estaba concluido

1 El Ministerio de Justicia había desaparecido durante el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, por lo que el doctor Felipe Osterling Parodi tuvo que refundar este ministerio. A él le sucedieron como ministros de Justicia Enrique Elías Laroza, Armando Buendía, Max Arias-Schreiber y Alberto Musso, por un año cada uno, tal y conforme se había acordado en la alianza entre los partidos políticos Acción Popular y Partido Popular Cristiano.

y que era imposible ampliar el libro VII en el que se regulan los contratos nominados, pues la comisión encargada ya había presentado oficialmente su anteproyecto y tan solo faltaba la revisión por la Comisión Revisora. Hacer cambios implicaba la reinstalación de la primera comisión, lo cual era imposible.

Siempre dentro del primer periodo de la vida del doctor Carlos Torres y Torres Lara, no se puede dejar de señalar que, en el año 1987, publicó el libro *Derecho de la empresa*, prologado nada menos que por el eminente jurista Francesco Galgano, profesor principal de la Universidad de Boloña, Italia, y uno de los mejores juristas de la época. El citado libro contiene dos partes. En la primera, relativa a la moderna teoría de la empresa, desarrolla el contenido y justifica la consolidación del denominado derecho de la empresa, pues este se constituye como un elemento esencial y unificador del derecho civil y del derecho comercial; incluye, además, un interesante análisis del régimen constitucional de la empresa en la Constitución Política de 1979. Por primera vez en nuestro país, un profesor peruano investigó la doctrina extranjera más importante y estructuró una teoría de la empresa en la que confluye el aporte de diversos campos, tales como el constitucional, el civil, el comercial, el laboral, el tributario, el administrativo y las ciencias políticas, lo que significó un enfoque moderno de la empresa. En la segunda parte del libro, su autor compila un material sumamente valioso para la comprensión del fenómeno empresarial: se trata de textos legales de países donde la empresa tiene ya un tratamiento especial, así como una selección de las ponencias y debates que sobre la empresa se dieron durante la elaboración de la Constitución de 1979.

Posteriormente, en el año 1989, el doctor Carlos Torres y Torres Lara publicó un segundo volumen sobre el derecho de la empresa que incluyó nuevos temas que realmente merecen destacarse, no solamente por su novedad, sino también por sus implicancias prácticas. En este libro se abordaron temas relacionados con la quiebra y reflotamiento de las empresas, el balance falso como delito de empresa, la actividad empresarial del Estado y el régimen constitucional en el área andina, entre otros. Debo resaltar que de manera excepcional, por primera vez, un autor peruano investigó y desarrolló el tema de la empresa y la familia; es decir, analizó el concepto de patrimonio familiar empresarial, los problemas prácticos que ya se suscitaban en nuestro país, y los modelos de desarrollo y de la estructura legal de la manera como debían organizarse las pequeñas empresas familiares.

Ingresando ya a una labor conjunta de todos los que fuimos autoridades y docentes de la Facultad de Derecho en la década de 1990, fuimos conscientes de que tanto la Universidad de Lima como nuestra facultad son en esencia instituciones al servicio de la comunidad y que, por lo tanto, debían proyectarse al servicio de la sociedad y en especial al ámbito jurídico. Así se inició una intensa actividad de extensión dirigida a los profesionales, profesores y alumnos de la comunidad en general, y se organizaron y llevaron a cabo eventos de gran nivel que detallamos a continuación:

- El Congreso Internacional sobre el Código Civil Peruano, con la participación de distinguidos juristas de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Italia, México, Venezuela y Perú.
- El Primer Fórum de Derechos Humanos, organizado conjuntamente con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- El Fórum de Derecho Empresarial, que contó con la presencia del reconocido profesor de la Universidad de Boloña, doctor Francesco Galgano.
- El Congreso de Derecho Constitucional, organizado conjuntamente con el Centro de Estudios Legislativo-Económicos y Sociales (Celes), al que asistieron destacados constitucionalistas de Argentina, España y Perú.
- El Fórum sobre la Teoría Tridimensional del Derecho, para el cual se invitó al propio gestor de dicha teoría, el doctor Miguel Reale, jurista brasileño.
- El Ciclo de Conferencias sobre Derecho, Economía y Propiedad, a cargo del jurista, decano en este entonces, de la Facultad de Economía de la Universidad de Nápoles, doctor Francesco Lucarelli.

Sin duda alguna, la disciplina jurídica en la que es muy fácil demostrar la activa participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la legislación peruana es el derecho comercial, pues quienes éramos profesores de las materias que lo integran también fuimos promotores, propulsores e impulsores de los cambios que se necesitaban con urgencia en derecho societario, en títulos valores, en la regulación del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, en la tutela del consumidor, en el derecho concursal y en el derecho de seguros, entre otras materias. Asimismo, estos eran cursos que los estudiantes requerían, esperaban y en los que se matriculaban con especial interés, producto de las propuestas y debates que en esa época se hacían públicos.

En ese sentido, vamos a seguir el orden que nos hemos fijado, y por ello comenzaremos con el gran cambio que vivimos con la gestión y aprobación de la Ley 26887, Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), que entró en vigencia el 1 de enero de 1998. En la tercera disposición final de esta ley, se derogó la Ley 16123, modificada por el Decreto Legislativo 311 y todas sus ampliatorias, derogatorias y modificaciones posteriores; el Decreto Legislativo 672; los artículos 260 al 268 del Decreto Legislativo 755, así como las leyes y demás disposiciones que se opongan a la LGS. A pesar de ello, no deberíamos dejar de comentar su antecedente, la Ley 16123 del año 1966, que tuvo como principal virtud la modificación de las secciones primera y segunda del libro segundo del Código de Comercio del año 1902, con el cual se regulaba el contrato de sociedad de naturaleza básicamente comercial. La promulgación del Código Civil de 1984, mediante Decreto Legislativo 295, trajo como consecuencia la necesidad de adecuar nuestro ordenamiento

jurídico al cuerpo de normas y principios recogidos en tan importante norma legal. Debido a su nueva técnica legislativa, las sociedades civiles se desprendieron del Código Civil de 1984 y, con arreglo al Decreto Legislativo 311 de 1984, su normativa se incorporó en una nueva Ley de Sociedades Mercantiles, que sustituyó su denominación por Ley General de Sociedades, sin que ello implique un cambio sustantivo en la regulación legal de cada una de las sociedades allí incluidas.

En efecto, las sociedades originalmente reguladas por la Ley 16123 no perdieron su carácter mercantil, que es sinónimo o equivalente de comercial, y el legislador en el Decreto Legislativo 311 únicamente se limitó a introducir leves modificaciones esquemáticas en los artículos que componían sus disposiciones. En cuanto a las sociedades civiles, su inclusión en la Ley General de Sociedades obedeció sobre todo a un criterio de integración en un solo cuerpo legal de las formas societarias reconocidas por la ley, sin que ello supusiera comercialización o mercantilización. Antes bien, el legislador se cuidó de mantener los lineamientos fundamentales bajo los cuales estaba regulada la sociedad civil en el Código Civil de 1936; incluso llegó a repetir casi textualmente algunos de sus artículos.

Teniendo en cuenta que mediante el Decreto Legislativo 311, Ley de Sociedades Mercantiles, se había modificado la Ley 16123 para integrar en un solo texto a las sociedades civiles y mercantiles, por razones estrictamente formales y de orden, fue necesario que por el Decreto Supremo 003-85-JUS, del 14 de enero de 1985, se apruebe un texto único ordenado de la Ley General de Sociedades, que reguló por primera vez en un solo cuerpo legal a ambos tipos de sociedades.

Entre 1985 y 1995, en razón de la propia dinámica del derecho societario —que está en permanente modernización y cambio—, así como por las innovaciones introducidas en esos años en nuestro ordenamiento jurídico, y por la conveniencia de adecuar la legislación societaria a las nuevas concepciones y principios rectores de la economía de nuestro país (recogidos en la Constitución de 1993), con una muy activa participación de los profesores de derecho comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, se llevaron a cabo innumerables eventos académicos, seminarios, foros y mesas redondas, e incluso se publicaron múltiples artículos y ensayos relacionados con la necesidad o conveniencia de contar con un nuevo marco legal societario. En esos eventos se identificaron de manera clara y precisa las razones que justificaban una nueva Ley General de Sociedades, lo cual era un proceso inevitable e ininterrumpible. Tales razones fueron las siguientes:

- La necesidad de modernizar la legislación societaria y adecuarla a la nueva realidad, así como proyectarla al siglo XXI.
- En el año 1994, se contaba con una legislación societaria desordenada, dispersa y contradictoria, y sin lugar a dudas, había mucha distancia entre la realidad y la normativa societaria.

- La legislación anterior contenía errores formales. A manera de ejemplo, en los artículos 78 (inciso 5), 107 y 130 se seguía hablando de acciones al portador, cuya existencia estaba prohibida desde el año 1968.
- Asimismo, en la legislación anterior se reconocía una excesiva importancia a la acción como título: es el caso de los artículos 111 y 112, sobre la prenda y el embargo de acciones; el del artículo 145, que exigía como recaudo para la acción de impugnación de acuerdos el previo depósito de los certificados de acciones en una institución bancaria; y el del artículo 223, sobre la reducción de capital por canje de títulos.
- Había una confusión en el uso de términos: *capital social*, *capital suscrito* y *capital pagado*, en relación con los derechos de los accionistas.
- Se regulaba un órgano que había demostrado su inutilidad: el Consejo de Vigilancia.
- Existían legislaciones paralelas sobre sociedades abiertas y sociedades de accionariado difundido.
- Se necesitaba incorporar nuevas instituciones, como los convenios de accionistas, la autocartera de acciones, la escisión de sociedades y otras formas de reorganización societaria.
- Se requería actualizar y modernizar las normas sobre estados financieros, balances, utilidades y repartición de dividendos.
- Se necesitaba adecuar los procedimientos judiciales en relación con el nuevo Código Procesal Civil de 1993, que ya se encontraba plenamente vigente.
- Se requería concordar la legislación societaria con el nuevo sistema de reestructuración empresarial, también conocido como sistema concursal, y con la legislación sobre el mercado de valores.
- Finalmente, se necesitaba ordenar y unificar la regulación sobre los contratos asociativos.

A manera de conclusión sobre este punto, se puede afirmar que la corriente mayoritaria, y que representaba un clamor del empresariado, era que una nueva Ley General de Sociedades acabaría con los vacíos y ambigüedades de la normativa societaria, y la reordenaría íntegramente, lo cual en efecto sucedió.

En el panorama descrito, el Ministerio de Justicia, mediante la Resolución Ministerial 424-94-JUS, del 1 de septiembre de 1994, publicada el 5 de septiembre de ese año, nombró una comisión que elabore un anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades, conformada por connotados profesionales especialistas en derecho comercial, y a la

que se le otorgó inicialmente un plazo de 120 días. Posteriormente, por la Resolución Ministerial 075-95-JUS, del 27 de febrero de 1995, publicada el 2 de marzo de ese año, se prorrogó dicho plazo por 90 días adicionales; sin embargo, dada la complejidad de la tarea legislativa encomendada a la citada comisión, se consideró necesario ampliar el plazo a un año, para culminar satisfactoriamente con la redacción y formulación del referido anteproyecto. La ampliación se formalizó mediante la Resolución 270-95-JUS, de fecha 19 de julio de 1995, publicada el 20 de julio de ese año. Finalmente, y en razón de la ardua e importante tarea encomendada, la Comisión Redactora solicitó una prórroga del plazo otorgado para culminar satisfactoriamente con la redacción y formulación del anteproyecto de la Ley General de Sociedades. Dicha solicitud fue concedida mediante la Resolución Ministerial 159-96-JUS, del 12 de julio de 1996, publicada el 16 de julio de ese año, en la que se ampliaba por última vez el plazo hasta el 31 de diciembre de 1996.

La mencionada comisión cumplió con la entrega del referido anteproyecto al Ministerio de Justicia dentro del plazo concedido, el cual lo remitió al Congreso de la República, que a su vez lo derivó a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. La inicialmente denominada Comisión Elaboradora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, conocida después como Comisión Redactora del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, estuvo integrada por once juristas vinculados al derecho comercial: Enrique Normand Sparks (quien la presidió), Enrique Elías Laroza, Francisco Moreyra García Sayán, Álvaro Llona Bernal, Alfonso Rubio Feijóo, Julio Salas Sánchez, Hernando Montoya Alberti, Ricardo Beaumont Callirgos, Alfredo Ferrero Diez-Canseco, Emil Ruppert Yáñez y por el suscrito, con lo cual es muy fácil confirmar que seis de los once miembros éramos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, lo cual merece destacarse.

Asimismo, es pertinente recordar que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, encargada de estudiar el referido anteproyecto de ley, emitió el dictamen de fecha 18 de febrero de 1997 en el cual señaló que era innecesario delegar facultades al Poder Ejecutivo para que mediante decreto legislativo apruebe la Ley General de Sociedades, tal como fue solicitado por el Ejecutivo. Además, en su lugar, acordó por unanimidad proponer al pleno del Congreso que se delegue única y exclusivamente a la Comisión Permanente del Congreso de la República la facultad de legislar dentro de un plazo máximo de 180 días, en los términos a que hace referencia el artículo 101 de la Constitución, para dictar una nueva Ley General de Sociedades, sobre la base del anteproyecto elaborado por la Comisión creada mediante la Resolución Ministerial 424-94-JUS, con la recomendación de que se constituya una Comisión Revisora en la cual participasen como invitados los autores del anteproyecto de la Ley General de Sociedades, todo ello con el propósito de despolitizar el tema y lograr que se apruebe una norma legal con mayor y mejor técnica legislativa, y con un contenido de mayor impacto y efecto.

Fue gracias a ello que el Congreso de la República, mediante la Resolución 001-97-CR, del 20 de febrero de 1997, publicada el 22 de febrero de ese año, aprobó dicha delegación y, además, acordó designar al doctor Carlos Torres y Torres Lara como presidente de dicha comisión que estuvo integrada por los congresistas Jorge Muñiz Ziches, Jorge Trelles Montero, Jorge Avendaño Valdez y Javier Alva Orlandini. Posteriormente, en la sesión de instalación de la Comisión Revisora, llevada a cabo el día 5 de marzo de 1997, el presidente de la comisión propuso que se incorpore a los congresistas Lourdes Flores Nano y Ricardo Marcenaro Frers.

En lo que concierne al doctor Carlos Torres y Torres Lara, fue muy importante el rol que le tocó desempeñar como presidente de la Comisión Revisora, ya que desde el comienzo fue un convencido de que la Ley General de Sociedades, sin tener la categoría de una ley orgánica por su contenido técnico, era una ley muy importante que debía ser vista por el propio Congreso en lugar de ser aprobada por decreto legislativo, mediante una delegación de facultades al Poder Ejecutivo. En su opinión, se debía hacer uso de las facultades que otorgaba la Constitución de 1993 y, por tanto, se tenía que dar facultades extraordinarias al propio Congreso, pero a la Comisión Permanente, que fue en la práctica lo que sucedió. En otras palabras, la que es hoy la LGS fue la primera ley emitida y aprobada por la Comisión Permanente en nombre y representación del Congreso, sin que pase por el pleno. Lo mismo sucedió con la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, a la que nos referiremos posteriormente.

De acuerdo con lo manifestado por el doctor Enrique Normand Sparks, presidente de la Comisión Redactora del Anteproyecto, en su exposición de presentación al Congreso, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 1997, la intención de elaborar un anteproyecto de una nueva Ley General de Sociedades obedeció a la necesidad de revisar, corregir, innovar, cambiar, modificar y complementar el antiguo texto legislativo, y hacerlo acorde con la gran transformación del marco económico del Perú en los últimos años. En el caso de la legislación mercantil en nuestro país, esta acumulaba una experiencia de más de noventa años, lo cual, dentro de la rápida dinámica del derecho societario y la evolución económica mundial, justificaba plenamente la dación de un nuevo instrumento legal. El trabajo realizado por la Comisión Redactora estuvo destinado a elaborar un texto que recogiera y comprobara fielmente la realidad nacional.

La Comisión Redactora prescindió de la labor fácil de copiar alguna de las legislaciones extranjeras, como ocurrió con el Código de Comercio de 1902 y con la anterior normativa societaria. Por un lado, se respetaron las instituciones y textos de artículos que funcionaron eficiente y claramente, y, por otro, se acudió a la consulta del derecho comparado, con preferencias por las legislaciones española, mexicana, chilena, inglesa, suiza y francesa.

Asimismo, en su trabajo, esta comisión consultó a diversas instituciones, tales como la Conasev, la Bolsa de Valores de Lima, el Colegio de Abogados, el Colegio de Notarios

de Lima, la Cámara de Comercio, la Confiep, el Indecopi y la Asociación de Bancos. Asimismo, se contó con la asesoría de distinguidos y destacados auditores para los aspectos contables y de auditoría que contempla la ley.

También es importante señalar que la comisión estructuró un plan de trabajo para la elaboración del citado anteproyecto, y para temas puntuales y especializados, se contó con la colaboración de expertos en materias multidisciplinarias.

Igualmente, debe destacarse que al anteproyecto se le dio la máxima publicidad y divulgación, lo que no se había hecho con ninguna otra ley anterior, para que las instituciones y personas naturales o jurídicas interesadas en el tema participen con sus sugerencias y recomendaciones en los diversos aspectos abordados por dicha norma, algunas de las cuales se recogieron en el texto final. La secuencia de las publicaciones en el diario oficial *El Peruano* fue la siguiente:

- El 2 de marzo de 1997 se publicó el anteproyecto elaborado por la comisión designada por la Resolución Ministerial 424-94-JUS, tal y como fue presentado al Ministerio de Justicia.
- El 23 de abril de 1997 se publicó la exposición efectuada por el doctor Enrique Normand Sparks ante la Comisión Revisora del Congreso de la República, la cual complementa el anteproyecto presentado. Dicha exposición se puso a disposición de las instituciones especializadas, profesionales en derecho y ciudadanos interesados en su contenido para que la estudien y envíen sus opiniones y sugerencias a la Primera Vicepresidencia del Congreso, incluso a través de internet.
- El 10 de mayo de 1997 se publicó la versión aprobada por la Comisión Revisora del Congreso de la República, antes de ser elevada a la Comisión Permanente del Congreso.
- El 3 de octubre de 1997 se aprobó el Proyecto de Ley General de Sociedades refrendado por la Comisión Permanente, a efectos de recibir dentro de los 15 días siguientes de su publicación opiniones y sugerencias de los interesados.
- El 28 de octubre de 1997 se puso en conocimiento de la comunidad, publicándose el documento final antes de su formalización por la Comisión Permanente, y se abrió un último plazo para la recepción de sugerencias.
- Finalmente, el 9 de diciembre de 1997 concluyó la secuencia con la publicación de la LGS.

Sin lugar a dudas, los que integramos la comisión que elaboró el anteproyecto, en especial, y quienes mostraron interés en su contenido y alcances tuvimos reiteradas oportunidades para participar con opiniones, sugerencias y recomendaciones, las cuales fueron recibidas y evaluadas por la Comisión Redactora, por los congresistas y

por sus asesores especializados; y, de acuerdo con su pertinencia y viabilidad, muchas de ellas se incorporaron al texto final, sin que se haya alterado la estructura y espíritu del anteproyecto.

Si bien el proceso de elaboración de la LGS fue largo, como ya lo hemos mencionado, inició su vigencia a partir del 1 de enero de 1998, derogando expresamente la Ley 16123 y todas sus disposiciones ampliatorias posteriores; y ahora está próxima a cumplir 23 años de vigencia. En dicha ley se introdujeron importantes innovaciones y cambios, adecuando y preparando nuestra estructura legal societaria frente a las vicisitudes del siglo xx que ya estaba concluyendo, y sobre todo para el siglo xxi.

Acto seguido, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, con el apoyo de su decano en ese entonces, José León Barandiarán Hart, y de la Dirección Universitaria de Proyecto Social, así como con el auspicio de Gaceta Jurídica, organizó y llevó a cabo entre los días 27 y 29 de enero de 1998, con notable éxito de asistencia, el primer seminario de nivel académico universitario de divulgación y difusión de la LGS. Asimismo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y sus expositores (profesores nuestros vinculados al derecho comercial) nos propusimos y ofrecimos presentar por escrito cada una de las ponencias con el objeto de publicar un libro especial elaborado por el Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, para contribuir a la difusión y conocimiento de la citada ley. Cumplimos con nuestra promesa y sometimos a consideración del público interesado la primera edición del libro *Nuevo derecho societario* (1998), respetando el mismo orden en que se dieron las exposiciones. Esta publicación tuvo indiscutible éxito de difusión y venta.

Continuando con el orden que nos hemos fijado, a continuación nos referiremos al proceso de gestación y aprobación de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores (en adelante, LTV), publicada el 19 de junio del 2000. Quienes, como abogados, de un modo u otro estábamos vinculados al derecho comercial, ya sea en la docencia, en la asesoría legal de empresas o en la defensa ante los tribunales de justicia, éramos conscientes de que la antigua Ley de Títulos Valores, la Ley 16587 del año 1967, se estaba tornando anacrónica y rezagada con la modernidad, situación que felizmente ya se había superado en materia societaria con la aprobación de la LGS. En derecho comercial, qué duda cabe que tradicionalmente las dos leyes más importantes son la de Sociedades y la de Títulos Valores, sin desconocer tantas otras de sumo interés, algunas de las cuales también comentaremos a continuación y que son la legislación sobre la regulación del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias, la legislación sobre protección del consumidor, la legislación sobre el sistema concursal (antes reestructuración patrimonial) y la legislación sobre el contrato de seguros; reconocemos, además, la existencia de la legislación sobre el transporte marítimo, la legislación sobre la libre competencia, la legislación sobre protección de los derechos intelectuales y de propiedad industrial, y sobre el mercado bursátil. Recordamos con especial interés la década de 1990 y la

primera década del siglo en curso, por el interés que había suscitado en el mundo jurídico peruano la nueva legislación sobre el Indecopi y sobre el mercado de valores tanto nacional como internacional.

En relación con los títulos valores, por las Resoluciones 068-97-JUS, 110-97-JUS y 161-97-JUS, se integró una comisión encargada de elaborar un proyecto de nueva Ley de Títulos Valores y se le concedió seis meses de plazo. Esta comisión estuvo presidida por el doctor Ricardo Beaumont Callirgos e integrada por los doctores Jorge Ramírez Díaz, Óscar Pomar Fonseca, Hernando Montoya Alberti, Rolando Castellares Aguilar, Gonzalo García Calderón, Alonso Morales Acosta, Juan Manuel Echevarría, Pedro Flores Polo y por el suscrito, es decir, por diez miembros, ocho de los cuales éramos profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (no lo eran Pomar Fonseca y Flores Polo). En mi caso, por un lamentable cruce con los horarios del Directorio de la Conasev, del cual formaba parte en esa época, tuve que renunciar y fui reemplazado por el también profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Óscar Zegarra Guzmán.

Como bien comenta el doctor Ricardo Beaumont Callirgos en la introducción de la obra jurídica que elaboró conjuntamente con el doctor Rolando Castellares Aguilar, titulada *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores* (2000), las primeras reuniones de la comisión fueron orientadas a discutir y acordar la metodología del trabajo encomendado, y a distribuir las ponencias que se debían preparar para el debate en el pleno, las cuales fueron decididas según sugerencias de los propios miembros, es decir, por su particular acercamiento académico o de investigación con algún punto en especial. Así, uno de ellos tomó en exclusiva la letra de cambio; otro prefirió tratar las garantías, tales como avales y fianzas; otro las cláusulas especiales; otro la factura conformada; y otro el título de crédito hipotecario negociable, etcétera. Para tal efecto, se hizo una relación de todos los títulos valores que tenían vigor en el Perú hacia 1997-1998, y el primer acuerdo y decisión de la comisión fue que el nuevo texto reúna a todos los papeles comerciales, evitando el desorden y confusión que había significado la ley anterior, Ley 16587, que solo regulaba tres títulos valores: la letra de cambio, el cheque y el pagaré o vale a la orden.

Un segundo e importante acuerdo fue el de hacer referencia a que, si bien el Supremo Gobierno había pedido redactar un proyecto de nueva Ley de Títulos Valores, la comisión debía excederse del encargo y presentarle alternativamente un proyecto de nueva Ley de Valores Negociables, pues en el derecho cambiario moderno se reconoce e identifica como género a los valores negociables, y como especie (1) a los valores en título o títulos valores y (2) a los valores electrónicos, que la propia Ley del Mercado de Valores, Decreto Legislativo 861, denomina *anotaciones en cuenta y registro*. En efecto, los primeros constan en soporte papel, y de allí el modo de referirse a los derechos incorporados en tales documentos como derechos cartulares, derechos cartáceos, derechos documentarios, y a los principios de incorporación del derecho al título-título (tangible)

y derecho (intangibles), los cuales se confunden y, teniendo comunidad de destino, son particularmente inescindibles. Para Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000), en la introducción de la obra jurídica que hemos mencionado, era importante destacar que la Comisión Redactora no solo debía abocarse a elaborar un proyecto de Ley de Títulos Valores, sino plantear, además, una regulación legislativa de los valores virtuales, desmaterializados o electrónicos, lo que debería dar lugar a que la ley tenga como denominación *nueva Ley de Valores Negociables*, porque con dicho nombre quedan incluidos tanto los valores materializados en soporte papel, valores en título o títulos valores y los valores virtuales, electrónicos o desmaterializados, que la propia Ley del Mercado de Valores, como se dijo antes, denominaba *anotaciones en cuenta y registro*.

Otro acuerdo importante de la Comisión Redactora de la Ley de Títulos Valores fue el que dio lugar a la reflexión formulada en torno a qué mecanismo crear para no tener que aguardar años o décadas para incorporar en esta ley nuevos valores, en título o electrónicos, que el tráfico mercantil y los negocios bancarios y financieros podrían generar en el futuro. Debido a ello, estimamos que fue acertada la idea al proyectar un artículo, que finalmente resultó ser el tercero, concordante con el artículo 276 y con la quinta disposición final, mediante el cual el Congreso de la República encarga a entidades y organismos de control y supervisión —tales como la Superintendencia de Banca y Seguros, la Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos y Pensiones, y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (hoy SMV)— autorizar la creación, emisión, negociación y adquisición de valores mobiliarios e individuales por parte de las personas y empresas sujetas a su control, que inclusive podrán representar derechos patrimoniales distintos a los de participación o deuda, estableciendo sus condiciones, formalidades y demás requisitos; inclusive, aprobando los modelos y formatos estandarizados de aquellos propuestos por las Cámaras de Comercio y otras asociaciones gremiales.

En cuanto a la estructura general de la LTV, esta es la siguiente:

- Se divide en el libro primero, con la parte general, y el libro segundo, con la parte especial.
- El libro primero contiene: (1) las reglas generales aplicables a los títulos valores; (2) la circulación de los títulos; (3) las cláusulas especiales de los títulos valores; (4) las garantías (aval y fianza); (5) el pago; (6) el protesto; (7) las acciones cambiarias; (8) la prescripción y caducidad; (9) el deterioro, destrucción, extravío y sustracción de títulos valores; y (10) las normas de derecho internacional aplicables a los títulos valores.
- El libro segundo comprende: (1) la letra de cambio; (2) el pagaré; (3) la factura conformada; (4) el cheque; (5) el certificado bancario de moneda extranjera y el certificado bancario de moneda nacional; (6) el certificado de depósito y el

warrant; (7) el título de crédito hipotecario negociable; (8) el conocimiento de embarque y la carta de porte; (9) los valores mobiliarios; y (10) los títulos valores especiales.

Sin lugar a dudas, consideramos que se promulgó una ley bien concebida y con buenos augurios de firmeza y confiabilidad. No debemos olvidar que la antigua Ley de Títulos Valores, Ley 16587, si bien hacía expresa referencia a los títulos al portador, a los títulos a la orden y a los títulos nominativos en sus artículos 23, 26 y 29, sin embargo, solo regulaba los títulos a la orden, pues, como bien todos conocemos, en esa ley se trataron la letra de cambio, el cheque y el pagaré o vale a la orden, los tres o los cuatro, como quiera decirse, con certeza títulos valores a la orden. Para el doctor Ulises Montoya Manfredi, quien también fue profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en sus inicios, se trataba de cuatro documentos; en cambio, para el doctor Remigio Pino Carpio eran solo tres, pues según el texto mismo de la ley se regulaba al “pagaré o vale a la orden”, es decir, un solo documento que podía llamarse o denominarse de cualquiera de esas formas.

Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000) destacan que actualmente tenemos numerosos ejemplos de títulos valores a la orden, pero también encontramos “títulos al portador”; tal es el caso del certificado bancario en moneda extranjera, artículos 218 a) y 219 c); y los “títulos nominativos”, como, por ejemplo, las acciones de sociedades, artículo 257.1. En la Ley 16587, las acciones cambiarias se regulaban con ocasión de cada título valor; así, teníamos los artículos 122 a 128 para la letra de cambio y los artículos 174 a 178 para el cheque; en cambio, en la LTV, las acciones cambiarias se tratan en la parte general y son aplicables a todos los títulos valores en sus artículos 90 al 94. Por último, el aval en la Ley 16587 solo se instituía para la letra de cambio, artículos 85 a 88; mientras que en la LTV las garantías (aval y fianza) son tratadas en el libro primero, parte general, aplicable a todos los títulos valores, artículos 56 al 63. De otro lado, la estructura de la LTV, además de su dimensión, horizonte y filosofía, es distinta de la Ley 16587.

Siguiendo con la secuencia predeterminada, nos corresponde referirnos a la novedosa regulación sobre el arbitraje como mecanismo de solución de controversias que se impulsó y desarrolló también en la década de 1990. Sin temor a equivocarme, puedo confirmar que la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima fue la primera que incorporó la materia de derecho arbitral en su currículo de estudios; al principio, con un curso obligatorio general que estuvo a cargo del doctor Gonzalo García Calderón y, luego, con un segundo curso electivo de arbitrajes especiales a cargo del doctor Mario Castillo Freyre.

Reiterando lo que muchos juristas opinan, el arbitraje en el Perú se ha consolidado como un fenómeno único en América Latina, pues no existe otro país de nuestro continente donde este mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria para la solución de controversias haya tenido un desarrollo tan rápido y vertiginoso.

Es pertinente destacar que el arbitraje está reconocido como jurisdicción autónoma por la Constitución Política de 1993 cuando, al detallar los principios y derechos de la función jurisdiccional, declara que “no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral” (artículo 139, numeral 1). El arbitraje se presenta, a su vez, como una vía alternativa al Poder Judicial, ya que, al ser una jurisdicción independiente, los árbitros poseen la *notio* (la facultad de conocer el conflicto planteado), la *vocatio* (la facultad de ordenar la comparecencia de las partes) y la *iudicio* (la facultad de resolver el conflicto, poniendo solución a la controversia mediante la emisión del laudo arbitral).

La Constitución Política de 1979, cuya vigencia se inició el 28 de julio de 1980, por primera vez reconoció al arbitraje como una función jurisdiccional, pues en su artículo 233, inciso 1, le da este carácter al declarar la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. Este precedente normativo es importante, pues contribuyó a su difusión y ulterior desarrollo.

Con el Código Civil de 1984, promulgado el 24 de julio de ese año y vigente desde el 14 de noviembre, se buscó reprivatizar el arbitraje, dejando de lado el procedimiento de la forma como se regulaba, de acuerdo con lo ya explicado; se reforzó su carácter de contrato o acuerdo de voluntades que constituye su base fundamental; se incluyó, por primera vez, un título sobre esta materia en el libro titulado “Fuentes de las Obligaciones” (artículos 1906 a 1922). Sin embargo, se ratificó la necesidad de una doble manifestación de voluntad por considerarse como contratos nominados.

Posteriormente, con la Ley 26572, que estuvo vigente a partir del 6 de enero de 1996, se aprobó una nueva Ley General de Arbitraje y se derogó el Decreto Ley 25935, que se había inspirado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), aprobado por la Resolución 40/72 de la Asamblea General del 11 de diciembre de 1985. Con la Ley 26572 se alcanzó un estándar internacional aceptable. Lo más significativo fue la eliminación de la nefasta distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, este último llamado *convenio arbitral* por el Decreto Ley 25935, para finalmente llegar al Decreto Legislativo 1071, promulgado el 27 de junio del 2008 y vigente desde el 1 de septiembre de ese año, que norma el arbitraje. En este decreto se ha regulado de manera adecuada la justicia arbitral, respaldada ahora con una norma jurídica que ofrece un marco legal moderno e idóneo.

Siguiendo con la secuencia predeterminada, corresponde abordar la legislación de protección de los derechos del consumidor, sobre la cual también se programó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima un curso especial para la formación de los abogados, pues, como es público y notorio, cada día y a toda hora se llevan a cabo transacciones económicas en relaciones de consumo en las que participan proveedores y consumidores o usuarios para la adquisición de productos o para la contratación de

servicios. No cabe duda alguna de que en estos tiempos el derecho del consumidor está presente en el día a día de todos nosotros y su importancia tiene rango constitucional, al disponerse en la Constitución Política de 1993, artículo 65, lo siguiente:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

La regulación anterior al actual Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley 29571 y publicado el 2 de septiembre del 2010, era desordenada y dispersa, y era la siguiente:

- El Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, la cual podría ser considerada en el Perú con la primera ley en materia de protección al consumidor (7 de noviembre de 1991).
- La Ley 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor (17 de julio del 2000).
- El Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (11 de diciembre del 2000).
- El Decreto Legislativo 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor (26 de junio del 2008).
- El Decreto Supremo 006-2009-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor (26 de junio del 2008).

En el año 2009, la Presidencia del Consejo de Ministros creó la Comisión Consultiva encargada de elaborar el anteproyecto del Código de Consumo, que debía ser entregado a fines de septiembre de ese año para su evaluación por el Consejo de Ministros y, posteriormente, por el Congreso de la República. Esta comisión estuvo presidida por Walter Gutiérrez Camacho, quien es actualmente el defensor del pueblo, y que en esa época era profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y decano del Colegio de Abogados de Lima (CAL). Asimismo, se designó en esta comisión a destacados profesiones y abogados tales como Jaime Delgado, Rosario Fernández Figueroa, Mercedes García Belaunde de Hamann, Alonso Morales Acosta, Jorge Avendaño, Alfredo José Bullard González, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Yuri José Francisco Vega Mere, Juan Francisco Rojas Leo y el suscrito. Como se puede notar, cinco de los integrantes ya formábamos parte en esa época de la plana docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Rosario Fernández Figueroa, Alonso Morales Acosta, Juan Espinoza Espinoza, Juan Francisco Rojas Leo y yo), y lo que se debe destacar y reconocer es que el doctor Alonso Morales Acosta sigue siendo el titular del curso electivo que se dicta en la Facultad de Derecho sobre dicha materia y que se denomina Tutela del Consumidor.

Cuando finalmente se dio el Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley 29571, se marcó un nuevo hito para esta materia. Se incorporaron varias novedades como el establecimiento de políticas públicas, la obligación de los proveedores de contar con el Libro de Reclamaciones, la regulación de protección del consumidor en productos o servicios específicos, como servicios públicos regulados, productos o servicios de salud, productos o servicios educativos, productos o servicios inmobiliarios o servicios financieros, entre otros.

Siguiendo con las materias estrechamente vinculadas a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, nos corresponde referirnos al derecho concursal, el cual estuvo y está íntimamente relacionado con las actividades de toda Comisión de Reestructuración Patrimonial, área que forma parte de la jurisdicción del Indecopi, y cuya evolución y desarrollo también se incorporó como tema de estudio especializado en un curso electivo que se programó en el currículo de estudios de la facultad.

Actualmente, como es conocido, el objetivo de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, del año 2002, es “la recuperación del crédito mediante la regulación de procedimientos concursales que promuevan la asignación eficiente de recursos a fin de conseguir el máximo valor posible del patrimonio del deudor” (artículo I del “Título preliminar”), y cuya finalidad es “propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción” (artículo II del “Título preliminar”).

El Indecopi tiene su sede oficial en Lima. No obstante, en los noventa, descentralizó algunas de sus funciones en materia concursal. En efecto, mediante el Decreto Legislativo 788, publicado el 31 de diciembre de 1994, se lo declaró en reorganización para disponer su descentralización y modificar algunos artículos de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Se estableció en su artículo 2 lo siguiente:

Las oficinas y comisiones de dicho Instituto, previa aprobación del Directorio, podrán delegar sus funciones, por medio de la suscripción de los convenios correspondientes, en organismos, instituciones o entidades públicas, o en las Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales, o entidades gremiales de reconocido prestigio, siempre que se garantice la total independencia de su actuación.

En mérito a esos convenios, fue posible la recepción y distribución de la carga procesal del Indecopi entre las distintas comisiones delegadas, siempre que tengan el mismo ámbito de competencia territorial.

En lo que respecta a la materia concursal, se suscribieron sendos convenios de delegación de funciones tanto en Lima como en provincias con cámaras de comercio, universidades, entre otros. Así, en la Universidad de Lima se suscribió un convenio y por ello funcionaba una Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Oficina

Descentralizada del Indecopi, cuyo aporte a la sociedad fue trascendental para conocer las causas relativas a la reestructuración o liquidación de deudores en graves crisis económicas, según el marco de los requisitos legales vigentes.

Ahora bien, se hizo necesaria la dación de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC), del año 2002, pues se observó que las anteriores normas presentaban una regulación muy difusa. Como referencia histórica, el sistema concursal, ahora así denominado, se estableció en nuestro país en 1992 con la promulgación de la denominada Ley de Reestructuración Empresarial, Ley 26116, que derogó la Ley Procesal de Quiebras vigente hasta ese momento y cuyo fin era viabilizar la salida ordenada del mercado de las empresas en falencia económica. El sistema concursal trajo consigo la posibilidad de una reestructuración y/o recuperación de las empresas, ofreciéndoles una oportunidad importante a los acreedores de decidir reestructurar los pasivos del deudor a tasas de intereses razonables que permitan el reflotamiento de la empresa y la conservación de la unidad productiva, o también la liquidación ordenada de los pasivos y su distribución entre los acreedores, respetando un orden de preferencia establecido en la propia ley. De esta forma se otorgaba una mayor preponderancia a la decisión colegiada, conjunta y mayoritaria de los acreedores frente a la decisión individual del deudor, y sobre la base de la viabilidad económica financiera de la empresa concursada.

La expedición de la LGSC obedeció, en parte, a una serie de problemas que las Comisiones de Procedimientos Concursales no podían afrontar con la legislación previa. Según la exposición de motivos de la ley, los problemas más resaltantes eran estos: (a) procedimientos amplios y muy detallados que impedían la celeridad de tramitación y, por consiguiente, provocaban retraso en la adopción de decisiones por las juntas de acreedores; (b) diversidad de leyes *ad hoc* en materia concursal que generaban confusión y aumento del costo en la administración del sistema; (c) normas de fiscalización y control insuficientes; (d) inequidades en el tratamiento de la acreencia laboral; (e) intervención inadecuada del Poder Judicial, que obstaculizaba y suspendía las decisiones administrativas y las de las juntas de acreedores.

En efecto, como lo hemos señalado, solo en la década de 1990 se promulgaron normas y significativas modificaciones legislativas que afectaron al sistema concursal por tener un marco normativo no tan uniforme. Así, primero fue la Ley de Reestructuración Empresarial, Ley 26116, de 1992; luego el Decreto Legislativo 845 de 1996; y, posteriormente, la Ley de Fortalecimiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial, Ley 27146, de 1999, pero también el procedimiento transitorio en el Decreto de Urgencia 064-99.

Esta última norma, es decir, el Decreto de Urgencia 064-99, obedeció a la saturación y demora de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del Indecopi y sus nueve comisiones delegadas en el ámbito nacional (ODI) en la tramitación de los procedimientos de

insolvencia presentados. Adicionalmente, se buscaba facilitar el acceso a los beneficios que otorga un régimen concursal, descentralizando a los agentes aplicadores del procedimiento transitorio y flexibilizando o simplificando los requisitos para ingresar en él. En consideración a ello, el procedimiento transitorio se crea para (a) descentralizar las funciones del Indecopi, (b) reducir y flexibilizar los requisitos para gozar de los beneficios del sistema concursal, (c) agilizar el reconocimiento de los créditos, (d) controlar mejor la asunción de nuevas deudas por parte de la empresa concursada, (e) propiciar reuniones y, con ello, decisiones más rápidas de las juntas de acreedores, entre otras razones.

Por las razones expuestas, resultó necesario elaborar un marco normativo sólido que pueda perdurar en el futuro como principal fuente del derecho concursal peruano. Así, en el texto original del artículo I de la LGSC se estableció como principal objetivo del sistema concursal:

La permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis².

Y la norma del artículo II de la misma ley señala:

Los procedimientos concursales tienen por finalidad propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.

La LGSC ha logrado así mantenerse vigente por más de dieciocho años, más allá de naturales modificaciones acordes al desarrollo de los tiempos, lo cual evidencia que dicho cuerpo legislativo ha sido un gran aporte para el ordenamiento jurídico. Y el curso de derecho concursal sigue formando parte del currículo de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, estando a cargo del profesor Alfonso Pérez-Bonany.

Por último, no podemos dejar de destacar la importancia que se le dio en la Facultad de Derecho al curso de derecho de seguros, cuyo primer profesor fue el abogado especializado doctor Javier Cavero Egúsqiza, hasta que se retiró por límite de edad el 2012; ahora el profesor del curso es el doctor Américo Hidalgo, abogado y magíster formado en la Universidad de Lima. Como se sabe, el contrato de seguros estuvo regulado en el Código de Comercio de 1902, en sus artículos 375 hasta el 429 inclusive, y actualmente lo está por la Ley 29946, vigente desde el 27 de mayo del 2013; sin embargo, el tratamiento legislativo y comercial del contrato de seguros fue muy especial en los últimos cuarenta años, pues debemos recordar que dicha actividad fue afectada y hasta cierto

2 Este texto fue posteriormente modificado por el Decreto Legislativo 1050 del 2008.

punto objeto de proyectos de estatización del sistema financiero y de seguros, e inclusive de una Ley de Expropiación de Bancos, Financieras y Seguros. Estas decisiones políticas afectaron la celebración de este tipo de contrato, pero por su importancia comercial no se debía dejar de lado, razón por la cual consideramos que su contenido y alcances debían ser materia de estudios.

Para finalizar la exposición de la activa participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la legislación comercial peruana, no debemos dejar de destacar la participación de *Ius et Praxis* y de las Asociaciones ADV Editores y Athina, conformada por los alumnos de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios, los cuales editan las revistas *Ius et Praxis* (revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima), *Advocatus* y *Athina*, respectivamente, en las que alumnos y profesores han participado con artículos para dar a conocer sus interpretaciones y críticas de la normativa, lo que resulta un aporte para la doctrina en diversas materias.

Asimismo, se han organizado múltiples eventos, entre en los que podemos destacar dos:

- El II Congreso Nacional del Derecho del Consumidor, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima e *Ius et Praxis* (del 14 al 16 de noviembre del 2012), donde participaron, entre otros, los profesores Gustavo Rodríguez, Dante Mendoza Antonioli, Marco Antonio Ortega Piana, Daniel Echaiz Moreno, Julio Baltazar Durand Carrión, Juan José Blossiers Mazzini, Gianina Danziger Castañeda, Alonso Morales Acosta y el suscrito.
- El Conversatorio sobre Arbitraje de Consumo (llevado a cabo el 1 de julio del 2016), organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, donde participó, entre otros, el doctor Gonzalo García Calderón Moreyra.

Para concluir, debo agradecer de manera especial que se me haya solicitado esta recopilación y a la vez destacar la calidad de un porcentaje importante de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, que tienen a su cargo los cursos de las áreas de derecho comercial a las que nos hemos referido, profesores que han estudiado y se han graduado en la misma facultad.

Lima, 8 de noviembre del 2020

REFERENCIAS

Beaumont Callirgos, R., y Castellares Aguilar, R. (2000). *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.

Decreto Legislativo 788 de 1994. Declaran en reorganización al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi.

31 de diciembre de 1994. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00788.pdf>

Ley 26887 de 1997. Ley General de Sociedades. 5 de diciembre de 1997. <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/26887-dec-5-1997.pdf>

Ley 27809 del 2002. Ley General del Sistema Concursal. 5 de agosto del 2002. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/cdi/Formatos_new/NORMAS_REGISTRALES/LEYES_Y_DECRETOS_LEYES/Ley_27809.pdf

Nuevo derecho societario. I Seminario Nacional sobre la Ley General de Sociedades. (1998). Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial.

EL *PROJECT FINANCE*, LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y LA BRECHA DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

PIERRE NALVARTE SALVATIERRA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 18/11/2020 Aprobado: 25/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4971>

RESUMEN. La necesidad de cerrar la brecha de infraestructura en el Perú es, creemos, indiscutible. Y uno de los mecanismos más apropiados para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios públicos de calidad, sostenibles en el tiempo, son las asociaciones público-privadas (APP). En ese sentido, uno de los aspectos más destacados de las APP es el tipo de financiamiento especial que se utiliza en tales proyectos, conocido como *project finance*. En el presente trabajo, se analizan brevemente las principales características del *project finance*, la brecha de infraestructura y la manera concreta como, mediante las APP, se ha impulsado la ejecución de obras de infraestructura pública, utilizando el *project finance* como modalidad de financiamiento.

PALABRAS CLAVE: *project finance* / asociaciones público-privadas / brecha de infraestructura / Perú

PROJECT FINANCE, PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS AND THE INFRASTRUCTURE GAP IN PERU

ABSTRACT. The need to close the infrastructure gap in Peru is, we believe, indisputable. Moreover, one of the most appropriate mechanisms for developing infrastructure and providing quality public services, sustainable over time, are PPPs. In this sense, one of the most outstanding aspects of PPPs is the type of special financing used in this type of project, known as Project Finance. In this paper, we will briefly analyze the main characteristics of Project Finance, the infrastructure gap, and the concrete way through PPPs, public infrastructure works has been promoted, using Project Finance as a financing modality.

KEYWORDS: project finance / public-private partnerships / infrastructure gap / Peru

* Abogado por la Universidad de Lima, Perú. MBA por ESAN. Máster en Derecho de la Contratación Pública de la Universidad Castilla-La Mancha, España. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

INTRODUCCIÓN

Consideramos que todos los que enseñamos y escribimos debemos hacer un esfuerzo por explicar las cosas con la mayor claridad posible. En cierta manera, quien domina una materia puede explicarla con sencillez o, dicho en otras palabras, quien no es capaz de explicar con claridad un concepto es porque, quizá, no lo ha entendido completamente.

Hoy en día, el estilo grandilocuente persigue solo el lucimiento de quien ejerce el arte de hablar con elocuencia; y lejos de constituir un instrumento de orientación e intercambio comunicativo bilateral, reduce la capacidad de presentarse con éxito ante los oyentes, puesto que en la relación público-orador resulta vital la dicotomía comprender-ser comprendido, pero sin olvidar el precepto de que se impone hacerles pensar, no exigirles entender. (Jiménez, 2015, p. 274)

Lo contrario de explicar algo con claridad, tanto al enseñar como al escribir, es, por ejemplo, repetir lo que dice un autor o repetir lo que dicen varios autores y pretender que los alumnos repitan y memoricen sin comprender a cabalidad el concepto o la institución jurídica de la cual se trata.

En el presente artículo, es nuestro propósito definir con la mayor sencillez lo que significa el *project finance* y luego de ello, si la extensión del trabajo nos lo permite, explicar cómo este mecanismo ha sido utilizado en el Perú para la ejecución de obras de infraestructura pública y servicios públicos.

EL CORPORATE FINANCE

En primer lugar, para entender a cabalidad el concepto de *project finance*, debemos retroceder un paso y hablar del *corporate finance* o financiamiento corporativo.

Una empresa requiere financiamiento corporativo, por ejemplo, deuda de largo plazo, por diversos motivos: implementar una nueva sucursal, adquirir maquinaria, *overhauling* de la maquinaria, etcétera. Lo que hace esta empresa, típicamente, es solicitar un préstamo a un banco. Lo que hace el banco, comúnmente, es analizar los estados financieros de la empresa. Los estados financieros más importantes son el estado de resultados (antes conocido como estado de ganancias y pérdidas) y el estado de situación patrimonial (antes conocido como balance general).

El estado de resultados es relevante para conocer la capacidad de generación de flujo de caja de la empresa. El estado de situación patrimonial sirve para conocer, de un lado, cuáles son los activos de la empresa, los cuales pueden servir, eventualmente, como una garantía del préstamo (por ejemplo, el terreno en donde están ubicadas las oficinas o la fábrica de la empresa, a veces, puede constituir una garantía excelente, dependiendo de la ubicación); y, de otro lado, permite saber cuál es el nivel de endeudamiento de la empresa. Si la empresa tiene poca deuda, se considera menor riesgo. Si

la empresa ya tiene un nivel de endeudamiento significativo (por ejemplo, 80 % deuda y 20 % patrimonio), se percibe un riesgo alto y ello podría conducir a dos situaciones: otorgamiento del préstamo con un interés más alto o no otorgamiento del préstamo.

Llamemos a la empresa ABC. Supongamos que el estado de situación patrimonial de la empresa era el que se muestra en la figura 1.

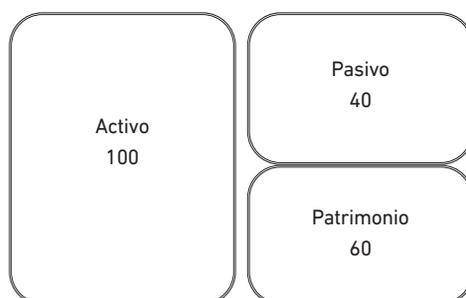


Figura 1. Estado de situación patrimonial de la empresa ABC (expresado en millones)
Elaboración propia

Como se puede apreciar, en el lado del pasivo y patrimonio, el pasivo representa el 40 % y el patrimonio el 60 %. Convertido en ratio, se hablaría de un ratio deuda/capital de 0,67 (resultado de dividir 40/60). Se podría decir que es una empresa con bajo nivel de endeudamiento.

Luego, la empresa ABC pide un préstamo de 30 millones para la compra de nueva maquinaria (ampliación de la capacidad de producción, quizá una nueva línea de negocio). El banco le otorga el préstamo. El nuevo estado de situación patrimonial será el que se muestra en la figura 2.

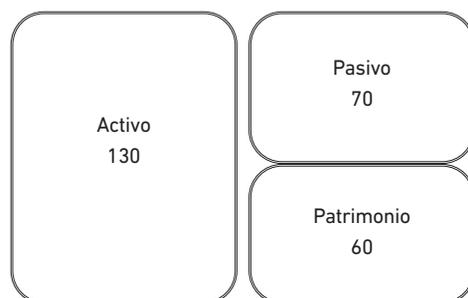


Figura 2. Estado de situación patrimonial de la empresa ABC (expresado en millones) después de recibir un préstamo

Elaboración propia

Como se puede apreciar, ha cambiado el nivel de endeudamiento de la empresa. Su ratio deuda/capital es ahora de 1,17 (resultado de dividir 70/60). Un ratio deuda/capital mayor a 1 indica que la deuda es mayor que el patrimonio. Esto no es malo necesariamente. Es común que las empresas tengan un ratio deuda/capital mayor a 1. En general, el problema ocurre cuando el ratio deuda/capital es mayor a 2,5 o 3,0.

Lo que hemos querido resaltar en este ejemplo es que con el *corporate finance* se afecta el balance de una empresa, así como su ratio deuda/capital y su capacidad para adquirir, más adelante, nuevos endeudamientos. Todo ello sin mencionar que la empresa podría haber puesto activos en garantía y que su accionar podría estar restringido por los términos del contrato de financiamiento (restricciones a la distribución de dividendos, por ejemplo).

EL PROJECT FINANCE

Ahora bien, el *project finance* consiste en una forma totalmente distinta de financiamiento. Se aplica cuando se quiere realizar un proyecto independiente. Supongamos que la empresa ABC es una empresa constructora. Tiene experiencia construyendo carreteras, hospitales y edificios; y ahora se le presenta una nueva oportunidad de negocio: la construcción de una carretera en el norte del Perú. La inversión estimada es de 30 millones. Pero este proyecto tiene una particularidad: se trata de una concesión. Es decir que el Estado no le pagará la obra con recursos del tesoro público, sino que más bien la empresa deberá recuperar sus costos de inversión (CAPEX o *capital expenditures*) con el cobro de un peaje. Obviamente, sus gastos de operación y mantenimiento (OPEX u *operational expenditures*) también los deberá cubrir con el mismo peaje.

Entonces, la empresa ABC, en lugar de solicitar un financiamiento tradicional para la ejecución de dicha obra, decide aplicar la figura del *project finance*. Esto es, constituye una nueva empresa, a la cual llamaremos Concesionaria ABC, con el único propósito de tomar a su cargo la concesión del proyecto. Es decir, se trata de una sociedad de propósito exclusivo (SPE), también conocida como SPV (*special purpose vehicle*) por ser el "vehículo" a través del cual la empresa ABC realizará la inversión.

Luego, la SPV denominada Concesionaria ABC será la que solicite el financiamiento para la ejecución de la obra. Pero, y he aquí la característica especial del *project finance*, ¿cómo será posible que una entidad financiera le otorgue el préstamo a una empresa nueva que no tiene historial y tampoco tiene activos con los cuales garantizar el pago del préstamo?

Recordemos que, en el ejemplo anterior, lo que el banco analiza para otorgar el préstamo a la empresa ABC, entre otras cosas, es su estado de resultados para evaluar cómo ha evolucionado el flujo de caja de la empresa, así como el estado de situación patrimonial,

para identificar tanto los activos como el grado de endeudamiento. Sin embargo, en el caso de la Concesionaria ABC, de nada sirve analizar el estado de resultados, puesto que se trata de una empresa nueva. Y esta tampoco cuenta con grandes activos “físicos” que puedan servir para garantizar el pago de un préstamo, como terrenos, edificios o maquinarias.

¿Cómo es posible, entonces, que una entidad financiera le otorgue el préstamo? Lo que sucede en el *project finance* es que se evalúa el futuro, y no el pasado. Se evalúa un proyecto específico, y no todas las actividades de una empresa. Así, por ejemplo, en este caso, se evaluaría el contrato de concesión, el tráfico de la carretera (tráfico histórico si fuera una carretera existente o tráfico proyectado si fuera una carretera nueva), así como los factores de riesgo de la concesión, qué ocurriría ante un caso fortuito o de fuerza mayor, qué sucedería en caso de cambios en las normas legales que afecten la concesión, cómo mitigar el riesgo de diseño, de construcción, de calidad del servicio, etcétera.

En definitiva, se evalúa el proyecto en sí: el flujo de caja proyectado de la concesión, sus riesgos, las garantías que, de ser el caso, otorgue el Estado (por ejemplo, una garantía de ingreso mínimo), los derechos de los financistas (como el derecho de cambiar al concesionario) y, con base en todo ello, se puede otorgar el financiamiento.

Las experiencias investigadas por Yescombe (2013) permiten concluir que el *project finance* es el método más adecuado de financiamiento a largo plazo para proyectos de capital intensivo, donde la inversión apalancada tiene un flujo de caja relativamente predecible. Yescombe (2013) concluye, además, que el continuo mejoramiento del *project finance* y de su estructuración han desempeñado un papel importante en la modernización de los mecanismos necesarios para la provisión de los fondos requeridos en el desarrollo de proyectos de inversión a largo plazo. (Reátegui *et al.*, 2018, p. 17)

En el *project finance*, es común que el nivel de endeudamiento de la SPV sea relativamente alto. Así, por ejemplo, un concesionario SPV puede tener un endeudamiento de 80 a 90 % y el patrimonio solamente representa el 20 o el 10 % de los fondos. Esto es algo “normal” en el *project finance*, dado que los prestamistas están tomando todas las precauciones posibles para asegurar el retorno de su préstamo.

Supongamos, en el caso propuesto, que se obtendrá un financiamiento por el 90 % del monto de inversión, esto es, un financiamiento por 27 millones. En consecuencia, la empresa ABC (la matriz) tendría que colocar un capital de 3 millones. Con ello, el estado de situación patrimonial de la SPV quedaría conformado como se observa en la figura 3.



Figura 3. Estado de situación patrimonial de la Concesionaria ABC (expresado en millones) después de obtener el financiamiento

Elaboración propia

Una de las grandes ventajas del *project finance* y a la vez una de sus características principales es que a través de este mecanismo se consigue un financiamiento sin afectar o afectando mínimamente el balance de la empresa matriz. En efecto, el financiamiento otorgado a la SPV (Concesionaria ABC) no se registra en el estado de situación patrimonial de la empresa ABC. Por ello, se habla de un financiamiento “fuera de balance”. Al no considerarse el financiamiento en el balance de la matriz, no afecta su ratio deuda/capital, con lo cual no afecta la capacidad de la matriz de obtener nuevos financiamientos.

Permite financiarse fuera de balance, en unas condiciones adecuadas de importe, plazo y precio. Las agencias de *rating* suelen mantener la valoración crediticia de los *sponsors* al no considerar como deuda de la matriz la asumida por las sociedades vehículo. (Casanovas, 2016, p. 90)

Esto es, en pocas palabras, el *project finance*. Una modalidad de financiamiento en la que una empresa o un grupo de empresas que se unen en consorcio pueden realizar un proyecto, generalmente un proyecto de infraestructura (pública o privada), a través de una vehículo especialmente diseñado para ello (la SPV), sin afectar el balance de la o las empresas que impulsan el proyecto (denominados *sponsors*), sobre la base de la garantía de uno o varios contratos (si es un proyecto privado, puede ser un contrato *take or pay*; si es un proyecto público, típicamente un contrato de concesión), con la gran ventaja adicional de que se aísla el riesgo del proyecto (en el peor de los casos, si el proyecto fracasa, la pérdida de los *sponsors* queda limitada al capital que hubieren aportado).

A nivel internacional, este sistema sirve para financiar una notable gama de inversiones, que abarca desde grandes proyectos de infraestructuras, como la construcción de un túnel o un puerto marítimo, hasta la explotación de recursos naturales, como campos eólicos, de gas o petróleo. Sin duda alguna, el *project finance* se está consolidando a escala mundial como uno de los métodos de financiación más relevantes y de mayor implantación. (Casanovas, 2016, p. 10)

Ahora bien, habiéndose comprendido el concepto de *project finance*, cabe señalar que esta modalidad de financiamiento se utiliza para la ejecución de grandes proyectos de infraestructura, tanto públicos como privados. En el presente caso, nos interesan los proyectos de infraestructura pública.

EL PROJECT FINANCE Y LAS APP EN EL PERÚ

El marco legal que dio impulso a las concesiones se remonta a la década de 1990. Ya nos hemos extendido en otro trabajo sobre la evolución del marco legal de las concesiones y las APP (Nalvarte Salvatierra, 2018). Hoy en día, la norma principal bajo la cual se ejecutan proyectos de infraestructura pública, en donde se puede aplicar la modalidad de *project finance*, es el Decreto Legislativo 1362 y su reglamento.

El Decreto Legislativo 1362, dado el 21 de julio del 2018, es la ley a través de la cual se regula el desarrollo de las asociaciones público-privadas (APP o PPP, por sus siglas en inglés) en el Perú a través de diversas modalidades contractuales. La modalidad contractual más utilizada es la concesión.

Una APP es un contrato de largo plazo en el que el sector público acude al sector privado, generalmente, para la construcción, ampliación o mejoramiento de una obra pública de infraestructura, así como para la operación y mantenimiento posterior de esta, delegando en el privado la prestación del servicio público asociado o de un servicio vinculado a un servicio público. La diferencia con el mecanismo de contratación tradicional (Ley de Contrataciones del Estado) es notoria, puesto que en una contratación tradicional el contrato es de corto plazo, solo para un objetivo concreto (el diseño, o la construcción, o el mantenimiento o la prestación de un servicio específico), mientras que en una APP en un solo contrato se engloba tanto el diseño como la construcción, la operación y el mantenimiento dentro de un contrato de largo plazo.

Desde un punto de vista financiero, la diferencia entre la ejecución de una obra bajo el mecanismo tradicional y bajo el esquema de APP es muy grande. En una obra pública típica, el pago se efectúa contra valorizaciones mensuales, sin dejar de mencionar que al principio del contrato se hace un adelanto para el inicio de la obra. Es decir, la necesidad de financiamiento por parte de la empresa constructora es nula o mínima, puesto que recibe un adelanto para el inicio de las obras y tiene pagos mensuales durante la ejecución de estas.

Por el contrario, en el caso de una APP, por su propia naturaleza, la recuperación de la inversión en la ejecución de la obra se realizará en el largo plazo (aunque existen contadas excepciones). Así, por ejemplo, en la concesión del Tramo 5 de la carretera Interoceánica, el pago se hace a través del PAO (pago anual por obras) durante un plazo de 20 años.

While there is no single, internationally accepted, definition of PPP, the essentials of a PPP arrangement which are encapsulated in a PPP Contract are:

- A long-term contract between a private party (the Private Partner) and a government entity (the Contracting Authority);
- For providing a new or existing public asset or service;

- Under which the Private Partner bears significant risk and management responsibility; and
- Where payments received by the Private Partner are linked to performance.

(The World Bank, 2019, p. 6)

Las APP pueden ser autofinanciadas o cofinanciadas. En el primer caso, se trata de proyectos sostenibles financieramente con los ingresos que generan por sí mismos o que obtienen indirectamente de las tarifas que pagan los usuarios del servicio. El caso típico de una APP autofinanciada es la concesión de una carretera que se sostiene únicamente con lo que se recauda a través del peaje o la concesión de un aeropuerto, como el Jorge Chávez, que se sostiene solo por los ingresos que se obtienen mediante la explotación del aeropuerto (lo que comprende ingresos regulados y no regulados).

Las APP cofinanciadas son aquellas que no pueden sostenerse económicamente con los ingresos que generan o que no generan ingresos propios en absoluto y son pagadas directamente por el Estado. Un ejemplo de APP cofinanciada es la concesión del segundo grupo de aeropuertos de provincia (aeropuertos de Arequipa, Tacna, Juliaca, Ayacucho y Puerto Maldonado), pues esta sí genera ingresos propios, pero requiere que el Estado complemente dichos ingresos para poder recuperar las inversiones ejecutadas. Otro ejemplo de APP cofinanciada es la concesión del sistema de tratamiento de las aguas residuales de la cuenca del lago Titicaca. En este caso, podríamos decir que se trata de una concesión prácticamente 100 % cofinanciada por el Estado, puesto que no genera ingresos propios y los costos de operación y mantenimiento, así como los costos de inversión, son cubiertos con recursos del tesoro público.

FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EN EL PERÚ

Recientemente, se hizo pública la noticia del financiamiento otorgado a Aunor (Autopista del Norte S. A.), concesionario de la Red Vial 4, para la ejecución de las obras comprendidas en su contrato de concesión. El monto de financiamiento asciende a 350 millones de dólares y fue otorgado a través de un crédito sindicado. Esto es, un crédito que no hace una sola entidad financiera, sino un conjunto de entidades financieras quienes, de esta manera, comparten el riesgo. Cabe agregar que la SPV fue constituida por OHL Concesiones S. L., y que los estructuradores del financiamiento fueron Credicorp Capital y Sumitomo Mitsui Banking.

Así como en este ejemplo, otras concesiones viales autosostenibles similares se han otorgado en nuestro país, tales como estas:

- Concesión de la Red Vial 5: Ancón-Huacho-Pativilca (2003)
- Concesión de la Red Vial 6: Puente Pucusana-Cerro Azul-Ica (2005)

- Concesión de la Autopista del Sol: Trujillo-Chiclayo-Piura-Sullana (2009)
- Concesión del Tramo 2 de la IIRSA Centro (Carretera Central) (2010)
- Concesión de la Panamericana Sur: Ica-frontera con Chile (2013)

En todos estos proyectos, los contratos de concesión han reunido una serie de características principales que hacen a los proyectos susceptibles de recibir financiamiento. Esto es, hacen a los proyectos “bancables”. Entre dichas características podemos mencionar:

- Se otorga un derecho de concesión a la SPV que le da derecho a cobrar un peaje a una tarifa determinada durante un plazo claramente establecido en el contrato, suficiente como para recuperar las inversiones.
- Adicionalmente a ello, se otorga una garantía de “ingreso mínimo”, en virtud de la cual, durante determinado lapso de tiempo, el Estado asegura al concesionario un ingreso mínimo anual. En caso de que la recaudación caiga por debajo de dicho umbral, el concedente pondrá la diferencia para que el concesionario perciba el ingreso mínimo anual.
- El marco legal permite a los concesionarios (SPV) y a sus accionistas (*sponsors*) suscribir contratos de garantía con el Estado, en virtud de los cuales el Estado peruano garantiza el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato.
- Asimismo, el marco legal permite a los concesionarios y a sus accionistas celebrar un convenio de estabilidad jurídica, de tal modo que se “congele” la tasa del impuesto a la renta, la libre convertibilidad de moneda extranjera y la libertad de envío de remesas al exterior, entre otros aspectos.
- En todos los contratos se prevé, de alguna manera, algún tipo de “protección” para los financistas en caso de terminación anticipada del contrato. Esto es, si se resuelve el contrato y el financiamiento todavía no se ha cancelado, el Estado podría asumir el pago del saldo de la deuda, dado que se trata de una infraestructura pública.
- Además, en los contratos se establecen derechos a favor de los financistas que hayan sido previamente calificados como “acreedores permitidos”. Estos derechos pueden comprender la hipoteca del derecho de concesión, la entrega de acciones y flujos en garantía, así como el derecho de intervenir en el contrato cumpliendo las obligaciones que no hubiere cubierto el concesionario, cuando ello sea necesario o conveniente para evitar la caducidad de la concesión.
- En todos estos contratos también se ha incluido una cláusula de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. Dicha cláusula se puede invocar cuando debido a un cambio en las normas legales se afecta económicamente a

la concesión, bien sea incrementado los costos, reduciendo los ingresos o una combinación de ambos.

- No menos importante es que para la obtención del financiamiento en todos estos contratos (y prácticamente en todas las APP, en general) se constituye un fideicomiso de administración de flujos, en donde se deposita la recaudación del peaje. De este modo, se garantiza a los financistas que el dinero recaudado será administrado por un tercero neutral y debidamente autorizado, que velará por que los fondos sean derivados, en primer lugar, a favor de los financistas para el pago del financiamiento y luego al concesionario para cubrir sus costos de operación y mantenimiento.
- Sin perjuicio de todo lo anterior, el contrato contiene diversas disposiciones que garantizan el cumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario, la permanencia del socio estratégico, la mitigación de riesgos de caso fortuito y fuerza mayor, por ejemplo, mediante la contratación de seguros, y otros elementos usuales en este tipo de contratos y que son evaluados minuciosamente por los financistas antes de aprobar el financiamiento respectivo.

Sobre la necesidad e importancia de incluir una cláusula de restablecimiento del equilibrio económico financiero en los contratos de APP, consideramos apropiado lo señalado por el Banco Mundial:

An unexpected change in law may make the Private Partner's performance of its contractual obligations easier or less costly, or may make it wholly or partially impossible, delayed or more expensive. Through no fault of its own it may find itself in breach of contract, as well as being unable to earn its expected income and also required to incur additional costs to comply with the change. Some changes in law could, for example, entail significant expenditure if additional capital works are required (e.g. to meet new safety or environmental standards – including legislation in relation to climate change – or to provide mandatory disabled access) and may also reduce full performance of the service while implemented. Similarly, additional taxes may be levied.

Without specific contractual provisions, unless relief is available through noncontractual legal doctrines under the relevant governing law, change in law risk would lie entirely with the Private Partner because it has contracted to provide a specified service at a specified price, and the scope of its obligations and its pricing can only be changed in accordance with the PPP Contract. (The World Bank, 2019, p. 59)

LA BRECHA DE INFRAESTRUCTURA Y LAS APP

Nuestro país tiene una enorme brecha de infraestructura y de servicios públicos. La brecha de infraestructura de corto plazo supera los 35 000 millones de dólares y la de largo plazo, los 110 000 millones de dólares (Bonifaz *et al.*, 2020, p. 59). La brecha de

infraestructura no es un concepto etéreo, es un problema real que nos afecta en la vida diaria. Por ejemplo, la falta de un sistema de transporte masivo nos hace perder miles de horas hombre en Lima y Callao, así como también tiene otros efectos negativos como incrementar la contaminación ambiental (un metro que funciona con electricidad contamina mucho menos que miles de buses o vehículos que funcionan con combustibles fósiles), reducir el valor de las propiedades, aumentar el estrés, la inseguridad, etcétera.

Y este es solo uno de los ejemplos. Otro de los sectores en donde existe una enorme brecha de infraestructura es en el de saneamiento. Por ejemplo, muchas regiones no cuentan con una adecuada planta de tratamiento de aguas residuales (PTAR). Ello significa que se contaminan los ríos, los lagos (como el Titicaca) o el mar, pues se vierten aguas contaminadas que afectan a la población, la flora y la fauna. Y así podríamos seguir extendiendo ejemplos claros y directos de la brecha de infraestructura que afecta nuestras vidas diarias y la competitividad del país, lo que se nota con mayor énfasis hoy en día que vivimos en un mundo comercialmente globalizado.

Por todo ello, creemos que está fuera de discusión que se necesita tomar acciones decididas y eficaces para reducir la brecha de infraestructura. Estas decisiones y políticas de Estado deben ser sostenidas en el tiempo, pues sus beneficios no se verán en el corto plazo, pero son necesarias. En ese sentido, por ejemplo, el Ministerio de Economía y Finanzas publicó en el 2018 el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad (PNIC) como una herramienta para orientar el accionar del Estado en el largo plazo.

Ahora bien, el cómo abordar la reducción de la brecha de infraestructura puede tomar varias alternativas. Parte de las obras de infraestructura se pueden realizar mediante el modelo tradicional de la contratación pública. Otra parte se puede desarrollar bajo el mecanismo peruano de las obras por impuestos, modalidad que está siendo observada con interés por otros países.

Globally, governments are accountable for the development of infrastructure (both economic and social) and the delivery of basic services in an affordable and inclusive manner. This is irrespective of whether such infrastructure is financed, created and managed by public authorities, or with the involvement of the private sector through public-private partnerships (PPPs).

Nurturing a conducive enabling environment for infrastructure investment is largely the responsibility of governments (both national and sub-national). It is often a key differentiator between countries that successfully scale up infrastructure and those that face challenges in doing so. (Global Infrastructure Hub, 2018, p. 15)

Pero una parte fundamental de las obras de infraestructura y de servicios públicos se puede y se debe desarrollar a través de las APP.

Respecto a la inversión a un nivel más general, en Perú se ha impulsado la inversión privada a través de adjudicaciones de proyectos bajo la modalidad de asociaciones

público-privadas (APP), las cuales, desde mediados del año 2011 hasta inicios del año 2017, han sido por un monto superior a los 16 000 millones de dólares. (Bonifaz *et al.*, 2020, p. 9)

Y es en las APP en donde el modelo de financiamiento imperante es el *project finance* o alguna modalidad similar de financiamiento. Es por esto que es importante conocer el *project finance* para que, sobre esta base, se diseñen las políticas públicas que permitan mantener aquellos aspectos positivos del marco legal e institucional que facilitan la ejecución de proyectos bajo la modalidad de APP, y corregir y mejorar aquellos aspectos que sean necesarios para destrabar la ejecución de las obras de infraestructura.

LA VENTAJA DE LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS BAJO LA MODALIDAD DE APP

Está claro que las APP no son el único mecanismo para combatir la brecha de infraestructura, pero presentan una ventaja significativa frente a la contratación pública tradicional y las obras por impuestos: la sostenibilidad de la infraestructura y del servicio en el tiempo.

Nos explicamos. Cuando se construye un hospital como obra pública, una empresa constructora ejecuta la obra, la entrega y culmina el vínculo contractual. Luego es el Estado, bien sea a través del Ministerio de Salud o de EsSalud, el encargado de brindar el servicio, mantener la infraestructura, el equipamiento y, en general, adquirir los repuestos, los insumos, hacer los análisis de laboratorio, etcétera.

Existen abundantes experiencias que demuestran que cuando los hospitales son administrados por el Estado el servicio es deficiente. Los equipos se deterioran y dejan de funcionar, los insumos se agotan, los reactivos escasean, la limpieza no se realiza como es debido... En suma, el servicio brindado a los usuarios es muy pobre. Esto se vio con mayor claridad aún con motivo de la pandemia del COVID-19. Se detectó que algunos hospitales tenían equipos inoperativos, sin mencionar la falta de una adecuada organización para brindar el servicio.

En cambio, hay experiencias a nivel nacional e internacional que demuestran que un hospital bajo la modalidad de APP garantiza un servicio enormemente superior al de un hospital público. Los equipos funcionan, los laboratorios atienden con normalidad, no faltan reactivos, no faltan medicinas, no se cancelan frecuentemente las citas, se mantiene la limpieza, etcétera. Una APP es, como ya dijimos, un compromiso de largo plazo. En una APP la empresa privada no construye un hospital y se va. En una APP la empresa privada diseña, construye y equipa un hospital, pero además brinda el servicio, da mantenimiento, limpieza, alimentación, e incluso se encarga del servicio médico cuando el contrato lo prevé. En el Perú tenemos como ejemplo los hospitales Alberto Barton del Callao y Guillermo Kaelin de Villa María del Triunfo.

Obviamente, para lograr y consolidar estos beneficios de las APP se deben diseñar los contratos manteniendo los incentivos y desincentivos adecuados. Debe existir una adecuada supervisión que vigile el cumplimiento de la calidad del servicio por parte de la SPV, siendo idealmente medida a través de indicadores objetivos (por ejemplo, cantidad de pacientes a quienes no se les entregó las medicinas que fueron recetadas por el médico, la cual debería ser de cero o casi cero), así como también debe haber un mecanismo claro de penalidades y deducciones a que se hace acreedora la SPV en caso de incumplimiento. Cabe mencionar también el mantenimiento de una garantía de fiel cumplimiento por un monto significativo, la cual será ejecutada en caso de incumplimiento que derive en una resolución del contrato.

Pero, nuevamente, para que sean viables las APP se debe comenzar, como piedra angular, por estructurar proyectos que sean bancables. De nada serviría estructurar un contrato que esté sobregarantizado y que establezca abundantes deducciones y penalidades si este no es bancable. Si no es susceptible de obtener financiamiento, no se podrá ejecutar la obra y, por consiguiente, no se podrá brindar el servicio.

From the Contracting Authority's perspective, the bankability of a PPP project is often a key consideration in determining if an infrastructure project can be procured using a PPP approach. However, governments should not just consider bankability, but also value for money and robust risk allocation. i.e. a project can be bankable, but not deliver value for money because a Contracting Authority is transferring risks to the private sector that could be more efficiently managed by the government. PPP is not a procurement method which transfers all risk to the Private Partner. There will always be some risks for which the Contracting Authority should be wholly or partly responsible. (Global Infrastructure Hub, 2019, p. 7)

CONCLUSIONES

Resulta claro que tenemos una gran brecha de infraestructura que necesitamos combatir y que uno de los mecanismos más apropiados para ello son las APP. Asimismo, la experiencia nacional e internacional nos demuestra que el financiamiento de proyectos de APP se hace, principalmente, a través del *project finance*.

En consecuencia, es importante difundir las bondades de esta forma de financiamiento y realizar las acciones necesarias para que continúen ejecutándose proyectos de infraestructura sustentados en el *project finance* y bajo la modalidad de APP, pues ello redundará en la mejora de la calidad de vida de la población y en convertirnos en un país más competitivo en un mundo globalizado.

REFERENCIAS

- Bonifaz, J. L., Urrunaga, R., Aguirre, J., y Quequezana, P. (2020). *Brecha de infraestructura en el Perú: estimación de la brecha de largo plazo 2019-2038*. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Brecha-de-infraestructura-en-el-Peru-Estimacion-de-la-brecha-de-infraestructura-de-largo-plazo-2019-2038.pdf>
- Casanovas, T. (2016). *Project Finance Internacional*. Profit Editorial.
- Global Infrastructure Hub. (2018). *Leading Practices in Governmental Processes Facilitating Infrastructure Project Preparation*. <https://library.pppknowledge.org/documents/document-group/108>
- Global Infrastructure Hub. (2019). *PPP Risk Allocation Tool 2019 Edition. Social Infrastructure*. https://cdn.gihub.org/umbraco/media/3018/gih_rat_social_infrastructure_art_web.pdf
- Jiménez, M. E. (2015). La sencillez como cualidad moral en las exposiciones científicas orales. *MEDISAN*, 19(2), 273-287. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1029-30192015000200018
- Nalvarte Salvatierra, P. (2018). Evolución del marco legal de las concesiones y las asociaciones público-privadas en el Perú. *Derecho & Sociedad*, 49, 359-379.
- Reátegui, A., Carranza, I., Galván, J. P., y Gutiérrez, G. (2018). *Project finance para proyectos de APP en el Perú: evaluación tributaria, contable y financiera*. ESAN Ediciones.
- The World Bank (2019). *Guidance on PPP Contractual Provisions*. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/guidance-ppp-contractual-provisions-2019>

EL CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y EL WARRANT EN LOS ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY DE TÍTULOS VALORES VIGENTE

JORGE LUIS RAMÍREZ ZEGARRA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

MARÍA BELÉN MEDICINA LEUZZI**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 26/11/2020 Aprobado: 3/12/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4980>

RESUMEN. En el presente artículo se analiza la importancia de los almacenes generales de depósito y la emisión a su cargo de dos títulos valores, reconocidos como tales en la actual Ley de Títulos Valores: el certificado de depósito y el *warrant*. Asimismo, se da a conocer su utilidad, así como su trascendencia y características dentro del derecho cambiario. Hemos decidido abordar el tratamiento de estos dos títulos valores con el fin de contribuir a su estudio y mayor difusión, bajo los lineamientos de la normativa vigente.

PALABRAS CLAVE: almacén general de depósito / certificado de depósito / *warrant*

THE CERTIFICATE OF DEPOSIT AND THE WARRANT IN THE GENERAL DEPOSIT WAREHOUSES AND THEIR TREATMENT IN THE CURRENT LAW OF SECURITIES

ABSTRACT. The present article analyses the importance of general deposit warehouses and the issuance of two securities, recognized as such by the current Law of Securities, as are the certificate of deposit and the warrant, which will also show in the article the use that they have and its transcendence and characteristics within exchange law. We have decided treat these two securities with the means to contribute to their study and further diffusion under the guidelines of the regulations in force.

KEYWORDS: general deposit warehouse / certificate of deposit / warrant

* Abogado por la Universidad de Lima, con estudios de posgrado en la Maestría de Derecho Empresarial de la misma casa de estudios. Socio del Estudio Ramírez Abogados y árbitro del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Profesor del curso sobre títulos valores en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

** Bachiller en Derecho por la Universidad de Lima, con especialidad en las áreas de derecho civil y corporativo en el Estudio Ramírez Abogados.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca explicar, desde una perspectiva didáctica y normativa, el tratamiento, la noción y las características de dos títulos valores utilizados para representar los derechos reales sobre las mercaderías depositadas en los almacenes generales de depósito: el certificado de depósito y el *warrant*.

Hablar del certificado de depósito y del *warrant* nos lleva, sin duda, a analizar previamente los almacenes generales de depósito, en razón de que estos son los únicos que emiten dichos títulos valores, actualmente regulados en la Ley 27287, Ley de Títulos Valores.

En el Perú, los almacenes generales de depósito se regulan específicamente en el Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito, aprobado por la Resolución SBS 040-2002 y normas complementarias. Sin embargo, sus antecedentes normativos se encuentran en nuestro cuasi derogado Código de Comercio de 1902 (artículos del 197 al 202) y en la Ley 2763, "Ley de almacenes generales destinados al depósito y conservación de mercaderías y productos nacionales e importados", norma de 1918 que posteriormente fue derogada por la primera disposición derogatoria de la vigente Ley de Títulos Valores (Fonseca Ramos, 2019).

Al respecto, el Código de Comercio de 1902 indica que corresponden a los almacenes generales de depósito las siguientes operaciones: (a) el depósito, conservación y custodia de los frutos y mercaderías que se les encomienden; y (b) la emisión de sus resguardos nominativos o al portador. Por su parte, la derogada Ley 2763, sobre almacenes generales de depósito, indicaba que el Poder Ejecutivo autorizaba a sociedades anónimas para establecer almacenes generales de depósito y conservación de mercaderías y productos nacionales e importados.

Sin embargo, la historia revela que la existencia de los almacenes generales de depósito data, inclusive, de muchos años atrás. Montoya Manfredi (2001), citando a Medina Rodolfo, señala:

Los almacenes de depósito de índole pública o particular ya se conocían antiguamente en las culturas egipcia, helénica y romana, si bien su fin consistía en la simple conservación de las mercaderías, facilitar las transacciones y la distribución en épocas de escasez. (pp. 801-802)

El Perú tampoco fue ajeno a los almacenes de depósito. Precisamente, en tiempos del Tahuantinsuyo, los chasquis que recorrían la ruta del Qhapaq Ñan encontraban alojamiento temporal cada veinte o treinta kilómetros en los tambos, entendidos como aquellas estructuras arquitectónicas donde se acopiaban alimentos y otros productos de la época.

Durante la Edad Media, en las ciudades marítimas europeas, particularmente, en Róterdam, Utrecht, Ámsterdam y Liverpool, los almacenes se utilizaban para fines

aduaneros, comerciales y crediticios. Es precisamente en Inglaterra, con los *warehouses* o *docks*, donde se origina el *warrant*, documento que en ese entonces se utilizaba como sustento o título para acreditar la propiedad de las mercancías depositadas en los almacenes (Montoya Manfredi, 2001).

No obstante, para Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000), los primeros depósitos de mercaderías que expedían certificados o comprobantes que servían para transferir en propiedad los bienes o para lograr créditos con la garantía del bien depositado se remontan a Venecia con el “préstamo lombardo” y, posteriormente, a Francia con la Ordenanza de Colbert.

ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO

Noción

Conforme al artículo 2 del Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito, aprobado por la Resolución SBS 040-2002, los almacenes generales de depósito se constituyen como sociedades anónimas y su objeto principal es el desarrollo de la actividad de almacenamiento de bienes, estando autorizados a realizar las operaciones y servicios señalados en el artículo 8 de dicho Reglamento. Entre estos servicios, la citada norma señala los siguientes: (a) recibir bienes en almacenamiento; (b) emitir certificados de depósito y *warrants*; (c) establecerse y operar como almacén aduanero; (d) inspección de prendas agrícolas o industriales; (e) inventario de bienes; (f) servicio de pesaje; (g) transporte o distribución de bienes por cuenta de clientes; (h) manipuleo de carga; e (i) otros servicios vinculados a la actividad de almacenamiento.

Para Hundskopf Exebio (2000), el almacén general de depósito es “el local administrado por una sociedad anónima constituida especialmente para tal efecto, en donde permanecen custodiadas las mercaderías del depositante, encontrándose sometido a la vigilancia de la Superintendencia de Banca y Seguros” (p. 209). De acuerdo con Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000), los almacenes generales de depósito se forman por

[...] la constitución de sociedades anónimas cuyo objeto es prestar servicios de almacenamiento, guarda y custodia de bienes, así como servicios complementarios vinculados a este objeto social, con emisión de títulos valores en representación del derecho de propiedad y del derecho de garantía prendaria sobre dichos bienes almacenados. (p. 622)

Montoya Manfredi (2001), citando a Carvalho de Mendonça, señala que los almacenes generales de depósito son establecimientos destinados a recibir, para guardar y conservar, las mercaderías o productos que sus propietarios quieran o no vender de momento. En esta línea, Montoya Manfredi (2001) afirma:

Los certificados de depósito y *warrants* son expedidos única y exclusivamente por almacenes generales de depósito, empresas que tienen que organizarse bajo la forma societaria de una sociedad anónima y se encuentran sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros. Su objeto social es dedicarse al almacenaje y conservación de mercaderías previamente depositadas, facilitando de esta manera las transacciones comerciales en las que el adquirente ya no requiere de la tradición física de las mercaderías [...]. (pp. 803-804)

Por su parte, Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000) explican que la razón por la que la Superintendencia de Banca y Seguros controla y supervisa a los almacenes generales de depósito es precisamente porque esta misma entidad es la que autoriza su constitución y funcionamiento, ya que, para su existencia, es necesario un capital social mínimo sujeto a reajuste trimestral. Además, los referidos autores agregan que los almacenes generales de depósito “son empresas de servicios complementarios y conexos a la actividad de intermediación financiera y de banca múltiple [...]” (pp. 622-623).

En lo que respecta a la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, la definición de los almacenes generales de depósito no es expresa. El artículo 224 de la comentada ley solo refiere que las sociedades anónimas constituidas como almacén general de depósito están facultadas para emitir el certificado de depósito y el *warrant* a la orden del depositante, contra el recibo de mercaderías y productos en depósito.

De lo comentado, podemos decir, entonces, que los almacenes generales de depósito son empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), constituidas bajo la modalidad de sociedades anónimas y cuyo giro de negocio es el de almacenar, custodiar y conservar las mercaderías o bienes depositados en ellas. A su vez, son las únicas y exclusivas empresas autorizadas a emitir certificados de depósito y *warrants*.

Regulación

Los antecedentes normativos del almacén general de depósito, como anteriormente señalamos, datan del Código de Comercio de 1902 y, posteriormente, de la derogada Ley 2763, promulgada el 27 de junio de 1918. El título X del viejo Código de Comercio aún regula del artículo 197 al 202 a las compañías de almacenes generales de depósito.

La Resolución SBS 040-2002 refiere que la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y sus modificatorias establecen que los almacenes generales de depósito se rigen por sus leyes propias y se encuentran bajo la autoridad y control de la Superintendencia de Banca y Seguros. Por su parte, la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, regula en la sección sexta del libro segundo (parte especial de los títulos valores), entre los artículos 224 al 239, el certificado de depósito y el *warrant* como títulos valores

emitidos por los almacenes generales de depósito contra el recibo de mercaderías y productos en depósito.

Si bien existe una serie de normas que regulan los almacenes generales de depósito, su reglamento, aprobado por la Resolución SBS 040-2002, es, en principio, la normativa directamente aplicable, dado su alcance y lineamientos que van desde los aspectos generales de dichos almacenes hasta su responsabilidad.

Mercadería sujeta a almacenaje: requisitos

El artículo 227 de la Ley de Títulos Valores estipula que para la emisión de los certificados de depósito y *warrants* las mercaderías deben tener cierto valor mínimo. Sobre el particular, el referido artículo indica que los certificados de depósito y *warrants* solo se emitirán cuando el valor de las mercaderías a depositar no sea inferior a cinco unidades impositivas tributarias (UIT), lo que a la fecha (2021) es equivalente a una suma no menor de 22 000 soles, si se considera que en el ejercicio fiscal 2021 la UIT se ha fijado en 4400 soles. El mismo artículo prescribe también que el valor de la mercadería debe consignarse en el título. Montoya Manfredi (2001) afirma que, de omitirse este requisito, el título (certificado de depósito o *warrant*) no surtirá efectos cambiarios (p. 816).

En línea con el párrafo anterior, el citado artículo señala en su inciso 2 que el almacén general de depósito y el tenedor de cualquiera de los títulos que solicite sus desdoblamientos o la división por lotes de las mercaderías que sean pasibles de ello deben observar lo señalado en el inciso 1 (respecto al valor de las mercaderías).

En el artículo 228 de la Ley de Títulos Valores, se indica que el almacén general de depósito, con la única excepción señalada en el literal k) del artículo 224 de la misma ley, no podrá emitir certificado de depósito ni *warrant* por mercaderías sujetas a gravámenes o medidas cautelares que le hubieren sido notificadas previamente. El referido artículo, en su segundo inciso, establece que, bajo responsabilidad del depositante, no se podrá solicitar la emisión de certificado de depósito ni de *warrant* por mercaderías que estén sujetas a registro público especial y/o a gravamen con entrega jurídica. Al respecto, Beaumont Callirgos y Castellares Aguilar (2000) explican:

Las mercaderías depositadas, en cuya representación se emiten estos títulos valores, deben tener plena autonomía y vincularse exclusivamente con el valor que los representa [...] quedando los bienes sujetos exclusivamente a las cargas que legalmente es posible que soporten [...]. (p. 631)

En ese sentido, la norma es clara en señalar que la mercadería no sujeta a almacenamiento, es decir, la que no es posible depositar en el almacén, es aquella sujeta a gravámenes o medidas cautelares notificadas previamente, siendo esta responsabilidad la del almacén mismo. Por otro lado, tampoco se podrán emitir los títulos por mercaderías sujetas a registro público especial y/o a gravamen con entrega jurídica, siendo esto

de responsabilidad del depositante. No obstante, la norma también nos da una salvedad, precisamente la estipulada en el literal k) del artículo 224 de la Ley de Títulos Valores, el cual establece:

La indicación de estar o no las mercaderías afectas a derechos de aduana, tributos u otras cargas en favor del Fisco; en cuyo caso se agregará en el título la cláusula "Aduanero" inmediatamente después de su denominación y en tal caso le será de aplicación además la legislación de la materia.

Responsabilidad del almacén

El inciso 1 del artículo 229 de la Ley de Títulos Valores prescribe que el almacén general de depósito es responsable por las mercaderías desde su recepción hasta su devolución, salvo que se pruebe que el daño haya sido causado por fuerza mayor o por la naturaleza de las mismas mercaderías o defectos del embalaje, no apreciables exteriormente; o por culpa del depositante o dependientes de este. La responsabilidad se limita al valor que tengan las mercaderías según lo señalado en el título.

El Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito, en su artículo 9, señala que los almacenes generales de depósito deben adoptar las medidas pertinentes para la adecuada prestación de sus servicios y para asumir la responsabilidad por la conservación de los bienes recibidos en almacenamiento. En esta línea, tienen que implementar, además, medidas de seguridad, señalización, adecuada ubicación y separación física, registro y control de movimiento de bienes, identificación de los bienes respaldados por los certificados de depósito y *warrants* emitidos, y demás medidas compatibles con sus responsabilidades, considerando los plazos máximos de depósito¹ establecidos en el literal i) del artículo 224 de la Ley de Títulos Valores.

El artículo 10 del mismo reglamento indica que los almacenes generales de depósito deben contratar con compañías de seguros autorizadas, respecto de los bienes recibidos en depósito, por lo menos una póliza de seguro contra incendio. Este requisito también es indicado en el literal h) del artículo 224 de la Ley de Títulos Valores, el cual señala que se consigne en el certificado de depósito o en el *warrant*, contra el recibo de mercaderías y productos en depósito, el monto del seguro contratado, la denominación y domicilio del asegurador y los demás riesgos cubiertos por el seguro, dependiendo de la naturaleza de los bienes depositados. Asimismo, es perfectamente posible que las pólizas de seguros sobre los bienes depositados contratadas por los clientes del almacén general de depósito sean endosadas al almacén general de depósito, en sustitución de la obligación de

1 El depósito se constituye por un plazo que no excederá de un año, mientras que, para bienes perecibles, no excederá de los noventa días, salvo que la naturaleza del bien y el almacén general de depósito lo permitan.

parte del almacén de contratar la póliza de seguro. Sin perjuicio de ello, si el almacén general de depósito considera que el monto del seguro endosado no cubre el valor en riesgo de los bienes depositados, contratará la póliza de seguro correspondiente por cuenta del depositante. La empresa aseguradora determina el valor en riesgo del bien depositado, el cual representa la pérdida máxima que el valor del bien podría sufrir ante un siniestro cubierto.

Los almacenes generales de depósito no pueden trasladar los bienes depositados a otro almacén sin el consentimiento previo y expreso del depositante, y de corresponder, del tenedor del *warrant*; tampoco pueden hacerlo sin la contratación del seguro que cubra los riesgos derivados del transporte, pues es responsabilidad del almacén general de depósito la conservación de los bienes depositados, conforme al artículo 11 del Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito.

Sin perjuicio de ello, la norma citada señala una excepción. Cuando exista algún riesgo inminente que pueda afectar los bienes depositados, el almacén general de depósito podrá trasladarlos a otro almacén. Los daños o pérdidas de los bienes objeto de transporte serán asumidos por el mismo almacén general de depósito, siempre y cuando no tuviera contratado el seguro que cubra los riesgos de transporte. El traslado de los bienes depositados debe sustentarse con un informe elaborado por la Unidad de Riesgos y refrendado por el gerente general dentro del plazo de dos días útiles de efectuado el traslado (Flores Polo, 2001).

El almacén general de depósito tiene prohibido realizar operaciones de compra-venta de mercaderías o productos de la misma naturaleza que aquellos que recibe en calidad de depósito, salvo que lo haga por cuenta de sus depositantes; así como también tiene prohibido conceder créditos con garantía de las mercaderías recibidas en depósito.

El almacén general de depósito entregará las mercaderías depositadas a la presentación de ambos títulos, salvo que se haya limitado a emitir solo el certificado de depósito o solo el *warrant*, lo que deberá constar expresamente y en forma destacada en el único título emitido con las cláusulas "Certificado de depósito sin *warrant* emitido" o "*Warrant* sin certificado de depósito emitido".

Así pues, tenemos que el almacén general de depósito guarda las mercaderías en favor de quien sea el titular legítimo de los títulos valores que haya emitido, y no del depositante. La entrega de los bienes puede exigirse en cualquier momento durante el plazo del depósito solo y únicamente por el titular legítimo de ambos títulos. Es importante que tanto el certificado de depósito como el *warrant* tengan el mismo número de orden en el registro del almacén (Flores Polo, 2001, p. 322).

El almacén de campo y otros tipos de almacenes

Tanto la Ley de Títulos Valores como el Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito regulan el almacén de campo, entendido como el recinto en donde el depositante tiene la posesión y uso en calidad de propietario, arrendatario u otro título; y que es cedido en uso total o parcialmente a un almacén general de depósito con el fin de que este almacene los bienes de propiedad del mismo depositante. Su condición de almacén de campo se indica en la sección de “modalidad de depósito” de los títulos respectivos. En palabras de Hundskopf Exebio (2000), el almacén de campo sería:

[...] el local, generalmente de propiedad del depositante, donde se efectúa el depósito de mercaderías y productos de difícil o inconveniente traslado. Este tipo de local debe ser cerrado y estar a disposición únicamente de la almacenadora, debiendo reunir condiciones adecuadas de seguridad. (p. 209)

Ahora bien, además del almacén de campo, el artículo 3 del Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito define otras clases de almacenes:

- Almacén principal: es el almacén mismo y de propiedad del almacén general de depósito. Es un órgano social y, como tal, se realizan en él todas las actividades, servicios y operaciones propios del objeto social y giro de negocio del almacén general de depósito. Como almacén principal, cuenta con la implementación e infraestructura adecuada para el almacenamiento de bienes y mercadería.
- Almacén de campo múltiple: es un almacén de campo constituido por un almacén general de depósito en locales utilizados por diversos depositantes. Se destina al almacenamiento financiero de productos. A diferencia de otros almacenes, aquí la mercadería se ubica en lotes separados por cada depositante, indicándose en la sección de “modalidad de depósito” del título respectivo la referencia “almacén de campo múltiple”. Se sujeta a las normas generales del almacén de campo. En palabras de Hundskopf Exebio (2000), este tipo de almacén es el local de propiedad de terceros ajenos al depositante, instalado en plantas de procesamiento de productos agrícolas, algodón, café y hasta minerales, inclusive.
- Almacén de campo múltiple compartido: está constituido por más de un almacén general de depósito en locales utilizados por diversos depositantes, destinado al almacenamiento financiero de sus productos. Se sujeta también a las normas generales de los almacenes de campo y debe indicarse su modalidad en los títulos.

TÍTULOS VALORES QUE EMITEN LOS ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO: DEL CERTIFICADO DE DEPÓSITO Y EL *WARRANT*

Según hemos dicho, entre los diversos títulos valores que regula la actual Ley de Títulos Valores, Ley 27287, vigente desde el 17 de octubre del 2000, se encuentran el certificado de depósito y el *warrant*, ambos títulos valores a la orden, que son reconocidos como tales en dicha ley entre los artículos 224 y 229, como ya se mencionó. Esto no se dio en la derogada Ley 16587, a pesar de que tuvo una vigencia de más de treinta y dos años, desde el 8 de enero de 1968 hasta el 16 de octubre del 2000, y que fue una buena ley, pues reguló de manera adecuada y segura muchos actos, contratos u operaciones en los que se utilizaban títulos valores. Sin embargo, la Ley 16587 solo incorporó en sus normas títulos valores como la letra de cambio, el pagaré, el vale a la orden y el cheque, incluyendo cheques especiales; pero su artículo 208 dejó abierta la posibilidad a otros títulos valores que por ley posterior se sometieran a sus disposiciones. La actual Ley de Títulos Valores, Ley 27287, con algunas modificaciones convenientes y con excepción del vale a la orden que fue derogado, regula también la letra de cambio, el pagaré y el cheque, incluyendo cheques especiales ya tratados en la Ley 16587 y otros que han resultado novedosos e importantes; habiendo incluido con acierto, entre otros varios títulos valores, el certificado de depósito y el *warrant*.

El Código de Comercio de 1902, antes citado, hace referencia a las Compañías de Almacenes Generales de Depósito y a la emisión de resguardos de frutos y mercaderías, que podían ser nominativos o al portador, sin hacer alusión aún al certificado de depósito y al *warrant* como títulos valores. Es recién con la Ley 2763, “Ley de almacenes generales destinados al depósito y conservación de mercaderías y productos nacionales e importados”, antes comentada, que se regula por primera vez en el Perú el certificado de depósito y el *warrant*, cuya naturaleza como títulos valores —aun cuando no fueron reconocidos en la citada Ley 16587, promulgada posteriormente, el 8 de enero de 1968— se puso en evidencia a través de su circulación mediante endoso, como lo establece también la actual Ley de Títulos Valores. Dicha Ley 2763, pese a ser una ley antigua, reguló con acierto ambos documentos, cuya expedición estaba a cargo de la administración del almacén, y rigió por varias décadas hasta la entrada en vigencia de la Ley de Títulos Valores actual, esto es, el 17 de octubre del 2000, cuya primera disposición derogatoria, como hemos mencionado, la derogó.

La Ley de Títulos Valores vigente, al regular el certificado de depósito y el *warrant*, establece que ambos títulos son expedidos por almacenes generales de depósito, según lo antes mencionado, y se emiten a la orden del depositante, contra el recibo de mercaderías y productos en depósito; ambos deben contener los requisitos legales esenciales establecidos en su artículo 224, que creemos pertinente transcribir a continuación:

- a) La denominación del respectivo título y número que le corresponde tanto al Certificado de Depósito como al *Warrant* correspondiente, en caso de emitirse ambos títulos;
- b) El lugar y fecha de emisión;
- c) El nombre, el número del documento oficial de identidad y domicilio del depositante;
- d) El nombre y domicilio del almacén general de depósito;
- e) La clase y especie de las mercaderías depositadas, señalando su cantidad, peso, calidad y estado de conservación, marca de los bultos y toda otra indicación que sirva para identificarlas, indicando, de ser el caso, si se tratan de bienes perecibles;
- f) La indicación del valor patrimonial de las mercaderías y el criterio utilizado en dicha valorización;
- g) Modalidad del depósito con indicación del lugar donde se encuentren los bienes depositados, pudiendo encontrarse en sus propios almacenes o en el de terceros, inclusive en locales de propiedad del propio depositante;
- h) El monto del seguro que debe ser contratado por lo menos contra incendio, señalando la denominación y domicilio del asegurador. El almacén general de depósito podrá determinar los demás riesgos a ser cubiertos por el seguro, en cuyo caso estos serán señalados en el mismo título;
- i) El plazo por el cual se constituye el depósito, que no excederá de un año. En caso de bienes perecibles, no excederá de noventa (90) días, salvo que la naturaleza del bien y el almacén general de depósito lo permitan;
- j) El monto pendiente de pago por almacenaje, conservación y operaciones anexas o la indicación de estar pagados;
- k) La indicación de estar o no las mercaderías afectas a derechos de aduana, tributos u otras cargas en favor del Fisco; en cuyo caso se agregará en el título la cláusula "Aduanero" inmediatamente después de su denominación y en tal caso le será de aplicación además la legislación de la materia; y
- l) La firma del representante legal del almacén general de depósito.

El certificado de depósito y el *warrant*, como títulos valores legalmente reconocidos por la Ley de Títulos Valores vigente, son instrumentos esenciales y dinámicos que permiten a las empresas depositantes obtener financiamiento de terceros con el respaldo de las mercaderías o productos depositados en un almacén general de depósito. De otro modo y mientras dure el almacenaje o depósito, dichas mercaderías o bienes serían improductivos.

Para la emisión del certificado de depósito y del *warrant*, la actual Ley de Títulos Valores exige formularios oficiales aprobados por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, que deberán llevar numeración correlativa y serán expedidos de la matrícula o libros talonarios que conservará el almacén general de depósito, consignando en cada título los requisitos formales señalados en su citado artículo 224.

Asimismo, tal y como hemos ya mencionado, no podrán emitirse el certificado de depósito ni el *warrant*, bajo responsabilidad del almacén general de depósito, por mercaderías que estén sujetas a gravámenes o medidas cautelares que hubieren sido notificadas previamente. Esta disposición contenida en el artículo 228 de la Ley de Títulos Valores es importante porque se busca que los créditos que se garanticen a través del *warrant* con la mercadería depositada en el almacén estén asegurados con una primera y preferente prenda o garantía mobiliaria que se genere con el primer endoso de dicho *warrant* en favor del endosatario que otorga el financiamiento. Esta misma regla aplica, bajo responsabilidad del depositante, como también hemos mencionado, para solicitar el certificado de depósito o *warrant* por mercaderías que estén sujetas a registro público especial y/o gravamen con entrega jurídica; de ser este el caso, tampoco podrán ser emitidos.

La única salvedad con relación a lo expuesto en el párrafo precedente es que la mercadería estuviera afecta a derechos aduaneros, tributos u otras cargas en favor del fisco; en cuyo caso se deberá consignar en el certificado de depósito o en el *warrant*, según corresponda, la cláusula "Aduanero", como hemos explicado anteriormente.

Es importante señalar que el almacenaje de la mercadería en un almacén general de depósito supone la existencia de un contrato de depósito, cuyo plazo no excederá de un año. Tratándose de bienes perecibles, el plazo no deberá exceder de noventa días, salvo que la naturaleza de los bienes y el almacén general de depósito lo permitan.

El almacén general de depósito entregará, como está dicho, la mercadería depositada al momento en que se presenten ambos títulos. En caso de que se hubiera emitido solo uno de ellos, es decir, solo el certificado de depósito o solo el *warrant*, deberá constar expresamente en el único título emitido con las cláusulas "Certificado de depósito sin *warrant* emitido" o "*Warrant* sin certificado de depósito emitido". En tales casos, si luego el depositante requiriera de ambos títulos valores, este deberá entregar al almacén general de depósito el único título emitido, que obre en su poder, para su anulación y sustitución con la emisión por el almacén general de depósito de ambos títulos valores, lo cuales expresarán las cláusulas "Certificado de depósito con *warrant* emitido" y "*Warrant* con certificado de depósito emitido".

Finalmente, todo tenedor del certificado de depósito y/o del *warrant* tiene derecho, conforme al artículo 230 de la Ley de Títulos Valores vigente, a examinar las mercaderías

depositadas y señaladas en dichos títulos, pudiendo retirar muestras de ellas, si su naturaleza lo permite, en la forma y proporción que determine el almacén general de depósito respectivo.

Certificado de depósito

Concepto

El certificado de depósito es un título valor a la orden que representa el derecho de propiedad de su tenedor legítimo sobre mercaderías depositadas en un almacén general de depósito contra el recibo de las mismas. Es transmisible por endoso, lo que implica la adquisición por el endosatario del derecho de propiedad sobre dichas mercaderías en depósito.

En ese sentido, Hundskopf Exebio (2000) señala que “el certificado de depósito es el título valor a la orden que representa el derecho real de propiedad sobre la mercadería depositada en un almacén general de depósito” (p. 204). Al respecto y en esa misma línea, Montoya Alberti (2005) afirma que “el certificado representa o incorpora al título el derecho de propiedad sobre la mercancía depositada y sirve de instrumento para su enajenación” (p. 163).

Por su parte, Montoya Manfredi (2001), al tratar sobre la naturaleza del certificado de depósito, explica:

Al tenedor original del mismo se le confieren los derechos propios del depositante, como son los de reclamar la entrega de las mercaderías por parte del depositario y, además, de servir de instrumento de enajenación transfiriendo al adquirente los mismos derechos, pero no quiere decir que el título sea el mismo contrato de depósito, pues solamente se vinculan a aquel los derechos del depositante. (p. 805)

Coincidimos plenamente con lo expresado por Montoya Manfredi (2001) respecto a que el certificado de depósito representa un derecho de propiedad de su tenedor legítimo sobre las mercaderías en depósito, el cual puede transferirse mediante el endoso del título a un tercero, lo que conlleva la transferencia a favor del adquirente del derecho de propiedad sobre dichas mercaderías. Asimismo, coincidimos con él en cuanto a que el contrato de depósito del que deriva dicho título valor solo es oponible a la relación cambiaria originaria, no así al endosatario que adquiere el título por una obligación causal, que será distinta y autónoma de la obligación causal primigenia (contrato de depósito), pues así como un título valor nace de una obligación causal que le precede y luego adquiere autonomía, cada relación de endoso nace igualmente de un contrato o relación causal que motiva precisamente dicho endoso, y todas estas obligaciones causales que pudieran dar lugar a distintos endosos en un título valor a la orden son igualmente autónomas e independientes entre sí, circunscritas únicamente a sus respectivos endosos,

primando esta misma autonomía en la relación causal que motiva uno o más endosos en un mismo título respecto de la obligación causal primigenia y viceversa. Lo antes indicado aplicará también para el certificado de depósito en cuanto al endoso de dicho título se refiere; pero debe tenerse presente que, siendo el certificado de depósito un título valor causal, mantendrá —al igual que el *warrant*, como veremos más adelante— el vínculo subyacente con la obligación causal de la que derivó (contrato de depósito). Así lo confirma también Montoya Alberti (2005) al sostener con acierto que “el certificado de depósito y *warrant* son títulos causales, no se desvinculan de la relación jurídica subyacente que les dio origen” (p. 166).

Características

- a. El certificado de depósito es un título causal, pues consta en su contenido literal la causa que dio origen a su emisión y que supone la existencia de un contrato de depósito, el cual subsiste; así el poseedor legítimo del título puede, llegado el momento, si las calidades de tenedor y obligado principal correspondieran respectivamente al depositante y depositario del contrato de depósito del que derivó la emisión de dicho título valor, hacer valer su derecho sobre dicha mercadería, según decida, ejercitando la acción cambiaria derivada del mismo o la acción causal con relación a lo pactado en el contrato de depósito.
- b. Es un título valor a la orden que incorpora derechos patrimoniales referidos a la propiedad de la mercadería o productos depositados en un almacén general de depósito.
- c. Su expedición está a cargo de un almacén general de depósito autorizado y regulado por la SBS y contra la previa recepción por dicho almacén de la mercadería, la cual deberá encontrarse libre de gravamen o de cualquier medida cautelar, excepto el pago de derechos aduaneros u obligaciones tributarias.
- d. Es un título valor dinámico que permite transferir la propiedad de la mercadería objeto del depósito mediante el endoso del mismo.

Efectos de su endoso

Siendo el certificado de depósito un título valor a la orden, su endoso transfiere el derecho de propiedad sobre la mercadería depositada en un almacén general de depósito. Sin embargo, en caso de que se hubiera emitido el certificado de depósito y el *warrant* en forma conjunta, el endosatario adquiriente del certificado de depósito, al adquirirlo por endoso, lo adquirirá también con el gravamen prendario en favor del tenedor del *warrant*,

de haberse emitido este último título. Hundskopf Exebio (2000) señala que en este caso “el tenedor que posea únicamente el certificado de depósito no podrá disponer libremente de la mercadería [...]” (p. 204), opinión con la cual estamos plenamente de acuerdo.

En cambio, el endoso del certificado de depósito y del *warrant* por el mismo poseedor legítimo de ambos títulos transfiere al endosatario la libre disposición de las mercaderías en depósito, como lo establece la propia Ley de Títulos Valores vigente en el literal a) de su artículo 231. Asimismo, el endoso del certificado de depósito separado del *warrant* no requiere ser registrado en el almacén general de depósito, conforme precisa el numeral 231.2 del mismo artículo.

Warrant

Concepto

El *warrant* es un título valor a la orden que representa el derecho de garantía prendaria sobre mercaderías depositadas en un almacén general de depósito para garantizar un crédito a favor del tenedor legítimo, a quien el depositante le transfiera el título por endoso, constituyéndose así en acreedor prendario de dicha mercadería.

En ese sentido, Hundskopf Exebio (2000) señala:

El *warrant* es un título valor a la orden que representa derechos reales sobre las mercaderías depositadas. La diferencia radica en que el *warrant* representa un derecho real de prenda, mientras que la propiedad de las mercaderías corresponde al tenedor del certificado de depósito. (p. 204)

En esa misma línea, Montoya Alberti (2005) sostiene que “el *warrant* representa el contrato de préstamo y su garantía es la mercadería depositada en el almacén, con los privilegios propios de un crédito prendario” (p. 163).

Características

- a. El *warrant*, al igual que el certificado de depósito, es un título causal, pues consta en su contenido literal la causa que dio origen a su emisión y que supone también la existencia de un contrato de depósito. Por tanto, siendo el *warrant* un título valor causal, mantendrá, al igual que el certificado de depósito, el vínculo subyacente con la obligación causal de la que derivó (contrato de depósito).
- b. Es un título valor a la orden que representa el derecho de garantía prendaria sobre mercaderías depositadas en un almacén general de depósito para garantizar un crédito a favor del tenedor legítimo.

- c. Su expedición está a cargo de un almacén general de depósito autorizado y regulado por la SBS, y contra la recepción por dicho almacén de la mercadería, que deberá encontrarse, al igual que el certificado de depósito, libre de gravamen o de cualquier medida cautelar, salvo el pago de derechos aduaneros u obligaciones tributarias.
- d. Es un título valor dinámico que permite constituir mediante su endoso un derecho de garantía prendaria sobre la mercadería objeto del depósito para garantizar créditos o financiamientos de un tercero, quien será el tenedor legítimo del mismo.

Efectos de su endoso

Siendo el *warrant* un título valor a la orden, su endoso confiere al endosatario el derecho de prenda por el valor total de las mercaderías depositadas en garantía del crédito directo o indirecto que se señala en el mismo título. Asimismo, en caso de que se hubiera emitido el *warrant* en forma conjunta con el certificado de depósito, el endoso de ambos títulos transfiere al endosatario, como ya hemos señalado, la libre disposición de las mercaderías en depósito, como lo establece la propia Ley de Títulos Valores vigente en el literal a) de su artículo 231.

Es importante tener presente que el primer endoso del *warrant* separado del certificado de depósito deberá ser registrado tanto ante el almacén general de depósito como en el certificado de depósito respectivo que se hubiere emitido, y deberá contener la información siguiente, como lo precisa el artículo 232 de la Ley de Títulos Valores, aun cuando no se hubiera emitido el certificado de depósito:

- a) La fecha en la que se hace el endoso;
- b) El nombre, el número del documento oficial de identidad y firma del endosante;
- c) El nombre, domicilio y firma del endosatario;
- d) El monto del crédito directo y/o indirecto garantizado;
- e) La fecha de vencimiento o pago del crédito garantizado, que no excederá del plazo del depósito;
- f) Los intereses que se hubieran pactado por el crédito garantizado;
- g) La indicación del lugar de pago del crédito y/o, en los casos previstos por el artículo 53, la forma como ha de efectuarse este; y
- h) La certificación del almacén general de depósito que el endoso del *warrant* ha quedado registrado en su matrícula o libro talonario, como en el respectivo certificado de depósito, refrendada con firma de su representante autorizado.

La certificación a que se refiere el citado inciso h) resulta obligatoria y necesaria, pues su inobservancia dará lugar a que no se tenga por formalizada ni válidamente constituida la prenda en favor del tenedor del *warrant*.

El warrant insumo-producto

En los casos de los almacenes de campo antes explicados, se cede en uso al almacén general de depósito un lugar de propiedad del depositante o de un tercero, bajo alguna modalidad contractual, para que en dicho lugar se almacenen materias primas, insumos, partes y demás bienes fungibles, los cuales podrán ser sustituidos, bajo responsabilidad del almacén general de depósito, por otros bienes transformados o terminados a los que dichas materias primas, insumos, partes y demás bienes fungibles depositados inicialmente en el almacén de campo hubieren sido incorporados, mejorando su valor patrimonial. En estos casos, los derechos sobre los bienes inicialmente depositados en el almacén de campo se extenderán en los títulos emitidos, es decir, *warrant* y certificado de depósito, a los productos finales obtenidos de mayor valor patrimonial que resulten de su transformación, convirtiéndose en los nuevos bienes materia del depósito. Para efectos de lo antes señalado, deberá agregarse, además, a la denominación de cada título valor la cláusula "Insumo-producto" en forma destacada, tal como lo establece el artículo 225 de la Ley de Títulos Valores vigente.

En estos casos de los almacenes de campo y el *warrant* insumo-producto, que regula la Ley de Títulos Valores actual, es posible que por los bienes que van a ser objeto de transformación en una misma empresa, estando parte de ella bajo la custodia y almacenaje por un almacén general de depósito, el almacén otorgue el certificado de depósito o *warrant* al depositante agregándole a los respectivos títulos, según regula la Ley de Títulos Valores, la cláusula "Insumo-producto" en forma destacada. Así el depositante puede disponer de dichos bienes previos a su transformación, que de lo contrario serían un lote o *stock* improductivo, a través del certificado de depósito o solicitar u obtener a través del *warrant* financiamientos que faciliten su transformación e incluso reduzcan los costos y gastos de este proceso, ahorrándose, entre otros, gastos de flete y mayores seguros para los bienes si estos, en vez de en el almacén de campo, se encontraran en las instalaciones del almacén general de depósito, lo que resulta sin duda más dinámico y eficiente en cuanto a productividad y producción de una empresa se refiere.

Es importante tener presente en estos casos de almacenes de campo que el control de la salida del insumo e ingreso del producto terminado estará a cargo del almacén general de depósito. Además, una vez reingresado el producto final y a petición del tenedor del título, el almacén general de depósito podrá sustituirlo, precisando la descripción del producto final y su valor patrimonial en el nuevo título que para el efecto se emita, siendo esta sustitución facultativa.

Derechos que representa el warrant y su ejecución

Hemos indicado que con el endoso del *warrant* se constituye primera garantía mobiliaria o prenda a favor de su endosatario, tenedor del mismo, sobre la mercadería o bienes objeto del depósito, y al mismo tiempo podrá representar el crédito garantizado con dicho endoso del *warrant*, según los términos y condiciones que precisa el artículo 232 de la Ley de Títulos Valores, antes detallado. También puede endosarse el *warrant* en garantía de créditos futuros o sujetos a condición o que consten en documento distinto a él, lo cual deberá señalarse en el contenido literal del título, tal como lo establece el artículo 233 de la misma ley.

En caso de incumplimiento en el pago del crédito garantizado por el *warrant*, el tenedor legítimo del título deberá protestarlo u obtener la formalidad sustitutoria, como es la constancia de no pagado por falta de fondos, cuando sea pagadero con cargo a una cuenta bancaria, conforme al artículo 53 de la Ley de Títulos Valores, debiendo observarse las mismas formalidades establecidas para la falta de pago de la letra de cambio. No será necesario el protesto en caso de que el *warrant* tuviera la cláusula liberatoria del mismo.

Formalizado el protesto u obtenida la constancia sustitutoria, salvo que existiera cláusula liberatoria del mismo, el tenedor, aparejado con el *warrant*, podrá solicitar al almacén general de depósito su ejecución, a cuyo efecto el almacén ordenará, no antes de dos días hábiles siguientes a dicho protesto o constancia sustitutoria o del vencimiento del crédito de no ser necesario protestarlo, sin necesidad de mandato judicial, la venta de las mercaderías depositadas, previa publicación de anuncios durante cinco días en el diario oficial *El Peruano*. Dichos anuncios deberán describir las mercaderías y su valor nominal señalado en el respectivo *warrant*. Para la venta de las mercaderías depositadas en el almacén general de depósito, se requerirá de la intervención de martillero autorizado, cuya designación estará a cargo del almacén, sin que sea necesario tasar dicha mercadería, adjudicándola al mejor postor, cualquiera que sea el precio ofrecido por este, tal como lo regula el artículo 233 de la Ley de Títulos Valores actual.

El almacén general de depósito destinará el producto de la venta de las mercaderías, como establece el artículo 234 de la Ley de Títulos Valores, en primer lugar, al pago de los gastos de la venta y la comisión del martillero; en segundo lugar, a los gastos de conservación y otros servicios adeudados al almacén general de depósito y las primas del seguro; en tercer lugar, a los derechos de aduana y demás tributos a los que puedan estar afectas las mercaderías según el texto del documento; y, finalmente, a los intereses, gastos y capital adeudados al tenedor del *warrant*, quien, con excepción de las acreencias antes señaladas, tiene derecho preferente sobre cualquier otro acreedor. Verificados los pagos antes indicados, el remanente que pudiera haber quedado se pondrá a disposición del tenedor del certificado de depósito o propietario de las mercancías. En caso de que ocurriera algún siniestro sobre la mercadería, el importe resultante reconocido

por la empresa de seguros deberá ser distribuido por el almacén general de depósito siguiendo el orden antes indicado.

Es importante señalar que carecerá de eficacia cualquier medida cautelar o embargo que se trabaje sobre las mercaderías representadas por certificados de depósito y/o *warrants*. Estas medidas deben ser dirigidas a los respectivos títulos y corresponde al almacén general de depósito anotar las que se hagan de su conocimiento en el registro a su cargo; además, solo las anotará si el tenedor del título resulta ser la parte afectada con alguna de ellas.

Asimismo, si el tenedor del *warrant* fuera una empresa del sistema financiero nacional y el propietario o depositante de la mercadería cayera en una situación de insolvencia, quedará excluido del proceso concursal a que pudiera haber lugar, pudiendo incluso continuar, de ser el caso, con la ejecución del *warrant* ante el incumplimiento del crédito garantizado, conforme al 8 del artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

De otro lado, si el producto de la venta de la mercadería o del seguro, según lo antes explicado, no alcanzara para cubrir la deuda garantizada por el *warrant*, la administración del almacén general de depósito devolverá dicho *warrant* al tenedor, con la anotación del importe pagado a cuenta, refrendada con la firma de su representante. De esta manera, el tenedor podrá entablar la acción cambiaria contra el primer endosante del *warrant* (tenedor originario del mismo) por el saldo que hubiere quedado pendiente.

Finalmente, si la mercadería objeto del depósito no fuera retirada al vencimiento del plazo, según corresponda, o si hubiera riesgo de su deterioro o destrucción por causas ajenas al almacén general de depósito, este último, dando aviso previo con ocho días de anticipación al depositante o, de ser el caso, al último tenedor del *warrant* que tuviera registrado, podrá proceder a la venta de dicha mercadería y a la distribución del importe obtenido siguiendo el orden establecido, según lo antes explicado, en conformidad con los artículos 233 y 234 de la Ley de Títulos Valores vigente.

CONCLUSIONES

Los almacenes generales de depósito son empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, constituidas bajo la modalidad de sociedades anónimas y cuyo giro de negocio es almacenar, custodiar y conservar las mercaderías o bienes depositados en ellas. A su vez, son las únicas y exclusivas empresas autorizadas a emitir certificados de depósito y *warrants*. Su regulación *stricto sensu* se halla en el Reglamento de los Almacenes Generales de Depósito, aprobado por Resolución SBS 040-2002.

La importancia del almacén general de depósito radica en que sin la existencia de este no es posible la emisión de certificados de depósito ni *warrants*. La misma Ley de Títulos Valores señala que estos dos títulos son emitidos contra el recibo de mercaderías y productos en depósito. El certificado de depósito y el *warrant*, como títulos valores legalmente reconocidos por la Ley de Títulos Valores vigente, son instrumentos esenciales y dinámicos que permiten obtener financiamiento de terceros, con el respaldo de las mercaderías o productos depositados en un almacén general de depósito, para las empresas depositantes; de otro modo y mientras dure el almacenaje o depósito, dichas mercaderías o productos serían improductivos.

El certificado de depósito es un título valor a la orden que representa el derecho de propiedad de su tenedor legítimo sobre mercaderías depositadas en un almacén general de depósito contra el recibo de las mismas. Es transmisible por endoso, lo que implica la adquisición por el endosatario del derecho de propiedad sobre dichas mercaderías en depósito.

El *warrant* es un título valor a la orden que representa el derecho de garantía prendaria sobre mercaderías depositadas en un almacén general de depósito para garantizar un crédito a favor del tenedor legítimo, a quien el depositante le transfiera el título por endoso, constituyéndose así en acreedor prendario de dicha mercadería.

El endoso del *warrant* constituye primera garantía mobiliaria o prenda a favor de su endosatario, tenedor del mismo, sobre la mercadería o bienes objeto del depósito, y al mismo tiempo podrá representar el crédito garantizado con dicho endoso del *warrant*, según los términos y condiciones que precisa el artículo 232 de la Ley de Títulos Valores.

La ejecución del *warrant* se lleva a cabo a través del almacén general de depósito mediante la venta de las mercaderías objeto del depósito. Se trata de una ejecución célere y sin mayores trámites, requiriéndose tan solo la intervención de martillero autorizado, cuya designación estará a cargo del almacén, sin que sea necesario tasar dicha mercadería, adjudicándola al mejor postor, cualquiera que sea el precio ofrecido por este.

Si el tenedor del *warrant* fuera una empresa del sistema financiero nacional y el propietario o depositante de la mercadería cayera en una situación de insolvencia, quedará excluido del proceso concursal a que pudiera haber lugar, pudiendo incluso continuar, de ser el caso, con la ejecución del *warrant* ante el incumplimiento del crédito garantizado, conforme al numeral 8 del artículo 132 de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

REFERENCIAS

- Beaumont Callirgos, R., y Castellares Aguilar, R. (2000). *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.
- Flores Polo, P. (2001). *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores N.º 27287*. Jurista Editores.
- Fonseca Ramos, I. (2019). El certificado de depósito y el *warrant*. En R. Saavedra Gil (Coord.), *Tratado de derecho mercantil* (pp. 495-514). Jurista Editores.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de derecho mercantil* (t. IV). Temis.
- Hundskopf Exebio, O. (2000). *Guía rápida de preguntas y respuestas: nueva Ley de Títulos Valores. 300 preguntas claves y sus respuestas*. Gaceta Jurídica.
- Montoya Alberti, H. (2005). *Ley de Títulos Valores. Normas complementarias* (3.ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Montoya Manfredi, U. (2001). *Comentarios a la Ley de Títulos Valores* (6.ª ed.). Grijley.
- Saavedra Gil, R. (Coord.). (2019). *Tratado de derecho mercantil*. Jurista Editores.

CONSIDERACIONES PRÁCTICAS EN LA ADQUISICIÓN PARCIAL DE ACCIONES DEL FUNDADOR DE UNA *START-UP*

RICARDO DE LA PIEDRA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

BEATRIZ MELO**
Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela

Recibido: 28/12/2020 Aceptado: 11/1/2021
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5056>

RESUMEN. El auge de las *start-ups* a nivel internacional ha generado que la actividad transaccional respecto a tales emprendimientos sea cada vez más constante. El Perú no es ajeno a este fenómeno y, en muchas oportunidades, los paquetes accionarios materia de ventas implican que el accionariado de la *start-up* quede dividido entre fundadores e inversionistas, y es sumamente importante conocer qué términos principales deben pactarse tanto en el contrato de inversión como en el convenio de accionistas que se genere como consecuencia del ingreso del inversionista en la sociedad.

PALABRAS CLAVE: M&A / *start-ups* / adquisición parcial / convenios de accionistas / compraventa de acciones

PRACTICAL CONSIDERATIONS IN THE PARTIAL ACQUISITION OF SHARES OF THE FOUNDER OF A *START-UP*

ABSTRACT. The boom of *start-ups* at an international level has generated that the transactional activity regarding these enterprises is each time more constant. Peru isn't a stranger to said phenomenon and, in many opportunities, the stock packages of these sales imply that the shares of the *start-up* are divided between founder and investor; it is extremely important to know what terms should be agreed on in the investment contract, as well as the shareholders agreement that would be generated as a consequence of the entry of investors in the stock company.

KEYWORDS: M&A / *start-ups* / partial acquisitions / shareholders' agreements / SPA

* Abogado por la Universidad de Lima, Perú. MBA por IE Business School, España. Socio del área de M&A del Estudio Muñiz.

** Abogada por la Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela. LLM por la Universidad de Nueva York, Estados Unidos. Asociada del área de M&A del Estudio Muñiz.

INTRODUCCIÓN

Por su propia naturaleza, la mayoría de *start-ups* requieren en determinado momento de la participación de inversionistas que puedan aportar el capital adicional necesario para desarrollar las ideas o los productos y servicios que hayan dado origen a la empresa. En este sentido, los fundadores de una *start-up* saldrán al mercado en búsqueda de inversionistas que estén dispuestos a asumir el riesgo de invertir en un negocio nuevo o disruptivo a cambio de una participación en la sociedad, cuya expectativa será que el rendimiento sea acorde al riesgo de su inversión (evidentemente, no todas las empresas tienen riesgos iguales, así como no todos los emprendedores tienen perfiles iguales).

Un ejemplo emblemático de esta estructura es la inversión de 500 000 dólares realizada en el 2004 por Peter Thiel en Facebook. La inversión inicial se hizo a cambio de una participación del 10,2 % en la empresa, lo cual generó una ganancia para Thiel de más de mil millones de dólares tras la venta de la mayoría de sus acciones en el 2012. Sin embargo, es importante recordar que la inversión de Thiel fue todavía más fructífera para el fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, cuyas acciones en la compañía actualmente están valorizadas en aproximadamente 68 000 millones de dólares. No hay que ser abogado ni banquero de inversión para notar que los inversionistas son determinantes para el éxito de una *start-up* y el consecuente éxito de sus fundadores.

En línea con lo anterior, es importante revisar algunas de las principales consideraciones que debe tomar en cuenta el fundador de una *start-up* al momento de llegar a un acuerdo definitivo con un inversionista respecto a la venta de un porcentaje de su participación, así como el tratamiento que recibirá dicha inversión. Estas consideraciones tienen, al menos, dos aristas fundamentales: (i) los términos del contrato de inversión, y (ii) los términos del gobierno corporativo que regularán la relación como socios entre el fundador y el inversionista, recogidos en el convenio de accionistas.

TÉRMINOS DEL CONTRATO DE INVERSIÓN

Hay dos aspectos fundamentales que debe revisar cuidadosamente el fundador de una *start-up* al momento de acordar los términos de la adquisición de acciones de su empresa por un inversionista: (i) la valorización de las acciones y (ii) el régimen de indemnización del inversionista.

Valorización de las acciones de la *start-up*

El valor que se asigna a las acciones de la compañía determinará cuánto *equity* recibirá el inversionista a cambio de su inversión (mientras mayor valor se les asigne a las acciones, menor porcentaje recibirá el inversionista a cambio de su inversión). Esto es vital para el fundador a fin de garantizar que reciba la mayor inversión posible por el

valor de la *start-up*, retenga la mayor cantidad de *equity* posible y mantenga el control para efectos de gobierno corporativo (como analizaremos más adelante).

En tal sentido, a pesar de que la valorización es un tema que se escapa de lo legal, por tratarse de un aspecto central de las inversiones en las *start-ups* tocaremos algunos puntos esenciales que se toman en cuenta y su eventual regulación en el contrato de inversión.

Métodos de valorización

Existen distintas formas de valorizar a una compañía. Los dos métodos principales son el método de comparables y el método de flujos descontados (*discounted cash flow method*, DCF).

(i) Método de comparables

En términos generales, el método de comparables utiliza un múltiplo del EBITDA (*earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*) de una compañía para asignarle un valor. El múltiplo es determinado por la industria en la cual opera la compañía. El concepto es que las empresas del mismo sector deben valorizarse de la misma manera. La ventaja de este método es que otorga cierta certeza sobre la valorización de la empresa, ya que el EBITDA es un número objetivo calculado sobre la base de los estados financieros de la compañía (lo cual incluirá la negociación de los elementos de los estados financieros que se excluirán o agregarán a dicho cálculo al no corresponder al giro ordinario del negocio o tratarse de gastos extraordinarios). El EBITDA obtenido es multiplicado por un múltiplo fijado por el estudio de empresas comparables del mercado y el resultado es el valor empresa.

Sin embargo, este método tiene una desventaja importante: no toma en consideración el potencial de crecimiento de la compañía, sino su estado al momento de la adquisición (o el EBITDA histórico por determinados años, dependiendo de la negociación, lo que en un caso de emprendimiento generaría más dudas que certezas para un fundador). Indudablemente, el principal valor de una *start-up* proviene de su potencial, no de su estado al momento en el cual el inversionista decide invertir. Adicionalmente, resulta difícil fijar un múltiplo de EBITDA para una *start-up* particularmente novedosa, porque no existen comparables en el mercado; por ejemplo, ¿cuál empresa era comparable con Microsoft en el momento de su fundación en 1975? Por lo tanto, este método puede ser difícil de aplicar y puede presentar ciertas desventajas para el fundador.

(ii) Método de DCF

El método de DCF (flujo de caja descontado) consiste en valorizar la compañía con base en el valor actual de las ganancias que razonablemente se espera que pueda generar la

compañía en el futuro. Así, se calculan los flujos de caja de la compañía hacia el futuro, descontando la tasa de retorno esperada para calcular su valor presente neto. Los elementos clave del modelo de valorización bajo comentario son las proyecciones financieras, la definición clara del concepto de flujo de caja y el costo del capital que se utilice para calcular una tasa apropiada de descuento (tradicionalmente se aplica un descuento mayor a las ganancias para contrapesar el alto riesgo vinculado al potencial fracaso del negocio). Los pasos que usualmente sigue el equipo financiero para este tipo de valoración son los siguientes:

- El primer paso es desarrollar la proyección de los estados financieros de la compañía. Como se puede intuir, esto no es tarea fácil, ya que implica tener o adquirir un conocimiento cercano de los resultados de la compañía, sus operaciones, riesgos asociados y una serie de asunciones relacionadas no solo con el objetivo, sino con la industria en la que esta desarrolla sus actividades. Esto es aún más complicado en industrias con alto potencial de innovación y disrupción.
- Una vez realizada la proyección, se debe determinar los flujos futuros de la compañía, esto es, los flujos “libres” que permanecen en la sociedad luego de deducir todos los gastos y costos relacionados con su actividad. Para mayor claridad, estos se deben entender como los recursos y flujos que no son necesarios para las operaciones y que, por lo tanto, están listos para ser distribuidos a los accionistas sin afectar el desarrollo del negocio de la empresa objetivo en el futuro.
- Determinados los montos relacionados con los flujos de caja, se les asigna un valor a futuro con base en el horizonte de la proyección (en el caso de emprendimientos, usualmente es de cinco años).
- Obtenido el valor de los flujos a futuro, se debe aplicar una tasa de descuento para traer dicho valor a la actualidad y obtener el valor presente de la compañía. La lógica es bastante simple: los flujos ocurrirán en el futuro y el valor se ha estimado a futuro, pero como la participación se está adquiriendo en el presente, se deben aplicar los principios del valor del dinero en el tiempo para traer al valor actual la estimación.
- Una vez aplicada la tasa de descuento, se obtendrá el valor actual de la compañía, sobre el cual comenzarán las negociaciones de adquisición.

Lo importante de este método es que le otorga valor a la compañía tomando en consideración su potencial para generar ganancias, lo cual es la esencia del valor de toda *start-up*. Sin embargo, la posibilidad de aplicar este método dependerá de la etapa en la que se encuentre la *start-up*, ya que es sumamente difícil predecir las ganancias que generará una compañía nueva para sus accionistas.

Earn-outs

A diferencia de los métodos descritos en el punto anterior, el *earn-out* no es un método de valorización, sino uno para corregir o ajustar el valor de las acciones adquiridas por el inversionista con base en los resultados de la compañía en el tiempo después de la inversión.

En términos generales, esto consiste en un acuerdo según el cual, si la empresa alcanza determinados hitos de ganancias/crecimiento establecidos por las partes dentro de un tiempo determinado después de la venta/inversión, el inversionista deberá pagarle al vendedor un monto adicional calculado sobre la base de una fórmula. La ventaja de las cláusulas de *earn-out* es que permiten que el vendedor reciba un valor adicional sobre la base del éxito comprobado de la compañía.

Ahora bien, en el contexto especial de una *start-up*, es importante tomar en consideración que, en la mayoría de los casos, el dinero aportado por el inversionista a cambio de las acciones no se paga directamente al fundador, sino que se invierte en la compañía. Por lo tanto, dependiendo del estado de desarrollo de la *start-up*, el monto adicional calculado con base en la cláusula de *earn-out* puede ser invertido directamente en la compañía (si es preferible impulsar el crecimiento de la compañía) o puede ser pagado directamente al fundador.

Conclusiones sobre valorización

El propósito de este trabajo no es determinar el mejor método de valorización de una *start-up*, sino describir los métodos principales de valorización y ajuste a fin de que un fundador conozca las metodologías que podrán aplicar los asesores financieros de las partes.

En este contexto, es importante recordar que la valorización de una *start-up* que sea exitosa, muy probablemente, no tomará en cuenta todo el potencial de la *start-up* (de lo contrario, Peter Thiel hubiese pagado mucho más de 500 000 dólares por el *equity* de Facebook). El equilibrio del acuerdo entre las partes se encuentra en la necesidad del fundador de conseguir inversionistas para desarrollar una idea novedosa y el gran riesgo que asume el inversionista al invertir en dicha idea.

Indemnización del inversionista

Cuando un comprador adquiere acciones de una compañía, tradicionalmente solicita que el vendedor realice una serie de declaraciones y garantías sobre el estado de la compañía en el contrato (“Declaraciones”). En caso de que alguna de estas declaraciones no sea cierta por hechos previos a la fecha de adquisición, el vendedor tendrá que indemnizar al comprador (dentro de ciertas limitaciones). Este régimen también es aplicable a la entrada de un inversionista a una *start-up*. El inversionista estará dispuesto a asumir

los riesgos vinculados a su inversión, pero no las contingencias que puedan surgir por hechos ocurridos antes de que se convirtiera en accionista de la empresa.

En adición a ello, es usual que un inversionista solicite el cumplimiento de determinadas obligaciones del emprendedor (directas o de generar que la compañía cumpla algún hecho u obligación determinada). A manera de ejemplo, pensemos que un porcentaje X del monto de la inversión sea destinado a R&D, modernización, implementación de canales o lo que su imaginación dicte con base en la gama de *start-ups* que existen actualmente.

En línea con lo anterior, el contrato de inversión contendrá lo que se denomina el régimen de indemnización, con características muy similares al de un contrato de adquisición, en las que el inversionista responderá principalmente por (i) la falsedad o inexactitud de las declaraciones, (ii) el incumplimiento de obligaciones asumidas en el contrato, y (iii) hechos dolosos o fraudulentos.

Declaraciones y determinación de responsabilidad

El fundador tendrá que otorgar una serie de declaraciones en el contrato de inversión sobre el estado de la compañía al momento de la inversión y transferencia del *equity*. El contenido de las declaraciones dependerá del rubro en el que opera la *start-up*. Por ejemplo, en el caso de una *start-up* de tecnología, un inversionista requerirá que el fundador otorgue declaraciones robustas en materia de propiedad intelectual, a fin de que sea indemnizado en caso de que se materialice un daño con motivo de un reclamo sobre la propiedad de la tecnología desarrollada por la empresa.

Igualmente, un inversionista probablemente solicitará declaraciones generales que aplican a todas las empresas, tales como declaraciones sobre el cumplimiento de las normas aplicables en materia tributaria, así como las denominadas declaraciones fundamentales, que versan sobre hechos esenciales de la transacción (propiedad de las acciones, capacidad del fundador para contratar, entre otras).

Sobre la base de lo anterior, el fundador deberá indemnizar al inversionista en caso de que la compañía o el inversionista sufran un daño con motivo de la falsedad o inexactitud de alguna de las declaraciones sobre la compañía. Por ejemplo, si la declaración establece que “la compañía ha cumplido con todas sus obligaciones tributarias” y, con posterioridad al cierre del contrato de inversión, la administración tributaria obliga a la compañía al pago de un impuesto adeudado desde antes de la fecha de cierre, el fundador deberá indemnizar al inversionista (sujeto a las limitaciones generales detalladas en la siguiente sección).

Limitaciones a la responsabilidad del fundador por declaraciones

Existen dos limitaciones principales a la responsabilidad del fundador por las contingencias de la compañía: (i) limitaciones de tiempo y (ii) limitaciones de monto. Las limitaciones de tiempo establecen un plazo máximo durante el cual el fundador es responsable ante el inversionista por los daños producidos por la falsedad o inexactitud de las declaraciones otorgadas. Tradicionalmente, el límite en el tiempo de la responsabilidad es negociado por las partes utilizando el plazo de prescripción legal como punto de partida, el cual el fundador intentará reducir.

La segunda limitación principal es la del monto de responsabilidad. El contrato de inversión establecerá un monto máximo de responsabilidad (conocido como CAP) y, en muchas ocasiones, se establecerá un monto individual (conocido como *basket*) de responsabilidad y un monto mínimo de responsabilidad (conocido como de *minimis* o *minibasket*). Si se aplican todas estas limitaciones al mismo tiempo, los límites de responsabilidad funcionarán según el siguiente ejemplo con montos aleatorios: cualquier daño deberá ser de al menos 10 000 dólares (*minibasket*) para poder ser reclamable y poder acumularse junto con otros daños equivalentes hasta llegar a 100 000 dólares (*basket*). A partir del monto del *basket*, el fundador será responsable desde el primer dólar hasta el monto del daño (cuando el *basket* no es deducible) o desde montos que excedan 100 000 dólares hasta el monto del daño (cuando el *basket* sí es deducible). En ningún caso (salvo supuestos de dolo, fraude o falsedad de declaraciones fundamentales), el fundador responderá por un monto superior al CAP.

Capacidad de negociación de las partes

Hemos descrito el régimen general de indemnización de un contrato de inversión que explica la responsabilidad que permanece con el socio fundador aún después del ingreso de un inversionista al *start-up*.

Sin embargo, es importante tomar en consideración que los términos definitivos que se incluirán en cualquier contrato de compraventa de acciones o contrato de inversión dependerán de la capacidad de negociación de las partes y de la situación de cada una de ellas. En este contexto, un fundador que necesita los fondos de un inversionista de manera urgente para potenciar una *start-up* de manejo desordenado, incipiente o con un perfil del fundador complicado puede tener una capacidad de negociación reducida frente a un inversionista sofisticado. Caso contrario es el de una *start-up* con un futuro promisorio, en orden y con potenciales socios competentes y enfocados en el desarrollo de la compañía y su modelo de negocios.

GOBIERNO CORPORATIVO POSINVERSIÓN

Además de definir los términos del contrato de inversión, el socio fundador de una *start-up* debe pensar también en la regulación de su relación con el inversionista como socios de la compañía y los términos del gobierno corporativo de la empresa. El gobierno corporativo se refiere al régimen mediante el cual se regula el control y operación de una empresa. Este régimen se establece en dos documentos fundamentales: los estatutos y el convenio de accionistas.

Asumiendo que los estatutos de la empresa se mantienen dentro de un modelo estándar, analizaremos los acuerdos usuales que negocian los accionistas en el convenio de accionistas, enfocándonos en el contexto de las *start-ups* y el ingreso de un inversionista a la empresa.

Concepto de control

Antes de examinar las distintas cláusulas que se pueden establecer en los convenios de accionistas, es importante entender el concepto de control dentro de una empresa.

Según la normativa peruana, existen tres órganos fundamentales en una sociedad anónima: la junta de accionistas, el directorio y la gerencia. Estos tres órganos ejercen distintas funciones dentro de la empresa y se les puede asignar distintos poderes para balancear la toma de decisiones y el manejo del día a día del negocio. Sin embargo, en toda circunstancia, la junta de accionistas será el órgano supremo y decisorio de la sociedad. Por lo tanto, los porcentajes de acciones que posee cada accionista son sumamente relevantes.

En el Perú, por los términos de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, un accionista controla la empresa de forma absoluta si sostiene al menos el 60 % del accionariado. Por este motivo, un accionista minoritario en una *start-up* (ya sea el inversionista o el fundador después de la adquisición) siempre solicitará la firma de un convenio de accionistas que le otorgue ciertos derechos de minoría que no le otorga la ley en términos de toma de decisiones y otros aspectos de la vida de la compañía. De esta manera, el accionista puede ejercer cierto control a través de “derechos de veto” o supermayorías.

Ahora bien, como explicaremos a continuación, el convenio de accionistas también puede ser beneficioso para el fundador, ya que se pueden pactar ciertos derechos a favor del socio mayoritario o que benefician al socio fundador que no están previstos en la Ley General de Sociedades. Esto, finalmente, dependerá del monto de la adquisición parcial de parte del inversionista y si esta le otorga o no una posición de control.

Mayorías calificadas y derechos de veto

A favor de los intereses del accionista minoritario (para efectos del presente escenario, el inversionista), es posible establecer mayorías más altas que las calificadas para la toma de ciertas decisiones por la junta de accionistas y derechos de veto sobre ciertas materias.

Las mayorías calificadas se refieren al aumento de los porcentajes de *quorum* y votación necesarios para tomar una decisión dentro de la junta de accionistas. Como comentamos en el punto anterior, según la Ley General de Sociedades, un accionista puede tomar todo tipo de decisiones de forma unilateral si sostiene el 60 % del accionariado. Sin embargo, es posible aumentar este porcentaje para ciertas materias a través de lo que se conoce coloquialmente como “supermayorías”. Por ejemplo, si el fundador sostiene el 70 % y el inversionista mantiene el 30 % de la empresa, las partes podrán acordar que la toma de algunas decisiones requerirá el *quorum* y voto favorable del 71 % del accionariado. De esta forma, mientras los porcentajes se mantengan en 70/30, el fundador no podrá tomar estas decisiones de forma unilateral, sino que requerirá siempre la presencia y voto favorable del inversionista.

Tradicionalmente, se solicitan supermayorías para ciertas decisiones particularmente importantes en la empresa, como la modificación de los estatutos, modificaciones del capital social, elección de gerencias, disposición de activos importantes, toma de financiamientos fuera de la política de endeudamiento, aprobación o modificación del plan de negocios, política de financiamiento, entre otros. La materia dependerá de la sensibilidad de los accionistas, del porcentaje adquirido y, claramente, de la posición del emprendedor, la compañía y el inversionista al momento de negociar el convenio.

Elección de gerencias clave y del directorio

El gerente general, las gerencias clave y el directorio de la compañía ejercen funciones más operativas dentro de la empresa en comparación con la junta de accionistas. A fin de mantener cierto grado de control sobre las operaciones, el accionista minoritario o inversionista puede solicitar que se establezca un régimen según el cual (i) designe un número de directores y (ii) tenga la potestad de nominar o alternar la facultad de designar al gerente general o alguna gerencia clave.

Existen diversas fórmulas para establecer el régimen de nombramiento de directores. El directorio puede estar conformado por un número par de integrantes y cada accionista tendrá derecho a nombrar el mismo número de directores. Igualmente, si el accionista minoritario no exige tener tanto control sobre las operaciones de la compañía, sino ejercer un grado de influencia, puede establecerse que el directorio estará conformado por un número impar de directores y el accionista minoritario designará a la minoría de directores.

En relación con el nombramiento del gerente general, es posible establecer que las partes se turnarán en esta designación o, en todo caso, que las partes acordarán previamente quién será nominado como gerente general de la compañía. Lo mismo puede ocurrir con gerencias clave, como la de administración y finanzas o de R&D (dependiendo del rubro de la empresa).

La regulación de este punto varía mucho en cada caso, porque depende de las circunstancias específicas de cada inversión. En el caso de una *start-up*, el grado de control que quiera tener el inversionista dependerá del tipo de inversionista que sea y de lo que quiera aportar a la operación. Habrá inversionistas ángeles que únicamente quieran aportar capital y permitir que el fundador maneje las operaciones de la compañía, mientras que otros inversionistas, como los fondos de *venture capital*, querrán aportar cierto grado de *know-how* y contactos para asegurar el éxito y crecimiento de la empresa para el eventual *exit*.

Drag along y tag along

Dos cláusulas que tradicionalmente se incluyen en los convenios de accionistas son las de *drag along* y *tag along*. La de *drag along* es solicitada usualmente por el accionista mayoritario (el fundador, en nuestro caso) y la de *tag along* es requerida comúnmente por el accionista minoritario (el inversionista, en nuestro caso). Estas disposiciones son clave en un convenio de accionistas de una *start-up* porque están relacionadas con la *exit strategy* de los socios.

Drag along

La cláusula de *drag along* establece que, si un accionista desea vender sus acciones a un tercero, puede obligar al otro accionista a vender sus acciones al mismo tercero en los mismos términos y condiciones. Es decir, si el accionista A es titular del 65 % de las acciones y recibe una oferta de un tercero para adquirir sus acciones, pero dicho tercero desea comprar el 100 % (muchos compradores no están dispuestos a permanecer en la compañía con un accionista minoritario), el accionista A puede obligar al accionista B (titular del 35 % restante) a venderle sus acciones al tercero interesado en las mismas condiciones; así se obtiene un mejor valor empresa y, por ende, un mayor precio por las acciones en venta.

Como se puede inferir, la cláusula de *drag along* es esencial para un socio fundador que permanecerá como accionista mayoritario, porque aumenta sus posibilidades de liquidar su inversión en la *start-up* una vez que haya incrementado considerablemente el valor de la empresa; es decir, fortalece su *exit strategy*.

Tag along

La cláusula de *tag along* dispone que si un accionista desea vender sus acciones a un tercero, el otro accionista puede adherirse a la venta y hacerlo de manera conjunta. Por lo tanto, en el escenario descrito en el párrafo anterior, si el accionista A recibe una oferta de un tercero y quiere proceder con la venta únicamente de sus acciones, el accionista B puede condicionar la venta a que el tercero también adquiera sus acciones en los mismos términos y condiciones. Es decir, el accionista mayoritario no podrá salir de la compañía y dejar al accionista minoritario con el adquiriente.

La cláusula de *tag along* también es sumamente relevante para la *exit strategy* de un inversionista, porque los escenarios de venta del 100 % de una compañía son mucho más frecuentes que el escenario de venta de un porcentaje minoritario. Por lo tanto, podrá capitalizar su inversión con mayor facilidad ante una buena oferta de un tercero.

Call option y put option

Las cláusulas de *call option* y *put option* se incluyen en un gran número de convenios de accionistas. La *call option* otorga a un accionista el derecho a obligar a otro accionista a venderle sus acciones, mientras la *put option* le otorga a un accionista el derecho a obligar a otro accionista a comprarle sus acciones. Existen dos supuestos principales que pueden gatillar el ejercicio de cualquiera de estas cláusulas: (i) el tiempo y (ii) algún evento significativo en la empresa o la relación de los accionistas.

El primer supuesto es el tiempo. Los accionistas acuerdan que, dentro de un número determinado de años después de la firma del convenio, alguno de los accionistas tendrá una *put option* (normalmente este derecho lo tendrá el accionista minoritario) o una *call option* (normalmente este derecho lo tendrá el accionista mayoritario). La lógica detrás de este mecanismo es que el accionista minoritario podrá aprovecharse del crecimiento de la empresa después de un tiempo determinado y vender sus acciones restantes a un precio mayor a lo que las hubiese vendido en la fecha inicial. Por su parte, el accionista mayoritario tendrá una *call option* para adquirir el porcentaje restante de la empresa y tener el control absoluto de sus operaciones (liberándose de los términos del convenio de accionistas). En el contexto de una *start-up*, cualquier estructura de *put/call option* va a depender de la *exit strategy* de los accionistas.

El segundo supuesto que puede gatillar una *put/call option* es un evento significativo para la empresa o en la relación de los accionistas. Dos ejemplos emblemáticos son el cambio de control de algún accionista o el incumplimiento de algún accionista del término del convenio de accionistas. En cualquiera de estos supuestos, la relación entre los accionistas puede verse afectada, por lo cual un accionista puede querer adquirir las acciones del otro accionista (*call option*) o, posiblemente, salir de la compañía y venderle sus acciones al otro accionista (*put option*).

En cualquier caso, es posible establecer ciertos términos para el ejercicio de la *call option* o de la *put option*, tales como un monto mínimo de adquisición, la valorización de las acciones por un auditor independiente, la ventana de ejercicio, entre otros.

Lock-up

La cláusula de *lock-up* es común en aquellos convenios de accionistas en los cuales se quiere mantener cierta estabilidad de socios por un tiempo determinado. El *lock-up* prohíbe que uno o varios de los accionistas vendan sus acciones por un cierto tiempo (en el Perú, el *lock-up* no puede tener una duración mayor de diez años, según la Ley General de Sociedades).

Esta cláusula puede ser útil para el fundador en la medida que quiera mantener cierta estabilidad mientras la empresa está en un proceso de crecimiento y asegurar que el inversionista no venderá sus acciones a un tercero que el fundador no quiera tener como socio. Igualmente, el *lock-up* puede ser útil para el inversionista porque garantiza que el socio fundador no saldrá de la empresa antes de tiempo y continuará desarrollando el concepto de la *start-up* durante un periodo determinado.

Deadlock

El mecanismo de *deadlock* rige aquellas circunstancias en las cuales, de acuerdo con los términos del estatuto o el convenio de accionistas, se requiere del voto de ambos accionistas para tomar una decisión en la junta de accionistas y los accionistas no logran llegar a un acuerdo.

En este caso, normalmente se establece un plazo en el que los accionistas pasarán por un proceso de mediación (no vinculante) a fin de llegar a un acuerdo sobre la materia objeto del conflicto. Si aun así los accionistas no pueden llegar a un acuerdo, normalmente se establece (i) que alguno de ellos tiene una *call option* (el accionista mayoritario), o (ii) que se llevará a cabo un mecanismo de *shotgun*. Este implica que un accionista presentará una propuesta con el monto en que estaría dispuesto a comprar las acciones del otro, para que este último decida si vende o si se las compra al accionista que dio la oferta a ese precio. Hay otros mecanismos adicionales que las partes pueden pactar para solucionar un *deadlock*, siendo lo importante que el desacuerdo sustancial no haga perder valor a la compañía y, por ende, a sus intereses en la misma.

En un *deadlock*, el accionista con mayor capacidad económica tendrá una ventaja frente al otro accionista. En caso de que el accionista con mayor capacidad económica sea el inversionista, es importante que el socio fundador asegure un precio mínimo por la compra de sus acciones (por ejemplo, EBITDA de la fecha de firma del convenio por un múltiplo) e intente limitar los casos en los cuales sea posible gatillar el mecanismo de *deadlock* en el convenio de accionistas.

Derecho de adquisición preferente

Esta conocida cláusula establece que ninguno de los accionistas podrá venderle su participación a un tercero sin antes ofrecérsela al otro accionista en las mismas condiciones de venta. Únicamente en caso de que el otro accionista no desee ejercer su derecho de adquisición preferente, el accionista vendedor podrá proceder con la venta al tercero en los mismos términos en que las ofreció al otro accionista.

El propósito de esta cláusula es similar al del *lock-up*. Los accionistas quieren asegurar que se mantendrá cierta estabilidad dentro de la empresa y, sobre todo, que no estarán sujetos a participar como socios dentro de la compañía con terceros a los cuales no eligieron.

En el contexto de una *start-up*, esto puede ser particularmente importante para el socio fundador, ya que, en caso de que el inversionista desee vender sus acciones porque quiere invertir en otros proyectos o no considera que se ha cumplido con ciertos hitos de crecimiento, el socio fundador puede recuperar el 100 % de la compañía y no estar sujeto a la entrada de un tercero que no ha elegido.

Derecho de primera oferta

El derecho de primera oferta establece que los accionistas deben ofrecerle sus acciones en venta al otro accionista antes de ofrecer sus acciones en venta a algún tercero. Se diferencia del derecho de adquisición preferente en que esta cláusula le otorga al titular el derecho de realizar la primera oferta sobre las acciones del otro accionista, antes de que exista un tercero interesado. En cambio, el derecho de adquisición preferente permite que el titular del derecho compre las acciones después de que un tercero interesado ha presentado una oferta.

El propósito de esta cláusula es similar al del derecho de adquisición preferente y el *lock-up*: mantener el accionariado en manos de los mismos accionistas o darles herramientas a los accionistas para evitar la entrada de terceros a la empresa.

Política de dividendos

Es muy común establecer una política de dividendos en el convenio de accionistas, la cual regulará el régimen de distribución de dividendos de la empresa (frecuencia y porcentajes).

Esta política está íntimamente vinculada al plan de negocios, que se tratará en el punto siguiente, ya que la distribución de dividendos dependerá del plan de negocios que se haya establecido para la *start-up*. En emprendimientos, es común que la política de dividendos implique la no repartición de dividendos por un plazo determinado, ya que tanto el fundador como el inversionista no están interesados en el retorno inmediato de

su inversión, sino en el crecimiento a largo plazo del emprendimiento. Por lo tanto, la política de dividendos probablemente establecerá que por un periodo determinado no se distribuirán dividendos y las utilidades devengadas se invertirán en la empresa.

Plan de negocios

Los accionistas suelen preparar un plan de negocios para la compañía. En este plan se establece cuáles son los objetivos para la empresa y los planes comerciales que tienen los accionistas para el desarrollo de la compañía.

Esto es particularmente importante en el caso de una *start-up* porque el crecimiento de la empresa es el objetivo fundamental de los accionistas, y la existencia de un plan de negocios aclara la ruta que se seguirá y evita futuros conflictos de los accionistas en relación con el camino que se tomará para lograr dicho crecimiento. Cualquier modificación del plan de negocios usualmente es materia de una supermayoría o derecho de veto, ya que afectará directamente al accionista minoritario.

Política de financiamiento

La política de financiamiento está íntimamente vinculada al plan de negocios, y establece los medios que utilizará la compañía para financiar sus actividades. Para un accionista que tenga menor capacidad económica que otros accionistas, la política de financiamiento es clave porque puede establecer que la compañía financiará sus actividades mediante la obtención de deuda u otros medios distintos de aumentos de capital o aportes de los accionistas, evitando así la dilución.

Una situación difícil se presenta cuando la sociedad necesita capital para operar, pero uno de los accionistas no cuenta con los medios para hacer el aporte y, a la vez, ese acuerdo requiere el voto de este último, de acuerdo con el convenio. Usualmente este tipo de impases se regula como una situación de *deadlock*, pero inexorablemente el tiempo que puede transcurrir entre la solución de la situación accionaria de la empresa y la necesidad de la inyección de capital repercutirá de manera negativa en la sociedad. En ese sentido, es importante considerar las consecuencias de la política de financiamiento, así como tener una lectura clara de las expectativas económicas y el perfil tanto del emprendedor como del inversionista.

Confidencialidad

La cláusula de confidencialidad, que sujeta a los accionistas a no revelar información confidencial a terceros es particularmente importante en el caso de las *start-ups* porque estas se definen por ser empresas que han desarrollado un producto o servicio novedoso, cuyas especificaciones son altamente confidenciales. Por lo tanto, es esencial proteger la información confidencial o *trade secrets* mediante esta disposición.

Cabe señalar que la obligación de confidencialidad, en muchas ocasiones, obliga a los accionistas aun después de que dejen de ser accionistas de la empresa. Por lo tanto, en caso de que el inversionista decida vender sus acciones, no podrá revelar información confidencial que haya adquirido sobre la empresa y sus operaciones, lo que potencialmente disminuiría el valor de la *start-up*.

Preferencia de negocios

La cláusula de preferencia de negocios es importante en el caso de una *start-up* porque el crecimiento de esta radica en el éxito de una idea novedosa que, durante esta etapa de crecimiento, no tiene competencia. La cláusula establece que si alguno de los accionistas es invitado o tiene la intención de participar en el desarrollo de algún negocio que compita con el negocio de la compañía, se encontrará obligado a invitar al otro accionista a participar conjuntamente en el nuevo negocio.

El accionista fundador podrá evitar que el inversionista invierta en otras *start-ups* que compitan con la compañía sin su participación e, igualmente, el inversionista podrá evitar que el accionista fundador inicie otros proyectos novedosos que compitan con el proyecto original sin la participación del inversionista.

Esta cláusula es una alternativa a la cláusula de no competencia, que evitaría que las partes inviertan en cualquier negocio que compita con la *start-up* de forma absolutamente restrictiva. La cláusula de no competencia es muy rígida en el contexto de una *start-up* porque muchas veces los inversionistas son inversionistas institucionales que se dedican a invertir en varios negocios, por lo cual no aceptan cláusulas de no competencia como política institucional. La cláusula de preferencia de negocios, en cambio, permite que las dos partes participen en un negocio en caso de que quieran participar, pero, si uno no está interesado, todavía permite que la otra parte invierta en el otro negocio.

REFLEXIÓN FINAL

La relación entre un socio fundador de una *start-up* y un inversionista nace con la inversión inicial y adquisición de acciones. Este momento inicial se rige principalmente por dos aspectos clave: (i) el valor que se le asignará a las acciones de la *start-up* y (ii) la estructura del régimen de indemnización del inversionista por contingencias previas de la *start-up*. Sin embargo, la regulación de la relación de las partes posinversión tiene igual o mayor importancia, ya que esta relación puede tener un gran impacto sobre el éxito de la *start-up*, el valor y la *exit strategy* de las partes. Siendo esto así, los términos del convenio de accionistas deberán negociarse tomando en consideración el papel que juega cada parte en la empresa y la protección que requiere por sus condiciones económicas y sus intenciones de permanencia.

LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y SU RELACIÓN CON LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

RENZO VINELLI VERAU*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 22/3/2021 Aprobado: 29/3/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4995>

RESUMEN. En los últimos meses se han consolidado las operaciones comerciales virtuales como las transferencias realizadas a través de los monederos digitales, lo que demuestra claramente una transformación sin retorno de nuestra convivencia socioeconómica común. Desde marzo del 2020 hasta la fecha, nos enfrentamos a un nuevo modo de adquisición de activos, pago de servicios e incluso formas de trabajo. Esta “evolución” hacia el mundo informático y virtual ha aportado muchos beneficios. Sin embargo, también ha generado innumerables dificultades. Uno de los problemas más relevantes y significativos son las actividades delictivas cometidas a través de los sistemas informáticos, las cuales han sido debidamente reguladas por nuestro legislador nacional en la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, modificada por la Ley 30171. El presente artículo abordará los delitos de fraude informático y suplantación de identidad, que son los más frecuentes en esta nueva convivencia socioeconómica. Asimismo, se analizará la vinculación entre los delitos informáticos y la criminalidad económica.

PALABRAS CLAVE: delito informático / cibercrimen / pluriofensivo / fraude informático / suplantación de identidad / *pishing-pharming* / transnacional

INFORMATIC CRIMES AND THEIR RELATION TO ECONOMIC CRIME

ABSTRACT. In the past few months, virtual commercial operations have been consolidated. For example, transferences made though “digital purses”, which clearly proves a transformation with no return of our common social-economic coexistence. Since March of 2020, we have faced a new form of assets acquisition, payment of services, and even new ways of working. This “evolution” to the virtual world has brought many benefits.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla, España. Profesor de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Agradezco a mi asistente José Miguel Molina Cayo por su apoyo para la realización del presente trabajo.

However, it has also generated countless difficulties. One of the most relevant and significant problems are the criminal activities committed through computer systems, which have been properly regulated by our national legislator in the Law 30096 —Law of Informatic Crimes—, modified by the Law 30171. The present article will approach informatic fraud and identity theft, which are the most frequent crimes in this new social-economic coexistence. Likewise, we will analyze the link between informatic crimes and economic criminality.

KEYWORDS: informatic crimen / cybercrime / multioffensive / informatic fraude / identity theft / phishing-pharming / offshore

INTRODUCCIÓN

¿Cuántos hemos adquirido bienes y servicios a través de nuestros teléfonos móviles, *tablets* o computadoras a raíz de la pandemia generada por el COVID-19? ¿Cuántos hemos cancelado servicios básicos de nuestros domicilios a través de una aplicación en nuestros celulares? Estas preguntas no tendrían respuestas tan contundentes hace aproximadamente cinco años, cuando nuestra sociedad no confiaba y no se encontraba preparada para las operaciones comerciales virtuales, las transferencias bancarias y diversas operaciones realizadas a través de un sistema informático.

Ciertamente, según los datos del Banco Central de Reserva, los instrumentos de pagos distintos del efectivo ascendieron a 958 000 millones de soles y, de enero a mayo del 2020, se incrementaron en 18 % las operaciones efectuadas a través de la banca virtual (como se citó en “Transferencias electrónicas crecieron 13 % a mayo, mientras uso de tarjetas de crédito cayó 25 %”, 2020). Es evidente que nos encontramos ante una nueva forma de convivencia económica en donde predomina el sistema informático. No obstante, esta “evolución” también conlleva la proliferación de una nueva criminalidad económica que sugiere que los operadores del derecho se encuentren plenamente capacitados para combatirla.

Pues bien, los medios de comunicación han permitido que la sociedad conozca de primera mano esta proliferación de nuevas organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos informáticos. Solamente para tomar conciencia de la gravedad de estos ilícitos penales, resulta pertinente destacar algunas cifras: entre enero y la primera semana de agosto del 2020 se registraron 1 481 963 ataques de *phishing* en el Perú y un promedio de 7000 ataques diarios. Por otro lado, de enero a julio del 2020 se presentaron 1117 denuncias de fraude informático. De estas, 974 fueron por operaciones o transferencias electrónicas no autorizadas y 142 por compras fraudulentas en internet. No cabe la menor duda de que nuestra sociedad ha ingresado a un nuevo sistema de intercambios y de relaciones comerciales, y, por ende, también a una nueva forma de criminalidad.

ANÁLISIS GENERAL DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Definición de los delitos informáticos

Villavicencio Terreros (2014) refiere que los delitos informáticos o criminalidad informática:

[...] son aquellas conductas dirigidas a burlar los sistemas de dispositivos de seguridad, esto es, invasiones a computadoras, correos o sistemas de datos mediante una clave de acceso; conductas típicas que únicamente pueden ser cometidas a través de la tecnología. En un sentido amplio, comprende a todas aquellas

conductas en las que las TIC son el objetivo, el medio o el lugar de ejecución, aunque afecten a bienes jurídicos diversos; y que plantea problemas criminológicos y penales, originados por las características propias del lugar de comisión. (p. 286)

Por su parte, Rayón Ballesteros y Gómez Hernández (2014) explican que por ciberdelito o cibercrimen debe comprenderse:

[...] cualquier infracción punible, ya sea delito o falta, en el que se involucra un equipo informático o internet y en el que el ordenador, teléfono, televisión, reproductor de audio o video o dispositivo electrónico, en general, puede ser usado para la comisión del delito o puede ser objeto del mismo delito. (p. 211)

Ahora bien, Davara (1993) define los delitos informáticos o *computer crimes* como “la realización de acciones que, reuniendo las características que delimitan el concepto del delito, son llevadas a cabo utilizando un elemento informático o vulnerando los derechos del titular del mismo, ya sea de *hardware* o de *software*” (p. 318). Adicionalmente, Morillas Fernández (2017) refiere que existen tres posiciones que definen el delito informático:

La primera posición, denominada *concepción amplia*, destaca que la delincuencia informática se encuentra conformada por conductas novedosas para el derecho penal, cuya única característica especial radica en el empleo de la computadora, por lo que un buen número de figuras penales podría convertirse en delito informático en la medida en que se recurra a este medio para la consumación del hecho punible. La segunda posición, denominada *posición intermedia*, cuenta con los postulados del autor González Rus, quien señala que son hechos en los que el sistema informático o sus elementos son el objeto material del delito y aquellos otros en los que son el instrumento del mismo. La tercera posición ha sido denominada *concepción restringida* y concibe el delito informático como cualquier acto ilegal que requiere del conocimiento de la tecnología informática para su perpetración, investigación y persecución, de tal forma que el empleo mismo del medio informático caracterice a la conducta, brindándose así una valoración autónoma al delito informático que le permite su diferenciación respecto de un ilícito penal común que utilice como medio de comisión a la computadora. (pp. 27-28)

Nuestra postura se inclina a la concepción restringida del delito informático, toda vez que, como la gran mayoría de autores resaltan, la comisión de un delito a través de un medio tecnológico de *hardware* o *software* no configura *per se* un delito informático, sino que para ello resulta necesario que se establezcan ciertas características; de lo contrario, se estaría caracterizando un delito de manera inadecuada; por ejemplo, si una persona brinda ciertas declaraciones ofensivas a través de sus redes sociales, no se podría concluir que existe un delito contra el honor en concurso con un delito informático.

Morillas Fernández (2017) ha establecido ciertas características que deberán tener los hechos delictivos para tipificarlos como delitos informáticos:

- Son delitos cometidos a distancia, sin contacto físico entre agresor y víctima, en los que prima la separación temporal y espacial.
- Se trata de una tipología criminal transfronteriza. La propia esencia de internet o del ciberespacio la lleva implícita. Los delitos informáticos son cometidos cada vez en mayor medida por las redes de telecomunicación internacionales, por lo que se podría afirmar que este tipo de ilícitos penales complica las técnicas de investigación debido a su alta complejidad.
- Se vale del creciente número de usuarios y la facilidad de acceso al medio tecnológico para alterar datos o destruir sistemas informáticos. Otro factor determinante es la rápida difusión de información a través de este medio tecnológico a muy bajo costo, lo que permite a las organizaciones delictivas perpetrar delitos con mayor facilidad.
- La falta de jerarquía en la red, lo que dificulta la verificación de la información que circula por este medio.
- El anonimato del perjuicio protegido, la facilidad para encubrir el hecho y la disminución del riesgo de que el autor sea descubierto, gracias a la posibilidad de borrar todas las huellas, sin dejar rastro perceptible, una vez perpetrada la acción delictiva. Esto dificulta su percepción tras la comisión de un ilícito penal por este medio.
- Los autores poseen conocimientos informáticos avanzados.
- La indeterminación de las víctimas, toda vez que los destinatarios del delito son una pluralidad de personas. Puede ser que el victimario realice la acción ilícita sin siquiera conocer quiénes serán los destinatarios de esta, como ocurre en el *pishing*, que consiste en la búsqueda ilícita de datos personales del sujeto, como claves de acceso a servicios bancarios, suplantando la identidad de una entidad financiera, imitando o copiando su logo, con la finalidad de solicitar la introducción de claves de acceso, lo que permitiría la disposición de los activos de la víctima.

Existe una elevada cifra negra de la criminalidad por las dificultades en la averiguación y en la comprobación del almacenamiento, procesamiento y transferencia de datos, y también por el desconocimiento o la ignorancia de haber sido víctima de un ataque informático (Morillas Fernández, 2017, pp. 32-34). Sobre este aspecto, Morón Lerma (2016) precisa que los hechos ilícitos pasan inadvertidos por la víctima. En la mayoría de las ocasiones, los incidentes son descubiertos aleatoriamente, debido a revisiones rutinarias, meses o incluso años después de que haya tenido lugar la intrusión original, o debido a controles realizados *ad hoc* al detectar rutinas extrañas. Además, en aquellos casos en los que se descubre el hecho, la víctima suele actuar con solidaridad criminoso, esto es, no reportando el incidente (p. 36).

Cabe señalar, de acuerdo con Morón Lerma (2016), que el “cibercrimen es un sector en el que todavía no se dispone de una terminología homogénea y uniforme”. Agrega que “uno de los inconvenientes principales en el abordaje de la materia radica en la multivocidad de conceptos fundamentales, como pueden ser incidente informático o cibercrimen” (p. 37). Adicionalmente, la autora destaca que “existe una evidente continuidad en la vulnerabilidad de redes y sistemas, es decir, los ilícitos resultan cada vez más frecuentes, diversos y peligrosos. Los programas maliciosos son constantemente modificados para evitar ser detectados por herramientas de seguridad” (p. 39).

Bien jurídico

Los delitos informáticos son delitos considerados pluriofensivos, puesto que como bien jurídico principal (o más importante) tenemos la información almacenada, comprimida, transmitida a través de los sistemas informáticos (Villavicencio Terreros, 2014 p. 288); o la seguridad de la información contenida en las bases de datos, sistema o red de computadoras; o la seguridad en el tráfico jurídico de la información que transita en su interior (Peña Cabrera Freyre, 2008, p. 501). El segundo bien jurídico tutelado es el patrimonio o la intimidad. No obstante, es evidente que el bien jurídico principal son los que se encuentran plenamente vinculados a los sistemas informáticos.

Villavicencio Terreros (2014) refiere que en los delitos informáticos:

No se puede establecer a la información como el único bien jurídico afectado, por ser el principal y el más importante, sino a un conjunto de bienes que son afectados, debido a la característica de la conducta típica en esa modalidad delictiva que colisiona con diversos intereses colectivos. (p. 288)

Bajo este argumento, coincidimos también con Pérez López (2019), quien agrega:

La universalización de la tecnología ha generado a tal grado las oportunidades de la delincuencia informática que no es posible circunscribir a su autor a una tipología en particular, en una sociedad que ha ido superando las barreras sociales para su uso y democratizando día a día sus recursos y posibilidades. (p. 96)

REACCIÓN DEL ESTADO FRENTE A LOS DELITOS INFORMÁTICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE HERRAMIENTAS NACIONALES Y TRANSNACIONALES

Como es de ineludible razonamiento, los Estados han reaccionado de forma indistinta o heterogénea frente a esta nueva criminalidad, lo que ha ocasionado que no exista una uniformidad en el tratamiento jurídico y sancionatorio.

Considero que no resulta del todo negativo que esta nueva forma de criminalidad se resuelva con numerosas fórmulas —heterogéneas entre sí—, toda vez que, como hemos indicado, el *modus operandi* de estos delitos suele evolucionar y transformarse

en el tiempo. Sobre el particular, Morón Lerma (2016) muestra cómo algunos Estados han adaptado sus legislaciones:

En los casos de Perú y República Dominicana, la técnica legislativa ha sido incorporar una regulación específica para la cibercriminalidad a través de una ley especial. De forma contraria, en países como Colombia, Nicaragua o Panamá se decidió por integrar las previsiones sobre delitos cibernéticos en el Código Penal. En ocasiones, los cibercrímenes se concentran, bien en un título, destinado a proteger la seguridad jurídica de los medios electrónicos (como en Panamá) o a proteger la información y los datos (en Colombia), o bien en un capítulo referido a los delitos informáticos (caso de Guatemala o Costa Rica), pero otros países siguen un modelo de técnica legislativa más conservador, cifrado en crear "tipos de equivalencia"; es decir, se llevan a cabo modificaciones parciales en el Código, adaptando las figuras penales clásicas a fin de que resulte posible su aplicación para reprimir los delitos cibernéticos. En otras palabras, se prefiere introducir, en las correspondientes secciones en que se protegen bienes jurídicos tradicionales, las modalidades necesarias para afrontar estos nuevos riesgos (así, por ejemplo, en El Salvador, Nicaragua y Panamá). (p. 44)

Esta disparidad en los cuerpos normativos internacionales es una buena señal; sin embargo, también es cierto que mientras usemos más medios tecnológicos y sistemas informáticos, se necesitará que esta regulación sea ajustada a estos cambios y para ello es necesario contar con bases o herramientas generales.

Ahora, si bien es cierto que hemos aplaudido y felicitado que las legislaciones comparadas cuenten con una regulación específica para los delitos informáticos, también es importante recalcar que esta nueva forma de criminalidad trasciende los Estados. Como indicamos líneas atrás, una de las características de los delitos informáticos es su dimensión transnacional, motivo por el cual sí resulta indispensable la existencia de regulación internacional que brinde lineamientos generales y transversales para cada Estado.

Hasta ahora la mejor propuesta internacional para alinear criterios jurídicos respecto a los delitos informáticos ha sido el Convenio sobre la Ciberdelincuencia firmado el 23 de noviembre del 2001 en Budapest. No obstante, es bastante criticable que hayan transcurrido cerca de veinte años desde la suscripción de este convenio internacional y hasta la fecha no se pueda erigir un nuevo convenio de igual trascendencia. No cabe la menor duda de que en ese lapso de tiempo han aparecido innumerables formas de delitos informáticos y, además, hay otros que han evolucionado, lo que genera una mayor complejidad para su descubrimiento y posterior sanción. Este resulta un fundamento más que válido para concretar una nueva regulación internacional.

Solo para señalar brevemente la importancia de una regulación transnacional, es pertinente comentar algunos artículos del Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest.

En primer lugar, el capítulo II de este convenio introdujo los tipos penales de acceso ilícito (artículo 2), interceptación ilícita (artículo 3), ataques a la integridad de los datos (artículo 4), ataques a la integridad de sistema (artículo 5), abuso de los dispositivos (artículo 6), falsificación informática (artículo 7), fraude informático (artículo 8), delitos relacionados con la pornografía infantil (artículo 9) y delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines (artículo 10).

En segundo lugar, este convenio también reguló ciertos aspectos procesales en la investigación de delitos informáticos, por ejemplo, obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico (artículo 20), extradición (artículo 24), procedimientos relativos a las solicitudes de asistencia mutua en ausencia de acuerdos internacionales aplicables (artículo 27), conservación rápida de datos informáticos almacenados (artículo 29), entre otros artículos.

Por otro lado, es pertinente mencionar que los delitos informáticos o cibercrímenes también fueron parte de la agenda del Décimo Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, llevado a cabo del 12 al 19 de abril del 2010 en la ciudad de Salvador en Brasil. En este congreso internacional se debatió la problemática de los delitos informáticos. Al respecto, se recalcó que el delito cibernético era uno de los mayores problemas que afrontaban los órganos de aplicación de la ley y se señaló que los Estados miembros habían exhortado a que se elaborara una convención internacional sobre la materia.

Este pronunciamiento inicial se condice con nuestra crítica, la cual hace hincapié en que resulta necesaria la formulación de un convenio internacional que disponga nuevos criterios y herramientas para la debida y adecuada investigación y sanción de los delitos informáticos.

Los Estados han reconocido que las diferencias entre los ordenamientos jurídicos y la insuficiente cooperación internacional obstaculizaban la investigación de los delitos cibernéticos y el enjuiciamiento de sus responsables. Bajo esta premisa, algunos Estados han destacado que para combatir los delitos informáticos han tenido que implementar y adoptar diversas medidas como, por ejemplo, la promulgación de la legislación penal y de normas contra el blanqueo de dinero, la reglamentación de los cibercafés, las campañas de sensibilización, el reforzamiento de los mecanismos para presentar denuncias y la protección de los grupos vulnerables, así como la creación de dependencias especializadas y la implementación de plataformas interinstitucionales para los órganos de represión.

Resulta alentador que se promuevan cooperaciones o comunidades transnacionales para combatir los delitos informáticos. Entre ellas figuran el Acuerdo de Cooperación de Shanghái, el Acuerdo de la Comunidad de Estados Independientes, el Acuerdo de la Liga de Países Árabes y, por último, el Acuerdo de la Unión Africana.

En el hemisferio sur, se tienen dos pronunciamientos iberoamericanos interesantes: el primero es el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en Materia de Ciberdelincuencia; y el segundo es la Recomendación de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia, ambos del 28 de mayo del 2014. El primer instrumento internacional, en su artículo 2, señala que la ciberdelincuencia es “cualquier forma de criminalidad ejecutada en el ámbito de interacción social definido por el uso de las tecnologías y la comunicación”. En su artículo 6 destaca las medidas de aseguramiento dentro de una investigación, y en su artículo 7 menciona las diligencias de investigación que se pueden llevar a cabo en un proceso por delito informático y también regula la cooperación internacional. Por su parte, el segundo instrumento transnacional es una recomendación que propone incorporar diversos tipos penales, por ejemplo, el acceso no autorizado a sistemas, daños informáticos o atentados contra la integridad de los datos, suplantación de identidad y estafa informática.

En buena cuenta, estas dos herramientas internacionales tienen el propósito de establecer criterios mínimos y comunes en la prevención y lucha contra los delitos informáticos, cibercrimen o ciberdelitos, sin menoscabar, conforme indicamos previamente, la postulación y promoción de cada legislación interna.

DELITOS INFORMÁTICOS

No es la finalidad de este trabajo analizar todos los delitos informáticos que se encuentran regulados en nuestro ordenamiento penal. Solamente se desarrollarán los delitos más frecuentes y de gran relevancia para la criminalidad económica, como son el fraude informático y la suplantación de identidad.

Delito de fraude informático

El delito de fraude informático se encuentra regulado en el artículo 8 de la Ley 30096, modificado a través de la Ley 30171:

El que deliberada e ilegítimamente procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o cualquier interferencia o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años y con sesenta a ciento veinte días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y de ochenta a ciento cuarenta días-multa cuando se afecte el patrimonio del Estado destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia regula en su artículo 8 el delito de fraude informático de la siguiente manera:

Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno los actos deliberados e ilegítimos que causan perjuicio patrimonial a otra persona mediante:

- a. la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos.
- b. cualquier interferencia en el funcionamiento de un sistema informático con la intención, dolosa o delictiva, de obtener de forma ilegítima un beneficio económico para uno mismo o para otra persona.

Al respecto, Pérez López (2019) refiere que en el delito informático:

El agente, a través de las tecnologías de la información o de la comunicación, procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, mediante el diseño, introducción, alteración, borrado, supresión, clonación de datos informáticos o manipulación en el funcionamiento de un sistema informático. (p. 159)

Sobre el particular, para la configuración de este tipo penal, se requiere necesariamente la manipulación de un sistema informático con la única finalidad de obtener un provecho económico. De esta descripción se puede inferir que este delito regula los supuestos en los cuales el agente transfiere fondos ajenos a una cuenta propia o de un tercero, así como también cuando el agente suprime datos económicos que terminan por alterar el estado financiero de una persona, o quien manipula el sistema informático de la empresa en donde trabaja modificando —dolosamente— la cantidad de pedidos requeridos con el objetivo de transferir el excedente de productos a un tercero.

De la lectura del tipo penal, se colige que para su configuración no se requiere de violencia o amenaza; es decir, esta conducta es necesariamente engañosa, motivo por el cual algunos autores la denominan *estafa informática*. Sin embargo, en mi opinión, se podría considerar que el fraude informático es una modalidad de estafa. De la misma manera, se debe deslindar categóricamente el delito de fraude informático del delito de hurto, toda vez que no existe un bien físico objeto de sustracción, sino una manipulación informática dolosa que ocasiona una transferencia económica.

Con respecto al elemento subjetivo, este delito es eminentemente doloso, por lo que no permite la modalidad culposa.

Una de las modalidades típicas que advertimos en el Perú es la de *trashing*, que consiste en que el agente busca que el agraviado “muerda el anzuelo” con el objetivo de obtener información privada para utilizarla en actividades delictivas. Esto puede darse a través de las redes sociales y programas informáticos, entre otros.

Delito de suplantación de identidad

El delito de suplantación de identidad se encuentra regulado en el artículo 9 de la Ley 30096:

El que, mediante las tecnologías de la información o de la comunicación suplanta la identidad de una persona natural o jurídica, siempre que de dicha conducta resulte algún perjuicio, material o moral, será reprimido con pena privativa de libertad no menor ni mayor de cinco años.

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia regula en su artículo 7 el delito de falsificación informática de la siguiente manera:

La introducción, alteración, borrado o supresión deliberados e ilegítimos de datos informáticos que generan datos no auténticos con la intención de que sean tomados o utilizados a efectos legales como auténticos, con independencia de que los datos sean legibles e inteligibles directamente.

El comportamiento de este ilícito penal se configura cuando el agente sustituye la identidad de una persona natural o jurídica, con la finalidad de generar un perjuicio (en sentido extenso). Ciertamente, la configuración del tipo penal requiere que la suplantación sea real y consistente; además, cabe señalar que la conducta es completamente dolosa, no considerándose la modalidad culposa.

Un punto que se tiene que tomar en consideración es que el perjuicio debe ser interpretado en un sentido amplio; es decir, no solamente se comprenderá el perjuicio económico, sino que también se incluirá un perjuicio moral o ético.

Este tipo penal contiene una modalidad denominada *phishing* que ha tenido bastante relevancia y exposición en estos últimos meses. A través de esa modalidad los agentes buscan acceder a información personal o confidencial (financiera o económica) mediante la remisión de correos falsos o adulterados, de tal manera que una vez que reciben la información verdadera ingresan a las cuentas bancarias de los agraviados (personas naturales o jurídicas) y sustraen o transfieren el dinero, con la finalidad de aprovecharse económicamente de ello.

Por otro lado, la modalidad del *pharming* es un mecanismo para llegar a las cuentas bancarias o información financiera de los agraviados a través de la creación de páginas web falsas, las mismas que suplantán —casi a la perfección— a las páginas originales de las entidades públicas o privadas.

SOBRE LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA

Terradillos Basoco (2015), en la introducción a su exposición sobre el derecho penal económico, indica:

La globalización económica, más allá de los juicios valorativos a los que se haga acreedora, constituye una realidad de implantación amplia, que trasciende las fronteras nacionales. Y, en cuanto homogeneiza las condiciones en que se desarrolla la actividad mercantil, genera también formas comunes de delincuencia, susceptibles, a su vez, de respuestas institucionales internacionalmente aceptadas. (p. 8)

Evidentemente, estas palabras nos permiten ingresar a analizar el desarrollo de esta nueva forma de criminalidad económica, que se encuentra “vinculada a estructuras de la globalización y financiación de la economía, que genera ingentes costes económicos, entre los que deben contarse, junto a los perjuicios directos, los derivados de los efectos resaca y espiral” (Terradillos Basoco, 2015, p. 14).

Los delitos informáticos tienen gran repercusión en la criminalidad económica actual porque colisionan con una economía globalizada y que emplea sistemas financieros, operaciones comerciales, transacciones bancarias virtuales, así como sistemas informáticos. Ahora bien, esta nueva forma de criminalidad posee ciertas características que le son inherentes y que Caro Coria y Reyna Alfaro (2016) han señalado:

- Multiplicidad de sujetos activos: al ser empresas entes de carácter colectivo, sus actividades se desarrollan mediante la participación de múltiples sujetos que actúan para proteger los intereses del ente colectivo, lo que genera dificultades en la determinación de responsabilidad penal, sobre todo en empresas con complejos sistemas de distribución de funciones.
- Afectación de bienes jurídicos colectivos: resulta evidente que las conductas en el seno de las agrupaciones tienden a afectar bienes jurídicos de carácter colectivo o macrosocial, ligados al propio funcionamiento del sistema social.
- Diversidad de nexos causales y problemas en la determinación de responsabilidades: los procesos de producción, distribución y venta de bienes y servicios generan una serie de problemas en la determinación de la participación, hecho que es característico en las sociedades posmodernas. (p. 45)

Después de esbozar brevemente algunas ideas respecto a la criminalidad económica, podemos asegurar que los delitos informáticos deben ser incluidos en esta nueva gama de ilícitos penales, toda vez que las características de los delitos informáticos se adecúan perfectamente a la estructura y características de este nuevo sistema.

Considero que no resulta debatible afirmar que los delitos informáticos cuentan con una multiplicidad de agentes; peor aún, algunos se mantienen en la clandestinidad y se desconoce sus identidades y ubicaciones, lo cual genera y agrava su impunidad. Su actuación delictiva no se restringe a un solo agente, sino que por la complejidad de los hechos es indispensable que exista una distribución de roles y, más grave aún, existen organizaciones criminales cuyos agentes no son nacionales, sino que trascienden a un Estado, lo cual perjudica más la correcta investigación.

Como segundo punto, los delitos informáticos o cibercrímenes protegen bienes jurídicos supraindividuales, como la seguridad de la información contenida en las bases de datos, sistemas o redes de computadoras, o la seguridad en el tráfico jurídico de la información. En buena cuenta, estos bienes jurídicos involucran necesariamente la afectación de una colectividad o el funcionamiento de un bien de interés social. Además,

estos delitos son pluriofensivos, por lo que no solamente se salvaguarda el sistema de información o la seguridad en el tráfico de información, sino también otros bienes jurídicos “clásicos” como, por ejemplo, el patrimonio o la intimidad.

En tercer lugar, resulta necesario puntualizar que los delitos informáticos contienen una estructuración compleja, es decir, su *modus operandi* entraña diversidad de conductas y sujetos. Se convierte así en un delito que tiene como principal característica la complejidad en su investigación y posterior sanción.

Estas características de los delitos informáticos nos llevan a concluir que revisten presupuestos inherentes a la criminalidad económica, para lo cual debemos contar con instrumentos jurídicos idóneos que permitan su correcta investigación. A lo que Pérez López (2019) añade que “existe un consenso en aceptar a la categoría de los delitos informáticos como el reflejo de una nueva forma de criminalidad que se relaciona directamente con el uso o la intermediación de un elemento o dato informatizado” (p. 159).

No cabe la menor duda de que el 2020 fue el año de las compras por internet (en abril, el comercio electrónico constituyó el 49,1 % del consumo total de bienes y servicios). La coyuntura de las restricciones por la pandemia del COVID-19 condujo a que el *e-commerce* sea utilizado por miles de personas. Solamente para comprender la importancia de la correcta regulación de los delitos informáticos, es importante conocer ciertas cifras:

- Diez millones de latinos han comprado bienes de consumo masivo a través del comercio electrónico (Kantar, 2020).
- En México, el gasto en comercio electrónico se multiplicó por 10 durante la cuarentena con un incremento en valor del 123 % (Kantar, 2020).
- En Estados Unidos, la penetración del comercio electrónico ha crecido un 70 % en los primeros meses del 2020 (IPMARK, 2020).
- En el Perú, entre enero y mayo del 2020, el valor de las transacciones del público a través de los instrumentos de pagos distintos al efectivo ascendió a 958 000 millones de soles, según el Banco Central de Reserva (como se citó en “Transferencias electrónicas crecieron 13 % a mayo, mientras uso de tarjetas de crédito cayó 25 %”, 2020).
- En el Perú, entre enero y mayo del 2020, se incrementó en 18 % las operaciones efectuadas a través de la banca virtual, de acuerdo con el Banco Central de Reserva (como se citó en “Transferencias electrónicas crecieron 13 % a mayo, mientras uso de tarjetas de crédito cayó 25 %”, 2020).
- En España, en el 2019, se cometieron 218 302 ciberdelitos. De ellos, 192 375 fueron fraudes informáticos y 4275 constituyeron falsificación informática (Observatorio Español de Delitos Informáticos, s. f.).

- En el Perú, entre enero y junio del 2020, se registraron 1412 denuncias de delitos informáticos (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Pichihua, 2020).
- En el Perú, entre enero y julio del 2020, se registraron 1117 denuncias de fraude informático, de las cuales 974 fueron por operaciones o transferencias electrónicas no autorizadas y 142 por compras fraudulentas en internet (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Pichihua, 2020).
- En el Perú, entre enero y julio del 2020, se detuvo a 171 personas por la presunta comisión de delitos informáticos (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Pichihua, 2020).
- En el Perú, se estima que solamente el 15 % de las víctimas de delitos informáticos denuncian (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Alva Olivera y Collave García, s. f.).
- En el Perú, entre enero y la primera semana de agosto del 2020, se registraron 1 481 963 ataques de *phishing* y un promedio de 7000 ataques diarios (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Alva Olivera y Collave García, s. f.).
- A nivel mundial, los delitos informáticos ocasionan pérdidas de 12 500 millones de dólares cada año (División Policial de Alta Tecnología, como se citó en Alva Olivera y Collave García, s. f.).

Las cifras mencionadas demuestran que nunca antes habíamos empleado los sistemas informáticos con tanta normalidad en nuestra vida diaria, por lo que las organizaciones criminales dedicadas a cometer este tipo de delitos han encontrado en este *modus vivendi* una zona liberada que vienen aprovechando sin contemplaciones. No obstante, es en este contexto donde nuestras herramientas jurídicas tienen que estar completamente alineadas. Además, el Estado debe promover políticas de prevención por parte de instituciones públicas y privadas; e, igualmente, impulsar la suscripción de convenios internacionales para combatir los delitos informáticos, toda vez que estos tienen como características principales ser transnacionales y contar con una estructura compleja. En consecuencia, resulta necesario contar con mejores herramientas para investigar y sancionar adecuadamente a las organizaciones criminales.

CONCLUSIONES

Los presupuestos especiales de los delitos informáticos permiten establecer una relación directa con la criminalidad económica, que no solamente se circunscribe a delitos patrimoniales, sino que también engloba tipos penales que cuentan con una importante repercusión en el sistema informático y, accesoriamente, en el sistema económico.

Para combatir los delitos informáticos o cibercrímenes resulta necesaria la convocatoria de diversos Estados para suscribir un nuevo convenio internacional que contenga nuevas herramientas, debido a que las modalidades delictivas y organizaciones criminales evolucionan y se perfeccionan.

REFERENCIAS

- Alva Olivera, G., y Collave García, Y. (s. f.). Si ganaste un premio por actualizar tus datos desde el celular, te acaban de estafar. *El Comercio*. <https://especiales.elcomercio.pe/?q=especiales/estafas-electronicas-ecpm/index.html>
- Caro Coria, C., y Reyna Alfaro, L. (2016). *Derecho penal económico. Parte general* (t. I). Jurista Editores.
- Convenio sobre la Ciberdelincuencia. 23 de noviembre del 2001. Budapest. <https://normas-apa.org/referencias/citar-leyes-documentos-legales/>
- Davara, M. A. (1993). *Derecho informático*. Aranzadi.
- Kantar. (30 de septiembre del 2020). *10 millones de latinos compraron FMCG en e-commerce*. <https://www.kantar.com/latin-america/inspiracion/retail/10-millones-de-latinos-compraron-fmkg-en-e-commerce?par=pe/Noticias/10-millones-de-latinos-compraron-FMCG-en-Ecommerce>
- Ley 30096 del 2013. Ley de Delitos Informáticos. 21 de octubre del 2013. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/\\$FILE/6_Ley_30096.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C5F98BB564E5CCCF05258316006064AB/$FILE/6_Ley_30096.pdf)
- Ley 30171 del 2014. Ley que modifica la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos. 9 de marzo del 2014. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30171.pdf>
- Morillas Fernández, D. (2017). *Delitos informáticos. Material de la Maestría en Derecho Penal Económico Internacional*. Universidad de Granada.
- Morón Lerma, E. (2016). Nuevas tecnologías e instrumentos internacionales. Consecuencias penales. En F. Velásquez Velásquez, R. Vargas Lozano y J. D. Jaramillo Restrepo (Comps.), *Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del título VII bis del Código Penal* (pp. 33-54). Universidad Sergio Arboleda.
- Observatorio Ecommerce & Transformación Digital. (s. f.). *Son tiempos de e-commerce*. Recuperado el 17 de marzo del 2021 de <https://observatorioecommerce.com/son-tiempos-de-ecommerce/>
- Observatorio Español de Delitos Informáticos. (s. f.). *Estadísticas. Reporte de ciberdelitos en España*. Recuperado el 17 de marzo del 2021 de <https://oedi.es/estadisticas/>

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2008). *Derecho penal. Parte especial*. IDEMSA.
- Pérez López, J. (2019). *Delitos regulados en leyes penales especiales*. Gaceta Jurídica.
- Pichihua, S. (8 de agosto del 2020). *Fraudes en línea son los delitos informáticos más frecuentes en el 2020*. Andina. Agencia Peruana de Noticias. <https://andina.pe/agencia/noticia-fraudes-linea-son-los-delitos-informaticos-mas-frecuentes-el-2020-809048.aspx>
- Rayón Ballesteros, M., y Gómez Hernández, J. (2014). Cibercrimen: particularidades en su investigación y enjuiciamiento. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVII, 209-234.
- Terradillos Basoco, J. M. (2015). Derecho penal económico. Lineamientos de política penal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 7-38.
- Transferencias electrónicas crecieron 13 % a mayo, mientras uso de tarjetas de crédito cayó 25 %. (7 de julio del 2020). *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/economia/negocios/plin-yape-tunki-lukita-transferencias-electronicas-crecieron-a-mayo-mientras-uso-de-tarjetas-de-credito-cayo-25-nndc-noticia/?ref=ecr>
- Villavicencio Terreros, F. (2014). Delitos informáticos. *Ius et Veritas*, 24(49), 284-304.

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LAVADO DE ACTIVOS

MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 17/11/2020 Aprobado: 1/12/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4970>

RESUMEN. En este artículo se analizan los principales elementos que conforman la estructura típica del delito de enriquecimiento ilícito con el objetivo de delimitar en su justa medida cuál es el ámbito concreto de su aplicación legal en la práctica. A partir de ahí, se pretende definir qué relación existe entre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos a fin de establecer criterios que faciliten una adecuada subsunción bajo cada uno de estos tipos penales.

PALABRAS CLAVE: enriquecimiento ilícito / lavado de activos / funcionario público / delito fuente / abuso del cargo / delito especial / complicidad / concurso de delitos

SOME CLARIFICATIONS ON ILLICIT ENRICHMENT AND MONEY LAUNDERING OFFENSES

ABSTRACT. The present work analyzes the main elements that make up the typical structure of the crime of illicit enrichment to delimit in its fair measure the specific scope of its legal application in practice. We intended to define the relationship between illicit enrichment and money laundering crimes to establish criteria that facilitate adequate subsumption under each of these criminal types.

KEYWORDS: illicit enrichment / money laundering / civil servant / source offense / abuse of office / special offense / complicity / crime contest

* Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Lima y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada del Estudio Bramont-Arias Torres.

INTRODUCCIÓN

En tiempos especialmente convulsos, cuando los ciudadanos son testigos de comportamientos y actitudes absolutamente intolerables por parte de quienes los representan y, por ello, han asumido la defensa teórica de sus intereses, el recurso al derecho penal se presenta —a veces— como la única solución capaz de apaciguar la más que justificada crítica ciudadana frente al Estado. La corrupción implantada en el seno de la Administración Pública constituye un lastre muy pesado que llega a afectar incluso a su misma legitimidad: no hay más que revisar las encuestas públicas para apreciar la mala imagen que tienen de cara al ciudadano de a pie determinadas instituciones que son esenciales y básicas para el adecuado funcionamiento del Estado.

Ante semejante panorama, la respuesta del legislador suele consistir bien en el aumento de las penas para aquellos delitos que adquieren mayor notoriedad pública, o bien en la incorporación de circunstancias que permiten intensificar las sanciones, o en la incorporación de nuevas figuras delictivas que amplían el ámbito de acción del derecho penal, más allá de una necesaria justificación basada en lo que algunos seguimos considerando fundamental, esto es, la protección de un bien jurídico.

En este sentido, consideramos que tanto el delito de enriquecimiento ilícito como el de lavado de activos son, en cierta medida, un claro ejemplo de estas últimas tendencias en materia de política criminal, en las cuales la falta de eficacia en la lucha contra cierta clase de criminalidad, como la corrupción en el seno de la Administración Pública, pretende ser disipada sobre la base de tipos penales en los que no se sabe qué comportamiento se quiere realmente sancionar, ni queda del todo claro qué objeto ayudan a proteger. Con ello, lejos de asegurar la eficacia de la norma penal ya existente, se contribuye a generar serios problemas de interpretación entre tipos delictivos, lo que, a su vez, provoca conflictos entre las diferentes normas penales, por cuanto se superponen en su ámbito de aplicación. Esto hace necesario acudir a complicados argumentos que permitan delimitar con claridad el campo de acción de cada uno de ellos.

En definitiva, la deficiente técnica legislativa con la que se quiere dar respuesta punitiva a la corrupción de siempre, como si estuviéramos ante comportamientos realmente novedosos, lejos de facilitar la labor de los agentes jurídicos, se convierte en un auténtico quebradero de cabeza para muchos y, por tanto, es causante de inseguridad jurídica, un lujo que un llamado Estado de derecho no puede permitirse cuando se trata de la afectación de derechos fundamentales del ciudadano.

EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO PENAL

Determinación del bien jurídico protegido

Un indicio de lo que pudiera considerarse como objeto de protección en un determinado delito lo constituye la ubicación de este en el ámbito del Código Penal (CP). Desde este punto de vista, el delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401 del CP, se encuentra ubicado en la sección IV, denominada “Corrupción de funcionarios”, en el seno del título correspondiente a los delitos contra la Administración Pública. Otras figuras delictivas que se encuentran en esta misma sección son, por ejemplo, el delito de cohecho en sus diversas modalidades y el tráfico de influencias, las cuales obviamente presentan un muy diferente contenido en lo que a su antijuridicidad material se refiere.

Visto así, nada impediría considerar a esta conducta como un ataque contra lo que muchos autores han definido como el “buen funcionamiento de la Administración Pública” (Gálvez Villegas, 2017). Pero decir esto es prácticamente no decir mucho acerca de lo que se quiere proteger cuando se sanciona con penas especialmente elevadas a aquel funcionario que, “abusando de su cargo”, incrementa ilícitamente su patrimonio. En este particular caso, la ubicación no aporta mucho a la hora de encontrar una respuesta plenamente satisfactoria a semejante cuestión.

Por ello, resulta necesario hacer un primer acercamiento a lo que constituye el comportamiento materia de desvaloración, para poder captar de una manera más clara el sentido y la finalidad preventiva que cumple este tipo penal. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 401 del CP, comete enriquecimiento ilícito “el funcionario o servidor público que incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos” abusando de su cargo. En consecuencia, son dos los aspectos que destacan en este tipo penal: por un lado, el carácter ilícito del incremento patrimonial que presenta el funcionario (o servidor público); por otro, la idea del abuso del cargo vinculada directamente a semejante incremento.

De acuerdo con esta descripción, lo que es materia de explícita desvaloración no es, en realidad, una concreta conducta, sino un específico resultado, que se identifica con el incremento patrimonial que presenta el funcionario. El legislador ha querido abstenerse de identificar una conducta en concreto que fuera la determinante de dicho resultado; no obstante, sí ha querido destacar el hecho de que este ha de ser ilícito. Esto nos lleva necesariamente a admitir que la conducta de origen del mismo ha de tener también esa característica; es decir, ha de ser ilícita.

Muchos autores nacionales han analizado y planteado diferentes hipótesis en torno a la verdadera naturaleza de esta conducta (Rojas Vargas, 1999). Para unos, basta simplemente con que se trate de un comportamiento antijurídico, sin necesidad de que este constituya a su vez un ilícito penal; para otros, es imprescindible que semejante

comportamiento constituya una conducta delictiva, si bien no se discrimina en torno a la naturaleza de esta; por último, hay quienes consideran que tales comportamientos delictivos han de implicar un ataque a la Administración Pública.

Este tema resulta de gran importancia si se considera que, finalmente, permite concluir que la figura del enriquecimiento ilícito tiene como presupuesto la previa ejecución de un determinado comportamiento por parte del sujeto activo; y si se viene a concluir que este ha de constituir, al menos en primera instancia, una conducta delictiva, lleva a confirmar la naturaleza subsidiaria de este tipo de injusto (Abanto Vásquez, 2003; en contra: Gálvez Villegas, 2017).

A este respecto, admitir como conducta determinante de un enriquecimiento ilícito cualquiera, siempre y cuando se ejecute al margen de la legalidad —incluyendo las simples inconductas funcionales—, implicaría una diferente desvaloración entre la conducta ejecutada por el funcionario y las consecuencias que esta le reporta, de tal manera que, no obstante aquella no es merecedora de ningún reproche en el ámbito penal, sus efectos sí. Esto genera una suerte de responsabilidad objetiva, donde el objeto de desvaloración ya no giraría en torno a la conducta, sino exclusivamente en torno al producto de la misma. En otros términos, se acabaría sancionando penalmente al funcionario no por lo que hizo, sino por lo que ello le ha reportado, lo que resulta absolutamente incompatible con la vigencia del principio de culpabilidad.

En tanto queda proscrita la responsabilidad objetiva, hay que buscar una explicación distinta a este planteamiento; ello nos lleva a considerar que el comportamiento antecedente al resultado “enriquecimiento ilícito” no puede ser más que una conducta al menos típica y antijurídica. Pero, aun así, es necesario seguir aclarando el término *ilícitamente*, que caracteriza el incremento patrimonial.

Es aquí donde adquiere interés el otro elemento que considerábamos esencial para un primer acercamiento a esta figura, aquel que hace referencia al abuso del cargo. Resulta indudable, por su misma sistemática, que la figura del enriquecimiento ilícito únicamente es entendible en el ámbito del ejercicio de una función pública. En primer lugar, porque, al configurarse como un delito especial, su autor solo puede tener la condición de funcionario público a los efectos penales, según lo señalado en el artículo 425 del CP; de esta manera, queda fuera del marco de nuestro ordenamiento jurídico la figura del enriquecimiento ilícito en particulares. En segundo lugar, porque tampoco resulta suficiente disponer de semejante condición, en la medida en que el legislador ubica a este funcionario en lo que constituye su cargo; es decir, está pensando en un funcionario que está actuando en el cumplimiento de sus labores; solo así es posible entender que pueda abusar de “su cargo” o, lo que es igual, pueda ir más allá de los deberes propios que le impone la función pública que desarrolla (Gálvez Villegas, 2017).

Ello lleva a delimitar como fuente de la que proviene el enriquecimiento ilícito, precisamente, el ejercicio de la función pública, siendo el incumplimiento de esta la que finalmente viene a constituirse en el *modus operandi* del funcionario para hacerse con semejantes ganancias indebidas. De esta manera, resulta imposible entender como conducta antijurídica a partir de la cual el sujeto activo en este delito va a lograr el incremento patrimonial indebido, materia de desvaloración en el artículo 401 del CP, aquella que pudiera realizar el funcionario al margen de su cargo, por ejemplo, delitos comunes como robos, apropiaciones, tráfico de drogas, entre otros, en tanto que en estos la condición de funcionario no resulta relevante a los efectos de su tipificación, lo que determina que, por esta misma razón, al momento de su ejecución resulte absolutamente irrelevante el ejercicio o no de cargo público alguno; en tales situaciones, por tratarse de delitos comunes, el desvalor recae básicamente en la conducta que puede ser ejecutada por cualquier persona. En cambio, tratándose de delitos especiales, es la condición del sujeto activo, y cómo esta se vincula a la conducta, donde recae el grueso materia de desvaloración, como elementos inseparables.

Esta circunstancia es la que prima en el ámbito del delito de enriquecimiento ilícito, donde lo verdaderamente relevante no es solo el que se desvalore el resultado “enriquecimiento ilícito”, sino el que este tenga una vinculación directa con el ejercicio de la función pública, siendo ello lo que justifica su misma existencia.

De esta manera, puede llegar a perfilarse el contenido del bien jurídico protegido en este delito. En tanto el desvalor no recae en un incumplimiento concreto de algún deber especial por parte del funcionario público —tal y como ocurre con otras figuras delictivas como el cohecho, la colusión o el peculado, donde puede entenderse que el objeto de protección gira en torno a ese cumplimiento particular que le corresponde al funcionario, dependiendo de las responsabilidades que le atribuye su cargo—, en el ámbito del enriquecimiento ilícito la materia de desvaloración gira en torno a los efectos lucrativos que para el funcionario le reporta un genérico incumplimiento de sus funciones, mientras este no se encuentre subsumido en otro tipo penal específico.

Así, se garantiza el uso legítimo de la función pública como fuente generadora de beneficios económicos lícitos, es decir, como fuente legítima de ingresos; de ahí que, cuando esta es utilizada como una forma de lucro personal indebido, sin que sea susceptible de subsunción bajo un tipo penal concreto, será admisible el recurso al enriquecimiento ilícito. Ello determina su clara naturaleza subsidiaria.

Un argumento que contribuye a apoyar este planteamiento se deriva de la ubicación sistemática de esta figura en el marco de los llamados *delitos contra la Administración Pública*, cometidos por funcionarios. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra en el último de los preceptos, incluso por detrás de otra figura también ciertamente extraña en cuanto a la definición de su objeto de protección, como es el delito de tráfico

de influencias. Si aquí se considera que el objeto de protección es el prestigio de la Administración, cuando este es usado como mecanismo para obtener un beneficio indebido (Muñoz Conde, 2017); en el enriquecimiento indebido, es precisamente materia de desvaloración el uso de la función pública como mecanismo de lucro personal indebido, siguiendo de esta manera una misma línea de comportamiento.

Algunos aspectos relevantes de la tipicidad objetiva

Configurándose como un delito especial, el sujeto activo no puede ser nadie más que un funcionario público, entendido dicho término como especifica el artículo 425 del CP; por otro lado, la condición de funcionario tampoco resulta suficiente, en la medida en que el elemento que es materia de desvaloración, esto es, el enriquecimiento indebido, encuentra su origen en el cargo que este desempeña, de ahí que ha de ser un funcionario que hace uso de las prerrogativas que su cargo le confiere como mecanismo para la obtención de un lucro que no guarda relación con la remuneración que le corresponde, de conformidad con el simple ejercicio de su cargo.

Ello implica que el mecanismo empleado por el funcionario para lograr ese enriquecimiento es el ejercicio de su propio cargo, de tal forma que si, por ejemplo, la secretaria del ministro obtiene una jugosa cantidad de dinero gracias a que logró que este firmara un importante contrato con una determinada empresa, en realidad, estaríamos hablando de un eventual tráfico de influencias más que de un acto de enriquecimiento ilícito, por cuanto su conducta nada tiene que ver con las obligaciones propias de su cargo. De esta manera queda excluida —como ya indicamos con anterioridad— la posibilidad de admitir el enriquecimiento ilícito de particulares, al que se equiparan también quienes en el pasado tuvieron la condición de funcionarios, pero obtienen provecho económico de dicha situación, tal y como sucede con aquellos ex altos cargos que, por sus “contactos” logrados en el ejercicio de su función, pueden seguir sacando provecho de ello. Esto nos llevaría, en todo caso, a la figura de tráfico de influencias, según el artículo 400 del CP.

Siendo delito especial, no hay en la actualidad ninguna duda sobre la participación de un *extraneus* en su comisión, aplicándose así las reglas generales ya conocidas. Esta circunstancia ha sido ya incluso admitida sin problemas por parte de la jurisprudencia (Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116); pero muchos de los casos que se vienen planteando como presuntos supuestos de participación caen en un mismo error de tipificación: en realidad, no son actos de una eventual complicidad en el delito de enriquecimiento, sino auténticos supuestos de otra figura delictiva, la de lavado de activos.

Así, allí donde se hace uso de testaferros o de terceras personas que tienen como finalidad básica el evitar vincular al funcionario público con sus ingresos indebidamente obtenidos, se está procediendo con comportamientos que nada tienen que ver con la misma obtención de estos, que es la conducta tipificada como enriquecimiento ilícito;

buscan evitar que sea descubierto el desbalance patrimonial que presenta el funcionario, dando una falsa apariencia de titularidad respecto a un patrimonio que no es tal. La complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito debe implicar un acto de colaboración con el funcionario en la obtención indebida del beneficio económico; así, por ejemplo, intermediar en el cobro de dinero a favor del funcionario o incluso participar de las mismas negociaciones en la determinación del lucro que se obtendrá en nombre de este. Pero si la intervención tiene lugar luego de que ya fue otorgado el beneficio, definitivamente, la consumación de esta conducta ya se produjo y los actos posteriores a ella, por definición, no pueden calificarse como actos de ayuda en la ejecución de este delito, sino que se convierten en auténticos actos que buscan justificar mediante terceros la legitimidad de un patrimonio que no encuentra sustento en las remuneraciones propias del puesto ocupado en el ámbito de la Administración Pública.

Entendemos que no hay incompatibilidad alguna entre el delito de enriquecimiento ilícito y el de lavado de activos, por cuanto el primero puede presentarse también como delito fuente que da pie a la comisión del segundo. A este respecto, no obstante, vía acuerdo plenario, se ha querido diferenciar entre actos de colaboración en el delito de enriquecimiento ilícito y el lavado de activos, en función de que la intervención del *extraneus* fuera coetánea al ejercicio del cargo, dándose a entender que ambas figuras no pueden concurrir en el tiempo.

El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del estatus funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que despliegue aquel ya no será accesoria, sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de *lavado de activos*. (Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116)

Mucho más complejo resulta el análisis de la conducta delictiva materia de criminalización en este tipo penal, debido a que básicamente no se describe ninguna. Cuando el legislador tipifica este delito, hace expresa mención a la idea de “incrementar ilícitamente el patrimonio”, pero sin especificar cómo ha de producirse dicho resultado. Antes

indicábamos que, en realidad, en esta figura lo que se desvalora es un concreto resultado, mas no el origen del mismo, lo que sin duda constituye uno de los problemas más importantes de cara a la correcta delimitación típica de la misma.

No obstante, también anticipábamos que un primer criterio delimitador lo obtenemos a partir de la expresión “abusando de su cargo”, empleada por el legislador como elemento con el que está directamente relacionado el resultado del incremento patrimonial ilícito que presenta el funcionario público. A este respecto, la idea de abuso vinculada al cargo ejercido por el sujeto activo de este delito constituye un elemento esencial que ayuda a su mejor entendimiento. En primer lugar, porque permite afirmar que la condición de funcionario no es suficiente, sino que ha de tratarse necesariamente de un funcionario que actúa en el ámbito de sus competencias. En segundo lugar, porque al desvalorarse las consecuencias lucrativas que representa para este el ejercicio del cargo, más allá de la remuneración que conlleva el ejercicio del mismo, permite considerar que allí donde sea materia de desvaloración penal la infracción de un concreto deber en el cumplimiento del cargo, será esta figura la que corresponda aplicar, por exigencias del principio de tipicidad. De esta manera, el delito de enriquecimiento ilícito queda como una figura de aplicación subsidiaria.

Si el incremento patrimonial que presentara el funcionario tuviera su origen, por ejemplo, en las dádivas que este ha venido obteniendo a lo largo del tiempo en el que se ha desempeñado en su cargo, ya sea que haya o no incumplido de manera expresa sus obligaciones, no cabe la menor duda de que ello comporta una conducta calificable bajo la figura de cohecho pasivo, ya sea propio o impropio, que repercute, económicamente hablando, en un incremento indebido de su patrimonio. Pero lo que es materia de desvaloración bajo dicha calificación jurídica es específicamente la solicitud de tal dádiva a la que se vincula directamente el ejercicio de la función pública, sin que interesen las consecuencias económicas que ello le reporte al funcionario. Y esto se entiende si partimos de que el objeto de protección en dicha figura delictiva es el deber de imparcialidad con el que ha de actuar la Administración Pública; el beneficio económico que ello le genera al funcionario solo puede entenderse como un acto de agotamiento del delito, carente, en consecuencia, de cualquier repercusión penal.

Si el abuso de función no puede subsumirse bajo la tipificación de cualquier otra conducta, es entonces cuando hay que advertir si este ha contribuido al incremento del patrimonio del funcionario, porque solo así podrá considerarse este “indebido” y calificarse como enriquecimiento ilícito. En ello estriba la naturaleza subsidiaria de este delito, de ahí que no sea posible admitir un eventual concurso delictivo entre este delito y aquellos que desvaloran de manera específica determinados incumplimientos de función. Sería imposible admitir bajo esta lógica, por ejemplo, un concurso entre un delito de cohecho y un delito de enriquecimiento ilícito, ya que el primero se configura como la fuente de la que el funcionario obtiene su indebido beneficio y la misma descripción

típica del cohecho conlleva ya una desvaloración implícita al beneficio que le reporta al funcionario la obtención de la ventaja a cambio de una concreta actuación en su cargo. Lo mismo tendría lugar si se tratara de un eventual delito de peculado.

Es en realidad un problema de interpretación de normas más que de concurso de delitos. El delito de enriquecimiento ilícito se presenta en el artículo 401 del CP como un tipo penal genérico y particularmente abierto, lo que lo convierte en una norma con un ámbito de aplicación extraordinariamente restringido.

Esta característica peculiar se convierte, a su vez, en uno de los principales puntos de crítica a esta figura, e incluso es uno de los factores que determinan que ciertas legislaciones se resistan a su inclusión en el Código Penal (Abanto Vásquez, 2003). Solo podrá imputarse este delito en el caso de que no se establezca con certeza la procedencia del enriquecimiento del funcionario, pero a su vez ello obliga de todas maneras a definir el origen ilícito del mismo, lo que no puede encontrar un origen distinto al del abuso del cargo. Es decir, si un funcionario presentara un evidente desequilibrio patrimonial no justificable en sus ingresos declarados, sin que, por otro lado, haya indicios de comisión de otros delitos relacionados con el cargo, ¿sería esto suficiente para admitir ya la presencia de un delito de enriquecimiento ilícito? La respuesta a esta cuestión ha de ser contundentemente no, y ello por exigencias del principio de tipicidad, así como por respeto al principio de presunción de inocencia: el eventual desbalance patrimonial que pueda presentar un funcionario público puede ser un indicio suficiente para, a partir de ahí, justificar el inicio de una investigación sobre el origen de dicho desbalance, pero en absoluto puede ser suficiente para sustentar una eventual responsabilidad por enriquecimiento ilícito.

Este problema pretende encontrar un atisbo de solución legal a partir del 2001, luego de la modificación que se realizara al artículo 401 del CP donde se termina por identificar como indicio de enriquecimiento ilícito el carácter notoriamente superior del aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario respecto al que haya presentado en virtud de sus ingresos lícitamente percibidos. Se pretende así superar los cuestionamientos que pudieran plantearse sobre un tipo penal tan absolutamente abierto como el que se prevé, al sancionarse con penas de hasta diez años al funcionario que “por razón de su cargo” se enriqueciera ilícitamente. El carácter indiciario del simple desbalance patrimonial permitiría así circunscribir, en una primera instancia, el origen del mismo a comportamientos relacionados con la función pública, pero, a partir de ahí, obliga al menos a identificar a qué clase de conductas realizadas en el ámbito del cargo obedece semejante resultado económico presentado por las finanzas del funcionario en cuestión. De esa manera, si en el curso de dicha investigación llegara a determinarse que la obtención de ese lucro ha sido posible a partir de comportamientos que encuentran ya una concreta tipificación bajo otras figuras delictivas, definitivamente serían estas las aplicables en detrimento de la de enriquecimiento ilícito.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

No toca aquí hacer un análisis de esta figura delictiva, porque ello supondría exceder los límites permitidos para el presente trabajo. Por esta razón vamos a ser selectivos en el puntual estudio de aquellos aspectos que son los que pueden servirnos de clave para poder responder lo que constituye nuestra pregunta de fondo, que es determinar la relación existente entre este delito y el de enriquecimiento ilícito.

Debemos comenzar fijando cuál es la finalidad que, desde un punto de vista de política criminal, justifica la criminalización de lo que hoy se concibe como diversas modalidades del delito de lavado de activos contenidas en el Decreto Legislativo 1106, “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”, modificado mediante el Decreto Legislativo 1367, del 29 de julio del 2018. Es evidente que ello va de la mano de la concepción del bien jurídico protegido en este delito. En este sentido, y más allá de que ya a nivel nacional haya un cierto consenso en la caracterización de este delito como pluriofensivo (Acuerdo Plenario 03-2010/CJ-116), lo que resulta evidente es que con ello se busca implementar un medio eficaz en la lucha contra cierta clase de criminalidad caracterizada por la obtención de elevados niveles de beneficio económico, que acaba utilizando las múltiples alternativas de inversión que ofrece el sistema económico financiero de un Estado para poder disfrutar, en el ámbito de lo lícito, de los réditos lucrativos que generan semejantes actividades delictivas.

Ello determina que hablar de lavado de activos no es posible si no es a partir de la previa comisión de una determinada actividad delictiva que se convierte en esa fuente generadora de beneficios económicos indebidos, que más tarde serán materia de ese “maquillaje” que representa el lavado de activos, a través del cual se les quiere dar un aparente origen lícito. Es a lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan *delito fuente* (Pariona Pastrana, 2017); su explícita referencia legal se encuentra en el artículo 10 del antes señalado Decreto Legislativo 1106. Lo interesante de su mención legal, más allá de la referencia a ciertas figuras delictivas, es que finalmente se hace alusión a “cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales”, lo que ayuda a delimitar el ámbito de aplicación del lavado de activos, que queda de esta manera vinculado solo a cierta clase de actividades criminales generadoras de lucro, entendido este como un incremento indebido del patrimonio.

En consecuencia, esto permite considerar como delitos fuente, en el marco de actos de lavado de activos, solo a ciertas figuras delictivas dentro del grupo de los delitos contra la Administración Pública, en las cuales ese elemento del beneficio económico esté presente. Pueden mencionarse los delitos de peculado, cohecho pasivo, tráfico de influencias y, por qué no, el de enriquecimiento ilícito. De una u otra manera, en las muy diferentes estructuras típicas propias de los mencionados actos delictivos, está

presente la idea del beneficio patrimonial. En cambio, el delito de abuso de autoridad o el delito de colusión no podrían configurarse como delitos fuente en el ámbito del lavado de activos, dado que, según su misma estructura típica, en ellos no está presente ese elemento generador de ganancias ilegales que se exige en el ya mencionado artículo 10 del Decreto Legislativo 1106.

Así pues, en el ámbito teórico, el delito de enriquecimiento ilícito podría configurarse como un delito fuente respecto a un acto posterior de lavado de activos, ya que gira en torno a la obtención de un incremento patrimonial a partir de un comportamiento indebido consistente en el abuso de las funciones públicas ejercidas por el funcionario público. Por lo tanto, hay un explícito componente económico como parte de su definición típica, que es precisamente el que caracteriza el delito fuente como presupuesto indispensable para el acto de lavado de activos.

Sin embargo, esa apreciación queda en el ámbito teórico porque en el ámbito práctico es donde realmente se presentan las dificultades a causa de la naturaleza subsidiaria del delito de enriquecimiento indebido: si ese beneficio económico obtenido por el funcionario encuentra su origen en conductas expresamente tipificadas, siendo parte de la desvaloración que conlleva ese específico tipo de injusto, no tiene cabida alguna la figura del enriquecimiento indebido; en ese caso, es aplicable el tipo penal concreto. Por ejemplo, si el funcionario se ha dedicado a cometer sucesivos actos de corrupción que le han reportado cantidades de dinero que oculta en diferentes cuentas bancarias a nombre de terceras personas, el delito fuente en este caso encuentra su específica definición en el delito de cohecho pasivo que ha cometido el sujeto, dado que dicha conducta es la que directamente ha generado semejantes ganancias ilícitas, cuyo ocultamiento posterior es calificado como el acto de lavado de activos.

La indefinición de la fuente generadora del incremento patrimonial no es suficiente para subsumirla bajo la calificación del artículo 401 del CP. Se requiere la presencia de dos componentes: uno de naturaleza positiva, como es el incremento patrimonial que presente el funcionario público; y otro de naturaleza negativa, obtenido a partir del abuso de sus funciones no calificable bajo ninguno de los tipos penales ya previstos en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Estas circunstancias hacen poco viable su aplicación efectiva, y es aún más complicado que pueda configurarse como delito fuente en el ámbito del lavado de activos.

Lo que acabamos de señalar parte de una idea previa: los delitos de enriquecimiento ilícito y de lavado de activos no pueden concurrir en una misma conducta; es decir, son figuras incompatibles entre sí. Ello se debe básicamente a que su estructura típica parte de comportamientos muy diversos, los cuales reflejan, en el fondo, la diferente última ratio que justifica su existencia en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, por ejemplo, cuando el funcionario presente propiedades a su nombre que no pueden justificarse a partir de los honorarios que percibe por razón de su cargo, semejante situación sería amparable bajo una previa calificación de enriquecimiento ilícito, mas no de lavado de activos, por cuanto a través de esta figura lo que expresamente se pretende sancionar es el aprovechamiento indebido de los mecanismos legales que ofrece el mercado de bienes y capitales para dotar de apariencia de legalidad a lo que proviene de una previa actividad ilícita. Por tanto, la mera titularidad de un patrimonio no ajustado a las ganancias declaradas por el funcionario no constituye acto alguno de lavado de activos, dado que en semejante supuesto ese desfase económico es manifiesto, mas no sustentable patrimonialmente, idea que es la que justifica el desvalor característico del delito de enriquecimiento ilícito.

No obstante, no podemos desconocer el hecho de que tales situaciones no son las más comunes: en la práctica, el desbalance patrimonial se procede a ocultar a partir del recurso a testaferros o al uso de sociedades opacas, donde finalmente resulta muy difícil identificar al verdadero titular. No cabe duda de que en semejantes contextos, incluso hasta desde un punto de vista temporal, se suceden diversas acciones en el tiempo que nos van a permitir identificar y calificar las distintas conductas delictivas que acaban relacionándose entre sí, no en virtud de un eventual concurso, sino que acaban configurándose en figuras conexas entre sí, donde una va a ser posible solo y exclusivamente porque previamente se ejecutó la otra. Volvemos así a la definición del delito fuente en el ámbito de la estructura del delito de lavado de activos.

En situaciones como las descritas, puede perfectamente diferenciarse dos comportamientos. En primer lugar, el que permite la obtención del patrimonio indebido y que facilita disponer de este, lo que definiría un eventual acto de enriquecimiento ilícito. En segundo lugar, y que se sucede en el tiempo, aquel que permite su transformación en patrimonio lícito, o que pretende desviar el conocimiento de su origen ilícito, el cual constituye sin más un comportamiento típico de lavado de activos.

CONCLUSIONES

1. En el análisis que se ha realizado en torno a la figura del delito de enriquecimiento ilícito, se han puesto de manifiesto las múltiples dificultades que, tanto desde el punto de vista material como desde el punto de vista formal, se plantean de cara a su efectiva aplicación. Ya no hay duda alguna de que la presencia de esta conducta en el marco de los delitos cometidos por funcionarios públicos pretendía criminalizar la mera tenencia de un patrimonio no justificado, ante la imposibilidad de poder descubrir la fuente ilícita generadora del mismo. Sin embargo, su misma descripción típica, así como su relación con el resto de comportamientos que aparecen contenidos bajo esa denominación de delitos

cometidos por funcionarios públicos, son las principales trabas que imposibilitan una efectiva aplicación de este precepto que termina por ser relegado a favor de la aplicación de otros tipos penales. Se reduce así a una simple intención de principios carente de toda eficacia preventiva.

2. A ello también contribuye el que una aplicación del artículo 401 del CP respetuosa del principio de legalidad, en directa vinculación con el de presunción de inocencia, impide calificar como enriquecimiento ilícito y, por consiguiente, condenar por semejante acto delictivo el mero hecho de contar, siendo funcionario público, con un desbalance patrimonial que no encuentra su justificación en las retribuciones declaradas; ello, en todo caso, podría ameritar una eventual investigación fiscal. La necesidad de vincular ese desbalance patrimonial a actos funcionales irregulares se convierte en el eje central de esta figura, lo que exige acreditar y definir la fuente de la que procede ese patrimonio indebido. Si ello conduce a actos ya tipificados bajo específicas formas delictivas, la figura del enriquecimiento ilícito, sencillamente, cede su paso ante esa particular conducta criminal generadora del incremento patrimonial ilícito.
3. El aparente conflicto entre el enriquecimiento ilícito y el delito de lavado de activos es de naturaleza sustantiva, y se soluciona a partir de una adecuada identificación de comportamientos que permita subsumir bajo cada uno de estos tipos penales aquellas conductas que confluyen de una manera aparente. A este respecto, no debe perderse de vista que, tanto por su estructura como por el contenido de la antijuridicidad material propia de cada uno de ellos, no pueden confluír en un aparente concurso de delitos, de ahí que no haya ningún inconveniente en admitir la calificación del delito de enriquecimiento ilícito como posible delito fuente respecto a un delito de lavado de activos, si bien la principal dificultad que dicha afirmación va a plantear en la práctica deriva de las mismas dificultades típicas que complican su aplicación, tal y como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo.
4. En definitiva, y de cara a una política criminal *de lege ferenda*, quizá sería recomendable repensar la existencia de figuras delictivas como la del enriquecimiento ilícito que —creadas más para aligerar problemas de prueba en la práctica ante eventuales investigaciones fiscales, que en aras de garantizar un bien jurídico en concreto— no han contribuido en nada a la lucha contra la criminalidad en el ámbito de la Administración Pública. A su vez, esta figura ha fomentado confusión con otras figuras, como el lavado de activos que, en función del respeto que se merece el principio de legalidad, ha de ser aplicada con un mayor rigor técnico que deje de entender dicha figura como la mera criminalización de la sospecha ante la falta de pruebas concretas sobre el origen ilícito de los bienes materia de blanqueo.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores.
- Gálvez Villegas, T. A. (2017). *El delito de enriquecimiento ilícito*. Instituto Pacífico.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Pariona Pastrana, J. (2017). *El delito precedente en el delito de lavado de activos*. Instituto Pacífico.
- Rojas Vargas, F. (1999). *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.
- X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116 [Corte Suprema de Justicia]. 12 de junio del 2017. file:///C:/Users/User/Downloads/PRECEDENTES-2017-I-58-77.pdf

USO Y ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

JOAQUÍN MISSIEGO DEL SOLAR*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 24/1/2020 Aceptado: 1/2/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5073>

RESUMEN. El presente artículo muestra la preocupación existente, a pesar de los esfuerzos de la Corte Suprema, por la variada interpretación sobre los diferentes criterios que existen para la aplicación de la prisión preventiva en el desarrollo de los procesos penales en nuestro país. Asimismo, por la inseguridad jurídica que nace como consecuencia de la ausencia de un criterio uniforme de parte de las autoridades al momento de solicitar o imponer dicha medida.

PALABRAS CLAVE: prisión / prisión preventiva / medida cautelar

USE AND ABUSE OF PREVENTIVE DETENTION IN THE PERUVIAN CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT. This article shows the existing concert, despite the efforts of the Supreme Court, for the varied interpretations of the different criteria for the application of preventive detention in the development of criminal proceedings in our country and the legal uncertainty that arises as a consequence of the absence of a uniform criteria from our authorities while requesting the said measure.

KEYWORDS: prison / preventive prison / caution measure

* Abogado por la Universidad de Lima. Profesor en la misma casa de estudios. Miembro del Consejo Consultivo de la revista *Advocatus*.

INTRODUCCIÓN

El ser humano por naturaleza es un ser libre. Esa libertad tiene distintas formas y manifestaciones: se presenta como la libertad de pensamiento, opinión, expresión, religión, asociación y tránsito, entre otras. En virtud de su vital importancia como derecho humano, la libertad en todas sus formas debe ser objeto de cuidado y protección por parte del Estado; sin embargo, cuando el ciudadano abusa de su libertad en perjuicio de otros ciudadanos y se vuelve un peligro para sus pares, para la sociedad, por el hecho de cometer un delito grave, el Estado se ve obligado a tomar medidas drásticas que, en algunos casos, traen consigo la pérdida de la libertad y la orden de reclusión en un penal.

En este sentido, es importante analizar si el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales competentes, ha venido usando o abusando de la prisión preventiva en nuestro país.

PRISIÓN PREVENTIVA

Hoy en día, la finalidad de un proceso penal es determinar si la persona imputada de la comisión de un hecho delictivo es o no responsable penalmente de los cargos formulados en su contra.

La antigua corriente que consignaba la sanción como finalidad del proceso penal ha quedado rezagada, y en un mundo como el actual, donde se busca con mayor insistencia el respeto a los derechos y garantías de las personas, es imposible pensar que un proceso se inicia con el fin de castigar. El castigo (la pena) será consecuencia de una serie de actos de investigación y juzgamiento, en los cuales la persona imputada tendrá la oportunidad de conocer los cargos en su contra, defenderse, ser asesorado por un abogado, gozar de un plazo razonable, presentar pruebas de descargo, contar con la presencia de un juez imparcial, entre otros aspectos, que se resumen en dos conceptos:

- Presunción de inocencia
- Debido proceso

De acuerdo con el artículo 2, inciso 24e), de la Constitución Política del Perú: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. A su vez, el artículo 139, inciso 3, señala que uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional es “la observancia del debido proceso [...]”.

En esa línea, estas garantías son la base de un juicio justo en el que la condena o absolución estará condicionada al cumplimiento legal de los procedimientos que conduzcan a una decisión jurisdiccional. Esto trae consigo, hacia el interior, la llamada seguridad jurídica; y, hacia el exterior, es decir, hacia la comunidad, la seguridad y tranquilidad social. Sin embargo, antes de llegar a un pronunciamiento final, esto es, a una sentencia, se hace necesario cuidar (cautelar) el proceso, y para ello existen justamente

las medidas cautelares personales y las reales, cuya finalidad principal es garantizar el normal desarrollo del proceso.

Las medidas cautelares personales, como su nombre lo indica, se dictan sobre el sujeto, sobre la persona natural, y tienen por objeto garantizar la presencia del imputado durante el proceso con la finalidad de que este se encuentre presente durante el desarrollo del mismo. En cambio, las medidas cautelares de índole real buscan garantizar el eventual pago de una reparación civil en favor de la víctima o agraviado del delito, en caso de que se acredite la existencia de daño en función de los hechos. También tienen el fin de garantizar la conservación de documentos u otro material probatorio que sea útil para su evaluación en el esclarecimiento de los hechos.

Un mandato de prisión preventiva implica la pérdida de la libertad ambulatoria de una persona que se encuentra inmersa en un proceso penal, en el cual se está decidiendo si es o no responsable penalmente de los hechos por los cuales, según el estado en que se encuentre el proceso, se le investiga, acusa o juzga. Esto quiere decir que, al momento de dictarse la medida, la persona no tiene una sentencia condenatoria en su contra. A su vez, dicho mandato trae consigo que el sujeto sea internado en un penal, por un plazo determinado, mientras se resuelve su situación jurídica en el proceso.

El derecho a la libertad física se encuentra consagrado en el artículo 2, inciso 24f), de la Constitución Política del Perú, el cual señala: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". De acuerdo con la propia Constitución, cuando se produce una detención en flagrancia, esta puede durar un máximo de 48 horas. El sujeto puede recuperar su libertad mientras es objeto de investigación, o si el fiscal considera que es necesaria una medida gravosa, deberá solicitarse al juez penal.

Como se puede apreciar, solo el juez penal puede dictar un mandato de prisión preventiva; y el procedimiento y las condiciones que deben darse para que tome tal decisión se encuentran a partir del artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal, que prescribe lo siguiente:

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y
- c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la

justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Respecto a este último requisito, en el que se concentra el llamado *peligro procesal*, el nuevo Código Procesal Penal, a diferencia del antiguo Código de Procedimientos Penales, nos presenta las pautas y parámetros que el juez debe tener en cuenta cuando se habla de peligro de fuga o peligro de obstaculización. Con ello, la intención del legislador era evitar que el juez —como sucedía con el Código anterior— interpretase a su criterio o libre albedrío estas dos situaciones y se pudiera encontrar situaciones similares con fundamentaciones completamente distintas. En este sentido, el artículo 269 del nuevo Código Procesal Penal prescribe:

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;
2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;
3. La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;
4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y
5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

En lo que se refiere al peligro de obstaculización, el artículo 270 del nuevo Código Procesal Penal señala:

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.

Sin embargo, pese a que en el nuevo Código Procesal Penal se indican los requisitos para considerar el peligro de fuga u obstaculización, los jueces siguieron utilizando criterios diferentes para la consideración de estos factores, quedando en muchos casos la suerte del procesado no condicionada a los requisitos procesales, sino al juez que le tocaba conocer el pedido de prisión preventiva. Por tal motivo, fue necesario que los

jueces supremos se reuniesen y fijasen los criterios que debían aplicarse para la imposición de una medida tan grave como lo es la prisión preventiva. Con este fin se llevó a cabo el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, que a continuación pasamos a explicar.

ACUERDO PLENARIO 1-2019/CIJ-116

El Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116, del 10 de septiembre del 2019, nos recuerda los requisitos que debe tener en cuenta el juez al momento de dictar un mandato de prisión preventiva.

Intencionalmente escribo “nos recuerda” porque, como lo he señalado, el nuevo Código Procesal Penal ya nos indicaba los criterios y pautas para que pudiera expedirse un mandato de prisión preventiva; sin embargo, muchos jueces tenían una particular interpretación de los artículos 269 y 270 del citado Código, lo cual traía consigo la expedición en un primer momento de mandatos de prisión preventiva que meses después era revocados, en gran parte de los casos, por la Sala Penal, a raíz de que se consideraba que los fundamentos empleados por el juez penal no habían sido los adecuados. Inclusive en algunos casos fue necesario llegar hasta instancias constitucionales, en las cuales la intervención del Tribunal Constitucional expresaba en sus sentencias que se habían impuesto medidas de restricción a la libertad personal que habían vulnerado garantías y derechos del imputado.

Entre otros aspectos, los jueces supremos dejan en claro en el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116 que para que se expida el mandato de prisión preventiva debe tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

Con relación a la sospecha de la comisión de un delito

Cuando la fiscalía solicita al juez la imposición de una medida cautelar personal como la prisión preventiva, no solo debe basarse en suposiciones o hipótesis sin respaldo probatorio suficiente que muestre, en principio, que nos encontramos frente a la comisión de un hecho delictivo. Frente a ello, el juez debe ponderar y verificar la presencia de suficientes elementos de convicción que generen bastantes elementos que motiven la existencia de sospecha sobre la comisión del delito materia de imputación y que, por tanto, traigan consigo una situación grave.

Es importante tener en cuenta que el pedido de prisión preventiva se realiza generalmente al inicio de la etapa de investigación preparatoria o en el transcurso de la misma; esto quiere decir que se vienen recolectando elementos de cargo y de descargo que permitirán al fiscal decidir si posteriormente, durante la etapa intermedia, presentará el requerimiento acusatorio. En tal sentido, el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116 señala que los jueces deberán encontrarse con un alto grado de convencimiento de la

posibilidad de que el investigado sea posteriormente acusado y, por ende, sometido a juicio oral.

Los indicios servirán y serán muy útiles para poder llevar a cabo una investigación, pero no son suficientes para que se acepte un pedido de prisión preventiva. En resumen, a estas alturas, las pruebas deben generar en el juez el convencimiento de un alto grado de probabilidad de que nos encontramos frente a un delito.

En lo que respecta a la prognosis de la pena

En principio, para todos queda claro el mensaje que surge de la misma norma: que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad. De los tres requisitos materia de evaluación para la procedencia o no de la prisión preventiva, este resulta ser el más objetivo de ellos, y solo es necesario verificar el delito materia de imputación y la sanción que prevé el Código Penal en el caso particular.

Además de ello, la Corte Suprema recuerda que, si bien es cierto que se trata de un requisito para la imposición de la prisión preventiva, no es el único que se debe tomar en cuenta, ni tampoco el que sirva como única base o sustento para amparar y respaldar la medida cautelar que se podría imponer.

Ahora bien, cuando la probabilidad de sanción implica una pena alta o grave, aparece un supuesto que nos conduce al tercer requisito para dictar un mandato de prisión preventiva: el peligro procesal, en este caso particular, orientado hacia el llamado peligro de fuga.

En lo que atañe al peligro procesal

Esta figura debe entenderse en la posibilidad de la opción frente a dos elementos: el ya mencionado peligro de fuga y el entorpecimiento de la actividad probatoria. En este caso, basta que se acredite la presencia de uno de los dos presupuestos consignados para el peligro procesal, para que se tenga por cumplido este requisito.

En efecto, el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116 reafirma el hecho de que es suficiente con que se pueda acreditar uno de los dos: el peligro de fuga o, en todo caso, el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria. No es necesario que se confirme la presencia de ambos supuestos de manera simultánea. A lo señalado por la Corte Suprema cabe agregar lo ya mencionado anteriormente, en el sentido de que el legislador en el nuevo Código Procesal, a diferencia del Código de Procedimientos Penales, nos describe cuáles son los criterios para considerar la existencia ya sea del peligro de fuga o del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, para no dejar a la interpretación, peligrosamente subjetiva, los criterios para la solicitud e imposición de la medida cautelar personal de prisión preventiva.

En el acuerdo plenario aparecen algunas pautas que llevan a variar la forma de tratar este tema, con respecto a la forma en que era trabajado en el Código anterior. Como sabemos, antes no hablábamos de un mandato de prisión preventiva, sino de uno de detención, que en el fondo tiene el mismo sentido: internar en un penal a una persona sin sentencia, mientras se encuentra inmersa en un proceso penal. Tal es caso, por ejemplo, del peligro de fuga, que antiguamente se ponderaba con base en la intención que había tenido el sujeto de huir o alejarse del proceso; sin embargo, hoy en día es un factor importante independientemente de que el sujeto haya dado elementos para presumir una fuga, o tenga las posibilidades o los medios que podrían facilitarla.

También toma un lugar muy importante el arraigo, el cual vemos que viene siendo ponderado bajo distintos aspectos como el familiar, el laboral o el domiciliario, por ejemplo. Se puede apreciar casos en los que se consideraba la ausencia de arraigo domiciliario por el hecho de no tener una vivienda propia, sino alquilada. Sobre este tema es muy interesante la publicación del portal web LP. Pasión por el Derecho (2019), donde se señala que el fiscal doctor Roberto Carlos Reynaldi Román puso una publicación en su cuenta de Facebook en la que mencionaba hasta 18 tipos de arraigo. Un extracto del artículo en mención dice a la letra lo siguiente:

Los criterios relacionales [en palabras de la Corte Suprema] pueden ser diversos y no deben limitarse únicamente a tres [familiar, laboral y domiciliario] como sucede en la práctica del litigio. Un error cada vez más frecuente. El parámetro para medir la calidad del arraigo debe encontrarse en el criterio de dependencia. Tal concepto se refiere a la relación vinculante que tiene el sujeto respecto de los bienes, relaciones y actividades que sirven para juzgar su vida. (LP. Pasión por el Derecho, 2019, párr. 3)

El citado fiscal, además de los clásicos arraigos familiar, laboral y domiciliario, menciona y explica otras varias formas de arraigo, entre ellas: religioso, político, estudiantil, empresarial, sentimental, contractual, patrimonial, entre otros.

En cuanto al otro factor que se debe considerar en el peligro procesal, es decir, el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria, se refiere a la posibilidad del imputado de destruir, alterar u ocultar las pruebas que podrían servir para el esclarecimiento de los hechos, o el riesgo que podría generar el propio procesado frente a testigos, coincurpados, víctimas o cualquier otro sujeto procesal que podrían verse amenazados y, por consiguiente, no brindarían una declaración libre, espontánea, sin presiones ajenas, que los hiciesen no declarar la veracidad de la información que conocen con relación al caso que viene siendo objeto del proceso penal. El peligro deberá ser real y no una suposición o posibilidad.

Otros elementos importantes que surgen del Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116

Entre los aspectos que merecen ser resaltados, se encuentra el de la razonabilidad del tiempo de duración de las audiencias en las que el juez decidirá si acepta o no el requerimiento formulado por el Ministerio Público y, por tanto, si determina imponer la prisión preventiva al imputado. El citado acuerdo plenario señala que tanto el Ministerio Público como la defensa técnica del imputado deben enfrentar sus argumentos basándose en los aspectos centrales y principales que guarden relación con el tema materia de debate: la imposición o no de la medida de prisión preventiva, y es obligación del juez controlar los tiempos de intervención y participación de las partes, no dejando ni permitiendo que los sujetos procesales extiendan sus argumentos en maratónicas presentaciones y alegaciones, que muchas veces son totalmente lejanas de lo que debe constituir el elemento principal de debate.

Otro elemento importante fue dejar en claro qué es lo que se estaba discutiendo: en una audiencia sobre prisión preventiva, era si procedía o no el pedido formulado por el Ministerio Público para que la persona investigada sea internada en un penal por un plazo determinado, mientras el proceso se va desarrollando. En este caso, no se discute —ni era el momento para ello— si la persona es o no responsable penalmente de los hechos materia de imputación; tampoco, cuál es la pena que se aplicará al procesado. El mandato de prisión preventiva no debe entenderse ni mucho menos ser una condena anticipada.

Este último tema nos lleva a la razonabilidad del plazo de duración de la prisión preventiva en caso de que se dicte la medida. No es cuestión de que, porque la norma dice que el plazo máximo podrá ser de 9, 18 o 36 meses, según el caso, se decida directamente por el plazo máximo. La Corte Suprema deja un mensaje bastante claro en el Acuerdo Plenario 1-2019/CIJ-116: el plazo no puede estar condicionado a la velocidad o ritmo que pudiera desarrollar el Ministerio Público para llevar a cabo las investigaciones, sino que debe estar sustentado en criterios que pueden surgir de cada proceso en particular, como los siguientes:

- La dimensión y complejidad de la investigación
- La gravedad y extensión del delito imputado
- La dificultad y cantidad de los actos de investigación que se requieran
- La necesidad o no de realizar actos de cooperación judicial internacional
- La obligación de realizar actividades periciales complejas
- La presencia o ausencia, además del comportamiento procesal, de los imputados
- El riesgo de fuga y las posibilidades de riesgo de obstaculización

LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA ACTUALIDAD

Existe, sin lugar a dudas, un factor coyuntural que nos ha cambiado la vida a todos: la emergencia sanitaria que nos toca vivir desde marzo del 2020 en nuestro país trajo consigo una serie de medidas que impactaron directamente en el día a día de toda la población.

El COVID-19 obligó a que se incorporase en la práctica un elemento que observamos en la teoría y que está referido a situaciones en las cuales la salud del imputado se ve expuesta a un riesgo que lo pudiese poner en grave peligro. A partir de ello comenzó a aparecer en las resoluciones judiciales con mayor frecuencia la llamada *detención domiciliaria*. En términos simples, procede la prisión domiciliaria cuando se cumplen los tres requisitos de la prisión preventiva, pero se presenta un factor extra justamente vinculado a la salud del sujeto que no hace recomendable su presencia física en un penal. Así pues, el artículo 290 del nuevo Código Procesal Penal prescribe en sus dos primeros incisos lo siguiente:

[...] se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:

- a) Es mayor de 65 años de edad;
- b) Adolece de una enfermedad grave o incurable;
- c) Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;
- d) Es una madre gestante.

En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.

Sin embargo, la aplicación de esta medida en los últimos meses—y a raíz, reiteramos, de la grave situación y peligro a la salud en la cual nos encontramos actualmente— está motivando a dictar la detención domiciliaria no necesariamente por convicción, sino por necesidad, que obliga a valorar un elemento que no venía siendo muy tomado en cuenta antes de la pandemia, como es el factor de la salud.

Citaré como ejemplo un caso mediático en el que se otorgó, durante las primeras semanas de la declaratoria de emergencia sanitaria, la detención domiciliaria en función de aspectos vinculados a la salud personal, lo cual se produjo en el Expediente 00036-2017-48-5002-JR-PE-03, de fecha 30 de abril del 2020, expedido por la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. En este caso, cabe resaltar las siguientes consideraciones de la Sala de Apelaciones:

8.10 Estando a lo señalado por la CIDH, se debe proceder con reevaluar casos de prisión preventiva para identificar aquellos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

8.11 Se debe tener en claro que el riesgo de contagio de una pandemia como la que está ocasionando el COVID-19 en nuestro país y sus probables consecuencias han sido impredecibles [...].

8.12 [...] los probables efectos de la pandemia COVID-19 no pueden ser considerados como causales de cesación de prisión preventiva [...].

8.13 En ese sentido, el instituto procesal en el que pueda utilizarse razones de tipo humanitario para sustituir la prisión preventiva es la detención domiciliaria [...].

Entonces cabe nuevamente preguntarse: ¿los criterios de aplicación de la prisión preventiva hoy en día se originan en elementos de convicción u obligación? ¿Aquellas personas cuyas solicitudes de prisión preventiva derivaron en detenciones domiciliarias, u otras a las cuales se les varió el mandato inicial y fueron remitidas a sus domicilios, hubiesen tenido igual respuesta en situaciones ajenas a la actual? Finalmente, también es posible preguntarse: ¿por qué hay casos de personas que han pasado largos periodos de tiempo siendo investigadas bajo un mandato de prisión preventiva, pero a la fecha no son sometidas a juicio oral?

Personalmente, y ya lo he señalado en anteriores oportunidades, creo que el principal problema es que la prisión preventiva es aplicada sin tener en cuenta los elementos necesarios y suficientes para su imposición; prueba de ello son las resoluciones de las salas superiores que revocan la decisión de primera instancia. Debemos tener presente y dejar en claro que la prisión preventiva debe ser una medida que se dicte de manera excepcional.

CONCLUSIONES

1. Es indudable que la aplicación de la medida cautelar personal llamada *prisión preventiva* es necesaria e importante en los casos en que existen y se cumplen los supuestos regulados por ley para su imposición; de ello no tenemos la menor duda.
2. La aplicación de la prisión preventiva como respuesta al clamor popular se desvía completamente de la naturaleza jurídica de la imposición de tal medida. Pretender hacer creer a la sociedad que por el hecho de que las autoridades dicten medidas de prisión preventiva están garantizando nuestra seguridad es un grave error, pues se impone tal medida sin comprobar objetivamente los requisitos exigidos por ley.

3. Los requerimientos de prisión preventiva deben formularse en la medida que exista convicción y elementos de prueba suficientes que permitan confirmar los supuestos previstos en la ley y, a su vez, otorgarse si estos se cumplen.
4. Es evidente que ha existido un exceso al dictar la medida y esto ha sido objeto de corrección por la Sala Superior en el caso de las apelaciones, e inclusive por el Tribunal Constitucional cuando la medida era consecuencia de la violación o no respeto de las garantías constitucionales.
5. Tal y conforme lo reitero cada vez que me ocupo de este tema, el problema persiste porque en estos tiempos ni el derecho penal es la última ratio, ni la prisión preventiva una medida de excepción. En la medida en que no se corrija esa situación, seguiremos observando en muchos casos situaciones que privan injustamente de su libertad a personas en cuyos casos no existen los elementos de prueba suficientes para siquiera acusarlas de la comisión de un hecho delictivo.

REFERENCIAS

- LP. Pasión por el Derecho. (28 de septiembre del 2019). *Fiscal ensaya 18 tipos de arraigo de sujeción en la prisión preventiva*. <https://lpderecho.pe/fiscal-ensaya-18-tipos-de-arraigo-de-sujecion-en-la-prision-preventiva>
- Nuevo Código Procesal Penal. Decreto Legislativo 957 del 2004. 22 de julio del 2004 (Perú). Edición oficial del 2020. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1542316/Libro%20Procesal%20Penal.pdf>
- Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Expediente 00036-2017-48-5002-JR-PE-03. Sentencia del 30 de abril del 2020. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/04/Exp.36-2017-48-LP.pdf>
- XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial. Acuerdo Plenario 01-2019/CJ-116 [Corte Suprema de Justicia]. 10 de septiembre del 2019. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/10/Acuerdo-plenario-1-2019-CIJ-116-Legis.pe_.pdf.pdf

SOBRE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO: EL CASO DE LAS CONTRATACIONES DE MENOS DE 8 UIT

OSCAR HERRERA GIURFA †*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 9/8/2020 Aceptado: 16/8/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4950>

RESUMEN. La forma prevista por el ordenamiento jurídico peruano para contratar con las entidades y empresas del Estado se encuentra en la Ley de Contrataciones; pero en esta norma existen supuestos que permiten su inaplicación, los cuales se dividen en dos grupos: (i) aquellos en los que no se requiere dar cuenta al OSCE de las contrataciones realizadas, como los contratos bancarios o la contratación de notarios, y (ii) las contrataciones que requieren la supervisión del OSCE, como las contrataciones de hasta 8 UIT. Al revisar la Ley de Contrataciones, su reglamento, las directivas y las opiniones del OSCE, podemos advertir que el marco legal de las contrataciones de hasta 8 UIT no se encuentra claramente delimitado, más allá del registro de las mismas en el SEACE, tal como dispone el literal a) del artículo 11.2 de la Directiva 008-2017-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE". No obstante, y tal como podemos advertir, regular únicamente la forma de registrar la información de estas contrataciones, dejando de lado aspectos sustanciales como cuál es la normativa aplicable para estas contrataciones y cómo se resolverán las controversias de las mismas, resulta insuficiente. En tal sentido y considerando la importancia de los temas planteados, el presente artículo aborda la posibilidad de incluir un arbitraje administrativo especial como medio de solución efectivo de controversias en las contrataciones de hasta 8 UIT.

PALABRAS CLAVE: administrativo / arbitraje / contrataciones / controversias
/ solución / contrato

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Administrativo Económico por el Instituto Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor de la Universidad de Lima, Universidad ESAN y Universidad San Ignacio de Loyola. Árbitro del Listado de Neutrales del OSCE, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de San Martín. Lamentablemente, Oscar Herrera Giurfa falleció el 6 de febrero del 2021.

ABOUT ADMINISTRATIVE ARBITRATION: THE CASE OF CONTRACTING UP TO EIGHT ITUs

ABSTRACT. The way foreseen by the Peruvian legal system to contract with State entities and companies is by using the Procurement Law; however, in the said regulation, some assumptions allow its non-application. These exceptional cases are divided into two groups: (i) those in which it is not required to report to the OSCE the contracting carried out, as is the case of bank contracts or the hiring of notaries, and (ii) contracts that require supervision of OSCE, as is the case of the recruitment of up to eight ITU. When reviewing the Procurement Law, its Regulations, the OSCE Directives, and Opinions, we can see that the legal framework for contracting up to 8 ITUs is not delimited, beyond their registration in SEACE, such as provided in literal a) of article 11.2 of Directive 008-2017-OSCE / CD "Provisions applicable to the registration of information in the Electronic System of State Procurement - SEACE". However, and as we can warn, to regulate only the way of recording the information of these contracts, leaving aside substantial aspects such as what is the applicable regulations for these contracts is not enough. And how will their controversies be resolved? It is insufficient. In this sense, and considering the importance of the issues raised in this article, it will address the possibility of including administrative arbitration, as an alternative for effective dispute resolution, in the contracting of up to eight ITUs.

KEYWORDS: administrative / arbitration / contracting / controversy / solution
/ contract

INTRODUCCIÓN

La Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 30 de julio de 1997, fue el primer texto único ordenado de la Ley de Contrataciones en el Perú. Fue el primer texto normativo que ordenó los sistemas de contrataciones, ya que agrupó a los tres sistemas con los que se realizaban las contrataciones en esa época: el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP), el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y la Prestación de Servicios No Personales (RUA) y el Reglamento General de Asesorías y Consultorías (REGAC).

La acotada normativa contenía los siguientes procedimientos de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y de menor cuantía, los cuales permitían poder elegir la mejor alternativa dentro de las propuestas presentadas por los postores interesados. Luego, se procedía a la suscripción del contrato correspondiente. El artículo 53 de la mencionada Ley 26850 (1997) estableció:

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente. Como se puede apreciar, el arbitraje también resultaba de aplicación para los contratos (órdenes de compra u órdenes de servicio) derivados de una menor cuantía.

El actual texto único ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante el Decreto Supremo 082-2019-EF, publicado el 13 de marzo del 2019, reconoce como procedimientos de selección: la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales y la comparación de precios. Estos procedimientos sirven a las entidades públicas para poder elegir la mejor alternativa entre las propuestas presentadas por los postores interesados, luego de lo cual se procede a la suscripción del contrato correspondiente. Adicionalmente, el artículo 45 del acotado TUO indica:

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. Como se puede leer, el arbitraje resulta de aplicación para los contratos surgidos en aplicación de los procedimientos antes mencionados. (Decreto Supremo 082-2019-EF, 2019)

Debemos señalar que, después de más de veinte años de aplicación de la Ley de Contrataciones para satisfacer las necesidades de bienes, servicios y obras de las entidades públicas, se sigue utilizando un cuerpo legal especial para dichas contrataciones, tomando el modelo francés y recogiendo supuestos como el de interés público,

recursos públicos y transparencia. No obstante, en la actualidad hay algunos supuestos de contratación que escapan a la aplicación de la ley especial, como es el caso de las contrataciones de hasta 8 UIT, que requieren una regulación especial. En algunos casos, esta se desarrolla a través de directivas, pero lamentablemente en la mayoría de las veces no tiene regulación alguna y, en tal sentido, tampoco se encuentra establecido mecanismo alguno de solución de controversias.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La Administración necesita de la colaboración de los particulares para poder cumplir muchas de las obligaciones que le son propias, en algunos casos porque le es imposible realizarlas por sí misma, y en otros, debido a la necesidad de eficiencia económica que solo se consigue con la contratación de particulares. La doctrina ha desarrollado una serie de posiciones sobre la naturaleza de los contratos que celebra la Administración y el régimen aplicable a estos.

En ese sentido, consideramos pertinente compartir algunas definiciones respecto al contrato administrativo. A decir de Diego Zegarra, “el contrato administrativo es todo acuerdo generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal, en ejercicio de la función administrativa, susceptible de producir efectos con relación a terceros” (como se citó en Trelles, 2002, p. 238). Así, para diferenciar el contrato administrativo del privado, tenemos el criterio material, que distingue como elemento diferenciador del contrato administrativo el interés público en juego; y el criterio de las cláusulas exorbitantes, según el cual el hecho de que se incluya este tipo de cláusulas en un contrato con la Administración lo convierte en administrativo. Según Linares (2006):

La concepción clásica del contrato administrativo apareja la existencia de potestades que trascienden la tetra misma del contrato, siendo por tanto implícitas y de aplicación incluso en el caso en que se haya pactado en contra de ellas. Las potestades son de modificación unilateral del contrato, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, sancionadoras y resolutorias; se puede incluir, además, la inaplicación de la excepción de incumplimiento. Se fundan en la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido. (p. 286)

Por su parte, De la Puente (1991) define el contrato administrativo como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular” (pp. 361-362). Como criterios para caracterizar a un contrato como administrativo, opta por el de su objeto y por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado. En similar sentido, Amado y Miranda (2000) sostienen:

Un contrato es administrativo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes al derecho privado, y que el hecho [de] que un contrato sea administrativo

conlleva que la relación jurídico-patrimonial surgida de este se rija por el derecho público. (p. 258)

Para concluir las definiciones del contrato administrativo, tenemos la de Salazar (2009), quien explica lo siguiente:

[...] la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades: (a) uno de ellos ejerce poder (específicamente función administrativa del poder) y el otro su libertad, o (b) uno de los sujetos ejerce poder y el otro sujeto también ejerce poder. En tal sentido, la relación subyacente a los contratos de la Administración Pública es la de poder con libertad o la de poder con poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación, estableciendo los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derechos y obligaciones involucrados en tales relaciones. (p. 26)

Particularmente, entendemos que el contrato de la Administración es el género, en la medida en que esta puede contratar inclusive sin utilizar una norma propia, como en el caso de los contratos suscritos con el sistema financiero; y que el contrato administrativo es la especie, en cuyo caso una entidad siempre debe utilizar una norma especial, como es el caso de las contrataciones realizadas utilizando la Ley de Contrataciones del Estado. Adicionalmente, consideramos como elementos diferenciadores de los contratos administrativos a la formalidad que conlleva la suscripción del mismo, así como el haber desarrollado un procedimiento previo, la competencia del funcionario que lo suscribe y el hecho de que detrás de cada contrato administrativo siempre existe interés público. Finalmente, uno de los elementos diferenciadores de los contratos administrativos son las prerrogativas que tiene la Administración y que no tiene el contratista, como es el caso de poder elaborar las condiciones del contrato, la aplicación de las penalidades por mora y las otras penalidades, la capacidad de disponer sobre las prestaciones adicionales o las reducciones contractuales, entre otros, supuestos que ponen en evidencia que si bien estamos ante una relación contractual, las partes que la conforman no son iguales. No obstante, la Ley de Contrataciones ha dispuesto que las controversias que se susciten durante la ejecución contractual serán resueltas mediante arbitraje, y no mediante un mecanismo administrativo.

LOS SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES

El artículo 3 de la Ley de Contrataciones establece los supuestos en los que esta debe ser empleada por las entidades para contratar, así como la relación de entidades que deben hacerlo. De esta manera, tenemos que la totalidad de entidades, organismos públicos, organismos constitucionalmente autónomos, empresas públicas, gobiernos regionales, provinciales, locales y otros que utilicen fondos públicos se encuentran obligados a utilizarla; no obstante, los artículos 4 y 5 de la precitada norma establecen

aquellos supuestos que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la misma, los cuales se dividen en dos grupos: aquellos sin supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (previstos en el artículo 4), como los contratos bancarios y financieros, las contrataciones de notarios públicos, los servicios brindados por conciliadores, árbitros o miembros de la junta de resolución de disputas; y aquellos sujetos a la supervisión del OSCE, en los que encontramos los servicios públicos, los convenios suscritos entre entidades, las contrataciones realizadas entre Estados y las contrataciones de hasta 8 UIT.

En los casos antes descritos, las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en la Ley de Contrataciones o en otra ley (como en el caso de las contrataciones realizadas en el marco de los Juegos Panamericanos), así como aquellas actuaciones que no reúnan las características de una contratación con el Estado, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha normativa; no obstante, tal supuesto no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública, considerándolos independientemente de que no se utilice la Ley de Contrataciones, pues implican la erogación de fondos públicos.

De lo expuesto, debemos tener presente que aquellas contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado o no reúnan las características de una contratación pública dentro de su ámbito podrán realizarse sin observar sus disposiciones.

LAS CONTRATACIONES DE HASTA 8 UIT

En la Ley 26850 existía la adjudicación de menor cuantía, que se utilizaba para contrataciones desde una unidad impositiva tributaria (UIT) hasta los 15 000 soles, en el caso de servicios; hasta los 35 000 soles para bienes; y hasta los 90 000 soles para obras. En ese sentido, se puede advertir que el legislador dispuso la aplicación de la ley de contrataciones para procedimientos realizados a partir de 1 UIT, dejando libertad contractual respecto a aquellos supuestos que se realizaran por montos inferiores. No obstante, con el transcurrir de los años, la política respecto a las contrataciones sin aplicación de la normativa de contrataciones se fue flexibilizando, y en la actualidad, conforme lo dispone el artículo 5 de la Ley de Contrataciones, los supuestos que van hasta 8 UIT (34 400 soles, al momento de elaborar este artículo) están excluidos del ámbito de aplicación de la mencionada ley.

En junio del año 2008, mediante el Decreto Legislativo 1017, se aprobó una nueva Ley de Contrataciones, la cual en su artículo 3.3 estableció en su literal h) que la norma no era de aplicación para las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 3 UIT, vigentes al momento de la transacción. Es decir, se incrementó el supuesto de

inaplicación de la norma anterior hasta las 3 UIT, lo que permitía una mayor flexibilidad a las contrataciones realizadas por el Estado hasta dicho monto.

El 11 de julio del 2014 se publicó la Ley 30225, cuyo artículo 5, literal a), establece que la normativa de contrataciones del Estado no es aplicable para las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, vigentes al momento de la transacción. Precisa, además, que dichas contrataciones se encuentran sujetas a supervisión por parte del OSCE, supuesto que se materializa con la remisión mensual por parte de las entidades.

En cuanto a la supervisión, la Opinión 128-2017/DTN del OSCE arriba a dos conclusiones. La primera es que las entidades deben registrar y publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la información de estas contrataciones realizadas durante el mes, para lo cual el plazo máximo es de hasta diez días hábiles del mes siguiente. La segunda es que las entidades que realicen dichas contrataciones deben efectuarlas de acuerdo con los lineamientos establecidos en sus normas de organización interna, en el marco de los principios que regulan la contratación pública, en razón de lo cual determinarán los mecanismos apropiados para garantizar la eficiencia y transparencia en el uso de los recursos públicos. En consecuencia, las entidades pueden implementar mecanismos similares a los establecidos en la normativa de contrataciones del Estado.

Es en aplicación de este criterio que podemos entender que las entidades públicas emiten las directivas internas para regular las contrataciones de hasta 8 UIT; sin embargo, son pocas las entidades que han llevado a cabo esta tarea, lo que implica que la mayoría de las aproximadamente 2300 entidades públicas desarrollan sus contrataciones de hasta 8 UIT sin tener una base legal clara.

Para elaborar el presente artículo, procedimos a revisar las directivas internas para contrataciones de hasta 8 UIT de las siguientes entidades: OSCE, Ministerio de Economía y Finanzas, EsSalud, Defensoría del Pueblo, Presidencia del Consejo de Ministros, Protransporte, Ministerio de Agricultura, Instituto Nacional de Salud del Niño, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), Gobierno Regional de Arequipa, entre otras. Se pudo advertir que tales directivas incluyen como base legal estas normas: Código de Ética de la Función Pública, Ley de Presupuesto, Código Civil, TUO de la Ley de Contrataciones y el Reglamento de Organización y Funciones de cada entidad. Como se puede apreciar, no figura entre estas el Código Civil, que es una norma diseñada para la contratación entre particulares, y que no es la herramienta adecuada para las contrataciones realizadas por la Administración Pública, al no tener como eje central el interés público y al no considerar el derecho público. Sobre el particular, García de Enterría y Fernández (1986) sostienen:

Por lo pronto, hay que decir que el derecho administrativo es un derecho público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración

Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre, tales relaciones afectan solo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el derecho administrativo es el derecho público del Estado por excelencia. (pp. 38-39)

Finalmente, es necesario recordar respecto al supuesto de pretender utilizar el Código Civil como base legal para las contrataciones de la Administración Pública lo señalado por Díez (1981), cuando precisa que la Ley Administrativa puede ser de relación o de organización y acción administrativa:

Las leyes administrativas se clasifican teniendo en cuenta su contenido. Hay normas de relación y normas de organización y acción administrativa. Las normas de relación son aquellas que se dictan para delimitar las esferas jurídicas subjetivas de la administración y de los particulares. Son leyes que atribuyen a veces poderes jurídicos y facultades a la Administración Pública, pero también son las que vienen a proteger directamente las situaciones jurídicas de los particulares, convirtiéndolas en derechos subjetivos oponibles frente al Estado. En lo que se refiere a las normas de organización y acción administrativa, son aquellas que determinan, por una parte, la estructura orgánica de la Administración Pública y, por otra, los fines propios que la administración ha de perseguir con su actuación y el modo y forma como esto debe realizarse. Estas normas no se dictan para garantía de los derechos subjetivos de los particulares, sino para la tutela del interés público. (pp. 317-318)

En tal sentido, entendemos que no resulta pertinente pretender utilizar el Código Civil como base legal para las contrataciones públicas de hasta 8 UIT. No obstante, resulta preocupante que en ninguna de las directivas revisadas se pudo encontrar el mecanismo que pueden o deben emplear las partes en caso de que surjan controversias durante la contratación.

EL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO

Desde la publicación de la Ley de Contrataciones del Estado en 1998, el arbitraje ha sido incluido como medio obligatorio de solución de controversias para los conflictos suscitados durante la etapa contractual, supuesto que se ha mantenido hasta la actual Ley de Contrataciones. Por su carácter obligatorio y específico, muchos autores denominan a este medio heterocompositivo de solución de controversias *arbitraje administrativo*. Kundmüller (s. f.) señala:

En este último caso, el marco normativo administrativo de contrataciones y adquisiciones, en adelante: marco normativo o marco normativo subanálisis, otorga cabida a la conciliación y al arbitraje administrativo en materia de contrataciones

y adquisiciones, siendo este último medio de solución de controversias al que nos referiremos a partir de ahora, nominándolo simplemente como arbitraje administrativo y analizándolo en el contexto del ámbito de acción de las Administraciones Públicas. (p. 224)

Podemos definir el arbitraje administrativo como el mecanismo mediante el cual la Administración Pública, en cualesquiera de sus manifestaciones, y los administrados pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes.

En esa línea de pensamiento, el OSCE cuenta en su organigrama con la Dirección de Arbitraje Administrativo, que es el órgano encargado de la administración y organización de procesos arbitrales. Entre sus principales funciones, se encuentra participar en calidad de secretaría arbitral (conforme le sea encargada dicha labor por las partes en confrontación o por los árbitros), designar a los árbitros, resolver las recusaciones contra ellos, además de llevar a cabo el proceso de inscripción y renovación en el registro de árbitros del OSCE.

No pretendemos en el presente artículo establecer si el arbitraje administrativo podría constituir una categoría diferente del arbitraje entre privados, o si es una subespecialización del arbitraje; o si se agota en la Ley de Contrataciones o puede encontrarse en otras normas como la Ley de Concesiones o la de Expropiaciones. Solo queremos resaltar que dentro de la normativa de contrataciones se utiliza de manera obligatoria el arbitraje como mecanismo de solución de controversias contractuales, el cual tiene características diferentes del arbitraje regulado por el Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje.

En ese sentido, el OSCE, entre las atribuciones que le confiere la Ley de Contrataciones en su artículo 52, tiene la potestad de organizar y administrar arbitrajes, de acuerdo con lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto. Igualmente, puede designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.

Considerando lo señalado, cabe preguntarse si es posible utilizar el arbitraje administrativo como mecanismo de solución de controversias para los conflictos surgidos en las contrataciones de hasta 8 UIT y si corresponde al OSCE dicha designación.

EL CASO MEGAFRANK

El 10 de abril del 2018, la empresa Megafrank E. I. R. L. solicitó al OSCE la designación de árbitro residual para que resuelva la controversia suscitada con EsSalud respecto a la Orden de Compra 4502539482. En el Oficio 3288-2018-OSCE/DAR, la Dirección de Arbitraje

del OSCE concluye el procedimiento de designación, argumentando que el importe de la controversia es de 24 500 soles, por lo que no resulta de aplicación la Ley de Contrataciones. El 5 de septiembre del 2018, la empresa interpuso un recurso de apelación ante la presidencia del OSCE señalando que, conforme a la Ley de Contrataciones y su reglamento, las controversias en ejecución contractual se resuelven mediante conciliación o arbitraje, no excluyéndose ningún tipo de controversias y menos por razones de cuantía; asimismo, argüía que, de rechazar el pedido de designación de árbitro, resultaba imposible recurrir a otra vía en procura de su derecho de cobro, lo cual le generaba un gran agravio. Mediante la Resolución 101-2018-OSCE-PRE, del 17 de octubre del 2018, se declaró infundada la apelación, tomando como argumento central que, sin importar el objeto de la contratación, si el monto de la misma es inferior a 8 UIT, dicha contratación se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; adicionalmente, se señala que lo resuelto no causa agravio ni priva de su derecho de cobro, por cuanto tiene expedita la vía judicial o arbitral, conforme al Código Civil o a la Ley de Arbitraje.

Como se puede apreciar, la respuesta del OSCE no resuelve el problema de la empresa Megafrank, que busca un mecanismo especializado y rápido para resolver su controversia. Asimismo, en este caso, considerando que la Orden de Compra 4502539482 no incluye convenio arbitral, solo le queda a la empresa Megafrank acudir a la vía del Poder Judicial para poder cobrar el importe adeudado.

EL ARBITRAJE EN CECONAR

Al revisar la página web de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD), encontramos su Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR)¹, que es el organismo autónomo que tiene como misión procurar la solución de las controversias en la prestación de servicios de salud y demás derechos relacionados con este tema, principalmente en el ámbito del aseguramiento universal en salud (AUS) y la seguridad social, a través de mecanismos alternativos como son la conciliación y el arbitraje.

Las principales ventajas que ofrece dicho centro son las siguientes:

- Buen manejo técnico especializado
- Costos accesibles para las partes
- Rapidez de los procesos en comparación con otras instancias
- Neutralidad e imparcialidad en la solución de controversias
- Solución definitiva de las controversias
- Confidencialidad de los procesos

1 Véase la página web: <http://portal.susalud.gob.pe/cdi/centro-de-conciliacion-y-arbitraje-ceconar/>

Como se puede apreciar, estamos ante un centro especializado de solución de controversias respecto a servicios de salud.

Mediante la Resolución de Superintendencia 162-2016-SUSALUD/S, se aprobó el reglamento de CECONAR, que regula las actuaciones arbitrales que se administran en el centro, al que supletoriamente se aplican las normas generales del Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje. Este reglamento contiene el texto del convenio arbitral tipo de CECONAR, que debe ser promovido y difundido por el centro, así como todo el desarrollo del proceso arbitral.

Como se puede apreciar en el portal de CECONAR, las tarifas arbitrales del centro son las que figuran en la tabla 1.

Tabla 1
Tarifas de los honorarios arbitrales en el CECONAR

Modalidad	Cuantía	Porcentaje del tope	Honorarios total	Honorario por parte
A	Hasta \$ 500	20	\$ 100	\$ 50
B	Sobre \$ 500 y hasta \$ 1000	15	\$150	\$ 75
C	Sobre \$ 1000 y hasta \$ 1500	12	\$ 180	\$ 90
D	Sobre \$ 1500 y hasta \$ 2000	11,50	\$ 230	\$ 115
E	Sobre \$ 2000 y hasta \$ 3000	10	\$ 300	\$ 150
F	Sobre \$ 3000 y hasta \$ 4000	9	\$ 360	\$ 180
G	Sobre \$ 4000 y hasta \$ 5000	8	\$ 400	\$ 200
H	Sobre \$ 5000 y hasta \$ 6000	7,50	\$ 450	\$ 225
I	Sobre \$ 6000 y hasta \$ 7000	7,14	\$ 500	\$ 250
J	Sobre \$ 7000 y hasta \$ 10 000	6	\$ 600	\$ 300
K	Sobre \$ 10 000 y hasta \$ 20 000	5	\$ 1000	\$ 500
L	Sobre \$ 20 000 y hasta \$ 50 000	3	\$ 1500	\$ 750
M	Sobre \$ 50 000 y hasta \$ 100 000	2	\$ 2000	\$ 1000
N	Sobre \$ 100 000 y hasta \$ 500 000	0,50	\$ 2500	\$ 1250
O	Sobre \$ 500 000 y hasta \$ 1 000 000	0,30	\$ 3000	\$ 1500
O	Sobre \$ 1 000 000		\$ 3600	\$ 1800

Fuente: Reglamento y tabla de Aranceles y Honorarios aprobado por Resolución de Superintendencia 050-99-SEPS (2017, p. 3)

Como se observa, para controversias de hasta 8 UIT, la tarifa es de 600 dólares, la cual debe ser pagada 50 % por cada parte.

ALTERNATIVA PROPUESTA

El artículo 52 de la Ley de Contrataciones establece, entre otras, las siguientes funciones del OSCE:

- a) Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados. [...]
- f) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia. [...]
- k) Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.
- l) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.

El Reglamento de Organización y Funciones del OSCE (ROF), en su artículo 99, establece que la Dirección de Arbitraje tiene como finalidad desarrollar las actividades relacionadas con los medios de solución de controversias durante la etapa de ejecución contractual en el marco de las contrataciones del Estado; y en el artículo 101 le asigna las siguientes funciones, entre otras:

- n) Proponer los proyectos de normas especializadas en materia de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. [...]
- q) Proponer las directivas de gestión en materia de su competencia, así como velar por su cumplimiento para la optimización de los procesos del OSCE.

El artículo 103 del ROF plantea las siguientes funciones de la Subdirección de Procesos Arbitrales: organizar y administrar los arbitrajes a cargo del OSCE, conforme a lo establecido en el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, y en aquellos que corresponda, con el apoyo de las otras subdirecciones de ser el caso.

Debemos considerar que, si bien el artículo 5 de la Ley de Contrataciones establece que las contrataciones de hasta 8 UIT están excluidas del ámbito de aplicación de la misma, tal supuesto no exime a las entidades de estar bajo la supervisión del OSCE, lo que se evidencia al dar cumplimiento a la Directiva 008-2017-OSCE/CD, "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE".

En tal sentido, no encontramos impedimento legal alguno para que el OSCE, a través de la Dirección de Arbitraje y de acuerdo con las funciones antes descritas, elabore un procedimiento arbitral especial para resolver las controversias suscitadas en las contrataciones de hasta 8 UIT, emulando el esquema de DIRECOMAR, para lo cual inclusive podría valerse del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA) del OSCE. Este procedimiento puede ser aprobado mediante una resolución de la presidencia del OSCE y ser regulado

a través de una directiva, por lo que no sería necesario un cambio ni en la ley ni en el reglamento.

Los elementos que debe comprender la directiva propuesta son los siguientes:

- a. Disposiciones generales
- b. Ámbito de aplicación
- c. Funciones del SNA
- d. Cláusula arbitral tipo que deberá incluirse en las órdenes de compra o en las órdenes de servicio
- e. Régimen arbitral
- f. Sede arbitral, la cual será el local del OSCE
- g. Designación arbitral, a través de árbitro único del Registro Nacional de Árbitros
- h. Tasa única arbitral (sugerimos la mitad de 1 UIT) que será cancelada por el demandante y, de ser el caso, reconocida en el laudo arbitral
- i. El SNA del OSCE será la secretaría arbitral
- j. Actuaciones arbitrales
- k. Duración máxima del proceso arbitral desde la instalación: treinta días hábiles, incluida la audiencia única y emisión de laudo

CONCLUSIONES

Podemos concluir que, si bien la Ley de Contrataciones debe ser utilizada por todas las entidades y empresas del Estado, contempla también supuestos excluidos de su aplicación, entre los cuales encontramos a las contrataciones de hasta 8 UIT. Estas contrataciones, solo en algunos casos, están reguladas a través de directivas internas de cada entidad, pero la mayoría de veces no tienen regulación, lo cual implica que muchas entidades de manera errónea están utilizando el Código Civil para regular contrataciones que incluyen interés público. Lo más preocupante es que tampoco existe un procedimiento adecuado para resolver las controversias suscitadas en la etapa contractual de las contrataciones de hasta 8 UIT, lo que significa no solo el desconcierto en las partes contratantes sobre qué medio de solución de controversias utilizar, sino que también está generando una sensación cada vez más grande de indefensión en los contratantes.

En ese sentido, y a efectos de resolver el problema descrito, se plantea, dentro de los alcances de la normativa de contrataciones y la normativa interna del OSCE, un arbitraje especial que se encargue de las controversias de las contrataciones de hasta 8 UIT, el

cual será obligatorio, expedito y económico para las partes, y que utilizará la organización con la que ya cuenta el OSCE para tal fin, lo que implica que no erogará mayores recursos económicos del Estado.

REFERENCIAS

- Amado, J., y Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. *Thémis*, 40, 255-262.
- De la Puente, M. (1991). *El contrato en general* (t. 1). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Diez, M. M. (1981). *Manual de derecho administrativo* (t. 1). Plus Ultra.
- García de Enterría, E., y Fernández, T. R. (1986). *Curso de derecho administrativo* (t. 1). Civitas.
- Kundmüller, F. (s. f.). El arbitraje administrativo en contrataciones y adquisiciones del Estado. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 221-246. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2019/03/El-Arbitraje-Administrativo-Kundmuller-Per%C3%BA.pdf>
- Linares, M. (2006). El contrato administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 1, 285-308.
- Reglamento y Tabla de Aranceles y Honorarios aprobado por Resolución de Superintendencia 050-99-SEPS. 2 de enero del 2017. <http://portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/archivo/ceconar/Aranceles-administrativos-y-honorarios-arbitrales.pdf>
- Resolución 101-2018-OSCE-PRE [Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado]. 17 de octubre del 2018. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1128587/RESOLUCION_N%C2%BA_101-2018-OSCE-PRE20200731-107894-18r3o9i.pdf
- Salazar, R. (2009). Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras. *Revista de Derecho Administrativo*, 7, 24-35.
- Trelles, O. (2002). El contrato administrativo, el contrato-ley y los contratos de concesión de servicios públicos. *Thémis*, 44, 237-251.

NULIDAD DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

CARLOS RODRÍGUEZ MANRIQUE*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 17/12/2020 Aceptado: 11/1/2020
doi <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5055>

RESUMEN. La atribución que tienen los entes de la Administración Pública de anular de oficio sus propios actos administrativos, sin necesidad de recurrir a una autoridad jurisdiccional, constituye una potestad pública que genera una permanente tensión entre el principio de legalidad y la seguridad jurídica. Este artículo aborda esta manifestación de la revisión de oficio de las actuaciones administrativas partiendo de la distinción de figuras como validez, nulidad, revocación e inexistencia, para luego desarrollar, de manera crítica, la forma como la normativa administrativa vigente contempla la correlación de fuerzas entre los principios antes mencionados. Asimismo, se exponen las garantías procesales y los presupuestos especiales que deben presentarse para que las entidades públicas puedan ejercer correctamente esta potestad, sin afectar los derechos de los administrados.

PALABRAS CLAVE: acto administrativo / nulidad de acto administrativo / revisión de oficio de actos administrativos / autotutela / agravio al interés público / invalidez del acto administrativo / proceso de lesividad

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Gestión Pública por la Universidad Autónoma de Barcelona, Universidad Pompeu Fabra y ESADE, España. Profesor de derecho administrativo en la Universidad de Lima. Socio de Amprimo, Flury, Barboza & Rodríguez Abogados.

NULLITY OF ADMINISTRATIVE ACTIONS ON THE ADMINISTRATION'S OWN ACCORD

ABSTRACT. The faculty that Public Administration entities have to nullify their administrative actions on their own accord, without the need of appealing to a jurisdictional authority, generates a permanent tension between the principles of legality and legal security. The author tackles this public administration faculty starting from the distinction between figures like validity, nullity, revocation and inexistence, to then critically develop the way in which current administrative norms contemplate the correlation of forces between the already mentioned principles. Furthermore, this article develops the basic procedural guarantees and special requirements that must be present so that public entities may apply this faculty correctly, without affecting the administered individuals.

KEYWORDS: administrative action / nullity of administrative action / review of administrative actions on the administration's own accord / self-tutelage / affront against public interest / invalidity of administrative acts / harmfulness process

INTRODUCCIÓN

A diferencia de los actos jurídicos generados en el ámbito del derecho privado, cuya nulidad debe ser declarada por una autoridad jurisdiccional, los actos administrativos pueden ser declarados como nulos directamente por la propia Administración, en la medida en que estos hayan sido producidos con vicios que afecten su validez y siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

En el derecho civil, la regla es que los particulares (o el Ministerio Público en las materias de su competencia) sean los que peticionan a la autoridad jurisdiccional que declare la nulidad absoluta de los actos jurídicos. Solo por excepción, en los casos en que la nulidad sea manifiesta, la autoridad jurisdiccional podrá declararla de oficio¹. Claro está que la actuación nulificante de oficio del juez o del árbitro estará supeditada siempre a la existencia de un proceso judicial o arbitral, respectivamente, planteado e iniciado por un accionante. Ninguna autoridad jurisdiccional puede impulsar de oficio el inicio de un proceso destinado a que se anule un acto jurídico, a diferencia de lo que ocurre con la Administración, que sí cuenta con la potestad de iniciar de oficio un procedimiento administrativo tendiente a declarar la nulidad de sus propios actos.

La nulidad de los actos administrativos puede ser invocada también por los administrados (al igual que ocurre en el derecho civil con la nulidad de los actos jurídicos, que puede ser invocada por los particulares). En este caso, la nulidad debe ser formulada a través de los recursos administrativos pertinentes, como lo establece el numeral 11.1 del artículo 11 del texto único ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en lo sucesivo, LPAG)². Estos recursos son la reconsideración, la apelación y, excepcionalmente, la revisión.

La potestad de la Administración de declarar la nulidad de sus propios actos administrativos, sin necesidad de recurrir a la autoridad jurisdiccional, se encuentra prevista

1 De acuerdo con el artículo 220 del Código Civil: "La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede subsanarse por la confirmación".

2 LPAG. Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el título III, capítulo II, de la presente ley.

11.2 La nulidad de oficio será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo.

11.3 La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico.

en el artículo 211 de la LPAG, y constituye una clara manifestación de la denominada *autotutela administrativa*³.

La reciente modificación de la LPAG, por el Decreto Legislativo 1272, ha introducido importantes modificaciones al tratamiento de la nulidad de oficio de los actos administrativos, lo cual nos ha motivado a escribir el presente artículo. Algunos cambios son buenos y eran necesarios, pero otros —como el caso específico de la ampliación del plazo prescriptorio para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos a dos años— son severamente negativos, porque agravan la disparidad que existe entre la Administración y los administrados, además de representar un debilitamiento de la seguridad jurídica.

ACLARANDO LAS NOCIONES DE VALIDEZ, EFICACIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

No es infrecuente que los operadores del derecho confundan los alcances de las nociones de validez, eficacia y nulidad de los actos administrativos. Este hecho puede resultar más

3 LPAG. Artículo 211.- Nulidad de oficio

211.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

211.2 La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario.

Además de declarar la nulidad, la autoridad puede resolver sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso, este extremo solo puede ser objeto de reconsideración. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispone la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

En caso de declaración de nulidad de oficio de un acto administrativo favorable al administrado, la autoridad, previamente al pronunciamiento, le corre traslado, otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para ejercer su derecho de defensa.

211.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

Respecto de la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10, el plazo para declarar la nulidad de oficio se extiende hasta un (1) año después de la notificación de la resolución correspondiente a la sentencia penal condenatoria firme.

211.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres (3) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

211.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

confuso cuando, por ejemplo, se advierte que en ocasiones un acto administrativo inválido puede surtir plenos efectos, o también cuando se verifica que un acto infractor de la ley no es inválido, en razón de que el vicio es irrelevante para el derecho.

La noción de validez del acto administrativo está directamente vinculada con el principio de legalidad. Un acto administrativo será válido en la medida que su generación se haya realizado de conformidad con el ordenamiento jurídico, lo que importa que todos los requisitos constitutivos para su emisión se configuren sin vicios trascendentes.

El artículo 3 de la LPAG establece que los requisitos de validez de los actos administrativos son cinco: (i) competencia, (ii) objeto o contenido, (iii) finalidad pública, (iv) motivación y (v) procedimiento regular⁴. La ley establece cómo debe configurarse cada uno de estos requisitos para que el acto administrativo sea considerado válido.

Ahora bien, cuando referimos que los requisitos del acto administrativo deben concurrir sin que se presenten vicios relevantes o graves de legalidad, ello es así porque el ordenamiento jurídico tolera la existencia de vicios no trascendentes respecto de los requisitos de validez del acto administrativo. En estos casos, prevalece la conservación del acto administrativo y no se sanciona su nulidad, sin perjuicio de la enmienda del mismo por parte de la autoridad emisora⁵.

4 LPAG. Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, *quorum* y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad, sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indiquen los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

5 LPAG. Artículo 14.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes los siguientes:

- 14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
- 14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

La noción de conservación del acto administrativo produce una dicotomía en materia de nulidades administrativas: (i) los actos que contienen vicios trascendentes respecto de sus elementos configuradores se consideran inválidos y son susceptibles de ser declarados nulos; y (ii) los actos que contienen vicios intrascendentes respecto de sus elementos configuradores se consideran válidos y se conservan. Los segundos, pese a que formalmente pueden haber infringido el ordenamiento jurídico, no se consideran incompatibles *per se* con el principio de legalidad y, por ende, no se configuran como inválidos.

He aquí otra de las grandes diferencias entre la nulidad civil y la administrativa en el derecho peruano: nuestro ordenamiento administrativo general no contempla la figura de la anulabilidad de los actos administrativos. Los actos son válidos y compatibles con el sistema jurídico o, sencillamente, no lo son; no cabe la posibilidad de actos administrativos viciados con nulidad relativa y que se encuentren, por ende, sujetos a confirmación por parte de la Administración.

No se debe incurrir en el error frecuente de asociar la noción de conservación del acto administrativo con la anulabilidad. La conservación niega la existencia de la nulidad absoluta o relativa, toda vez que salvaguarda la validez del acto administrativo, en razón de que este se encuentra afectado solo por un vicio intrascendente que no resulta suficiente para considerarlo incompatible con el ordenamiento jurídico. Dicho vicio deberá ser enmendado de oficio por la Administración, pero en ningún caso importa una contravención relevante e insalvable al principio de legalidad. En buena cuenta, se hace prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto, sobre los formalismos que no inciden en su validez, en aplicación del principio de eficacia⁶.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.

6 El principio de eficacia que rige el procedimiento administrativo se encuentra reconocido en el numeral 1.10 del artículo IV del "Título preliminar" de la LPAG, que dice lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo:
[...]

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

Asimismo, no se debe confundir la noción de invalidez del acto administrativo con la sanción que determina la cesación de su existencia y efectos. Esta última es la nulidad. Así, un acto administrativo inválido podrá permanecer surtiendo efectos jurídicos en tanto no se sancione su nulidad; e, incluso, puede ocurrir que, por el transcurso del tiempo, sea imposible jurídicamente que ello ocurra, lo que conlleva la aceptación por parte del sistema jurídico de un acto contrario a la legalidad. Esto ocurre cuando los actos inválidos son consentidos por los administrados al no ser impugnados dentro del plazo de ley; prescribe la facultad de la Administración para declarar la nulidad de oficio de tales actos administrativos; y caducan las acciones tendientes a declarar la nulidad de los actos administrativos en sede judicial⁷.

Ocuparnos de la invalidez nos obliga a pronunciarnos sobre la mal llamada “nulidad de pleno derecho”, referida en el artículo 10 de la LPAG. Como sabemos, esta norma contempla los cuatro vicios del acto administrativo que causan su nulidad, literalmente, “de pleno derecho”⁸. Sin embargo, cuando se efectúa una interpretación sistemática de esta norma con relación a la integridad de la LPAG, se concluye indubitablemente que entre invalidez y nulidad no existe una relación causal necesaria y obligatoria. Como quiera que la propia LPAG ha previsto plazos perentorios para que los administrados interpongan los recursos impugnativos tendientes a perseguir la nulidad de los actos administrativos y, a su vez, ha contemplado también un plazo prescriptorio (dos años) para que la Administración declare la nulidad de oficio de sus propios actos, cabe la posibilidad de que los actos administrativos inválidos no sean declarados nulos debido al vencimiento de tales términos. De este modo, se ha preferido la seguridad jurídica frente a la legalidad.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marconormativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

7 Como es sabido, los plazos que fija el TUO de la Ley 27548, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS, para interponer una demanda contencioso-administrativa cuya finalidad es la declaración de nulidad de un acto administrativo, son de caducidad. No obstante, no resulta inusual que los administrados recurran a acciones constitucionales, como el amparo, cuando un acto administrativo vulnera derechos constitucionales; mencionamos esto porque los plazos para interponer este tipo de acciones son de prescripción, conforme a lo previsto por el Código Procesal Constitucional.

8 LPAG. Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Lo primero que fluye de esta situación es que existirán actos administrativos que incurren en vicios de legalidad gravísimos y que podrán surtir plenos efectos, en razón de que fueron consentidos, o porque la potestad de la Administración para declarar su nulidad de oficio prescribió. En buena cuenta, para nuestra LPAG, los actos inválidos serán “tolerados” gracias al transcurso del tiempo. Esto ha hecho que algunos administrativistas, como Baca (2007), sostengan que la nulidad de pleno derecho que recoge la LPAG no es otra cosa que una mera anulabilidad.

En nuestra opinión, la mal llamada “nulidad de pleno derecho” prevista en la LPAG, artículo 10, no es tal, pero la regulación contenida en nuestra norma tampoco es conceptualizada como una anulabilidad. Es cierto que algunos ordenamientos administrativos comparados (por ejemplo, el de España) asocian los actos anulables con aquellos cuyos vicios de validez son subsanables y su revisión —sea a solicitud del administrado o *ex officio*— está sujeta a términos perentorios. En contrapartida, los actos nulos de pleno derecho serán aquellos que revisten vicios de especial gravedad y trascendencia, lo que justifica su anulación de oficio sin sujeción a un límite temporal; en otras palabras, es imprescriptible.

Santamaría Pastor (2004), comentando el ordenamiento administrativo español, refiere que la figura de la nulidad de oficio se caracteriza por dos efectos: (i) en primer lugar, los actos nulos de pleno derecho no son convalidables mediante la subsanación ulterior de los vicios que padezcan; y (ii), en segundo lugar, son sanables parcialmente por el transcurso del tiempo (imprescriptibilidad relativa). Respecto a esto último, precisa que existirá un efecto diverso según se trate de la impugnación de un acto en vía de recurso o revisión de oficio:

La impugnación de un acto nulo en vía de recurso se encuentra sometida a los mismos plazos de caducidad que la impugnación de los actos anulables, de tal forma que la ausencia de interposición del recurso en tiempo hábil los hace igualmente inatacables; en cambio, la revisión de oficio de los actos nulos puede hacerse en cualquier momento, sin sujeción a plazo alguno. (Santamaría Pastor, 2004, p. 138)

Según este autor, la figura de la nulidad de pleno derecho permite la revisión de oficio de los actos administrativos en cualquier momento, es decir, sin que medie plazo prescriptorio. Ciertamente, esto no ocurre en el ordenamiento administrativo peruano, que contempla un límite temporal (que hoy es de dos años) para que la Administración declare de oficio la nulidad de sus propios actos.

En el modelo administrativo peruano, la nulidad de los actos administrativos no está concebida como una de pleno derecho (imprescriptible)⁹, sino que se trata de una nulidad

9 Aunque el artículo 10 de la LPAG afirme ello de manera ostentosa.

absoluta. La nulidad absoluta regulada en la LPAG no admite la convalidación del acto administrativo mediante la subsanación de los vicios de validez que este padezca, pues estos son trascendentes e incompatibles con la legalidad; sin embargo, si transcurre un plazo razonable sin que la invalidez del acto administrativo haya merecido una declaración de nulidad, entonces este se torna inmune o intangible a la revisión de oficio por parte de la Administración.

Al igual que en el derecho civil, la nulidad absoluta administrativa no es sinónimo de invalidez *ipso iure* o imprescriptible. Por el contrario, siempre se requerirá que la autoridad administrativa o jurisdiccional declare la nulidad y, lo más importante, el transcurso del tiempo generará que el acto administrativo inválido resista cualquier acción nulificante en su contra, lo que determina que su ilegalidad sea, finalmente, intangible en el ordenamiento jurídico. En este último estadio se presume, *iure et de iure*, que eliminar los efectos del acto administrativo inválido de manera retroactiva resulta más pernicioso para el sistema jurídico que mantenerlo vigente y eficaz; por lo que, transcurrido cierto plazo razonable, se privilegia la seguridad jurídica frente a la legalidad.

Es excesivo señalar que la figura de nulidad absoluta posibilita que el acto inválido sea sanado por el transcurso del tiempo, pues ello, en rigor, no ocurre, sino que simplemente existirá una tolerancia a la invalidez del mismo, en atención a la preferencia por la seguridad jurídica frente a la legalidad.

Esta circunstancia, tan particular en nuestro ordenamiento administrativo, hace necesario evaluar la incorporación en la LPAG, de manera positiva, de figuras jurídicas como la real nulidad de pleno derecho o la inexistencia para vicios de validez especialmente graves, pero como figuras residuales y excepcionales. Asimismo, coincidimos con quienes sostienen que la inexistencia es una figura que hoy tiene cabida en el ordenamiento jurídico administrativo peruano (Baca, 2007, p. 260), encontrando pleno sustento en la vigencia y aplicación de principios generales del derecho administrativo como los de legalidad, ejercicio legítimo del poder y eficacia, así como en la propia noción garantista de seguridad jurídica, ya que no hay nada más inseguro que conferirle valor legal a hechos ilegales o imposibles jurídicos.

En efecto, no resulta compatible con el derecho reconocer la existencia de actuaciones con severos vicios de legalidad y que jamás serán compatibles con el ordenamiento por ser imposibles jurídicamente, como es el caso de un acto administrativo emitido por una entidad territorialmente incompetente o la adjudicación a particulares de bienes públicos inalienables; casos como estos no deben ser tolerados por el derecho en mérito al transcurso del tiempo y simplemente corresponde considerarlos como inexistentes. La aplicación de la figura de la inexistencia debe ser excepcional y extraordinaria, razón por la cual urge su regulación positiva; pero, en tanto ello no ocurra, corresponderá a los jueces y magistrados desarrollar su contenido y alcance. Lamentablemente, la emisión

del Decreto Legislativo 1272, que introdujo diversas y potentes modificaciones a la LPAG, fue una oportunidad desaprovechada para llenar este vacío legal.

No obstante, se debe resaltar que el Decreto Legislativo 1272 ha incorporado entre sus modificaciones un supuesto de revocación del acto administrativo por incompatibilidad con el ordenamiento jurídico, que si bien nada tiene que ver con la figura de la inexistencia, cuando menos permite al sistema legal tener una salida para expulsar a los actos administrativos inválidos que fueron consentidos por los administrados, o respecto de los cuales venció el plazo para que la Administración los declare nulos de oficio.

Este nuevo supuesto está previsto en el numeral 212.4 del artículo 212 de la LPAG, el cual señala que cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, “cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no se genere perjuicios a terceros”. Como se aprecia, este supuesto de revocación permite que los efectos de un acto administrativo ilegal cesen a futuro (*ex nunc*), siempre que se cause agravio o se perjudique la situación jurídica del administrado. Nótese que el supuesto de hecho no abarca la afectación a la Administración o un agravio al interés público, por lo que los actos ilegales que afectan exclusivamente a estos últimos, en rigor, no podrán ser revocados invocando esta causal.

NULIDAD DE OFICIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

La nulidad de oficio de los actos administrativos constituye una manifestación del poder de autotutela de la Administración. El régimen de autotutela se materializa en una posición de privilegio de la Administración frente a los administrados en lo que respecta a la alteración y ejecución de sus actos y actuaciones, lo cual le permite prescindir de la tutela jurisdiccional para tales fines.

Cuando los particulares enfrentan un conflicto entre sí, no pueden asumir la justicia por mano propia, sino que, por principio, deben buscar a un tercero atribuido con función jurisdiccional para que imparta una solución a la controversia ajustada a derecho (heterotutela). Tradicionalmente, los jueces monopolizaban la función jurisdiccional, pero hoy esto ya no así, gracias a la consolidación del arbitraje. Esto último no ocurre en el caso de la Administración que, por su condición de poder público, puede adoptar decisiones y actuaciones que afectan la esfera jurídica de los administrados para tutelar su propia situación jurídica, de manera previa a la intervención de un juez.

La prescindencia de intervención jurisdiccional para tutelar su situación jurídica y la variación del *statu quo* de las relaciones que mantiene con los administrados no significan que la Administración no esté sometida a control jurisdiccional, sino que goza de las siguientes potestades: (i) efectivizar la ejecución de sus actos de manera

directa e inmediata, incluso a través de medios de ejecución forzosa (ejecutoriedad); (ii) imponer directamente sanciones a los administrados que infringen el ordenamiento administrativo o incumplen con obligaciones y mandatos frente a ella; (iii) establecer una vía administrativa previa a los particulares que le posibilite revisar a ella misma los reclamos respecto de actos que ha dictado, antes de que aquellos puedan acceder a los tribunales; y (iv) revisar de oficio sus propios actos (vía rectificación de errores, nulidad o revocación). Santamaría Pastor (2004) sostiene con relación a la posición de autotutela:

La Administración no precisa de la colaboración judicial para hacer declaraciones de derechos que alteren *per se* las situaciones jurídicas o estados posesorios (tutela declarativa), ni para ejecutar coactivamente tales declaraciones (tutela ejecutiva): la autotutela supone que, por regla general, puede realizar por sí misma uno y otro tipo de actividades. (p. 93)

Así, a diferencia de los administrados, que para lograr la nulidad de un acto administrativo deben someterse a la misma Administración para que esta evalúe la legalidad de su propia actuación y, en caso de no encontrar respuesta satisfactoria en la vía administrativa, gozan del derecho a formular su pretensión de nulidad ante un juez contencioso-administrativo, la Administración puede declarar la nulidad de oficio de sus propios actos administrativos sin necesidad de recurrir a un tercero o, lo que es lo mismo, confiriéndose tutela a sí misma.

De este modo, la Administración tiene el poder de evaluar la legalidad de los actos administrativos que emitió y anular aquellos que tienen vicios trascendentes que afectan su validez, sin importar que estos hayan estado generando efectos e incidiendo en la esfera jurídica de los administrados. Naturalmente, para aquellos administrados que han visto habilitado el ejercicio de derechos o han adquirido estos en virtud de un acto administrativo anulado por la propia Administración que los dictó, la sensación de inseguridad jurídica es intensa, sobre todo porque no ha existido una autoridad jurisdiccional que medie y decida sobre dicha nulidad. Es más, la regla general es que recién podrán recurrir al Poder Judicial una vez que se haya consumado la nulidad del acto administrativo, a efectos de intentar revertir tal situación.

Una persona que goza de una autorización administrativa, una certificación, un registro o cualquier otro acto que lo beneficie, y que es ajena a la esfera del derecho administrativo, se sorprende sobremedida al conocer los alcances de esta potestad de la Administración, y más aún cuando sabe que dicha prerrogativa está sujeta a un plazo de prescripción de dos años.

Por ello, la nulidad de oficio de los actos administrativos debe ser una medida extraordinaria y que debe efectivizarse previo procedimiento administrativo que garantice el derecho de defensa de los administrados, lo que implica la real y efectiva evaluación de los argumentos y medios de pruebas aportados por estos (conforme a la

normativa vigente, dicho plazo no puede ser menor de cinco días hábiles). Dada su naturaleza de poder público, la Administración goza de este privilegio de autotutela frente a los administrados, pero en la medida que su materialización puede significar la eliminación, limitación o afectación de derechos e intereses, su ejercicio debe realizarse en estricta sujeción a los principios de legalidad, debido procedimiento, eficacia, confianza legítima y ejercicio legítimo del poder.

PRESUPUESTOS PARA LA DECLARACIÓN DE LA NULIDAD DE OFICIO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

De conformidad con el artículo 213 de la LPAG, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 del mismo cuerpo normativo puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

En ese sentido, para que la Administración revise de oficio la validez de sus propios actos administrativos no basta que estos (i) contravengan la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias; (ii) presenten un defecto u omisión de alguno o algunos de sus requisitos de validez; (iii) sean actos expresos o resulten de una aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquieren derechos o facultades contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumple con los requisitos, documentos o trámites esenciales para su adquisición; o (iv) sean constitutivos de infracción penal o se hayan dictado como consecuencia de la misma. Además, se debe verificar que haya un agravio concreto y real al interés público o una lesión a algún derecho fundamental. En ese sentido, la existencia de los vicios previstos en el artículo 10 de la LPAG —que hemos referido— constituye causa suficiente para declarar la nulidad de los actos en el marco de una impugnación administrativa por parte de los administrados o en caso de que la declaración de nulidad sea conocida por un juez; pero no lo es tratándose del ejercicio de la prerrogativa de autotutela de nulidad de oficio que ostenta la Administración.

El agravio al interés público comúnmente se considera como un concepto jurídico indeterminado, pero está lejos de serlo. En todo caso, advertimos que, para efectos de la revisión de oficio de la validez de los actos administrativos, la mera vulneración al ordenamiento jurídico no constituye sinónimo de agravio al interés público; y, precisamente por eso, el artículo 213 de la LPAG lo ha contemplado como un requisito adicional a las causales de nulidad previstas en el artículo 10, entre las cuales se encuentra la concierne a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

En este punto, surge una duda válida: si no existe un agravio al interés público o no se lesionan derechos fundamentales, ¿la Administración podría formular la nulidad de sus propios actos ante el Poder Judicial directamente a través de una demanda

contencioso-administrativa? En nuestra opinión, la respuesta debería ser negativa. Esto se desprende de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 13 del TUO de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS, que a la letra dispone lo siguiente:

También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de la resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

Como se advierte en la norma citada, si bien cabe la posibilidad legal de que una entidad pública pueda demandar la nulidad de sus propios actos administrativos en un proceso contencioso-administrativo, ejerciendo la acción de lesividad, para ello debe cumplir ineludiblemente con un presupuesto procesal, esencial e indispensable, que consiste en la emisión de la resolución motivada en la que se identifique el agravio que el acto en cuestión produce a la legalidad administrativa y al interés público. En ese sentido, si no existe una resolución administrativa en la cual la Administración, previamente, identifique y justifique en qué consiste el agravio al interés público o la lesión a derechos fundamentales —en tanto ello supone una violación a la legalidad administrativa—, entonces, no cabe posibilidad de incoar una demanda peticionando la nulidad de sus actos administrativos. Al respecto, Huapaya (2006) sostiene:

[...] la resolución de agravio o que declara la lesividad es un presupuesto de primer orden, puesto que centra o determina el fundamento mediante el cual se solicita la tutela jurisdiccional con la finalidad de declarar la nulidad del acto considerado lesivo. En tal sentido, es un presupuesto procesal imprescindible en orden de constituir adecuadamente la relación jurídico-procesal que se manifiesta a través del proceso de lesividad. (pp. 894-895)

En ese sentido, si no existe motivación expresa y concreta sobre agravio al interés público o lesión a los derechos fundamentales, no cabe la nulidad de oficio de los actos administrativos, ni tampoco la interposición de una acción de lesividad.

PLAZO PARA DECLARAR LA NULIDAD DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La potestad de declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos presupone una delimitación restrictiva al derecho de igualdad ante la ley de los particulares con relación a la Administración, la que se justifica, principalmente, en la salvaguarda del principio de legalidad. En efecto, si la Administración determina, vía fiscalización posterior de su propia actividad, que una decisión suya ha sido emitida vulnerando gravemente la legalidad, corresponde tomar acción al respecto y revertir dicha decisión, de oficio, sin necesidad de recurrir a un juez.

En algunas legislaciones comparadas (por ejemplo, la de España) que contemplan la nulidad de pleno derecho en su real dimensión, la revisión de oficio de los actos inválidos puede hacerse en cualquier momento, es decir, de manera indefinida¹⁰. Sin embargo, esto no ocurre en nuestro derecho, en el cual existe un plazo perentorio para que la Administración declare la nulidad de sus propios actos. Conforme al numeral 213.3 del artículo 213 de la LPAG —según su texto modificado por el Decreto Legislativo 1272—, este plazo es de dos años, contados a partir de la fecha en que ha quedado consentido el acto administrativo¹¹. Cabe recordar que el texto original de la LPAG preceptuaba que la facultad para declarar la nulidad de oficio prescribía al año de producido el consentimiento del acto administrativo.

En nuestra opinión, un plazo de dos años para declarar la nulidad de oficio de actos administrativos favorables a los administrados resulta excesivo, por lo que constituye una regulación que afecta la seguridad jurídica y amplía la brecha de desigualdad en la relación de poder que existe entre la Administración y los administrados; máxime si nuestra legislación contempla plazos breves para que estos últimos puedan plantear la nulidad de los actos administrativos mediante recursos impugnativos administrativos o mediante la demanda contencioso-administrativa.

En efecto, cuando el administrado es quien solicita dicha revisión por los mismos motivos, los plazos que tiene para hacerlo son cortos y perentorios. Como sabemos, para formular la nulidad de un acto administrativo, el administrado debe hacerlo por medio de los recursos administrativos correspondientes (numeral 11.1 del artículo 11 de la LPAG) dentro de un plazo de quince días hábiles perentorios (artículo 21 de la LPAG), computado, como regla general, a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la

10 Esta postura tradicional y aún imperante de la imprescriptibilidad de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho viene siendo tamizada de un tiempo a esta parte. Así, Sánchez Morón (2013) refiere que “la expresión *en cualquier momento* no significa tampoco que las facultades de revisión de oficio carezcan de todo límite en el tiempo. Es significativo, por ejemplo, que, a diferencia de esa regla, la jurisprudencia comunitaria europea recalque que las potestades revocatorias de actos nulos de pleno derecho —*inexistentes*, en la terminología comunitaria— de las instituciones de la Unión Europea solo pueden ejercerse durante un *plazo razonable* (SSTJUE del 12 de julio de 1962, Hoogovens; 13 de junio de 1965, Lemmerz-Werke; 20 de junio de 1991, *Cargill*, etc.). En nuestro derecho, el artículo 106 LRJPAC dispone, no obstante, que las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando, entre otras causas, *por el tiempo transcurrido*, su ejercicio resulte contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes; o a la confianza legítima, podríamos añadir. La interpretación y aplicación de este artículo 106 debe también llevar a limitar la posibilidad de ejercicio de la potestad de revisión de oficio a un plazo razonable, que puede variar en función de las circunstancias” (p. 570).

11 El numeral 213.3 del artículo 213 de la LPAG señala lo siguiente: “213.3. La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos (2) años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos, o contado a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme, en lo referido a la nulidad de los actos previstos en el numeral 4 del artículo 10”.

notificación del acto administrativo¹². Por su parte, el plazo para que un administrado pueda plantear una demanda contencioso-administrativa cuya pretensión sea la declaración de nulidad total o parcial de un acto administrativo es de tres meses, contados desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero¹³.

Un supuesto especial para el cómputo del plazo prescriptorio de la anulación de oficio del acto administrativo es el relativo al caso de los actos constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma. En esta situación, dicho término se computa a partir de la notificación a la autoridad administrativa de la sentencia penal condenatoria firme por parte del Poder Judicial, de acuerdo con lo previsto en el numeral 213.3 del artículo 213 de la LPAG. Esta regla particular se explica en que no cabe iniciar debido a que no resulta razonable.

CUESTIONES PROCEDIMENTALES

Es importante tener presentes las cuestiones de orden procedimental que rigen la nulidad de oficio.

Procedimiento regular

La revisión de oficio de la validez de un acto administrativo favorable al administrado requiere ser instruida y resuelta en el marco de un procedimiento administrativo. Se debe distinguir entre dos situaciones procedimentales que pueden dar mérito a una nulidad de oficio: (i) la invalidación de un acto administrativo no firme en el seno de un expediente administrativo en curso, en particular, a propósito del trámite de un procedimiento recursal; y (ii) la invalidación de un acto administrativo firme en un procedimiento invalidatorio autónomo iniciado de oficio por la Administración.

El escenario (i) se presenta cuando, a propósito de un recurso administrativo, la autoridad toma conocimiento de la existencia de un vicio que afecta la validez del acto administrativo y que no ha sido objeto de impugnación por parte del administrado. En este caso, en respeto a los principios de debido procedimiento y buena fe procedimental,

12 La regla del inicio del cómputo del plazo está prevista, en todo su alcance, en el artículo 142 de la LPAG que establece, a la letra, lo siguiente:

Artículo 142.- Inicio de cómputo

142.1 El plazo expresado en días es contado a partir del día hábil siguiente de aquel en que se practique la notificación o la publicación del acto, salvo que este señale una fecha posterior, o que sea necesario efectuar publicaciones sucesivas, en cuyo caso el cómputo es iniciado a partir de la última.

142.2 El plazo expresado en meses o años es contado a partir de la notificación o de la publicación del respectivo acto, salvo que este disponga fecha posterior.

13 Según el artículo 18, inciso 1, del TUO de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS.

la autoridad deberá brindar al administrado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa y, por ello, previamente a la emisión de su pronunciamiento, debe conferirle el derecho de audiencia y descargo respecto de las eventuales causas que motivan la invalidez del acto.

No cabe duda de que, en concordancia con los principios de legalidad e impulso de oficio, la autoridad administrativa está facultada para revisar de oficio la validez integral de un acto administrativo que es puesto a su conocimiento, sin limitarse a la verificación de la legalidad de aquello que ha sido objeto del ejercicio del derecho de contradicción del administrado. Sin embargo, no se encontrará conforme a derecho la emisión de un acto definitivo dictado en el marco de un procedimiento recursal que declare la nulidad del acto impugnado por causas distintas de las peticionadas y de los agravios expresados en el recurso administrativo respectivo, sin que se haya otorgado al administrado la posibilidad de expresar sus argumentos de defensa y ofrezca sus medios de prueba para estos.

La situación (ii) ocurre en los casos de revisión de oficio de la validez de actos administrativos firmes, respecto de los cuales ya no cabe impugnación en sede administrativa y, por tanto, el procedimiento administrativo del cual emanaron ya se encuentra concluido. En estos casos, tratándose de un acto administrativo favorable al administrado, se deberá iniciar un nuevo procedimiento administrativo en el cual se realizarán actuaciones postulatorias, de instrucción y decisorias que servirán para determinar si cabe o no declarar la nulidad del acto administrativo en cuestión.

En este procedimiento invalidatorio autónomo, se deberá notificar al administrado la causal de nulidad en la que se encontraría inmerso el acto, así como las razones que causan agravio el interés público o lesionan los derechos fundamentales. Esto se deriva de una interpretación lógica, sistemática y teleológica de los artículos 10 y 213 de la LPAG. Asimismo, se deberá conferir al administrado un plazo razonable para que pueda ejercer su derecho de defensa, presentando sus descargos, formulando mecanismos de defensa (por ejemplo, alegación de la prescripción) y aportando los medios de prueba que considere pertinentes. El plazo mínimo que establece la LPAG para estos efectos es de cinco días hábiles, de acuerdo con el numeral 213.2 de su artículo 213.

Competencia

La nulidad de oficio del acto administrativo es declarada por el órgano superior jerárquico de aquel que emitió el acto inválido¹⁴. Esta regla constituye un mecanismo de control interno de la propia Administración, porque (i), de un lado, permite al superior jerárquico controlar las actuaciones ilegales de los órganos inferiores, lo que es una

14 Según el numeral 11.2 del artículo 11 y el numeral 213.2 del artículo 213 de la LPAG.

manifestación del principio de jerarquía que estructura la Administración Pública; y (ii), de otro lado, obliga al órgano emisor a realizar un análisis idóneo y objetivo sobre la legalidad de sus propios actos, así como de la existencia de un agravio actual y real al interés público o una lesión a derechos fundamentales, toda vez que el subalterno deberá elevar los actuados al superior jerárquico y pondría en evidencia su actuación ilegal para que este la evalúe y declare su nulidad. Respecto a esto último, cabe señalar que, al declarar la nulidad del acto, la autoridad superior deberá disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del órgano subalterno en caso de que se evidencie ilegalidad manifiesta¹⁵.

Se debe tener presente que la responsabilidad del emisor del acto inválido será más grave si la facultad para declarar su nulidad *ex officio* prescribe y se torna imposible invalidarlo en sede administrativa por el transcurso del tiempo. Por esta razón, existe un incentivo para que el responsable del acto viciado busque remediar la ilegalidad recurriendo al superior jerárquico. De este modo, la regla competencial en virtud de la cual corresponde al superior jerárquico declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos importa un límite interno a la arbitrariedad para la Administración.

La excepción a esta regla se configura cuando la autoridad administrativa que emitió el acto objeto de invalidez no está sometida a subordinación jerárquica. En este caso, la nulidad de oficio deberá ser declarada por el mismo órgano emisor del acto que se invalida. De este modo, ante la ausencia de una revisión jerárquica en el interior de la propia Administración, se privilegia la autotutela administrativa y la salvaguarda del principio de legalidad frente a la alternativa de la revisión vía recurso de lesividad ante el Poder Judicial.

Contradicción

De acuerdo con el literal d) del numeral 228.2 de la LPAG¹⁶, los actos administrativos que declaran la nulidad de oficio de otros agotan la vía administrativa; esto es, causan estado. Siendo esto así, la regla general es que la contradicción del acto anulatorio de oficio se formule a través de la demanda contencioso-administrativa tramitada ante el Poder Judicial.

No obstante, se debe tener presente que la invalidación de oficio de un acto administrativo firme requiere de la tramitación de procedimiento regular previo, en el cual el administrado pueda ejercer su derecho de defensa. Este procedimiento será autónomo

15 Ello de acuerdo con el numeral 11.3 del artículo 11 de la LPAG.

16 El texto del numeral 228.2 del artículo 228 de la LPAG dice: "228.2 Son actos que agotan la vía administrativa: [...] d) El acto que declara la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 213 y 214".

respecto del que dio origen al acto que se busca invalidar —el primero concluyó con la emisión de un acto administrativo definitivo y firme—, y se estructurará en una única vía administrativa, en razón de que, como hemos referido, los actos anulatorios de oficio agotan la vía administrativa.

Siendo esto así, cabe preguntarse si la regla contenida en el literal a) del numeral 228.2 del artículo 228 de la LPAG, relativa a la posibilidad de interponer recurso de reconsideración contra actos que no son susceptibles de impugnación ante una autoridad jerárquicamente superior en la vía administrativa, también resulta aplicable a los actos anulatorios de oficio. Al respecto, la norma en cuestión dispone que agota la vía administrativa

[...] el acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo positivo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa.

En nuestra opinión, la regla del literal d) del numeral 228.2 de la LPAG, que determina que los actos administrativos que declaran la nulidad de oficio de otros agotan la vía administrativa, no excluye la aplicación de la posibilidad de interponer recurso de reconsideración, conforme al literal a) del mismo numeral. El hecho de que se determine que el acto anulatorio de oficio causa estado no enerva la posibilidad de que el administrado interponga, opcionalmente, un recurso de reconsideración, como lo establece la regla contenida en el literal a) del numeral 228.2 para todos los actos administrativos emanados de procedimientos administrativos de instancia única.

Nuestra interpretación de la norma es sistemática con el artículo 219 de la LPAG que posibilita, excepcionalmente, interponer recurso de reconsideración contra actos emitidos en procedimientos de única instancia administrativa, sin necesidad de aportar prueba nueva¹⁷. Morón (2020), sobre este particular, refiere:

De suyo en este caso, el administrado tendría agotada la vía administrativa por la emisión de este acto, por no haber instancia superior ante la cual plantear alguna apelación. Pero la norma faculta al administrado, igualmente con carácter potestativo, para interponer este recurso ante la propia autoridad emisora, para intentar revertir la situación aun en la sede administrativa, como un mecanismo facultativo para evitar el costo y la demora del proceso contencioso-administrativo.

17 El texto del artículo 219 de la LPAG señala lo siguiente: "El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación".

Obviamente, si el administrado opta por este recurso de reconsideración extraordinario, no requerirá nueva prueba y deberá esperar la decisión final para poder judicializar el caso. (Vol. II, p. 219)

De otro lado, cabe mencionar los alcances del numeral 213.2 del artículo 213 de la LPAG, que contempla la posibilidad de que, al declarar la nulidad de oficio, la autoridad pueda resolver sobre el fondo del asunto en caso de contar con elementos suficientes para ello; y, si ello no fuese posible, disponer la reposición del procedimiento administrativo al momento en que se produjo el vicio, anulando con ello todos los actos de trámite y definitivos que sucedieron con posterioridad al vicio (efectos reactivos de la nulidad).

Sobre este particular, debemos tener presente que, si bien el acto invalidatorio de oficio agota la vía administrativa, ello no enerva los efectos retroactivos de la nulidad; por eso, sin perjuicio de que el administrado tenga abierta la puerta del proceso contencioso-administrativo para cuestionar la validez de dicha actuación, corresponderá reponer el procedimiento al momento en que ocurrió el vicio para que se emita un nuevo pronunciamiento conforme a derecho, salvo que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, lo que derivará en la responsabilidad del emisor y, eventualmente, la indemnización para el perjudicado, de acuerdo con el numeral 12.3 del artículo 12 de la LPAG.

Lo que queda claro es que el administrado no podrá recurrir a un recurso de apelación para que un superior jerárquico pueda revisar el acto anulatorio de oficio, sino que corresponde que contradiga dicha decisión en el proceso contencioso-administrativo, salvo la regla excepcional del recurso de reconsideración antes expuesta. Esa es la consecuencia natural de que un acto administrativo cause estado.

Ocupémonos ahora del supuesto de reconsideración regulado en el numeral 213.2 del artículo 213 de la LPAG, el cual se refiere al supuesto en el que la autoridad decide anular de oficio un acto administrativo y, en atención a que cuenta con los elementos de juicio suficientes, resuelve sobre el fondo del asunto. Sobre este particular, la norma señala literalmente lo siguiente: "En este caso, este extremo solo puede ser objeto de reconsideración". Esta norma es concordante con el literal d) del numeral 228.2 de la LPAG, que determina que el acto anulatorio de oficio agota la vía administrativa, no siendo posible interponer un recurso impugnativo que pueda ser conocido por un superior jerárquico, como es el caso del recurso de apelación.

Es preciso señalar que la norma no tiene por objeto restringir la interposición del recurso de reconsideración solo al acto o extremo del acto que resuelve el fondo del asunto, sino que tiene por finalidad dejar en claro que no cabe interposición de apelación. Esa debe ser la interpretación de este precepto, pues lo contrario sería limitar.

EL SUPUESTO PARTICULAR DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

La LPAG, en el texto original del numeral 202.3 de su artículo 202, establecía lo siguiente:

Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio. Solo procede demandar su nulidad ante el Poder Judicial, vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme¹⁸.

Como se aprecia, la LPAG inicialmente proscribía la posibilidad de que un tribunal administrativo que había resuelto una controversia entre administrados —en el marco de un procedimiento trilateral— revise de oficio sus decisiones; ello con la finalidad de evitar que, luego de existir un pronunciamiento firme y que hubiese causado estado, el propio colegiado lo anule a su sola discreción, reabra el caso y, eventualmente, cambie el sentido de su decisión original. Claramente, el legislador optó por la seguridad jurídica frente a la legalidad.

No obstante, mediante el Decreto Legislativo 1029, primero, y el Decreto Legislativo 1452, después, se modificó dicha norma legal, hoy contenida en el numeral 213.5 del artículo 213 de la LPAG con el siguiente texto:

Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo puede ejercerse dentro del plazo de dos (2) años contados desde la fecha en que el acto haya quedado consentido. También procede que el titular de la entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal.

La citada norma evidencia un cambio radical de la postura inicialmente contemplada por el legislador, aunque restringida a los consejos o tribunales regidos por leyes especiales. En estos casos, los tribunales administrativos podrán anular de oficio el acto administrativo firme y que causó estado si cuentan con el acuerdo unánime de todos sus

18 El numeral 202.5 del artículo 202 de la LPAG (hoy numeral 213.5) fue inicialmente modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1029, cuyo texto era el siguiente: "202.5 Los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, solo pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio en sede administrativa por el propio consejo o tribunal con el acuerdo unánime de sus miembros. Esta atribución solo podrá ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto es notificado al interesado. También procede que el titular de la entidad demande su nulidad en la vía de proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes de notificada la resolución emitida por el consejo o tribunal".

miembros. Como resulta evidente, deberá mediar un procedimiento administrativo en el que se confiera derecho de defensa a los administrados, así como deberá sustentarse la existencia de un agravio al interés público o una lesión a derechos fundamentales.

Cabe señalar que la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1029 disponía que la nulidad de oficio podía ejercerse dentro del plazo de un año contado desde la fecha en que el acto fue notificado al interesado. Este plazo fue ampliado por el Decreto Legislativo 1452, estableciéndose un periodo de dos años para sancionar la nulidad de oficio en este supuesto especial, contado desde la fecha en que el acto haya quedado consentido.

Una cuestión por dilucidar, producto de este último cambio normativo, es a partir de qué momento se considera que un acto administrativo, emitido por un consejo o tribunal que ha resuelto una controversia en última instancia administrativa, ha quedado consentido. Ciertamente, el acto definitivo que se emite en última instancia administrativa causa estado, agotando la vía administrativa, pero no es sinónimo de acto consentido. En primer término, dicho acto devendrá en consentido y, a su vez, firme si no se recurre a la vía judicial para impugnar su validez (demanda contencioso-administrativa). Pero también será posible que el acto administrativo se torne en consentido debido a la actuación positiva del administrado, quien ejecuta el acto sin objetarlo o expresar reserva alguna; todo lo contrario, goza y acepta sus efectos.

Ahora bien, en el caso del acto definitivo consentido y firme se tendrá una certeza y objetividad sobre el momento en que se empieza a computar el plazo de dos años para que un tribunal administrativo pueda declarar la nulidad de oficio, ya que ello será verificable gracias a la notificación del acto que agota la vía administrativa. No ocurrirá lo mismo con el acto consentido por una actuación positiva y espontánea del administrado, ya que muchas veces será difícil tener certeza exacta de cuándo ocurrió ello, siendo necesaria la probanza de dicha situación.

EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD

Vencido el plazo legal para que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio de sus propios actos en sede administrativa, podrá interponer un proceso contencioso-administrativo de lesividad, comúnmente conocido como acción de lesividad, con la finalidad de que se declare la nulidad de sus propios actos en sede judicial. En este proceso, la legitimidad activa recae en la entidad emisora del acto administrativo cuya nulidad se pretende, mientras que la legitimidad para obrar pasiva corresponderá a quien o quienes se vean afectados con dicha pretensión.

Una nota destacable sobre el proceso de lesividad es que se trata de una acción que solamente se podrá interponer en la medida en que haya vencido el plazo para poder

declarar la nulidad de oficio, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio a la legalidad y al interés público, conforme a lo previsto en el segundo párrafo artículo 13 del TUO de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS¹⁹. Consideramos que una interpretación sistemática de esta norma y el artículo 213 de la LPAG habilitan la posibilidad de interponer la acción de lesividad en el supuesto de que el acto a invalidar lesione derechos fundamentales.

Una delimitación clara impuesta por el artículo 13 del TUO de la Ley 27584 consiste en que el proceso de lesividad tiene por objeto la pretensión de nulidad de actos administrativos que declaren derechos subjetivos a los administrados. Para autores como Morón (2020), esta norma posibilita la pretensión de nulidad contra actos que otorgan o reconocen derechos e intereses a los administrados (vol. II, p. 171). Más específicamente, este autor señala que se debe entender por

[...] actos declarativos de derechos subjetivos aquellos que la doctrina reconoce como favorables a la esfera jurídica del destinatario del acto, creando un derecho, una facultad, o una posición de ventaja o beneficio, suprimiendo una limitación o desventaja, etcétera, como, por ejemplo, los actos conformadores o ampliatorios: la admisión, la autorización, la licencia, los permisos, la concesión, etcétera. Esta apreciación de favorabilidad también comprende aquellos en que el acto bifronte o de dos efectos, por ser también dos los destinatarios. (Morón, 2015, p. 231)

Otro aspecto relevante es que el proceso de lesividad se puede formular contra actos administrativos firmes, sea que estos hayan agotado o no la vía administrativa. Por ejemplo, los actos administrativos que no han agotado la vía administrativa, pero que tienen la calidad de firmes y consentidos por los administrados, en razón de que constituyen o declaran derechos o intereses en favor de estos, podrán ser objeto de una pretensión de nulidad en un proceso de lesividad, si estos se encuentran inmersos en una causal de nulidad prevista en el artículo 10 de la LPAG y, adicionalmente, agravan el interés público o lesionan derechos fundamentales.

Precisamente, el numeral 1 del artículo 20 del TUO de la Ley 27584 considera como una excepción al agotamiento de la vía administrativa el supuesto en el que la demanda es interpuesta por una entidad administrativa, conforme al supuesto contemplado en el segundo párrafo del artículo 13 antes referido.

19 El segundo párrafo del artículo 13 del TUO de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por el Decreto Supremo 011-2019-JUS, dispone a la letra lo siguiente: "También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de la resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa".

Finalmente, se debe tener presente que no estaremos ante un proceso de lesividad en el supuesto en que una entidad distinta a la emisora del acto administrativo formule una pretensión de nulidad contra tal acto. En ese caso, nos encontraremos ante una mera demanda contencioso-administrativa, en la cual la entidad accionante deberá acreditar que cuenta con legitimidad para obrar activa porque ocupó la posición de administrado en un procedimiento administrativo, o porque una ley especial faculta a una entidad a cuestionar los actos administrativos de otra.

REFERENCIAS

- Baca, V. (2007). La inexistencia, una noción instrumental necesaria en el derecho administrativo peruano. En *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo* (pp. 251-260). Palestra Editores.
- Bocanegra, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo*. Civitas.
- Cassagne, J. C. (2013). *El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico*. Temis.
- Decreto Supremo 011-2019-JUS del 2019. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. 3 de mayo del 2019. <https://busquedas.elperuano.pe/normas-legales/decreto-supremo-que-aprueba-el-texto-unico-ordenado-de-la-le-decreto-supremo-n-011-2019-jus-1766381-1/?fbclid=IwAR1i737ooW0VxAhGxHsjuP7a5FtAky99Wd88hCeHF7bxmT8c3jdvBPmL9-A>
- Huapaya, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso-administrativo*. Jurista Editores.
- Jordano, J. (1997). *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*. Marcial Pons.
- Mora, J. (2011). *La autotutela en el derecho administrativo. Un enfoque crítico*. Temis.
- Morón, J. C. (2015). El proceso contencioso de lesividad: catorce años después de su incorporación en el derecho peruano. *Ius et Veritas*, 24(51), 224-246.
- Morón, J. C. (2020). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (vols. I y II). Gaceta Jurídica.
- Sánchez Morón, M. (2013). *Derecho administrativo. Parte general*. Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2004). *Principios de derecho administrativo* (vols. I y II). Iustel.

¿ESQUIZOFRENIA COLECTIVA? EL ROL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS EN LAS REORGANIZACIONES SOCIETARIAS EN EL PERÚ

REYNALDO ANTONIO GUARNIZ IZQUIERDO*

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 20/4/2021 Aprobado: 10/8/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5008>

RESUMEN. El presente trabajo tiene por objeto analizar la conflictiva relación entre la Ley General de Sociedades y las inscripciones registrales con respecto a la fecha de vigencia de las reorganizaciones societarias. Para tal efecto, se examina la racionalidad del procedimiento regulado por las normas y recomendado por la doctrina, los derechos e intereses que se pretenden proteger, y las deficiencias y posibles interpretaciones del lenguaje de la norma. Al final del artículo, se incluyen sugerencias para una posible reforma de la ley en materia de fusiones y escisiones.

PALABRAS CLAVE: reorganización societaria / fecha de vigencia / derecho de oposición / derecho corporativo / Ley General de Sociedades

COLLECTIVE SCHIZOPHRENIA? THE ROLE OF PUBLIC REGISTRY IN CORPORATE REORGANIZATIONS IN PERU

ABSTRACT. The purpose of this paper is to analyze the conflictive relationship between the General Corporation Law and the Public Registry, concerning the effective date of corporate reorganizations. The author examines the rationality of the procedure regulated by the rules and recommended by the doctrine, the rights and interests that are intended to be protected and the deficiencies and possible interpretations of the language of the regulation. At the end of this paper, the author includes suggestions for a possible reform of the law on mergers and spin-offs.

KEYWORDS: corporate reorganization / effective date / right of opposition / corporate law / General Corporation Law

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho por la Universidad de Columbia en Nueva York, Estados Unidos. El presente artículo refleja exclusivamente la opinión personal del autor, que no es necesariamente compartida ni compromete la opinión de ninguna de las instituciones con las que el autor esté o haya estado afiliado profesional o académicamente.

“Tal vez es la propia simplicidad del asunto lo que nos conduce al error”.

Edgar Allan Poe, “La carta robada”

INTRODUCCIÓN

La esquizofrenia es un trastorno mental cuyos síntomas incluyen delirios y alucinaciones que acarrearán que el sujeto afectado pierda contacto con la realidad, al estar expuesto a percibir cosas que no existen y ser incapaz de diferenciarlas de aquellas que sí existen. Algunas normas —y nosotros, como sociedad, a través de ellas— parecieran padecer de esta enfermedad.

La Ley 26887, Ley General de Sociedades, por ejemplo, tiene una relación accidentada con las inscripciones registrales. Existen al menos dos situaciones en las que se manifiestan estos problemas. La primera es el nacimiento de las sociedades: la mencionada ley tiene tres tratamientos diferentes para este momento inicial en la vida de una sociedad. Por un lado, dice que la sociedad “se constituye” por escritura pública (artículo 5); pero, por otro lado, sostiene que “adquiere personalidad jurídica” con su inscripción en los Registros Públicos (artículo 6). Y, sin embargo, contempla la posibilidad de celebrar actos en nombre de la sociedad antes de su constitución o inscripción e incluso, más adelante, reconoce como sujeto de derechos a una entidad que no tiene escritura pública ni inscripción registral, sino una mera existencia *de facto*, llamándola *sociedad irregular* (artículo 423). ¿Es que acaso la Ley General de Sociedades —y con ella, todos nosotros— ha sufrido un pequeño ataque de esquizofrenia otorgando derechos a entidades que, según ella misma, no existen?

Entonces, si un grupo de personas empieza a actuar “de hecho” en forma manifiesta “como una sociedad” el día 10 de enero, otorgan minuta de constitución el día 10 de marzo, firman escritura pública el día 10 de julio y obtienen la inscripción de la sociedad el 10 de octubre, ¿desde cuándo “existe” la sociedad? Uno estaría tentado a concluir que si desde el 10 de enero se trata de una entidad que es susceptible de ostentar derechos y asumir obligaciones (es decir, es un sujeto de derechos), existe como “persona” desde esa fecha. Pero la norma no le reconoce esa calidad sino hasta la inscripción. Por lo tanto, cabría preguntarse: ¿qué cambia exactamente cuando se otorga la escritura pública (fecha en que “se constituye”, según el artículo 5) o cuando se inscribe en los Registros Públicos (fecha en la que adquiere “personalidad jurídica”, según el artículo 6)? ¿No consiste la personalidad jurídica, precisamente, en adquirir la calidad de sujeto de derechos?

Un segundo ejemplo de esta relación conflictiva es el que será materia de este breve artículo: la fecha de vigencia de una reorganización societaria, especialmente una fusión o una escisión. A lo largo de los siguientes párrafos se procura analizar la racionalidad del procedimiento regulado por las normas y recomendado por la doctrina, los derechos

e intereses que se pretenden proteger y las deficiencias y posibles interpretaciones del lenguaje de la norma. Al final, se proponen sugerencias para una posible reforma de la ley en materia de fusiones y escisiones.

EL DERECHO DE OPOSICIÓN

La lógica del procedimiento regulado en la ley para la fusión o escisión parte del otorgamiento a los acreedores de un derecho que se denomina *derecho de oposición*. El derecho de oposición regulado en la Ley General de Sociedades es una institución que tiene por objeto proteger a los acreedores ante determinadas decisiones societarias que puedan perjudicar su crédito. Sin embargo, se trata de una protección muy excepcional y que se activa ante determinadas decisiones societarias específicas.

Por ejemplo, los acreedores no tienen derecho de oposición cuando la sociedad adopta el acuerdo a que se refiere el artículo 115, numeral 5 (enajenar en un solo acto activos cuyo valor contable excede el 50 % del capital de la sociedad), ni cuando la sociedad decide endeudarse, sea o no mediante la emisión de obligaciones. Es evidente en estos dos ejemplos que tales decisiones tienen el potencial de afectar negativamente las posibilidades de cobrar de los acreedores, pero la ley no les otorga la protección del derecho de oposición en dichos casos. Por lo tanto, si un acreedor se considera perjudicado por estas decisiones, su remedio legal sería recurrir a instituciones como la acción de ineficacia por fraude (acción pauliana) o el ejercicio de cualquier otro derecho que hubiera podido adquirir contractualmente¹.

El derecho de oposición, en realidad, solo es reconocido por la ley societaria peruana para tres casos concretos: reducción de capital, escisión y fusión. Lo que estas decisiones societarias tienen en común es que en ellas se espera la variación de la cifra del capital social².

La variación del capital social es importante porque el aporte del accionista implica una subordinación. Los créditos frente a la sociedad constituyen un derecho preferente respecto de los activos sociales, mientras que los derechos económicos que otorgan las acciones están subordinados a la previa satisfacción de las acreencias (Hansmann y

1 Por ejemplo, en los contratos de crédito bancario es usual que situaciones de este tipo otorguen al acreedor el derecho de dar por vencidos los plazos y exigir el inmediato cumplimiento de la obligación de pago del íntegro de la deuda.

2 Digo que "se espera" la variación de la cifra del capital social porque, si bien esto ocurre necesariamente en la reducción de capital, no sucede necesariamente en la escisión ni en la fusión, habida cuenta de que, en una fusión por absorción, la sociedad absorbida podría tener patrimonio cero o patrimonio negativo, en cuyo caso la sociedad absorbente no podría aumentar capital. Asimismo, en la escisión, si la sociedad escidente se desprende de un bloque patrimonial negativo, no reduce su capital y la sociedad beneficiaria tampoco lo aumenta.

Kraakman, 2003). Por lo tanto, el aumento de capital —que se supone que debe implicar un claro e indudable incremento del patrimonio social— no se considera una situación sospechosa desde el punto de vista de los acreedores, pero la reducción de capital con devolución de aportes claramente sí lo es. En esa línea, dado que la fusión puede llevarse a cabo involucrando a sociedades que tienen patrimonio negativo y que la escisión puede implicar también la reducción de capital o la recepción de un bloque patrimonial negativo, todas estas situaciones se consideran sospechosas y sujetas a un posible ejercicio del derecho de oposición.

Considerando que el derecho de oposición tiene como propósito proteger a los acreedores, mi opinión es que la Ley General de Sociedades solo regula este derecho —y el procedimiento correspondiente— de manera adecuada en el caso de la reducción de capital. En efecto, el artículo 218 de la norma establece que la reducción de capital que implique un desmedro patrimonial para la sociedad³ solo puede ejecutarse cuando ha transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de oposición. Por su parte, el ejercicio del derecho de oposición tiene por efecto que se suspenda la ejecución del acuerdo hasta que la sociedad pague los créditos o los garantice a satisfacción del juez.

En consecuencia, el acuerdo de reducción de capital que implica un desmedro patrimonial (no toda reducción de capital implica un desmedro patrimonial) no puede ejecutarse, a menos que haya transcurrido el plazo legal para la oposición sin que esta oposición se haya dado. En otras palabras, este derecho de oposición tiene un propósito: el acreedor logra que los recursos que respaldan su crédito se mantengan en la sociedad, que es su deudora, hasta que su crédito se haya pagado o garantizado debidamente⁴.

En el caso de la fusión y de la escisión, en cambio, el procedimiento resulta ser en una gran cantidad de casos un trámite formal sin ningún propósito. Esto se debe a que la ley establece que tanto la fusión como la escisión cobran vigencia en la fecha señalada

3 La “devolución de aportes y la donación de dividendos pasivos o de cualquier otra cantidad adeudada por razón de los aportes” tienen en común que acarrear como consecuencia una disminución patrimonial para la sociedad. La reducción de capital que tiene por objeto restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio neto implica una variación entre cuentas patrimoniales, pero no una disminución del patrimonio.

4 Lo único que podría objetársele a este mecanismo es que no contempla que la notificación a la sociedad sea necesariamente oportuna. Me explico. La norma establece que el derecho de oposición se ejerce judicialmente. Si un acreedor ejerce este derecho mediante una demanda judicial interpuesta el día treinta posterior a la publicación del último aviso (esto es, dentro del plazo), es muy improbable que la sociedad llegue a ser oportunamente notificada de que la demanda se presentó y, por lo tanto, existe la posibilidad de que la sociedad ejecute el acuerdo y se entere posteriormente de la oposición del acreedor. Para evitar esta situación, la norma debería haber contemplado que la obligación del acreedor sea que dentro del plazo de treinta días presente la demanda y, además, notifique a la sociedad de que ha interpuesto la demanda, sin perjuicio de la notificación judicial que pueda ocurrir posteriormente.

en los acuerdos correspondientes. Esa fecha no depende de ninguna otra cosa que de la voluntad de las sociedades participantes. La fusión o la escisión pueden estar vigentes desde el día del acuerdo, al día siguiente, en la fecha de la escritura pública o en cualquier otra fecha en el futuro que las sociedades libremente pueden establecer. Su única limitación, básicamente, es que no podrían acordar una fecha de vigencia en el pasado.

Respecto de la fecha de vigencia, la ley establece que, para la fusión, “en esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante” (artículo 353). Un texto muy similar existe para el caso de la escisión, en el que la norma señala que a partir de la fecha de vigencia “[...] las sociedades beneficiarias asumen automáticamente las operaciones, derechos y obligaciones de los bloques patrimoniales escindidos y cesan con respecto a ellos las operaciones, derechos y obligaciones de la o las sociedades escindidas, ya sea que se extingan o no” (artículo 378).

Tomando en cuenta lo anterior, se propone el siguiente ejemplo, basado en una situación típica y frecuente. Dos sociedades adoptan acuerdos de escisión el 31 de agosto y tales acuerdos cobran vigencia al día siguiente, es decir, el 1 de septiembre. Según lo establecido por la Ley General de Sociedades, a partir del 1 de septiembre, el bloque patrimonial ya no es de titularidad de la sociedad escindida, sino de la sociedad beneficiaria. En este ejemplo, además, las sociedades actúan con la mayor diligencia posible⁵ y realizan las publicaciones correspondientes los días 1, 7 y 13 de septiembre. Por último, el día 10 de octubre, un acreedor de la sociedad escindida ejerce su derecho de oposición.

La pregunta que cabe realizarse es ¿cuál sería el propósito de dicha oposición, considerando que el bloque patrimonial ya fue transferido? El derecho de oposición no podría tener su propósito natural, que es la suspensión de la ejecución del acuerdo, por cuanto el acuerdo ya se ejecutó. La escisión ya es vigente y, como la propia norma señala, los derechos u obligaciones que la sociedad escindida tenía respecto del bloque transferido ya no le pertenecen. En consecuencia, el acreedor de la sociedad escindida ya no puede perseguir esos derechos para satisfacer su crédito. Recuérdese que el efecto de la oposición no es que se declare ineficaz la transferencia respecto del acreedor que se opone —esto sería, más bien, la acción pauliana—, sino la suspensión de la ejecución del acuerdo, que desde luego en este caso no podría suspenderse porque ya se ejecutó.

Y esto es lógico. No debería dársele al derecho de oposición un efecto revocatorio de la transferencia ya concretada porque, después de todo, las personas que

5 Nótese que, si las sociedades participantes demoran en realizar las publicaciones, el problema resultará todavía más grave porque transcurrirá más tiempo entre la fecha de vigencia y la fecha máxima en la que puede ejercerse el derecho de oposición, lo que trae como consecuencia la posibilidad de que existan más terceros que hayan contratado con la sociedad en el ínterin y que puedan resultar potencialmente perjudicados con la oposición.

contrataron con la sociedad⁶ entre la fecha de vigencia y la fecha en que la oposición fuera amparada por el juez —que normalmente ocurrirá muchos meses después— también son acreedores que merecen protección. Por lo tanto, no debería ocurrir que, por solo alegar perjuicio (que es todo lo que necesita alegar el acreedor que se opone), quien ejerce el derecho de oposición resulte siendo preferente respecto de los otros acreedores. Para que el efecto revocatorio fuese razonable, debería probarse también dolo o, cuando menos, mala fe en el nuevo acreedor, lo cual es precisamente el parámetro exigido para la procedencia de la acción pauliana en el caso de actos a título oneroso, según el Código Civil.

Por consiguiente, la única consecuencia real de un posible ejercicio del derecho de oposición es la imposibilidad de otorgar la escritura pública de escisión, lo que implica a su vez la imposibilidad de inscribir la escisión; pero, dado que el efecto patrimonial ya se produjo, la falta de inscripción no beneficia al acreedor que se opuso.

LA FECHA DE VIGENCIA

La regulación sobre la fecha de vigencia de las reorganizaciones societarias, como la fusión y la escisión, fue una de las novedades que trajo la Ley General de Sociedades vigente. Elías Laroza (2015), cuya opinión prácticamente revela la posición “oficial” de los autores de la norma⁷, explica que con la norma anterior había una discusión en la doctrina respecto de la fecha de vigencia; las opiniones más aceptadas sostenían que la fecha de vigencia debería corresponder con (i) la fecha de inscripción en los Registros Públicos, (ii) la fecha del acuerdo de fusión (o de escisión) o (iii) la fecha de otorgamiento de la escritura pública de fusión (o de escisión). Esto es, respecto de los efectos corporativos, toda vez que, para efectos contables y tributarios, la norma tributaria establecía como fecha de vigencia la fecha de otorgamiento de la escritura pública (Hernández, 1997; Talledo y Calle, 2020).

Elías Laroza (2015) considera que la fórmula implementada por la ley actual es simple, porque permite a las sociedades establecer la fecha de vigencia y tener predictibilidad sobre ella, pero al mismo tiempo reconoce la importancia de la inscripción registral, por cuanto la norma señala que, “sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro” (artículo 353). Esta misma fórmula está prevista para la escisión (artículo 378). Desde luego, es muy importante que las sociedades que se reorganizan tengan control sobre la

6 La sociedad absorbente, en el caso de la fusión, o de la sociedad beneficiaria, en el caso de la escisión.

7 Por cuanto fue uno de los más destacados integrantes de la Comisión Redactora del anteproyecto de la actual Ley General de Sociedades.

fecha de vigencia, porque esa fecha acarrea una serie de consecuencias administrativas importantes, por ejemplo, la realización de registros contables.

Finalmente, el autor sostiene que el efecto de la inscripción registral es la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades absorbidas o incorporadas; o, en el caso de la escisión total, la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades escindidas.

Considerando lo anterior, deberíamos concluir que, para Elías Laroza (2015) —y tal vez para los demás autores del proyecto de la norma—, dado que en la fecha de vigencia se transfieren los derechos y obligaciones, la sociedad absorbida o incorporada sigue teniendo existencia legal, aunque ya no sea titular de ningún activo o pasivo. Lo mismo ocurriría en el caso de una escisión total.

Esta interpretación implica el mantenimiento de una personalidad jurídica despojada de todo contenido patrimonial que no beneficia a nadie: ni a accionistas, ni a acreedores, ni a ningún tercero. La única posible finalidad de esta alternativa sería el mantenimiento de un principio: que el nacimiento y la extinción de la personalidad jurídica ocurren a través de la inscripción registral. Sin embargo, como quedó explicado en la introducción, la propia ley no es consistente con ese principio, pero se trata de la única explicación posible. ¿Cuál podría ser la finalidad de mantener la personalidad jurídica de la sociedad absorbida, incorporada o totalmente escindida, si esta ya no es titular de ningún derecho ni obligación?

En este orden de ideas, la inscripción registral vendría a ser irrelevante en la vigencia de la escisión parcial. En efecto, dado que, según Elías Laroza (2015), el único efecto de la inscripción es la extinción de la personalidad jurídica y dado que en la escisión parcial no se produce dicha extinción, la inscripción registral no juega ningún papel en la vigencia del procedimiento. Desde luego, sí cumpliría todas las funciones propias de una inscripción registral, tales como la publicidad.

Ahora bien, esto es solo una interpretación. El lenguaje de la Ley General de Sociedades es problemático debido al uso del término *supeditado*. La interpretación de Elías Laroza (2015) no da cuenta de cómo debe entenderse este término. ¿Qué podría significar que una reorganización que ya es vigente (y en la que indudablemente ya se ha producido la transferencia de los activos y pasivos correspondientes, pues esto lo dispone la ley de manera expresa) se encuentre *supeditada* a la inscripción registral?

En una interpretación literal, según el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, s. f.), la palabra *supeditar* significa “subordinar algo a otra cosa” (definición 3) o “condicionar algo al cumplimiento de otra cosa” (definición 4). En tal sentido, la interpretación literal de la palabra *supeditar* implica que la reorganización societaria correspondiente (fusión o escisión) está subordinada o sujeta a una condición. Sin embargo, hablando ya en términos legales y no meramente coloquiales, la condición

es una categoría en el derecho. Es una modalidad del acto jurídico que supone que este no produzca efectos hasta el cumplimiento de un hecho futuro e incierto (condición suspensiva); o que el acto jurídico que ya produjo efectos deje de tenerlos en el momento en el que se cumple un hecho futuro e incierto (condición resolutoria).

En este orden de ideas, dado que la Ley General de Sociedades establece expresamente que la reorganización (fusión o escisión) cobra vigencia en la fecha indicada en los acuerdos correspondientes y que produce sus efectos en esa misma fecha (puesto que se transfieren los activos y pasivos), es evidente que, si quisiéramos entender literalmente los artículos 353 y 378 de la Ley General de Sociedades, tendríamos que concluir que no puede tratarse de una condición suspensiva.

Esta lectura resulta reforzada si analizamos el texto que la misma Ley General de Sociedades establece para otra forma de reorganización, como es la transformación. El artículo 341 de la norma indica que “la transformación entra en vigencia al día siguiente de la fecha de la escritura pública respectiva. La eficacia de esta disposición está supeeditada a la inscripción de la transformación en el Registro”. Este lenguaje, que es distinto del utilizado para la fusión y para la escisión, deja claro que la intención del legislador para este supuesto es que la eficacia (esto es, la producción de efectos jurídicos) de la transformación ocurra recién con la inscripción. Por lo tanto, en la transformación puede concluirse que efectivamente la inscripción registral constituye una condición suspensiva. Dicho lo anterior, la redacción de esta norma también es desafortunada porque no se entiende entonces cuál es el efecto jurídico de la vigencia. En otras palabras, ¿cuál es la consecuencia que se genera con el otorgamiento de la escritura pública en una transformación si todos los efectos jurídicos están suspendidos hasta que se produzca la inscripción registral? ¿Qué significa que la transformación esté “vigente” si en realidad no produce ningún efecto jurídico?

Para completar el análisis, la Ley General de Sociedades no tiene disposiciones relativas a la fecha de vigencia de las otras formas de reorganización reguladas: la reorganización simple, la redomiciliación o la incorporación de la sucursal de una sociedad extranjera, etcétera. Por lo tanto, no constituyen referencias de interpretación, sino una mera constatación de la inconsistencia de la norma en el tratamiento de situaciones similares.

Así, tanto en una interpretación literal como en una interpretación sistemática, parece muy difícil sostener que la inscripción en Registros Públicos pueda ser considerada como una condición suspensiva requerida para que la fusión o escisión cobre eficacia. La pregunta que surgiría, por lo tanto, es esta: ¿podría acaso tratarse de una condición resolutoria? Y si esto fuese así, ¿desde cuándo operaría la condición resolutoria? En otras palabras, ¿cuánto tiempo tiene que pasar desde la fecha de vigencia, sin que se produzca la inscripción registral, para que se considere cumplida esta supuesta condición resolutoria?

El lenguaje de la Ley General de Sociedades es incompleto para poder interpretar la falta de inscripción registral como una condición resolutoria, toda vez que por tratarse de una condición negativa (la condición consiste en que algo que no ha ocurrido continúe sin ocurrir) se requiere de un plazo máximo para que la condición pudiese operar. Pero, además, entender la falta de inscripción registral como un supuesto de condición resolutoria sería todavía más problemático, porque generaría mayor inestabilidad jurídica. En efecto, si se cumple la condición resolutoria (asumiendo que de alguna manera concluimos que existe un periodo establecido por la ley, dentro del cual debe cumplirse), esto significaría que los activos y pasivos ya transferidos por efecto de la reorganización societaria tendrían que retornar a la sociedad original. Esta consecuencia sería terrible de cara a los acreedores que, en el ínterin, hayan contratado con cualquiera de las sociedades involucradas en la reorganización. Peor aún, si interpretásemos la falta de inscripción registral como una condición resolutoria, la consecuencia de revertir la reorganización societaria tendría lugar incluso si no existiera ningún acreedor que cuestionara la reorganización.

Por lo tanto, de lo expuesto, se puede afirmar que existirían tres posibles interpretaciones respecto de la vigencia de la fusión/escisión:

- a. El artículo 353 de la Ley General de Sociedades, referido a la fecha de vigencia de la fusión (y el correspondiente 378, para el caso de la escisión), es contradictorio. El mismo artículo señala, por una parte, que la vigencia se produce en la fecha indicada en el acuerdo y, por otra parte, que está supeditada a la inscripción. Dado que no pueden ser ambas fechas, tendría que entenderse que la fecha relevante es la indicada en los acuerdos, puesto que es clara la intención de la norma de que los efectos jurídicos se produzcan en esa fecha. A esta interpretación se le denominará, para efectos de este artículo, *interpretación basada en la fecha del acuerdo*. Los problemas con esta lectura son, por un lado, que no ofrece ninguna interpretación razonable para el término *supeditar*, que tendríamos que desechar simplemente como un "error" del legislador; y, por otro lado, que con esta lectura el derecho de oposición de los acreedores queda completamente carente de eficacia en la gran mayoría de los casos⁸.
- b. El artículo 353 de la Ley General de Sociedades, referido a la fecha de vigencia de la fusión (y el correspondiente 378, para el caso de la escisión), es contradictorio. El mismo artículo señala, por una parte, que la vigencia

8 El derecho de oposición de los acreedores solo podría tener eficacia real en aquellos supuestos en los que las juntas de accionistas establezcan una fecha de vigencia tan lejana que permitiese a los acreedores obtener una resolución judicial antes de que se produzca el efecto patrimonial de la transferencia de activos y pasivos.

se produce en la fecha indicada en el acuerdo y, por otra parte, que está supeditada a la inscripción. Dado que no pueden ser ambas fechas, tendría que entenderse que la fecha relevante es la fecha de inscripción registral, puesto que el significado de la palabra *supeditado* es “sujeto a condición” y la única condición posible en este caso es una condición suspensiva. A esta interpretación se le denominará, para efectos de este artículo, *interpretación basada en la fecha de inscripción*. El problema con esta lectura es que, si se aceptara que existe una contradicción insalvable en la norma por un “error” en su redacción, es mucho más razonable deducir que el error consiste en haber incluido la palabra *supeditado* que sostener que el error reside en el lenguaje de todo el párrafo anterior, que detalla la clara intención del legislador de que los efectos patrimoniales ocurran de manera inmediata.

- c. El artículo 353 de la Ley General de Sociedades, referido a la fecha de vigencia de la fusión (y el correspondiente 378, para el caso de la escisión), no es contradictorio. Los efectos legales de la reorganización se producen en dos momentos: (i) los efectos patrimoniales (es decir, la transferencia de activos o pasivos) se producen en la fecha señalada en los acuerdos, mientras que (ii) el efecto de extinción de la personalidad jurídica se produce en la fecha de inscripción registral. A esta interpretación se le denominará, para efectos de este artículo, *interpretación del doble efecto*. El problema con esta interpretación es que, si bien formalmente cumple con explicar todo el lenguaje del artículo, genera la consecuencia de mantener una personalidad jurídica totalmente privada de patrimonio, que no parece generar valor para ninguno de los intervinientes ni para terceros. Esta lectura también implica que en la mayoría de los casos el derecho de oposición de los acreedores quede completamente carente de efectividad.

Como puede verse de lo descrito en las páginas precedentes, ninguna de estas interpretaciones es completamente satisfactoria. Todas tienen vacíos y dificultades.

LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y LA COSTUMBRE MERCANTIL

Como mencioné líneas arriba, la ley de sociedades derogada no contenía ninguna disposición sobre la vigencia de una reorganización societaria, pero existía un consenso de que la norma tributaria vigente en ese momento establecía que “para efectos tributarios” la vigencia estaba determinada por la fecha de otorgamiento de la escritura pública. La exposición de motivos de la actual Ley General de Sociedades, de hecho, reconoce esta realidad y la recoge como la razón de ser del cambio normativo.

No obstante, inclusive esa interpretación era un poco forzada. Era una interpretación basada en el artículo 64 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (Decreto

Supremo 122-94-EF), que estaba referido a la base imponible para el impuesto mínimo a la renta. Esta fecha de vigencia indicada para un propósito tan específico se tomaba como una interpretación general “para fines tributarios”. Además, la norma en mención fue derogada el 3 de mayo de 1997, por lo que, considerando que la Ley General de Sociedades entró en vigor el 1 de enero de 1998 y que la norma tributaria no fue reemplazada hasta el 31 de diciembre de 1999, existe un vacío de cuando menos ocho meses y cuando más treinta y dos meses, en los que no había norma en absoluto que regulara la vigencia para fines tributarios.

Con la Ley General de Sociedades ya en vigor, la norma tributaria también cambió (el artículo 36 del Decreto Supremo 194-99-EF, publicado el 31 de diciembre de 1999, es la norma que aprobó el nuevo texto). La regla actual es la norma del artículo 73 del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, la cual se adapta al nuevo criterio establecido por la ley societaria. La regla ya no es que la vigencia se produce con el otorgamiento de la escritura pública, sino en la misma fecha contemplada en los acuerdos societarios correspondientes —en línea con los artículos 353 y 378 de la Ley General de Sociedades—, con la condición de que tal fecha sea informada de manera oportuna a la administración tributaria. Solo cuando la sociedad omite la comunicación oportuna a la Sunat, el criterio tributario es que se considera como fecha de vigencia aquella en la que se otorga la escritura pública. Esta excepción en la norma tributaria no parece obedecer a un cuestionamiento de los efectos legales de la reorganización correspondiente, sino a la ausencia de una fecha cierta. En efecto, si los acuerdos de fusión o de escisión se adoptan y nunca se comunican ni se formalizan con una escritura pública, no existe manera en que la administración tributaria pueda conocer esa fecha.

Es importante notar que en ninguno de los dos casos —ni con la antigua ley ni con la vigente— la fecha de inscripción se considera relevante para dar efectos a la reorganización. Tampoco la falta de inscripción ha generado ninguna consecuencia de resolución, ineficacia o nulidad.

Ahora bien, es claro que las normas tributarias se rigen por el principio de especialidad. Ruiz de Castilla (2017) explica que, por la naturaleza relacionada con los ingresos y gastos del Estado y con la importancia del tributo como principal ingreso del Estado, la rama que denominamos *derecho tributario* se entiende sujeta a normas particulares y principios especiales. Esto involucra también la creación de conceptos propios que, por lo tanto, no son necesariamente aplicables para otras especialidades del derecho. El autor propone como un ejemplo típico de esta situación la definición del concepto de venta que existe para la norma de impuesto general a las ventas y que no es igual que la definición de venta en el derecho civil.

Dicho lo anterior, tampoco sería correcto sostener que todos los conceptos utilizados por el derecho tributario sean propios y completamente distintos de los empleados por

otras disciplinas. El mismo autor propone el ejemplo del concepto de arrendamiento de la norma del impuesto general a las ventas. Este concepto no tiene una definición propia y exclusiva para el derecho tributario. Por el contrario, se utiliza bajo los mismos términos y alcances que el concepto del derecho civil.

Tomando en cuenta lo expuesto, el análisis de las normas tributarias relacionadas con la fusión o la escisión no tiene por objeto proponer una aplicación supletoria. Es decir, no se trata de interpretar la normativa societaria ni de completar la normativa societaria en función de lo que establecen las normas tributarias. En lugar de eso, la descripción de lo establecido por las normas tributarias tiene por finalidad ilustrar las causas de una costumbre mercantil alrededor de las fusiones y escisiones.

Considerando que la Ley General de Sociedades está vigente desde el año 1997, es claro que miles de empresas se han fusionado o escindido bajo esta norma. Por lo tanto, el mercado tiene un rol que desempeñar en la interpretación de esta disposición legal. Como se sabe, el derecho societario se enmarca en el derecho mercantil y, según lo establecido por el artículo 2 del Código de Comercio, la costumbre es la segunda fuente del derecho en materia mercantil.

En este orden de ideas, tal como ocurría con la ley anterior, dado que las normas tributarias son claras e inequívocas respecto de la vigencia de la reorganización (fusión o escisión), las empresas usan ese mismo criterio para todos los demás propósitos. En otras palabras, si "para efectos tributarios" existe una fecha cierta a partir de la cual produce efectos una reorganización, tiene sentido que las empresas utilicen esa misma fecha para todos los demás propósitos legales (y no solo legales). Sería problemático que la fecha sea una para efectos tributarios, otra para efectos corporativos, una más para efectos comerciales y así sucesivamente.

LOS ANTECEDENTES REGISTRALES

Dado que la Ley General de Sociedades está vigente hace más de dos décadas, es esperable que el desafortunado lenguaje de la norma respecto de la vigencia de la escisión o de la fusión haya sido materia de controversia con ocasión de alguna inscripción registral. En tal sentido, se podrían encontrar antecedentes y pronunciamientos del Tribunal Registral en esta materia.

El antecedente registral más antiguo disponible en el Tribunal Registral es la Resolución 970-2007-SUNARP-TR-L. En este caso, el tribunal confirmó la observación realizada por una registradora del Registro Vehicular, en el sentido de observar la inscripción de la transferencia de propiedad de un vehículo que había sido materia de sucesivas transferencias previas por fusión. Independientemente de los hechos del caso, en la citada resolución se indica que con la ley anterior (la ley de sociedades derogada),

“la fecha de la escritura pública de fusión era tenida en cuenta como fecha de extinción de las sociedades absorbidas”.

Sin embargo, ya analizando los actos sometidos a calificación —que son del año 1998, es decir, con la actual Ley General de Sociedades—, el Tribunal Registral rechaza la inscripción de los actos de disposición del vehículo que fueron adoptados por una sociedad absorbida, por cuanto tales actos fueron realizados en la misma fecha de la escritura pública de fusión y ratificados en fechas posteriores. Es muy significativo que la razón del rechazo sea que el Tribunal Registral considera que en la fecha de adopción de los indicados acuerdos la sociedad se encontraba “extinguida”. En otras palabras, el Tribunal Registral atribuye el efecto de extinción de una sociedad absorbida sin que se haya producido la inscripción registral de la fusión. En los hechos descritos en esta resolución, no se informa cuál era la fecha de vigencia pactada en los acuerdos de fusión.

Por otro lado, en la Resolución 057-2008-SUNARP-TR-L, el Tribunal Registral revocó la observación formulada por una registradora del Registro de Predios de Ica respecto de un contrato de compraventa con reserva de dominio, en el que la sociedad originalmente inscrita como compradora había sido absorbida por otra sociedad. El solicitante pretendía que, como consecuencia de la fusión, se modifique el asiento que señalaba como beneficiaria a la sociedad absorbida, reemplazándola por la sociedad absorbente. La registradora pedía una ratificación por la contraparte del contrato.

En este caso, el Tribunal Registral declaró expresamente en los considerandos de su resolución que la transferencia del íntegro del patrimonio de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente “es consecuencia automática de la fusión, sin que se requiera que adicionalmente se otorguen actos autónomos para perfeccionar la transferencia de cada uno de los bienes que integran el patrimonio de la sociedad absorbida en favor de la sociedad absorbente”. Sobre la base de este razonamiento, revocó la observación realizada por la registradora y dispuso la inscripción del título.

Esta posición ha sido ratificada en varias oportunidades por el Tribunal Registral y con idénticos fundamentos. Además, no hay resoluciones de este tribunal que sostengan una tesis contraria. En los casos en los que determinados registradores de diversos registros habían observado la inscripción de transferencia de propiedad de bienes muebles o inmuebles como consecuencia de una fusión debido a la falta de valorización de los bienes transferidos, el Tribunal Registral dejó sin efecto tales observaciones y dispuso la inscripción con el mismo texto citado en el párrafo precedente. Esto puede verificarse en las Resoluciones 1948-2013-SUNARP-TR-L, 432-2019-SUNARP-TR-L y 770-2019-SUNARP-TR.

Hasta este punto, en diversas resoluciones emitidas desde el 2007 hasta el 2019, el Tribunal Registral ha mostrado una posición apegada al texto de la norma, reconociendo que cuando menos el efecto patrimonial de la transferencia de activos y pasivos

se produce en la fecha declarada en los acuerdos societarios. Esta posición es compatible con la *interpretación del doble efecto*, según se la ha definido líneas arriba. Pero en el primer caso (Resolución 057-2008-SUNARP-TR-L) inclusive, apartándose del texto de la norma, el Tribunal Registral atribuye el efecto de la extinción a la sola vigencia de la fusión, sin necesidad de que se inscriba. Esta posición solo sería compatible con la *interpretación basada en la fecha del acuerdo*, según se la ha definido líneas arriba. Llama la atención, sin embargo, que ni el mismo Tribunal Registral haya interpretado que el hecho de que el lenguaje de la norma indique que la fusión “esté supeditada” a la inscripción registral deba entenderse en el sentido de que los efectos jurídicos no se producen hasta la inscripción.

Pero el antecedente más significativo en esta materia es la Resolución 474-2020-SUNARP-TR-T, en la que el Tribunal Registral se pronuncia respecto al título de inscripción de una fusión entre dos asociaciones. De acuerdo con los hechos del caso, una de las asociaciones participantes en la fusión —la asociación absorbida— interviene durante el trámite de calificación del título y se opone a la inscripción de la fusión, alegando determinadas deficiencias en la adopción del acuerdo original, como la falta de *quorum*, y señalando, además, que el acuerdo de fusión había sido revocado posteriormente. En la observación de la primera instancia, el registrador dispone la tacha del título argumentando lo siguiente:

Por otro lado, el artículo 353 de la LGS indica que “[...] la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes.

La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos”. Estando a la norma mencionada, la fusión rogada aún no se ha registrado; por tanto, no se ha concretizado por tener naturaleza constitutiva.

El procedimiento registral, conforme a lo señalado por el art. 38.1 de la Ley 27444, es de naturaleza administrativa (dicha norma indica que “(e)xcepcionalmente, el silencio negativo es aplicable en aquellos (...) procedimientos de inscripción registral”), siendo así es aplicable lo señalado en el art. 197.2 de esta misma norma.

Conforme ha argumentado el señor Domínguez en su escrito, “la revocación del acuerdo de fusión adoptado por una o más sociedades involucradas está unánimemente admitido por la doctrina” conforme a las citas que consigna.

Entonces, estando a lo dispuesto por el 197.2 de la Ley 27744, debe decretarse la tacha del presente título por causal prevista en la norma general que regula el procedimiento administrativo general y que imposibilita continuarlo. (Resolución 474-2020-SUNARP-TR-T, 2020)

El registrador específicamente señala en su eskuela de observación que la inscripción de la fusión tiene naturaleza constitutiva y, bajo ese razonamiento, es inclusive revocable por alguna de las entidades participantes. En otras palabras, el registrador asume la interpretación que se ha denominado, para efectos de este trabajo, *interpretación basada en la fecha de inscripción*.

El caso fue apelado ante el Tribunal Registral, que tuvo la oportunidad de pronunciarse y tomar una posición acerca de si la inscripción era "constitutiva" de la fusión o no. Esto, además, tendría la implicancia de ratificar o rectificar la consistente posición adoptada a lo largo de los años respecto de la inmediata producción de la consecuencia patrimonial (transferencia de activos y pasivos).

Sin embargo, en la resolución bajo comentario, el Tribunal Registral optó por resolver el caso utilizando un argumento de forma y no de fondo. En efecto, la Resolución 474-2020-SUNARP-TR-T revocó la denegatoria de inscripción emitida por el registrador y dispuso la inscripción de la fusión basándose fundamentalmente en el argumento de que la inscripción era un procedimiento no contencioso, en el que no cabe admitir el apersonamiento de terceros. Con este argumento, la sociedad absorbida no era la persona presentante del título y no calzaba en ninguno de los supuestos específicos de intervención de terceros establecidos por la normativa registral. Ante esta situación, el Tribunal Registral reafirma e incluso cita su propio precedente expresado en la Resolución 155-2011-SUNARP-TR-T (2011), en la que señala:

[...] cualquier dato o información que haya podido obtener el registrador por otros medios no podrán ser objeto de calificación registral [...]. La certeza que el registrador haya podido adquirir por circunstancias extrañas al título presentado no puede influir en la calificación ni por posibles conjeturas o por conocimiento de documentación extrarregistral.

Por lo tanto, el Tribunal Registral optó por simplemente ignorar los argumentos y documentos presentados por el opositor de la inscripción. En consecuencia, no se pronunció sobre el tema de fondo en discusión. Es decir, en este caso, se trataba de una fusión en la que la fecha de vigencia establecida en los acuerdos societarios ya había ocurrido, la publicación de los avisos de fusión ya había sido realizada, la escritura pública evidentemente había sido ya otorgada e incluso se había presentado el título a inscripción registral. La pregunta, por lo tanto, es ¿qué habría ocurrido si el tercero que se oponía a la inscripción sí hubiera sido una persona legitimada para intervenir en el procedimiento?

Si en este caso se hubiera adoptado la *interpretación basada en la fecha del acuerdo*, sería imposible revocar un acuerdo de fusión luego de haberse producido la fecha de vigencia. En efecto, después de esa fecha, jurídicamente solo existiría una persona y, por lo tanto, para separar los patrimonios de las entidades que participaron originalmente

y restituir las cosas a un estado similar al que existía antes de la vigencia, la única vía posible sería realizar otra reorganización societaria, en este caso, una escisión.

Si en este caso se hubiera adoptado la *interpretación basada en la fecha de inscripción*, la oposición hubiera sido correcta. Sin embargo, esta posición hubiera contrariado los antecedentes registrales antes citados, en los que el Tribunal Registral ha reconocido consistentemente que la transmisión de los activos y pasivos se produce automáticamente con la fecha de vigencia del acuerdo. Es decir, sin requerir de la inscripción registral para cobrar eficacia.

Lo interesante, más bien, hubiera sido el análisis derivado de la *interpretación del doble efecto*. Si se asumiese esta interpretación, dado que la personalidad jurídica de la sociedad absorbida todavía existe (al no haberse producido la inscripción), podría argumentarse que los órganos societarios todavía tienen funciones y competencias. Por lo tanto, sería teóricamente posible que sesionen y adopten acuerdos. No obstante, este razonamiento nos hubiera llevado a otros dos problemas.

En primer lugar, considerando que para la aprobación y vigencia de una fusión (o escisión) se requiere del acuerdo de la junta general de accionistas o socios de todas las sociedades participantes, ¿para su revocación basta con que una de las partes lo decida así? Si se toma como referencia la lógica de los contratos, luego de que uno de ellos ha sido celebrado, una de las partes no lo puede dejar sin efecto unilateralmente, a menos que esto haya sido previsto en el propio contrato o en la ley. ¿Se parecería una fusión o escisión a un contrato? Yo pensaría que sí y, por lo tanto, una de las dos partes no debería poder dejar sin efecto un acuerdo ya celebrado.

Pero la situación sería peor si la supuesta "resolución" se pretendiera después de producida la fecha de vigencia. En este caso, la unilateralidad no sería el único aspecto en discusión. También se tendría que discutir si se trata de una situación que debería ser susceptible de revertirse. Inclusive asumiendo que la sociedad absorbida es capaz de tomar acuerdos, ¿podría ese solo acuerdo producir el efecto de revertir la transferencia de los activos y pasivos que, sin embargo, ya se habría producido desde la fecha de vigencia? ¿Una vez que dos o más sociedades acordaron una fusión, que ya entró en vigencia, pero no se inscribió, pueden simplemente "desfusionarse" (asumiendo inclusive que todas las partes están de acuerdo) o, en todo caso, deberían utilizar todo el procedimiento y requisitos legales para escindirse?

El Tribunal Registral dejó pasar una oportunidad importante para fijar una posición respecto de estos asuntos, dado lo defectuoso del lenguaje de la Ley General de Sociedades.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En mi opinión, la vigencia de cualquier forma de reorganización tendría que entenderse como el momento a partir del cual se considera que, para todos los efectos legales, la referida reorganización ya se produjo. A su vez, la producción de estos efectos legales tiene en cuenta dos preocupaciones: (i) el derecho de oposición, es decir, la posibilidad de que los acreedores puedan defenderse ante esta decisión societaria que les sea potencialmente perjudicial; y (ii) la publicidad registral, es decir, que sea conocido y oponible para cualquier tercero que la reorganización societaria correspondiente ha ocurrido efectivamente.

Con respecto a lo anterior, la *interpretación del doble efecto* puede dar contenido, al pie de la letra, a todo el lenguaje normativo. Además, es consistente con la costumbre mercantil y con las posiciones de las autoridades administrativas, tales como la administración tributaria y los Registros Públicos. Sin embargo, como se ha señalado a lo largo de este trabajo, esta interpretación no es concluyente porque deja abierta la incertidumbre de cómo interpretar la palabra *supeditada*, y también lleva a afectar de manera importante el contenido y la eficacia del derecho de oposición de los acreedores.

Como bien señala Elías Laroza (2015), citando a Messineo y a Sánchez Oliván, entre otros, la extinción de la personalidad jurídica que se produce como consecuencia de la fusión (para las sociedades absorbidas o incorporadas) es el equivalente en personas jurídicas a la muerte de una persona natural. Se podría concluir, sin mucho esfuerzo, que la situación es idéntica en el caso de una escisión total para la sociedad escindida.

Siendo esto así, mantener un régimen en el que el momento y las consecuencias de la "muerte" pueden ser materia de debate legal y de incertidumbre es indeseable. En mi opinión, el lenguaje de la Ley General de Sociedades en esta materia es, por lo tanto, desafortunado y la *interpretación del doble efecto* es solamente un mal menor. En otras palabras, es una interpretación mejor que las alternativas, pero dista de ser óptima.

Con miras a una futura reforma de la Ley General de Sociedades, podrían tomarse en cuenta los siguientes puntos:

1. Derecho de oposición. El tratamiento del derecho de oposición de los acreedores debería ser completamente consistente. Si el legislador considera que el derecho de oposición es muy importante, el procedimiento de la reorganización tendría que garantizar la eficacia de ese derecho, como ocurre, por ejemplo, en la reducción de capital. Si el acreedor termina ejerciendo su derecho de oposición cuando el patrimonio de su deudor ya sufrió una afectación, ese derecho termina siendo inútil. Consecuentemente, si se adopta esa posición, la vigencia de la reorganización solo podría ocurrir luego de haber vencido todos los plazos para el ejercicio del derecho.

Desde luego, este régimen podría morigerarse un poco. Podría establecerse un procedimiento similar al de los dividendos a cuenta o de los adelantos del haber neto de liquidación. En esta línea, si bien la vigencia de la reorganización solo podría ocurrir después de vencido el plazo de la oposición, los administradores podrían adelantar parte de la transferencia de los activos y pasivos antes de la vigencia, siempre que quede claro que, en caso de que se produzca una oposición, exista la obligación de revertir la transferencia, siendo los administradores solidariamente responsables por esa devolución.

Alternativamente, podría tomarse la aproximación absolutamente opuesta. Es decir, podría suprimirse el derecho de oposición en las reorganizaciones societarias, dejando la tutela de los intereses de los acreedores a la institución de la ineficacia por fraude, en aquellos casos que así lo ameriten. Esta idea no es descabellada: en la práctica, existen pocos casos de ejercicio del derecho de oposición y la actual regulación no deja claro si la caducidad del derecho de oposición impide al acreedor que se considere perjudicado ejercer posteriormente la acción pauliana. Por lo tanto, la eliminación del derecho de oposición podría dejar un único régimen legal consistente y predecible para el ejercicio de estos derechos y la protección del acreedor. Personalmente, soy más partidario de suprimir el derecho de oposición de los acreedores que de postergar los efectos de la fusión o escisión.

2. Efectos de la inscripción. Como se mencionó en la introducción, la Ley General de Sociedades tiene una relación difícil con los Registros Públicos, en el sentido de que no termina de tomar una posición sobre el efecto de las inscripciones registrales. Asumiendo que en una futura reforma de la ley se redujesen o eliminasen estas inconsistencias, la existencia y la extinción de la personalidad jurídica deberían estar vinculadas con la escritura pública correspondiente. Así, en cualquiera de los dos casos (existencia o extinción), el periodo comprendido entre la escritura pública y la inscripción registral debería generar una situación de irregularidad para aquellas sociedades que se crean o se extinguen.

Bajo esta premisa, la *interpretación del doble efecto* podría mantenerse (aunque eliminando completamente del lenguaje de la norma cualquier referencia a *supeditar* la reorganización a la inscripción), pero tendría que establecerse con toda claridad que, una vez acaecida la fecha de vigencia, la sociedad absorbida, incorporada o escindida totalmente queda en situación de sociedad irregular hasta que se perfeccione la inscripción registral y, por lo tanto, la extinción de la personalidad jurídica. Esta causal de irregularidad, además, debería ser insubsanable, es decir que la sociedad debería permanecer en situación de irregularidad hasta la inscripción en los Registros Públicos de su extinción.

Este supuesto de irregularidad no está previsto actualmente en la norma. La consecuencia de la irregularidad, desde luego, sería impedir que la sociedad que se encuentra en esta situación de limbo pueda continuar con sus operaciones, toda vez que ello acarrearía responsabilidad solidaria a cualquier persona que actúe en nombre de la sociedad irregular.

Con la normativa vigente, desde luego que también debería concluirse que una sociedad absorbida, incorporada o totalmente escindida y cuya extinción no ha sido inscrita, efectivamente, se encuentra en situación de irregularidad, puesto que que sin patrimonio es imposible que desarrolle su objeto social, lo cual constituye una causal de disolución. Sin embargo, la mayor claridad de la norma abona en favor de una mayor seguridad jurídica, por lo que la precisión sería deseable.

3. Obligaciones de los administradores. En el mismo orden de ideas del comentario precedente, si la personalidad jurídica de una sociedad absorbida, incorporada o totalmente escindida se mantiene, es importante regular la situación y competencia de sus órganos societarios. Bajo esta premisa, la norma debería contemplar expresamente que los órganos societarios únicamente puedan realizar los actos que sean imprescindibles para concretar la inscripción registral de la extinción de la personalidad jurídica.

REFERENCIAS

- Elías Laroza, E. (2015). *Derecho societario peruano* (2.ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Hansmann, H., y Kraakman, R. (2003). El rol esencial del derecho de las organizaciones. *Thémis*, 46, 15-45.
- Hernández, J. (1997). Reorganización de sociedades: fusión y escisión. *Ius et Veritas*, 8(14), 27-36.
- Real Academia Española. (s. f.). Supeditar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado el 10 de noviembre del 2021 de <https://dle.rae.es/supeditar>
- Resolución 155-2011-SUNARP-TR-T [Tribunal Registral]. 18 de marzo del 2011. file:///C:/Users/User/Downloads/155-2011-SUNARP-TR-T.pdf
- Resolución 474-2020-SUNARP-TR-T [Tribunal Registral]. 12 de octubre del 2020. file:///C:/Users/User/Downloads/474-2020-SUNARP-TR-T.pdf
- Ruiz de Castilla, F. (2017). *Derecho tributario: temas básicos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Talledo, C., y Calle, J. (2020). *Manual societario*. Editorial Economía y Finanzas.

CONTRATOS MINEROS: COMENTARIOS SOBRE CLÁUSULAS PARA FACILITAR LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS MINEROS

HERNÁN TORRES ÁLVAREZ*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 16/11/2020 Aceptado: 1/12/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4968>

RESUMEN. En este trabajo se proponen ciertas cláusulas que pueden ser incluidas en los principales contratos mineros celebrados en el contexto de la ejecución de proyectos mineros. Para ello, primero, se describen las principales etapas del ciclo minero para ubicar en cuáles de ellas se negocian y celebran dichos contratos. Posteriormente, sobre la base de escenarios generales, se detallan los contratos necesarios y las cláusulas que podrían ser incorporadas en ellos para asegurar los intereses de las partes desde el punto de vista del negocio minero.

PALABRAS CLAVE: contrato minero / opción / cesión / transferencia / regalía / concesión

MINING AGREEMENTS: COMMENTS REGARDING CLAUSES TO SECURE THE PERFORMANCE OF MINING PROJECTS

ABSTRACT. This article proposes certain clauses to be included in the main mining agreements that are executed for mining projects. For this purpose, the main stages of the mining cycle are described to identify in which of them these agreements are negotiated and executed. Later, based on general scenarios, the necessary agreements and clauses to be included in such agreements to secure the parties' interests from a mining business point of view are included.

KEYWORDS: mining agreement / option / lease / transfer / royalty / concession

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Legislación y Política Ambiental de Recursos Naturales por Sturm College of Law de la Universidad de Denver, Estados Unidos. Consultor externo de empresas mineras nacionales e internacionales en derecho minero, civil y corporativo. Profesor de derecho civil y minero en la Universidad de Lima, en la Universidad de Piura y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Consultor de la Cámara Minera del Perú.

“Cumplido el ofrecimiento de Atahualpa, fundido, ensayado y repartido el oro, según Pedro Pizarro el gobernador dio por libre a Atahualpa y lo absolvió”.

Rogger Ravines, *El Cuarto del Rescate de Atahualpa 1532-1986*

INTRODUCCIÓN

Iniciamos estos comentarios con una referencia al que podría ser el antecedente histórico más remoto del que tenemos noticia respecto de una transacción o contrato vinculado a la minería en el Perú: el episodio del Cuarto del Rescate, en el cual el inca Atahualpa ofreció por su libertad dos cuartos de plata y uno de oro. Hoy en día, las transacciones comerciales relacionadas con la minería son mucho más complejas, como describiremos a continuación.

En este trabajo vamos a comentar algunas de las cláusulas más importantes que usualmente son incorporadas en los contratos mineros¹, en particular, en aquellos que son celebrados para la ejecución de proyectos mineros, con el objetivo de asegurar los intereses de las partes. Para ello, consideramos oportuno, primero, presentar el contexto necesario e identificar en cuál de las fases del ciclo minero estaría situado el proceso de negociación y celebración de estos contratos.

El ciclo minero apunta a lograr una finalidad muy específica: explotar yacimientos de minerales. Con este fin, la lógica que siguen las etapas de este ciclo se enfoca en encontrar el yacimiento, explotarlo y restaurar el ámbito en el que se desarrolló la actividad minera. En consecuencia, las cuatro principales etapas del ciclo minero son exploración, desarrollo, explotación/procesamiento y cierre de minas.

La primera etapa está comprendida por el cateo², la prospección³ y la exploración propiamente dicha⁴, y tiene como objetivo ubicar un yacimiento que sea económicamente explotable, conocer sus características, determinar la forma de explotarlo y calcular el valor e inversión requerida, entre otros aspectos que están detallados en lo que se

1 Para efectos de este trabajo, entendemos como contratos mineros aquellos que tienen por objeto derechos mineros (petitorios o concesiones mineras), ya sea para su transferencia, cesión o constitución de gravámenes.

2 De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Decreto Supremo 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, el TUO), el cateo es la acción conducente a poner en evidencia indicios de mineralización por medio de labores mineras elementales.

3 De acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del TUO, la prospección es la investigación conducente a determinar áreas de posible mineralización, por medio de indicaciones químicas y físicas, medidas con instrumentos y técnicas de precisión.

4 De acuerdo con lo establecido en el artículo 8 del TUO, la exploración es la actividad minera tendiente a demostrar las dimensiones, posición, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales.

conoce como un estudio de factibilidad⁵. La segunda etapa implica que se ha descubierto un yacimiento minero económicamente explotable y consiste en construir la infraestructura necesaria para la extracción y procesamiento (por ejemplo, la ejecución de obras de adecuación del terreno para realizar el tajo; construir la planta de beneficio, campamentos, vías de acceso, infraestructura para el suministro de electricidad, agua, entre otros). Culminado el desarrollo de la mina, comienza la tercera y más larga de las etapas del ciclo minero: la explotación y procesamiento del mineral extraído, que consiste en la puesta en la superficie del mineral, su concentración y purificación, lo cual se logra mediante las actividades de beneficio, fundición y refinamiento. En esta etapa, se obtienen los beneficios económicos más importantes tanto para los inversionistas como para el Estado por la recaudación de impuestos y el impacto en la economía⁶. La duración de esta etapa depende de la vida útil de la mina, es decir, de la cantidad de mineral económicamente extraíble⁷ o su viabilidad económica, lo que se halla en función de la ley de corte o *cut-off*, esto es, la ley mínima del mineral que no originará pérdida en su explotación (Seinfeld *et al.*, 1998, p. 125). Terminada la actividad de extracción, inicia la última etapa: el cierre de minas, cuyo objetivo es procurar reponer el estatus del área en la que se desarrolló la actividad a su estado anterior.

En las cuatro etapas mencionadas existen oportunidades para hacer diferentes tipos de negocios. Por ejemplo, en la fase de exploración, las empresas mineras *junior*⁸ venden proyectos mineros para que posteriormente sean desarrollados por empresas mineras *major*. En la etapa de desarrollo, las oportunidades de negocios están dadas principalmente para los contratistas mineros, quienes diseñan y construyen la infraestructura necesaria y la planta que será operada por las empresas mineras, obteniendo sus ganancias por los servicios que prestan. En la explotación y procesamiento de minerales existen dos rubros principales de negocios. El primero corresponde a la comercialización de los diversos productos generados en esta etapa (durante la explotación, la comercialización de minerales; durante el beneficio, la de concentrados; y durante la fundición y el refinamiento, la de *commodities*), en la cual intervienen, de un lado, las

5 Para mayores detalles, véase el *Glosario técnico minero* (Ministerio de Minas y Energía de Colombia, 2015).

6 En promedio, usualmente la minería aporta un 10 % en el PBI de nuestro país.

7 La viabilidad económica para extraer un mineral está en función de su ubicación, profundidad, ley del mineral (es decir, la concentración que tenga en el subsuelo), costos de construcción de la infraestructura (CAPEX), costos de operación (OPEX), cotización de los minerales, entre otros. A partir de estos factores se determina la cantidad de minerales que podrá extraerse de un yacimiento determinado, puesto que no será posible extraer el 100 % del mineral de manera que sea económicamente viable. El cambio en los factores antes mencionados podría hacer que la cantidad de mineral económicamente extraíble aumente o disminuya.

8 Este tipo de empresas usualmente se dedican a realizar actividades de exploración y vender proyectos mineros que cuenten con estudios de prefactibilidad a empresas mineras *major*, que disponen de capitales importantes para desarrollar y operar el proyecto.

empresas mineras (de gran, mediana y pequeña minería⁹) y, de otro, aquellas conocidas como *traders* mineros, que están dedicadas únicamente a la comercialización de minerales, y no desarrollan actividades mineras¹⁰. Otro rubro de negocios en esta etapa consiste en la venta y adquisición de proyectos mineros en marcha. Por ejemplo, es común que un fondo de inversión minero adquiera un proyecto para incrementar su valor y posteriormente lo venda para que el fondo bajo su administración se incremente. Otro caso puede darse cuando una compañía minera en busca de financiamiento para desarrollar un proyecto vende aquellos que no sean de su interés a terceras empresas dispuestas a desarrollarlos. Finalmente, en la etapa de cierre pueden darse también oportunidades de negocio, por ejemplo, con la comercialización de relaves¹¹ de minerales.

PROPUESTAS DE CLÁUSULAS QUE PUEDEN SER INCLUIDAS EN CONTRATOS MINEROS PARA DESARROLLAR PROYECTOS

Los contratos mineros a los que nos referimos en la introducción de este trabajo se encuentran principalmente en las etapas de exploración y explotación/beneficio, en los casos en los que se transfiera un proyecto minero para posteriormente ser desarrollado y explotado, o aquellos en los que se transfiere una operación en marcha. Para comentar las cláusulas que podrían agregarse a dichos contratos, vamos a plantear dos escenarios.

Escenario 1

En el escenario 1, tenemos una empresa minera *junior* A que ha explorado tres concesiones mineras (en adelante, las concesiones), cuenta con un estudio de prefactibilidad, y está lista para salir al mercado y vender este proyecto. Un potencial interesado (la empresa minera B) está dispuesto a adquirir las concesiones, pero antes quiere completar la exploración directamente para definir las características exactas de este yacimiento y la viabilidad económica de su explotación (asumamos para este escenario que el plazo necesario para terminar la exploración es de ocho años). La empresa A querrá asegurar, en caso de que transfiera sus concesiones a B, el pago de una contraprestación en función de la cantidad de mineral extraído efectivamente.

9 Son consideradas empresas de gran minería aquellas que explotan diariamente más de 5000 toneladas; de mediana minería, entre 500 y 5000 toneladas; y de pequeña minería, menos de 500 toneladas (Seinfeld *et al.*, 1998, p. 129).

10 La ganancia de estas empresas está en comprar minerales a bajos precios y venderlos a precios mayores.

11 Los relaves son los materiales resultado de diversos procesos de concentración de minerales. Si bien es cierto que contienen sustancias peligrosas, también están formados por minerales que podrían ser extraídos luego de un proceso de beneficio. Por eso son de interés para un cierto tipo de empresas mineras, en especial, las pequeñas.

En este escenario, para lograr la transición de las concesiones de A hacia B, se requeriría celebrar los siguientes contratos mineros: (i) uno de opción de transferencia (para asegurar a B que durante el tiempo que sea necesario para completar los trabajos de exploración podrá adquirir las concesiones y, en caso de que sean transferidas a terceros en dicho tiempo, estos respeten la opción); (ii) uno de cesión minera (para que B cuente con un título habilitante que le permita realizar las actividades de exploración directamente en las concesiones y, con base en los resultados obtenidos, decidir si ejerce la opción); y (iii) uno de transferencia (para que, una vez ejercida la opción, se transfieran las concesiones a favor de B). Cabe indicar que los dos primeros contratos deberán celebrarse simultáneamente, mientras que el tercero sería celebrado en la etapa final de esta transacción, de ser el caso.

Vamos a comentar algunas de las cláusulas que consideramos importante incluir en estos contratos para lograr los objetivos que las partes persiguen en esta transacción desde el punto de vista del negocio minero; hacemos la salvedad de que no pretendemos cubrir todas las cláusulas civiles, tributarias, entre otras, que serían fundamentales, ni tampoco hacer el análisis de las distintas estructuras corporativas que podrían implementarse para este negocio (como, por ejemplo, la celebración de contratos de *joint venture*, *earn-in*, *farm-in*, entre otros)¹². Antes de ello, vamos a comentar algunos aspectos generales sobre los contratos mineros para tener un contexto de sus principales características, en particular, aquellas vinculadas con este trabajo.

Los contratos mineros son aquellos que se encuentran tipificados por el TUO y les son aplicables las disposiciones del Código Civil. Son contratos consensuales que requieren de una formalidad *ad probationem* para que puedan ser oponibles frente a terceras partes y el Estado. Esta formalidad exige que sean elevados a escritura pública y que se inscriban en los Registros Públicos. En caso de que no se cumpla con tal formalidad, solo serán oponibles entre las partes. Por ello, al momento de redactar estos contratos, es conveniente incluir los requerimientos para su inscripción establecidos en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros. Si bien es cierto que los contratos mineros están tipificados por el TUO, esta tipificación no es *numerus clausus*, por lo que es posible que se pacten modalidades contractuales distintas de las reguladas expresamente. También cabe precisar que los contratos mineros pueden tener por objeto los distintos tipos de concesiones¹³ reguladas por el TUO, así como petitorios mineros. Finalmente, será necesario que los derechos mineros objeto de estos contratos estén previamente inscritos (en el caso de los petitorios mineros, como anotaciones preventivas).

12 Cabe mencionar que estas propuestas son el resultado de la casuística que hemos tenido a lo largo de muchos años de ejercer la práctica profesional en esta especialidad.

13 Es decir, concesiones de transporte, beneficio, labor general.

Contrato de opción de transferencia

Como comentamos anteriormente, el contrato de opción de transferencia (en adelante, COT) es un contrato preparatorio que permite asegurar a B adquirir las concesiones en caso de que los resultados de la exploración sean positivos. A continuación, mencionamos ciertos aspectos que deberían ser incluidos en este contrato.

– Plazo de la opción

Para que el escenario 1 sea exitoso, el COT deberá mantenerse vigente por lo menos durante toda la etapa de exploración, es decir, ocho años. Sin embargo, el artículo 165¹⁴ del TUO establece que el plazo máximo de vigencia del contrato de opción minera es de cinco años, por lo cual, en este caso, se tendrían tres años no cubiertos por el COT. Para salvar esta situación, antes de finalizar el plazo de cinco años del COT, debería celebrarse un nuevo contrato por un plazo de tres años para cubrir el plazo total de exploración. Pero ello podría generar una contingencia en caso de que A decida no celebrar un nuevo contrato. Ante dicho escenario contingente se podrían plantear las siguientes soluciones¹⁵:

- i. Celebrar dos contratos de opción, uno con un plazo de cinco años y el otro con un plazo de tres años, cuyo cómputo iniciaría una vez vencido el plazo del primer contrato.
- ii. Que A otorgue un poder a favor de B para que este, en representación del primero, celebre un nuevo COT por el plazo restante que tenga las siguientes características: (a) que sea un poder irrevocable¹⁶; (b) que autorice expresamente a celebrar contratos a favor de sí mismo en virtud de lo establecido en el artículo 166¹⁷ del Código Civil; y (c) que esté sujeto a una condición suspensiva que consista en la negativa de A para celebrar el segundo COT¹⁸.

14 TUO. Artículo 165.- Por el contrato de opción, el titular de una concesión se obliga, incondicional e irrevocablemente, a celebrar en el futuro un contrato definitivo, siempre que el opcionista ejercite su derecho de exigir la conclusión de este contrato, dentro del plazo estipulado. El contrato de opción deberá contener todos los elementos y condiciones del contrato definitivo, pudiendo pactarse que la opción puede ser ejercitada indistintamente por cualquiera de las partes. El contrato de opción minera se celebrará por un *plazo no mayor de cinco años* [cursivas añadidas], contado a partir de su suscripción.

15 Descartamos la posibilidad de pactar una cláusula de renovación automática, dado que es muy probable que la inscripción de este contrato en el Registro de Derechos Mineros sea observada con el argumento de que se pretende exceder el límite del plazo establecido en el artículo 165 del TUO.

16 De acuerdo con lo establecido en el artículo 149 del Código Civil, el poder puede ser revocado en cualquier momento, por lo cual debería otorgarse un poder irrevocable a fin de que A no pueda revocarlo en cualquier momento.

17 Según este artículo, es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. En tal sentido, en este caso, A deberá autorizar expresamente a B a celebrar consigo mismo el COT.

18 De acuerdo con lo establecido en el artículo 153 del Código Civil, el poder irrevocable tiene un plazo máximo de un año, por lo cual el poder a ser otorgado por A no puede iniciar su vigencia inmediatamente; de lo contrario, vencería mucho antes de terminado el primer periodo de opción de cinco años.

– Posible contraprestación

Aunque el TUO no establece que el contrato de opción sea oneroso, es la práctica usual en la industria minera que se pacte una contraprestación a favor del concedente por el otorgamiento de la opción. Dicho pago compensaría los posibles costos de oportunidad por perder otras posibilidades de hacer negocios.

– Requisitos para ejercer la opción

Es común que el ejercicio de la opción en el tipo de escenario en que nos encontramos esté condicionado a que B cumpla con un cronograma de inversiones con un monto, hitos y plazos definidos para la ejecución de la exploración, los cuales se encontrarán detallados en el contrato de cesión minera que acompañe al COT. Esto tiene por objetivo asegurar que se incremente el valor del proyecto, dado que al avanzar las actividades de exploración se tendrá mayor conocimiento de las características del yacimiento.

– Ejercicio de la opción

Es muy importante establecer el mecanismo como se ejercerá la opción: si será por correo electrónico, comunicación simple o notarial, así como el plazo para ello. Usualmente se establece con precisión día y hora hasta cuando es posible ejercer la opción.

Contrato de cesión minera

El contrato de cesión minera (en adelante, CCM) tiene por objetivo otorgar a B un título habilitante que le permita realizar las actividades de exploración en las concesiones que son de titularidad de A, para determinar si en ellas existe un yacimiento que sea económicamente explotable y así ejercer la opción. Los contratos de cesión minera permiten desdoblarse en dos personas diferentes dos atributos que usualmente se encuentran en una sola: el de titular de la concesión minera y el de titular de la actividad minera¹⁹. Las cláusulas que deberían incluirse en el CCM son las que mencionamos a continuación.

19 Se entiende como titular de la actividad minera a aquella persona natural o jurídica que realiza directamente actividades mineras, obteniendo los correspondientes permisos administrativos y certificaciones ambientales a su nombre, y siendo, frente al Estado, responsable por el cumplimiento de las obligaciones ambientales y administrativas de acuerdo con la ley. En consecuencia, no siempre el titular de una concesión minera asume las responsabilidades administrativas y ambientales por las actividades mineras llevadas a cabo en su concesión, salvo que sea también titular de la actividad minera; ello es consecuencia de celebrar un contrato de cesión minera. Por el contrario, en caso de que el titular de una concesión minera efectúe directamente en su concesión actividades mineras, tendrá ambas calidades: de titular de la concesión minera y de las actividades mineras.

– Mecanismo de protección de las concesiones

De acuerdo con el TUO, los titulares de concesiones mineras están obligados a cumplir dos obligaciones esenciales para mantenerlas vigentes: el pago del derecho de vigencia²⁰ y obtener una producción mínima²¹ o pagar las penalidades²² aplicables en caso de que no se cumpla con dicha obligación. El incumplimiento de estas obligaciones por dos años trae como consecuencia la caducidad de las concesiones y, por lo tanto, su extinción; en este caso, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (INGEMMET), en su momento, declarará el área cubierta por dichas concesiones de libre denunciabilidad y puede ser solicitada por cualquier tercero, con excepción del titular²³. Se desprende que las consecuencias por incumplir estas obligaciones son fatales en el desarrollo de un proyecto minero, dado que, si las concesiones caducan, no existirá la base sobre la cual este negocio se realizará.

En consecuencia, el CCM debe establecer cláusulas que permitan asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones para evitar la caducidad de las concesiones. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 166 del TUO, por la cesión minera el cesionario (en este escenario, B) se sustituye en todos los derechos y obligaciones que tiene el cedente (es decir, A), en calidad de titular de la concesión. Por lo tanto, en este caso, B será quien, frente al Estado, deberá cumplir con las obligaciones antes indicadas. Para asegurar ello, recomendamos lo siguiente²⁴:

- i. Que se establezca para B una fecha de cumplimiento o acreditación de cumplimiento de estas obligaciones, con una anticipación razonable al vencimiento del plazo (por ejemplo, un mes), y que se acredite dicho cumplimiento documentalmente²⁵. De no cumplir ello, A estaría facultado

20 El derecho de vigencia consiste en un pago anual que se calcula con base en el área de una concesión minera. Por ejemplo, para la gran y mediana minería, el pago de este derecho se calcula en tres dólares por año y por hectárea.

21 La producción mínima consiste en acreditar ventas del mineral extraído de una concesión en una cantidad determinada, en función del valor de la unidad impositiva tributaria (UIT) y del área de la concesión. Para el caso de la gran y mediana minería, la producción mínima se calcula con base en una UIT por año y por hectárea. Esta obligación es exigible a partir de finalizado el décimo año contado desde el 1 de enero del año siguiente al otorgamiento de la concesión.

22 La penalidad aplicable para la mediana y gran minería equivale al 2 %, 5 % y 10 % de la producción mínima aplicables de manera escalonada entre el año décimo primero y el vigésimo año contados desde el 1 de enero del año siguiente a haber sido otorgada la concesión.

23 En este caso, el titular estará impedido de solicitar la misma área por dos años.

24 Descartamos la alternativa de fijar una penalidad por el incumplimiento de estas obligaciones, dado que, si bien es cierto que incentivan el cumplimiento, de no lograrse dicho fin, las concesiones podrían caducar y ello impediría la continuación del negocio.

25 El plazo para el pago del derecho de vigencia se inicia el 1 de enero de cada año y termina el último día hábil de junio. La acreditación de la producción mínima se realiza en el mes de junio de cada año según un cronograma establecido en función de los últimos dígitos del RUC de los titulares. El pago de la penalidad por no producción tiene los mismos plazos que el derecho de vigencia.

a cumplir directamente tales obligaciones y luego pedir el reembolso a B. Cabe mencionar que este mecanismo procedería solo para el caso del pago del derecho de vigencia y penalidades por la falta de producción mínima, mas no para la acreditación de producción mínima, dado que esta es una obligación personalísima a cargo del cesionario²⁶.

- ii. Que se cree un fondo que permita el pago de las obligaciones antes indicadas para que, si no fueran cumplidas por B en el plazo indicado en el punto anterior, A pueda disponer de dicho fondo para el pago. La ventaja de este mecanismo, en comparación con el anterior, es que A no desembolsaría los fondos de su patrimonio.
 - iii. Que se establezca como condición resolutoria expresa la falta de cumplimiento de un año en el pago del derecho de vigencia o de penalidades por incumplimiento de producción mínima, con el correspondiente pago de una indemnización cuyo monto podría estar establecido en una cláusula penal.
- Plazo de actividades de exploración y compromiso de inversión

Será de interés de A el asegurar que la exploración pendiente sobre las concesiones se realice en el menor plazo posible y, de la misma manera, que se ejecute una inversión determinada, dado que, como explicamos anteriormente, ello aumentará el valor de las concesiones. Para ello, se recomienda lo siguiente:

- i. Que se establezca un monto mínimo de inversiones en exploración y que, adicionalmente, el cumplimiento de dicho monto sea un requisito para ejercer la opción.
- ii. Que se establezca un cronograma de actividades de exploración detallado, con hitos y plazos de ejecución, pactando penalidades por retraso.
- iii. Que se establezca un área *target* específica para la exploración, dado que en muchos casos el área objeto de este tipo de transacciones es muy grande, por lo cual es necesario enfocar las inversiones y actividades de exploraciones en las áreas más importantes.
- iv. Que se establezcan mecanismos de supervisión de las actividades de exploración en beneficio de A para que de esta manera se asegure el cumplimiento de los puntos anteriores. Usualmente, en estos casos, se suele crear un comité de exploraciones compuesto por representantes de las partes para adoptar en conjunto o por mayoría ciertas decisiones sobre las actividades

26 En el escenario 1 no sería aplicable la acreditación de producción mínima, dado que por la etapa del ciclo minero en la que se encuentra no hay producción.

de exploración, brindar recomendaciones; o, en ciertos casos especiales, ejercer derechos de veto sobre decisiones importantes.

– **Contraprestación por la cesión minera**

Según el artículo 166 del TUO, el contrato de cesión minera es oneroso, pues el cedente percibe una compensación. En el escenario 1, en el que la cesión minera es un paso hacia la transferencia de las concesiones, podría pactarse en contra y establecerse que la cesión sea a título gratuito o, en todo caso, pactar una compensación simbólica. Sin embargo, en los casos en que la cesión minera tenga como objetivo una vocación de permanencia y que sea el modelo de negocio elegido por las partes para desarrollar el proyecto, tendría que regularse en detalle el pago de la contraprestación por la cesión, y las partes deben determinar si esta consistirá en el pago de un monto fijo o un monto variable. Remitimos a nuestros comentarios, más adelante, sobre el pago del precio por la transferencia de las concesiones para dar más detalles sobre este aspecto.

– **Cesión parcial**

El citado artículo 166 del TUO establece que, mediante la cesión minera, el cedente se aparta de todos los derechos y obligaciones que le otorgan las concesiones cedidas, sustituyéndolo el cesionario. En consecuencia, la cesión minera es total, no pudiendo pactarse una cesión minera parcial (ya sea respecto de los derechos u obligaciones o del área), lo cual puede generar inconvenientes, entre otros, en dos posibles escenarios.

Supongamos que, por ciertas razones, A quiere asegurarse de que a través de la cesión minera B no pueda realizar actividades de explotación en las concesiones. En este caso, no podrá incluir en el CCM una cláusula que incorpore la correspondiente obligación de no hacer, dado que la inscripción de este contrato sería observada al contravenir lo dispuesto en el artículo 166 antes citado. Para tal caso, lo que podría recomendarse es que, en un contrato distinto, B se obligue a no realizar actividades de explotación y que, si incumpliera, pague una penalidad, que estaría garantizada mediante una carta fianza u otro tipo de garantía de realización inmediata.

En otro escenario, imaginemos que A está desarrollando actividades de explotación en una de las concesiones objeto de este negocio, pero aun así tienen interés en que parte de dicha concesión sea explorada por B. Según lo antes mencionado, no podría incorporarse una cláusula en el CCM para ceder una parte del área de dicha concesión, pues la cesión implica transferir todos los derechos y obligaciones sobre las concesiones. En tal caso, recomendaríamos lo siguiente: (i) que B realice las actividades de exploración sobre la concesión en

cuestión en cabeza de A, para lo cual actuaría como un contratista. En este caso, A tramitaría todos los permisos administrativos y la aprobación del correspondiente instrumento de gestión ambiental, siendo responsable ante el Estado por cualquier responsabilidad administrativa, civil o penal, por lo que se deberán pactar las correspondientes obligaciones de B para mantener indemne a A en caso de posibles contingencias; o (ii) dividir la concesión en cuestión, de ser ello técnicamente posible sin interferir en las actividades de explotación, para que el área que sería explorada por B sea parte del negocio, excluyendo el área objeto de explotación por A.

– Información obtenida

Un tema que debe abordar el CCM es la propiedad de la información obtenida como resultado de la exploración. La práctica usual es que, en este caso, A se quede con la información obtenida sin obligación de pago alguno si el negocio no se concreta y B no adquiere las concesiones. Sin embargo, puede pactarse en contra, ya sea para que A pague una contraprestación o para que sea B quien tenga derecho exclusivo sobre dicha información.

Contrato de transferencia

El contrato de transferencia (en adelante, el CT) marca la última etapa del escenario 1 e implica que la exploración sobre las concesiones arrojó resultados positivos, habiendo decidido B ejercer la opción. Los aspectos que deberían regularse en este contrato son los que mencionamos a continuación.

– Precio de transferencia (monto fijo y monto variable)

La valorización de concesiones mineras para fijar el precio de su transferencia presenta dificultades, pues se basa en el valor del yacimiento que se calcula, entre otras cosas, sobre la base de la cantidad de mineral, los costos de producción y la cotización de los minerales en un momento dado. Considerando que un proyecto de explotación puede durar entre treinta y cincuenta años, calcular el valor de un yacimiento en función de dichas variables es muy complicado. Por ello, usualmente se pacta por la transferencia de concesiones mineras el pago de un monto fijo y un monto variable. El primero se establece por el valor de las concesiones, de acuerdo con la inversión realizada en un momento determinado, y para el segundo, se pacta una regalía contractual, conocida también como regalía NSR (*net smelter return*). La explicación de lo que es esta regalía, sus características, naturaleza jurídica y otros aspectos bien puede ser objeto de otro trabajo debido a su complejidad. Para efectos de estos comentarios, indicamos que la regalía NSR consiste en el pago de un porcentaje del valor de

ventas por los minerales producidos de una concesión, menos determinados conceptos como, por ejemplo, los costos de producción o transporte, entre otros, que pueden ser pactados por las partes. En relación con el pago de las regalías, es recomendable incluir en el contrato de transferencia cláusulas que regulen lo siguiente:

- i. El porcentaje de la regalía, que se calculará sobre el total de las ventas de minerales en cierto periodo. Usualmente dicho porcentaje oscila entre 0,5 y 3 % pagado de manera anual.
- ii. El momento desde el que se inicia la obligación del pago de las regalías. Lo usual es que esta obligación se active una vez que comienza la producción, es decir, la extracción de minerales. Sin embargo, también es común pactar un periodo de gracia y que el pago de las regalías sea exigible a partir de cierto tiempo contado desde que empieza la producción.
- iii. El plazo para el inicio de la producción en las concesiones transferidas, ello en razón de que el pago de las regalías contractuales está en función del inicio de la producción. Este plazo se calcula en función de muchos factores como, por ejemplo, la obtención de los permisos legales, el tiempo estimado de construcción de la planta e infraestructura y la obtención de licencia social de las comunidades aledañas al proyecto.
- iv. En relación con el punto anterior, es conveniente incluir una cláusula de caso fortuito, en la que se indique expresamente que tendrá tal condición el hecho de que las comunidades aledañas al proyecto no otorguen la licencia social correspondiente o los derechos de acceso al área de las concesiones, en caso de que sean las propietarias, lo cual afecta el cumplimiento de los plazos para culminar la exploración.
- v. La obligación de pagar de manera adelantada la regalía. En ciertos casos, puede no ser posible establecer con precisión el plazo en el que se iniciará la producción, pues ello obedece a factores de diversa índole que no siempre están bajo control del obligado (por ejemplo, obtener la licencia social, la cotización de los minerales, conseguir financiamiento, la aprobación de permisos administrativos, entre otros). Por ello, podría pactarse que B pague de manera adelantada un monto fijo, por ejemplo, anual, a cuenta de la regalía en caso de que no se inicie la producción en un plazo determinado. De esta manera, A no se vería perjudicado con un retraso en el inicio de la explotación y, al mismo tiempo, B tampoco se vería perjudicado, dado que el pago adelantado se imputaría al pago de las regalías a devengarse en el futuro. En este caso, se deberá establecer a partir de qué momento desde celebrado el CT se pagará el adelanto.

- vi. Establecer mecanismos de fiscalización a favor de A para asegurar que el cálculo de las regalías se esté haciendo de manera adecuada. Para ello, B estará obligado a entregar las liquidaciones de venta y documentos que sustenten dichas operaciones, así como cierta información contable, todo ello bajo la protección de un convenio de confidencialidad. Esta información sería entregada con cierta periodicidad y bajo un formato definido que permita su fácil procesamiento.
- vii. La posibilidad de B de “comprar” la regalía. Considerando que el pago de la regalía puede involucrar para B una serie de cargas administrativas (entre otros, entrega de información y fiscalización por parte de A), suele incluirse en los contratos de transferencia la posibilidad de que B reemplace la obligación del pago de la regalía con el pago de una única suma. Esta es una suerte de compra de la regalía que permitiría a B desvincularse de A, y a este, la posibilidad de contar con un capital interesante que le permita desarrollar otros proyectos. Para que se cumpla con tal objetivo, el monto que reemplace a la regalía debería ser considerable. Será posible pactar que tenga la discreción para decidir la “compra” de la regalía A o B.
- viii. La obligación de ambas partes de inscribir la regalía como una carga en las partidas electrónicas de las concesiones, para efectos de la correspondiente publicidad registral.
- ix. La obligación de B de que, si transfiere las concesiones a un tercero, incluya en el contrato de transferencia correspondiente la obligación del tercero de pagar la regalía pactada a favor de A, y que este conserve las facultades de fiscalización del cálculo de la regalía respecto del tercero. Existe un debate en la doctrina sobre quién sería el obligado a pagar a favor de A la regalía en caso de transferencia de las concesiones a un tercero. Por un lado, se sostiene que por la naturaleza del negocio minero debería ser el tercero adquirente, dado que este será el que explote las concesiones, venda los minerales extraídos y calcule el monto de la regalía, más aún si la regalía está inscrita y goza de publicidad registral. Por otro lado, se sostiene que debería ser B el que pague la regalía, puesto que, por el principio de *res inter alios acta*, los contratos surten efectos solo entre las partes que los celebran, por lo que, no teniendo ninguna vinculación el tercero adquirente con A, el primero no tendría obligación alguna frente al último. Para evitar la contingencia de establecer quién pagará la regalía en caso de transferencia de las concesiones a un tercero, recomendamos incluir la cláusula que mencionamos en este acápite, aun cuando no es la práctica común hacerlo según los diversos contratos de transferencia que hemos tenido la oportunidad de revisar.

– Mecanismos de protección de las concesiones

El pago de la regalía contractual a favor de A dependerá en gran parte de la vigencia de las concesiones; si estas se extinguen, no existiría ningún proyecto de explotación. Por ello, será necesario incluir en el CT los mecanismos de protección de las concesiones que hemos comentado para el CCM²⁷.

Escenario 2

Planteemos ahora un escenario 2, en el que A completó las labores de exploración, desarrolló el proyecto y se encuentra actualmente en explotación de las concesiones, y B está interesado en adquirir ese proyecto. En tal escenario, de concretarse esta transacción, será necesario únicamente celebrar un contrato de transferencia de las concesiones, siendo aplicables nuestros comentarios sobre el CT. Eventualmente podría celebrarse un contrato de opción de transferencia si, por ejemplo, B requiriese previamente realizar una *due diligence* del proyecto y quisiera asegurar la posibilidad de adquirir el proyecto durante el plazo que dure dicho estudio.

Antes de finalizar estos comentarios, es necesario tomar en cuenta que nuestras propuestas de cláusulas se materializarán a través de la implementación de obligaciones de dar, hacer y no hacer, las cuales, a su vez, deberían ser acompañadas por mecanismos de garantía que permitan asegurar o incentivar su cumplimiento, determinados sobre la base de la naturaleza de las obligaciones que garanticen, así como de las características particulares de cada proyecto y de las partes involucradas.

CONCLUSIONES

Los negocios mineros en las etapas de exploración y explotación/procesamiento que consisten en la transferencia de proyectos mineros requieren regular contractualmente ciertos aspectos que deben ser incluidos en los contratos mineros de opción, cesión minera y transferencia de concesiones. Los mecanismos propuestos en este trabajo para asegurar los intereses de las partes se han planteado sobre la base de escenarios generales, por lo cual deberán ser ajustados a cada escenario particular, considerando que cada proyecto tiene sus propias dificultades y requerimientos, así como también las partes que intervienen. Se debe tomar en cuenta que una adecuada regulación contractual de este tipo de transacciones es un factor muy importante para asegurar su éxito y prevenir contingencias.

27 En este escenario, sí sería aplicable la exigencia de acreditar una producción mínima, con lo cual nuestra propuesta sobre el cumplimiento de esta obligación no sería aplicable.

Finalmente, como puede apreciarse de las dificultades planteadas, una adecuada regulación contractual de los escenarios descritos no solo requiere de la aplicación de los aspectos regulatorios mineros, sino también civiles, tributarios, corporativos, entre otros, así como del conocimiento del negocio minero y las dificultades que enfrenta, por ejemplo, el ciclo minero, la valorización de proyectos mineros, de las concesiones, los aspectos sociales, etcétera. Por ello, los profesionales del derecho que ejerzan en este sector deben tener conocimiento de todos estos aspectos para brindar una asesoría integral y de utilidad para sus clientes.

REFERENCIAS

- Código Civil. Decreto Legislativo 295 de 1984. 24 de julio de 1984 (Perú). https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf
- Constitución Política del Perú. 30 de diciembre de 1993 (Perú). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Decreto Supremo 014-92-EM de 1992 [Ministerio de Energía y Minas]. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. 2 de junio de 1992. <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/LEGISLACION/TUO%20.pdf>
- Decreto Supremo 03-94-EM de 1994 [Ministerio de Energía y Minas]. Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. 14 de enero de 1994. https://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/94/PLAN_94_DS%20N%C2%BA%2003-94-EM_2008.pdf
- Ministerio de Minas y Energía de Colombia. (2015). *Glosario técnico minero*. <https://www.minenergia.gov.co/documents/10180/698204/GLOSARIO+MINERO+FINAL+29-05-2015.pdf/cb7c030a-5ddd-4fa9-9ec3-6de512822e96>
- Ravines, R. (1987). *El Cuarto del Rescate de Atahualpa 1532-1986*. Instituto Nacional de Cultura.
- Resolución Superintendencia Nacional de los Registros Públicos 052-2004-SUNARP-SN. Reglamento de Inscripciones del Registro de Derechos Mineros. 1 de febrero del 2005.
- Seinfeld, J., Cuzquén, G., Farje, G., y Zaldívar, S. (1998). *Introducción a la economía de los recursos naturales y del medio ambiente*. Universidad del Pacífico, Centro de Investigación.

LA DENUNCIA DE LAS REGLAS DE LA HAYA POR PARTE DEL ESTADO PERUANO: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO MARÍTIMO CONVENCIONAL*

JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO**
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 19/11/2020 Aceptado: 1/12/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5066>

RESUMEN. El transporte marítimo moviliza aproximadamente el 80 % del comercio internacional. Dada su importancia, en este artículo se analiza la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional de mercancías, a través de un acercamiento a los tres instrumentos internacionales que se ocupan del tema. Se examinan también las diferencias entre el contrato de transporte marítimo y el contrato de fletamento, y la situación en el Perú tras la denuncia de las Reglas de La Haya. Finalmente, se intenta identificar cuál es el régimen de responsabilidad que más le conviene al Perú.

PALABRAS CLAVE: Reglas de La Haya / Reglas de Hamburgo / contrato de transporte marítimo de mercancías / contrato de fletamento de buques / conocimiento de embarque

* Este artículo aborda el tema de la denuncia por parte del Estado peruano de las Reglas de La Haya, así como la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional de mercancías, a la luz de los convenios internacionales que regulan la materia. Se enmarca en una investigación auspiciada por el Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima, que se realiza gracias a un concurso llevado a cabo a comienzos del 2020. El trabajo de investigación se titula *Ventas marítimas en el comercio internacional: confluencia de la compraventa, el transporte marítimo, el seguro de carga y el crédito documentario*, y culminó en marzo del 2021.

** Abogado por la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Pejovés, especializado en derecho marítimo.

THE DENUNCIATION OF THE HAGUE RULES BY THE PERUVIAN STATE: CIVIL LIABILITY IN THE INTERNATIONAL MARITIME TRANSPORT OF GOODS AND ITS REGULATION IN CONVENTIONAL MARITIME LAW

ABSTRACT. The Peruvian State's denunciation of the Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Bills of Lading (Brussels, 1924) has the effect that this international instrument, whose most important part is the regulation of the carrier's liability in the international maritime carriage of goods, will cease to be binding for Peru.

In this article, an analysis of the carrier's liability in the international maritime transport of goods is addressed, through an approach to the three international instruments that deal with the subject, given the importance of maritime transport, a mode through which approximately 80% of international trade is mobilized.

The differences between the contract of carriage by sea and the contract of affreightment are also analyzed, as well as the situation in Peru after the denunciation of the Hague Rules. Finally, an attempt is made to identify the liability regime that best suits Peru.

KEYWORDS: Hague Rules / Hamburg Rules / contract of carriage of goods by sea
/ contract of affreightment / bill of lading

INTRODUCCIÓN

En primer lugar, quiero agradecer especialmente la invitación que recibí de nuestro decano, doctor Germán Ramírez-Gastón Ballón, para participar en esta edición especial de la revista *Ius et Praxis*, que rinde homenaje a los primeros 40 años de creación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Me honra doblemente, pues soy exalumno y profesor de la facultad.

Mediante el Decreto Supremo 012-2020-RE, publicado el 12 de mayo del 2020, el Estado peruano denunció el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924 y conocido internacionalmente como las Reglas de La Haya. Como se sabe, el acto de denuncia implica que dicho instrumento internacional deja de ser vinculante para el Perú.

El referido Convenio de Bruselas de 1924 fue aprobado por el Perú mediante la Resolución Suprema 687 de 1964, y el instrumento de adhesión se depositó ante el Gobierno belga el 29 de octubre de ese año, con lo cual las Reglas de La Haya entraron en vigor para nuestro país el 26 de abril de 1965.

El porteador en el contrato de transporte marítimo de mercancías, que se documenta mediante conocimiento de embarque (*bill of lading*) o documento similar, se obliga a recibir las mercancías para su desplazamiento desde un puerto localizado en un Estado a otro puerto o lugar ubicado en otro Estado. Esa obligación de resultados supone que la carga que el porteador recibe en custodia debe conservarla y entregarla en el puerto de destino, a tiempo, al tenedor del documento facultado para recibirla. Cuando el naviero o porteador no cumple efectivamente con sus prestaciones, bien porque la carga se pierde totalmente, o llega averiada o con retraso, por culpa que le resulta atribuible, deberá responder por los daños causados y resarcir al titular de la carga.

La responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional de mercancías es el punto central en las tres reglas que norman este tipo de transporte, y posee características singulares que la distinguen del régimen común de la responsabilidad civil. De ahí que se sostenga que estamos frente a un régimen especial de responsabilidad que con algunos elementos distintivos es regulado en los convenios internacionales relativos al transporte marítimo. Me refiero a las Reglas de La Haya y sus protocolos modificatorios de Visby (Bruselas, 1968) y de los Derechos Especiales de Giro (DEG) de 1979¹; y al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), mejor conocido como las Reglas de Hamburgo, convenios internacionales que se encuentran en vigor; así como al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transportes Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), mejor conocido como las Reglas de Rotterdam.

1 El Perú no ha ratificado ni el Protocolo de Visby de 1968, ni el Protocolo de los DEG de 1979.

En la elaboración de las Reglas de Hamburgo y de las Reglas de Rotterdam, tuvieron un rol destacado dos agencias formuladoras del sistema de Naciones Unidas: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) y la Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés). Cabe resaltar también el papel que cumplió un organismo internacional no gubernamental de especial relevancia en el derecho marítimo, el Comité Marítimo Internacional (CMI).

En este artículo se analiza la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional de mercancías a través de un acercamiento a los tres instrumentos internacionales que se ocupan del tema. Se examina también la situación en el Perú tras la denuncia de las Reglas de La Haya por el Gobierno peruano. Finalmente, una cuestión importante en relación con la responsabilidad en el transporte marítimo internacional de mercancías radica en intentar identificar cuál es el régimen de responsabilidad que más le conviene al Perú.

La alusión a las Reglas de Rotterdam es tangencial porque dicho instrumento internacional aún no se encuentra en vigor. Tras doce años de suscrito, hasta octubre del 2020 solamente cinco Estados lo han ratificado o han adherido, y son necesarios veinte actos de ratificación o de adhesión para que entre en vigencia.

LOS DOS HEMISFERIOS EN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO

Sobre los servicios de transporte marítimo, puede afirmarse —en sentido figurado— que se proveen o prestan en dos hemisferios bien acotados: el de los servicios regulares y el de los servicios no regulares. Esta diferencia se encuentra normada en los distintos ordenamientos jurídicos, es derecho marítimo público y tiene importancia en el otorgamiento de los títulos habilitantes para operar empresas navieras y explotar comercialmente buques mercantes. Para efectos de este trabajo y para comprender mejor la parte operativa relacionada con el transporte marítimo como negocio jurídico de derecho marítimo privado, conviene aproximarse a los principales elementos distintivos en la prestación de los servicios de transporte marítimo.

Servicios regulares de transporte marítimo

Los servicios regulares de transporte marítimo de mercancías, también conocidos como *liners*, se caracterizan por que intervienen líneas navieras que ponen buques a disposición de los usuarios con itinerarios y frecuencias preestablecidos para el traslado de mercancías.

Generalmente —aunque esta no es una afirmación absoluta—, estos servicios se asocian al transporte de carga heterogénea en contenedores, mediante buques que

tengan las condiciones de navegabilidad para transportar este tipo de recipientes. Estos buques son de las clases que se conocen como *portacontenedores*, porque solo pueden trasladar contenedores, o *multipropósito*, porque pueden transportar diversos tipos de carga.

El servicio regular se relaciona usualmente con la celebración de contratos de transporte marítimo que se documentan con conocimientos de embarque (*bill of lading*) o cartas de porte marítimo (*sea waybills*), que constituyen auténticos contratos de adhesión, pues no hay posibilidad de negociación entre las partes. Igualmente, se realiza el pago de fletes (el precio del servicio o contraprestación de los usuarios) preestablecidos, los cuales son de conocimiento público; y en los contratos se suelen insertar *liner terms*, que permiten distribuir costos y riesgos de ciertas operaciones conexas al transporte entre el porteador y el cargador, que son las partes celebrantes del contrato de transporte marítimo de mercancías.

El régimen de responsabilidad del porteador en los servicios de transporte marítimo *liner* es de carácter imperativo, con limitación de la deuda resarcitoria y está regulado en los convenios internacionales sobre transporte marítimo: las Reglas de La Haya de 1924, y sus protocolos de Visby de 1968 y de los DEG de 1979; las Reglas de Hamburgo de 1978, las Reglas de Rotterdam del 2008 (que aún no están vigentes); y los regímenes de países que no son parte de ningún instrumento internacional y aplican en esas relaciones jurídicas sus ordenamientos marítimos.

Este es el hemisferio de los *common carriers*, que disponen de instalaciones portuarias con un diseño especial —aunque también pueden operar en terminales portuarios polivalentes o multipropósito— y de equipos portuarios especializados para manipular contenedores, como grúas pórtico de muelle (*portainers* o *ship to shore*), grúas pórtico de patio (*transtainers*) o *reach stackers*, entre otros.

Servicios no regulares de transporte marítimo

Los servicios no regulares o irregulares de transporte marítimo de mercancías, también conocidos como *tramps*, se caracterizan por que las empresas navieras que prestan o proveen dichos servicios ponen a disposición de los usuarios buques sin frecuencias ni itinerarios preestablecidos, es decir, buques “vagabundos” o *tramps*, los cuales se fletan de acuerdo con la necesidad del usuario, bien por un tiempo o por un viaje o viajes determinados.

Generalmente —aunque esta tampoco es una afirmación absoluta—, los servicios no regulares están asociados al traslado de carga homogénea: graneles sólidos —limpios o alimenticios y sucios o industriales— y líquidos, mediante buques graneleros y tanqueros.

El servicio no regular usualmente se relaciona con la celebración de contratos de fletamento (*charter parties*): fletamento por tiempo (*time charter*) o fletamento por viaje

(*voyage charter*), los cuales se documentan con pólizas o formularios de uso internacional. Las más conocidas son la póliza *Baltimex* para los fletamentos por tiempo y la póliza *Gencon* para los fletamentos por viaje, ambas elaboradas y actualizadas por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO). Los contratos de fletamento son paritarios, en los cuales los términos y condiciones contractuales, incluido el precio del flete, son objeto de la negociación entre las partes; asimismo, en ellos se insertan *gross terms*, que permiten distribuir ciertos costos y riesgos de operaciones complementarias al fletamento entre el fletante y el fletador.

El régimen de responsabilidad del naviero o armador en los servicios *tramp* es de carácter dispositivo y no está contenido en ningún convenio internacional, sino en las leyes nacionales.

Este es el hemisferio de los *private carriers*, que disponen de instalaciones portuarias especializadas —o también terminales portuarios polivalentes— y de equipos portuarios especializados para manipular carga a granel, como, por ejemplo, cintas o fajas transportadoras, *shiploaders* y ductos submarinos.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO Y EL CONTRATO DE FLETAMENTO

El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque y los contratos de fletamento en sus distintos tipos: fletamento o arrendamiento a casco desnudo (*bareboat charter*), fletamento por tiempo (*time charter*) y fletamento por viaje (*voyage charter*), junto con otras figuras, son modalidades de los contratos de utilización o explotación de buques. El derecho marítimo ha desarrollado una teoría que explica la naturaleza y características de las distintas modalidades de utilización de buques.

Un sector de la doctrina señala que el fletamento es una modalidad del transporte; otro sector, a su vez, sostiene que el fletamento es un contrato mixto que participa del arrendamiento de cosas —entiéndase el buque (*locatio rei*)— y del transporte, entendido como la obligación de trasladar mercancías (*locatio operis*).

Nosotros seguimos la corriente doctrinaria que identifica el fletamento como un contrato autónomo e independiente, característico y especial del derecho marítimo. En este orden de ideas, de acuerdo con Arroyo (2001), las tres notas esenciales del contrato de fletamento son las siguientes:

- a. La prestación principal del naviero es la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad. Así pues, el buque y su disponibilidad, y no las mercancías o las personas, son el objeto del contrato. Un buque como elemento de un contrato de fletamento puede ser utilizado, por ejemplo, como un hotel flotante, para el tendido de cables submarinos, para realizar estudios

oceanográficos, para llevar cartas náuticas, para la navegación deportiva, para instalar un restaurante o un casino, etcétera.

- b. El fletamento es una categoría genérica que abarca varias modalidades, según la disponibilidad del buque se vaya completando y sofisticando: desde un simple arrendamiento a casco desnudo, pasando por la obligación de navegar (fletamento en sentido estricto), hasta la obligación de transportar un bien en virtud de una póliza de fletamento (*charter party*) o de un conocimiento de embarque (*bill of lading*).

El buque y la navegación son los elementos fundamentales en torno a los cuales descansa la teoría de los contratos de utilización.

La distinción entre el fletamento o arrendamiento a casco desnudo, el fletamento por tiempo y el fletamento por viaje se basa en el grado de control respecto a la gestión del buque: (i) en el arrendamiento a casco desnudo, el arrendador o fletante desplaza íntegramente al arrendatario o fletador la gestión náutica y comercial; (ii) en el fletamento por tiempo, el fletante cede únicamente la gestión comercial; y (iii), en el fletamento por viaje, el fletante detenta la gestión náutica y comercial.

Correlativamente, el cuadro de derechos y obligaciones de cada parte varía en función de las facultades reservadas sobre el empleo del buque, ya sea comercial o náutico, por lo cual el fletante o el fletador es responsable frente a terceros de distinta manera, según la modalidad contractual de que se trate.

- c. En tercer lugar, el fletamento y el transporte suelen ir unidos a dos modos distintos de explotación, documentación y régimen jurídico. Véase lo señalado en el apartado anterior de este artículo.

LOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

Antecedentes históricos de la regulación de la responsabilidad del porteador

La doctrina maritimista pone de relieve que hasta fines del siglo XIX los navieros o armadores, cuando actuaban como porteadores, conseguían eximirse de responsabilidad, aun cuando resultaba evidente y comprobable que por causas que les resultaban atribuibles habían incurrido en responsabilidad.

El antiguo libro III del Código de Comercio peruano de 1902, aún vigente, cuyas semejanzas con el derogado libro III del Código español de 1885² resultan evidentes,

2 La Ley 14/2014, Ley de Navegación Marítima, que entró en vigencia el 25 de septiembre del 2014, derogó el libro III del Código de Comercio español.

contiene normas de carácter supletorio que regulan el transporte por medio de la figura del capitán, a quien se le hace responsable del cuidado de la carga que tiene en custodia y cuya responsabilidad se exceptúa mediante la causales tradicionales: fuerza mayor, caso fortuito, culpa o negligencia del cargador y vicio propio de las mercancías. El Código de Comercio peruano, en la parte del comercio marítimo que todavía no ha sido “desco-dificada”, está alineado con el principio de la libertad contractual o de la autonomía de la voluntad, y regula principalmente el contrato de fletamento por viaje, que incardina el transporte de mercancías, que era la modalidad usual de explotación de buques en los tiempos decimonónicos y desde antes.

El Código de Comercio peruano, como todos sobre los que gravitó el Código de Comercio francés de 1807, así como otros cuerpos normativos sobre los que no influyó la ley sustantiva mercantil francesa, no contiene normas imperativas (*ius cogens*) que regulen la responsabilidad del porteador que emerge del transporte marítimo de mercancías. Esta cuestión jurídica era común en la época en que los mares eran surcados por buques propulsados mediante la conjunción del viento y el velamen, y en los que regían y rigen los sistemas romano-germánico y del *common law*.

Se sabe que, al no existir normas inderogables para las partes que regulen la responsabilidad en el transporte marítimo de bienes, había descontento por parte de los cargadores, quienes muchas veces no encontraban el amparo legal necesario para defender sus intereses. De este modo, se entiende que las relaciones entre los porteadores y los dueños de la carga eran en alguna medida asimétricas, en detrimento de los intereses de los cargadores, pues los transportistas marítimos se valían de una serie de exoneraciones para eludir su responsabilidad frente a los daños causados a la carga que trasladaban.

Ray (1994a), con relación a la asimetría existente entre porteadores y cargadores antes apuntada, señala:

Ante la ausencia de disposiciones específicas y teniendo en cuenta que en el conocimiento se establecían las condiciones del transporte, las empresas, para reducir al mínimo su responsabilidad, fueron insertando cláusulas conocidas bajo la denominación de *negligence clauses*, que, impugnadas por los cargadores y consignatarios, los tribunales y parlamentos consideraron inválidas, por entender que traducían una imposición arbitraria del transportador. (p. 384)

El 13 de febrero de 1893 se sancionó en Estados Unidos la Harter Act, según la cual se declararon ilegales las cláusulas que tenían por fin exonerar al transportador de la debida diligencia para armar, equipar y aprovisionar el buque, es decir, ponerlo en condiciones de navegabilidad, así como todas aquellas que lo exoneraran por faltas cometidas al efectuar la carga, el arrumaje, el cuidado durante el viaje y durante la descarga de la mercadería. Expresamente se admitió la irresponsabilidad del transportador por las

faltas cometidas por el capitán en la navegación y manejo (*management*) del buque y la limitación de su responsabilidad (Ray, 1994a, p. 384).

El uso exagerado de las cláusulas de exoneración se volvió más intenso a medida que las antiguas colonias se independizaron y se mostraron más débiles en su capacidad de negociación al ser países cargadores, principalmente exportadores de materias primas (Arroyo, 2001). Dichos excesos se producían en repúblicas jóvenes como el Perú, que no contaban con flotas de buques mercantes con capacidad para transportar la carga que se generaba.

En ese contexto, respecto a los antecedentes históricos de la regulación de la responsabilidad del porteador, Sánchez Calero (2000) sostiene:

La experiencia demostró en este sentido la necesidad de protección de los cargadores de mercancías en buques de línea que tenían una posición económica de hecho inferior a la de los porteadores, lo que había dado origen a un exceso de cláusulas de exoneración de responsabilidad por los daños o pérdidas de las mercancías, que los porteadores habían insertado en los conocimientos de embarque y que, en general, los derechos del siglo XIX no simplemente eran ineficaces para eliminarlas, sino que, inspirados en el respeto a la libertad contractual, en cierto modo las amparaban. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que, "como se ha recordado tantas veces", la revolución de la técnica de la navegación producida en ese siglo con la difusión de los buques de vapor y el desarrollo de las grandes compañías de navegación pusieron de manifiesto la exigencia de una nueva disciplina del transporte marítimo que se adaptara más a la realidad que las normas contenidas en los Códigos de esa época o en el derecho anglosajón. (p. 230)

Es meridianamente claro para la doctrina el uso masificado —y ciertamente desleal— que los navieros les dieron a las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Fue ese uso desmesurado el detonante para arribar al ordenamiento en una cuestión tan sensible como la responsabilidad por los daños a la carga. En este orden de ideas, González-Lebrero (1998) plantea:

Respecto de las cláusulas de exoneración propiamente dichas, cabe expresar que ya había noticias concretas de ellas a fines del siglo XVIII, pues Balthazard Emerigon, en su libro sobre seguros y préstamos a la gruesa, escrito en 1783, habla de las cláusulas *que dit être*, que significa que el cargador "ha dicho" que las mercancías son de tal calidad o cantidad, sin que el capitán lo haya verificado. Según tal estipulación, que el mencionado autor da como corriente en los contratos de la época, el capitán (transportista) no responde de la calidad interior, pero sí de las cantidades de bultos o bolsas. Las cláusulas fueron utilizadas por primera vez por armadores británicos a mediados del siglo pasado, generalizándose luego en los demás países, a tal punto que la cuestión de su implantación se estudió en el Congreso Marítimo de Amberes de 1885 primero, y en el de Bruselas de 1888 después. (p. 441)

La citada Harter Act, que llevó el nombre de su proponente, el congresista estadounidense Michael Harter, tuvo resonancia y varios países la replicaron mediante la adopción de normas similares. Ray (1994a) menciona que “Nueva Zelandia en 1903 sancionó la Shipping & Seamen Act; Australia en 1904 la Paramount Act; Canadá en 1910 la Canadian Water Carriage of Goods-Act; Japón en 1910 su Código de Comercio; Marruecos —colonia francesa— el Código de Comercio de 1919” (pp. 384-385).

La reacción de la comunidad marítima internacional frente a la necesidad de establecer un marco normativo que gobernara el transporte marítimo internacional, en concreto, lo concerniente a la responsabilidad del porteador, condujo a la celebración de conferencias internacionales con el objeto de aprobar reglas uniformes. Así, por impulso del Imperial Shipping Committee y de la International Law Association, se llevó a cabo en 1921 en La Haya la conferencia que supuso el inicio para la aprobación el 25 de agosto de 1924 del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, universalmente conocido como las Reglas de La Haya.

La principal finalidad que tuvo la adopción de las Reglas de La Haya fue normar la responsabilidad de los porteadores por los daños a las mercancías, y así dejar atrás el *statu quo* consistente en la irresponsabilidad de los navieros mediante la incorporación de las cláusulas de exoneración; ello se consiguió a través de la negociación y el acuerdo de las partes en juego: los porteadores y los cargadores. Posteriormente, fórmulas similares, aunque con ciertos matices diferenciadores, han sido consagradas en las Reglas de Hamburgo³ y en las Reglas de Rotterdam.

La responsabilidad civil del porteador en el transporte marítimo de mercancías

La responsabilidad civil del porteador en el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque⁴ posee un régimen especial que está desarrollado en convenios internacionales y en leyes nacionales integrantes del derecho marítimo. Además, tiene un punto de contacto con el derecho civil en lo que corresponde al régimen general de responsabilidad.

Cabe destacar el hecho de que, según la UNCTAD, aproximadamente el 80 % del comercio internacional se moviliza por medio de buques —modo marítimo—, y un

3 Las Reglas de Hamburgo se originaron por iniciativa de la UNCTAD, que a su vez partió de una iniciativa del llamado Grupo de los 77, conformado, como se sabe, por países en desarrollo. Una de las razones que se tuvo en consideración para formularlas fue el hecho que las Reglas de La Haya se consideraban favorables a los intereses de los porteadores. La iniciativa de la UNCTAD fue materializada por UNCITRAL que para tal efecto, en 1969, creó un grupo de trabajo sobre reglamentación internacional del transporte marítimo.

4 Sobre la responsabilidad civil del porteador en el transporte marítimo de mercancías, nos hemos referido en otros lugares (Pejovés Macedo, 2006, 2007, 2019).

promedio similar del comercio exterior peruano se traslada de la misma manera. En el transporte marítimo, como se mencionó anteriormente, se distingue el tráfico regular (*liner*) del tráfico no regular (*tramp*): el primero se identifica con el traslado de carga contenedorizada⁵ y de vehículos; mientras que el segundo, con el traslado de carga a granel. Sin embargo, es un hecho comprobable que, desde hace unos veinte años, las tendencias, como lo sugieren estudios especializados, registran un crecimiento sostenido del tráfico de contenedores, que está estrechamente vinculado con el transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque.

En un sentido amplio, la responsabilidad es, según Cabanellas (1986), “la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado” (p. 191). Por su parte, Ray (1996) recuerda:

En la primera página de la obra de los hermanos Mazeaud, publicada en 1957, con la colaboración del profesor de Grenoble, André Tunc, se nos dice que el término *responsabilidad*, de uso corriente hoy día, entró no hace mucho en nuestro lenguaje jurídico. Pothier lo empleaba excepcionalmente y la expresión habría sido tomada del derecho inglés por los filósofos del siglo XVIII, encontrándose en el *Diccionario crítico* de 1789 de Mr. Necker y el abate Feraud. (p. 4)

La responsabilidad del naviero en el Perú, que en el contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque⁶ tiene la condición de porteador, se funda en la culpa o negligencia y está regulada por los artículos 600; 631, inciso 1; 632, y 633 del Código de Comercio; y, en el tráfico internacional, por la parte correspondiente de las Reglas de La Haya, que como explicaremos más adelante han sido denunciadas por el Estado peruano. Complementa ese desarrollo normativo especial el artículo 1314 del Código Civil, que dispone que “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Cabe recordar que, como ya se ha señalado, nuestro anacrónico libro III del Código de Comercio de 1902 contiene normas de carácter supletorio que regulan el transporte por medio de la figura del capitán, a quien se le hace responsable del cuidado de la carga que tiene en custodia y cuya responsabilidad se exceptúa por las causales tradicionales

5 Los contenedores trajeron una auténtica revolución que impactó notablemente en el transporte marítimo de mercancías. La masificación de su uso ha cambiado el panorama de la siniestralidad de bienes y ha generado cambios tecnológicos muy beneficiosos para el tráfico marítimo, los cuales van desde diseños de buques portacontenedores cada vez más grandes hasta cambios en las infraestructuras y equipamientos portuarios. Todo ello ha generado economías de escala muy favorables al comercio de bienes.

6 Para los alcances de este artículo, solo desarrollamos lo relativo a la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías. No se aborda la responsabilidad del porteador por el transporte de pasajeros y sus equipajes, la cual emerge del contrato de pasaje, ni la del fletante en los contratos de fletamento.

de fuerza mayor, caso fortuito, culpa o negligencia del cargador y vicio propio de las mercancías. En la parte de comercio marítimo, el Código de Comercio peruano está alineado con el principio de la libertad contractual o de la autonomía de la voluntad, y regula principalmente el contrato de fletamento por viaje, que incluye el transporte de mercancías⁷. Como ya se ha indicado, no contiene normas imperativas (*ius cogens*) que regulen la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías.

El porteador en el contrato de transporte marítimo de mercancías, que se documenta mediante conocimiento de embarque (*bill of lading*) o documento similar, se obliga en virtud del contrato a recibir las mercancías para su desplazamiento desde un puerto a otro. Esa obligación de resultados supone que la carga que el porteador recibe en custodia debe conservarla y entregarla en el puerto de destino, a tiempo, al tenedor del documento facultado para recibirla.

La responsabilidad del porteador en el derecho uniforme marítimo

La alusión al derecho uniforme marítimo, o derecho convencional marítimo, tiene que ver con los convenios o convenciones internacionales que regulan aspectos relativos a instituciones o relaciones jurídicas propias del derecho marítimo. Para ser más precisos, a efectos de este trabajo, son solo aquellos convenios internacionales sobre transporte marítimo internacional de mercancías que forman parte de los convenios internacionales marítimos de carácter mercantil, formulados por la UNCTAD y por la UNCITRAL, en contraste con los convenios internacionales marítimos de carácter técnico formulados por la OMI y los de carácter laboral formulados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como bien señala Ray (1994b):

El tema de la responsabilidad del transportador es de fundamental importancia en el comercio exterior porque el transporte se encuentra en el centro de las transacciones comerciales, principalmente de las internacionales, y de ahí que la mayor parte de la labor realizada para la armonización del derecho comercial ha girado alrededor de la formulación de convenciones internacionales sobre transporte marítimo, aéreo y terrestre. (p. 7)

El régimen de responsabilidad adoptado en las convenciones internacionales sobre transporte marítimo de mercancías es el subjetivo, fundado en la culpa o negligencia, y

7 El contrato de fletamento por viaje (*voyage charter*) es una modalidad de los contratos de utilización o explotación de buques, junto con el contrato de fletamento por tiempo (*time charter*) y el arrendamiento o fletamento a casco desnudo (*bareboat charter*), por citar los principales y sin mencionar los contratos híbridos. En virtud del fletamento por viaje, el fletante pone a disposición del fletador un buque, total o parcialmente, para realizar uno o más viajes; el *voyage charter* no necesariamente se configura exclusivamente en la disposición del buque para desplazar o trasladar mercancías, ya que puede configurarse en la disposición del buque para realizar, por ejemplo, faenas de pesca, investigación científica, tendido de cables submarinos, entre otras actividades.

tiene carácter imperativo, es decir, es inderogable para las partes. Cuando nos referimos a la responsabilidad subjetiva y objetiva o *estricta* como sistemas distintos, se asume que es responsabilidad subjetiva la fundada en la culpa o negligencia, y objetiva la que se basa en el riesgo y en la obligación de indemnizar, cuando se prueba la relación de causalidad entre el hecho y el daño, dejando de lado cualquier noción de culpa (Ray, 1994b).

En el transporte marítimo de mercancías, la responsabilidad del porteador es contractual, pues radica en un acuerdo de voluntades entre aquel y el dueño de la carga, y deriva del hecho de que el porteador ineficace el contrato de transporte marítimo o, de ejecutarlo, su prestación sea mal hecha. Al respecto, González-Lebrero (1998) sostiene:

La responsabilidad no puede ser sino contractual, y significa, en el orden práctico, que el transportista responde de los hechos resultantes de ese incumplimiento frente al cargador o destinatario, a quienes basta probar el contrato y el daño sobrevenido a sus bienes para hacerse indemnizar, con exclusión de toda consideración relativa a las causas de la ineficacia. A su vez, el transportista debe probar, para eludir toda responsabilidad, que ha obrado sin culpa, es decir que su acción, aparentemente violatoria del contrato, se ha debido a causas extrañas que no se le pueden imputar. (pp. 437-438)

Esto señala la aceptación universal de la limitación de responsabilidad del naviero no solo en el transporte marítimo de mercancías, sino también en casi todas las relaciones jurídicas marítimas en las que participa utilizando buques. La responsabilidad limitada del naviero es un elemento distintivo del derecho marítimo, vinculado estrechamente con la reconocida especialidad de la materia y con el particularismo que antiguamente se atribuía a la disciplina, lo cual en la actualidad está puesto en cuestión por la doctrina.

Como se sabe, un objetivo de los especialistas, de las agencias formuladoras de las Naciones Unidas y de las organizaciones internacionales no gubernamentales relacionadas con el comercio y el transporte marítimo internacional es la uniformidad y armonización de las normas que regulan los intercambios comerciales y el tráfico marítimo internacional. Las bondades de la pretendida uniformidad son de alto calado y tienen que ver con la previsibilidad en la aplicación de las normas y la seguridad jurídica. Sin embargo, el panorama del derecho uniforme marítimo no es muy alentador si nos atenemos a la existencia de diversos regímenes de responsabilidad aplicables al porteador en el transporte marítimo internacional, como son los citados instrumentos internacionales: las Reglas de la Haya —sus protocolos de Visby y de los DEG—, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam —que aún no han entrado en vigor—, así como al despliegue de sistemas de responsabilidad contenidos en leyes nacionales adoptadas por algunos países.

El grupo de trabajo que tuvo a su cargo la redacción del Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, constituido como parte de la Comisión Especial encargada de elaborar el Proyecto del Código de Comercio —creada mediante la Ley 26595—, de la

cual fui integrante y que estuvo activa entre 1997 y el 2000, presentó un proyecto normativo que busca modernizar el derecho marítimo peruano, que como hemos mencionado sigue anclado en buena parte de su contenido en el libro III del Código de Comercio y en las Reglas de La Haya, que estarán vigentes en el Perú hasta el 1 de abril del 2022, cuando entren en vigencia las Reglas de Hamburgo. Sobre esta reforma, todavía inconclusa, pero que esperamos que llegue a buen término en beneficio del transporte y el comercio marítimo, nos hemos ocupado en otros lugares⁸. Como parte del proceso de modernización de nuestro derecho marítimo, sugerimos reemplazar las Reglas de La Haya por las Reglas de Hamburgo, instrumento más adecuado a la realidad y cuyo contenido es más técnico y moderno. Al respecto, Sánchez Calero (1981) indica:

Las Reglas de La Haya se redactaron en 1921, con la preocupación de elaborar un conocimiento de embarque-tipo, que sirviera para fijar un mínimo de protección a los cargadores. De ahí que se transcribieran en esas Reglas las cláusulas usuales de los conocimientos de entonces, eliminando aquellas que se estimaban inadecuadas. Las Reglas de Hamburgo, aun cuando siguen adoleciendo de un cierto casuismo, han mejorado extraordinariamente en su estilo con relación a las de La Haya. Si la redacción de estas fue una obra de prácticos, la de las de Hamburgo ha sido una labor de juristas, mucho más depurada y perfecta. (p. 23)

Las Reglas de Hamburgo son más equilibradas en cuanto a los intereses de los armadores y de los cargadores; es un conjunto de normas moderno, elaborado con mejor técnica y cuya aplicación práctica en los contratos no distorsiona el mercado, pues no influye a favor de ningún interés y solo cuida de racionalizar las transacciones entre cargadores y armadores, distribuyendo equilibradamente entre las partes los riesgos propios del transporte marítimo.

Ripert (1954), con relación a algunas debilidades de las Reglas de La Haya, explica:

Estas reglas, redactadas en inglés, se presentan como una especie de conocimiento tipo; contienen todas las cláusulas del contrato de transporte y comprenden, lo que es muy curioso, reglas sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, aunque el ejercicio de la acción no pueda depender evidentemente de la voluntad de las partes. Lo más sorprendente es que estas reglas convencionales agregaban que, fuera de las cláusulas expresamente permitidas por ellas, todas las demás cláusulas eran afectadas de nulidad [...]. Las Reglas de La Haya están redactadas, según la técnica inglesa, en artículos muy largos, divididos en párrafos y en letras del alfabeto, lo que hace incómodas las citas. Además, los mismos ingleses confesaron que, redactadas por hombres prácticos, estas reglas no son impecables desde el punto de vista jurídico. (p. 276)

8 Sobre la necesidad de reformar el derecho marítimo peruano y los alcances del Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, véase Pejovés Macedo (2008, 2007, 1999a, 1999b, 1998), así como "El Anteproyecto de la Ley General de la Navegación y del Comercio Marítimos" (1999).

Conforme a lo comentado precedentemente, es oportuno resaltar la superioridad en técnica legislativa de las Reglas de Hamburgo frente a las Reglas de La Haya, lo cual es aseverado por la doctrina maritimista más autorizada, y que básicamente se manifiesta por el hecho que las Reglas de Hamburgo fueron elaboradas principalmente por abogados maritimistas conocedores de la materia, cuya ausencia fue por demás notoria en la redacción de las Reglas de La Haya.

Un dato relevante es el referido a la cercanía que tienen las Reglas de Hamburgo con el sistema romano-germánico, al cual está adscrito nuestro sistema jurídico. Este dato es importante para entender que naturalmente la aplicación de las Reglas de Hamburgo hará más eficiente la solución de controversias derivadas de la imputación de responsabilidad en el transporte marítimo, pues la sistemática latina adoptada por dichas reglas se presta mejor al encuentro de soluciones equitativas y comprensibles.

El hecho que las Reglas de Hamburgo contribuyan a una distribución más equilibrada de los riesgos entre el propietario de la carga y el porteador es trascendente, sobre todo en un país como el Perú, que es eminentemente cargador, en especial en el tráfico de línea. Y esto no se debería entender como un sesgo en perjuicio de los armadores, pues, como lo comprueba la realidad, en Chile las Reglas de Hamburgo están recogidas al menos desde 1988, y los navieros chilenos han desarrollado su actividad empresarial con singular éxito. Esa trascendencia se traduce fundamentalmente en quebrar el *statu quo* que significa mantener inequidades en cuanto a la distribución de los riesgos generados por el transporte marítimo. Ray (1996) con acierto ha dicho:

En la consideración del tema de la responsabilidad del transportador, debemos tener muy presentes los intereses económicos y, en especial, los de nuestros países, que son cargadores, es decir, exportadores e importadores de mercaderías, pero también con una loable pretensión de desarrollar sus flotas mercantes. (pp. 25-26)

Elementos comunes en los distintos regímenes de responsabilidad contenidos en los convenios internacionales sobre transporte marítimo de mercancías

Las Reglas de La Haya —y sus protocolos de Visby de 1968 y de los DEG de 1979—, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, como se ha señalado precedentemente, es como se conoce a los convenios internacionales que regulan el transporte marítimo internacional de mercancías. Estos instrumentos internacionales tienen en común entre ellos el desarrollo de la responsabilidad del porteador, institución fundamental por su relevancia en el transporte de mercancías por mar⁹.

9 Existen varios trabajos en los que se han comparado las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam. Por todos, véase Berlingieri (2009).

Como se indicó, dichos convenios internacionales o reglas se aplican al transporte marítimo de mercancías en servicios o tráficos regulares o *liners* —cuyas características aludimos anteriormente—, en los que se emiten conocimientos de embarque o documentos similares. Los convenios internacionales sobre transporte marítimo no se aplican a los contratos de fletamento de buques.

No abordaremos en este ensayo las relaciones existentes entre las pólizas de fletamento y los conocimientos de embarque, sobre todo si en aquellas se insertan cláusulas Paramount y en estas cláusulas de incorporación (*incorporation clause*), que en el primer caso remiten las controversias a alguna de las reglas mencionadas y en el segundo generan que muchas veces se entrecrucen los derechos y obligaciones de las distintas partes intervinientes en el doble juego de normas aplicables¹⁰.

Los elementos comunes que encontramos en los distintos regímenes de responsabilidad recogidos en los convenios internacionales sobre transporte marítimo de mercancías son los siguientes:

- a. Internacionalidad de las reglas y su calidad de tratados
- b. Carácter imperativo de las normas que regulan la responsabilidad del porteador
- c. Responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa
- d. Responsabilidad limitada del porteador o limitación de la deuda resarcitoria
- e. Régimen de la prueba e inversión de la carga en cabeza del porteador
- f. Supuestos de incumplimiento que generan responsabilidad
- g. Derogación de la responsabilidad del porteador en favor del titular de la carga
- h. Periodo de responsabilidad
- i. Prescripción de las acciones

Internacionalidad de las reglas y su calidad de tratados

Los convenios internacionales sobre transporte marítimo mencionados, que se conocen comúnmente como reglas, son instrumentos internacionales vinculantes para los Estados partes que expresan su intención de someterse a ellos mediante actos de ratificación o adhesión.

10 La cuestión es muy interesante y vinculada con el tema que se desarrolla; sin embargo, desborda los alcances de este ensayo. Al respecto, véase Arroyo (1993, pp. 429-501).

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969¹¹ estipula en su artículo 2, inciso 1-a), que “se entiende por *tratado* un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Pinto-Bazurco (1997) define el tratado internacional de la siguiente manera:

Acuerdo entre sujetos del derecho internacional, ante todo entre Estados, en cuanto al establecimiento, cambio y terminación de sus derechos y deberes recíprocos en algún terreno (de la cooperación económica, política, científica, técnica, cultural, etc.). Es la fuente principal del derecho internacional. El término *tratado internacional* es un concepto genérico que abarca diversos tipos: acuerdo, pacto, convención, declaración, protocolo, etc. Cualquiera que sea su denominación, todos los tratados tienen igual fuerza jurídica. (p. 370)

Las Reglas de La Haya, de Hamburgo y de Rotterdam son convenios internacionales y en esta calificación son *tratados* que tienen efectos vinculantes para los Estados que son parte de ellos. Las tres reglas comparten el carácter de la internacionalidad. Como se desarrollará más adelante, La Haya y Hamburgo se encuentran vigentes en un número importante de países, mientras que las Reglas de Rotterdam todavía no han entrado en vigor.

Carácter imperativo de las normas que regulan la responsabilidad del porteador

Las normas que regulan la responsabilidad del porteador en el desplazamiento de las mercancías por el mar, en las tres reglas, son de carácter imperativo (*ius cogens*). Su carácter de derecho necesario impide que las partes puedan acordar su derogación en los contratos de transporte marítimo, salvo que se pacten obligaciones más gravosas para el porteador, como podría ser, por ejemplo, elevar el límite de la deuda resarcitoria del naviero en caso de que deba indemnizar por daños causados a la carga.

Como se sabe, las normas imperativas se denominan de esta forma por oposición a las llamadas normas dispositivas o supletorias, que se caracterizan por que las partes pueden prescindir de ellas en sus relaciones jurídicas. El carácter imperativo de las normas sobre la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías debe entenderse desde la óptica de lo que suponía antaño la irresponsabilidad del porteador, que ha sido aludida anteriormente. Con ese espíritu se aprobaron las Reglas de La Haya, y esa misma filosofía se hizo patente en las Reglas de Hamburgo y en las Reglas de Rotterdam.

11 Convención ratificada por el Perú mediante el Decreto Supremo 029-2000-RE, que entró en vigencia en el país el 14 de octubre del 2000.

Emparanza Sobejano y Martín Osante (2010) recuerdan que en las Reglas de La Haya:

Se establece la nulidad radical de toda cláusula del contrato de transporte que pretenda exonerar o limitar la responsabilidad impuesta al porteador, pero admitiéndose la validez de las cláusulas que aumenten sus niveles de responsabilidad con respecto a lo previsto legalmente. Igualmente, se encuentran prohibidas todas aquellas cláusulas que intenten intervenir el *onus probandi* en cuanto a la realidad del daño, su causa y la presunción de responsabilidad. Del mismo modo, se entiende que están prohibidas las cláusulas que pretendan hacer perder el valor probatorio del conocimiento, las que acorten el plazo legal previsto para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, etcétera. (p. 130)

Responsabilidad subjetiva o fundada en la culpa

El régimen especial de responsabilidad aplicable al porteador en el transporte internacional marítimo de mercancías, y consagrado en las tres reglas, es el subjetivo o fundado en la culpa, conforme se mencionó antes. Sin embargo, sobre este aspecto resulta oportuno citar opiniones autorizadas.

En todos los convenios sobre transporte de mercancías, el fundamento de la responsabilidad del porteador es la culpa. Las Reglas de La Haya-Visby establecen dicha norma en el artículo 4 (2) (q) al final de la lista de casos exceptuados, y como si fuera uno de ellos. La redacción de las Reglas de Hamburgo en el artículo 5 (1), por otro lado, es tan poco clara que fue necesario añadir al convenio un anexo de consenso, cuyo valor no está claro. En las Reglas de Rotterdam el principio de la responsabilidad por culpa está establecido en la primera disposición (segundo párrafo) del artículo 17, bajo el título "Fundamento de la responsabilidad", relativo a la prueba necesaria para exonerar al porteador de responsabilidad. (Berlingieri, 2012, p. 57)

Con relación al fundamento y al régimen de responsabilidad recogido en las Reglas de La Haya, Gabaldón García y Ruiz Soroa (2006) anotan:

El Convenio no contiene principio general alguno sobre la responsabilidad del armador, limitándose a establecer un largo catálogo de supuestos o casos exceptuados de tal responsabilidad. Sin embargo, de su análisis histórico y sistemático, se deduce que la responsabilidad del porteador se diseña y establece sobre el principio de responsabilidad por el incumplimiento culpable de sus obligaciones como tal porteador, es decir, de acuerdo con el esquema más generalizado en el derecho de los contratos. [...] De esta formulación se deduce que la responsabilidad del porteador se fundamenta en el incumplimiento culpable de sus obligaciones y que incluye, en principio, tanto las negligencias propias como las del personal auxiliar que emplea en el cumplimiento del contrato. Por otro lado, puede también afirmarse que de la conjugación de este precepto y de la cláusula general del art. 8. q) se deduce una presunción de responsabilidad contra el porteador, de forma que la carga de la prueba de que un daño a las mercancías acaecido durante el periodo de custodia se debe a una causa exceptuada de responsabilidad incumbe al porteador. (p. 581)

En la misma línea, pero respecto de las Reglas de Hamburgo, Ray (1994) plantea: “(a) El sistema de la Convención de Hamburgo es de carácter subjetivo, fundado en la culpa, y desecha toda vinculación con el sistema de responsabilidad objetiva que está en vigencia en muy pocos sectores del derecho” (p. 13). Blas Simone (1980), en el mismo orden de ideas, apunta que “8. Las Reglas de Hamburgo estructuran el régimen de responsabilidad del porteador basado en el principio de su *culpa* o de la de sus agentes o dependientes” (p. 45). Asimismo, Berlingieri (1983) recuerda que cuando se redactaron las Reglas de Hamburgo, en el *common understanding* adoptado por la conferencia, se estableció que la responsabilidad del transportador está basada “en el principio de la culpa o negligencia presunta” y que el valor de dicha declaración fue solo el expresar la intención de quienes proyectaron las reglas incluidas en la convención (p. 60).

En lo que concierne a las Reglas de Rotterdam, Illescas Ortiz (2010), quien conoce de cerca el convenio porque presidió la UNCITRAL cuando este órgano de las Naciones Unidas se abocó a la revisión, negociación y aprobación del proyecto, señala:

La naturaleza jurídica de la responsabilidad del porteador se enraíza en dos características concretas: se trata de una responsabilidad por culpa o negligencia —no se trata, pues, de una responsabilidad objetiva o estricta—; también se trata de una responsabilidad solidaria para el caso [de] que dos o más personas resultaran responsables. (p. 1819)

Responsabilidad limitada del porteador o limitación de la deuda resarcitoria

Otro de los elementos comunes que se pueden apreciar en los convenios internacionales sobre transporte marítimo es el concerniente a la responsabilidad limitada del naviero en relación con el *quantum* de la deuda indemnizatoria. La responsabilidad limitada es una institución arraigada en el derecho marítimo, a la que en la actualidad no le faltan detractores y defensores.

El sistema de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías se complementa con la inclusión de límites de responsabilidad o limitación legal de la deuda de indemnización, cuya fijación es distinta en las tres reglas.

En el derecho común, la teoría general de la responsabilidad tiene como una de sus bases el resarcimiento total o integral (*restitutio in integrum*) a la víctima por el daño causado, de tal forma que la persona que padeció el evento dañoso obtenga una reparación que en lo posible retrotraiga la situación a su estado original o indemne. Sin embargo, el régimen general de responsabilidad no resulta aplicable en el derecho marítimo, porque este contiene reglas especiales propias de su autonomía, las cuales gobiernan una actividad también especial, como lo es la navegatoria.

La autonomía del derecho marítimo, y específicamente la naturaleza imperativa de las normas sobre responsabilidad del porteador en el transporte marítimo, conduce a que

sus reglas sean las que razonablemente se apliquen a casos concretos, en defecto de las normas del derecho. Prima, pues, lo especial sobre lo general, *lex specialis derogat generali*.

La limitación de la deuda del porteador responsable —o los límites de responsabilidad— ha sido profusamente desarrollada por la doctrina, como bien destaca Sánchez Calero (2000):

Pero, aunque esta dicción esté autorizada por el uso, conviene señalar que se trata de una limitación de responsabilidad en sentido impropio, pues nos hallamos más bien ante un caso de limitación de deuda nacida de la responsabilidad del porteador. En efecto, el artículo 4.5 [se refiere al 4.5 de las Reglas de La Haya] no se ocupa de la limitación de la responsabilidad del porteador en el caso de incumplimiento de determinadas obligaciones, ni limita la responsabilidad del porteador a ciertos bienes de su patrimonio, sino que limita el importe de la deuda del porteador señalando que esta no puede exceder, en ciertos supuestos, de determinada cuantía, de manera tal que estamos ante un principio legal de la limitación de la deuda resarcitoria del porteador [...]. (pp. 406-407)

Sin caer en un exceso idealista, la limitación de la responsabilidad debería atender al justo equilibrio que debe existir para que las partes en un contrato de transporte marítimo documentado en un conocimiento de embarque u otro instrumento similar no vean insatisfechos sus intereses. Este equilibrio se evidencia en la supresión de la irresponsabilidad absoluta de los porteadores a cambio de permitirles poder determinar el costo de la deuda que les correspondería asumir en caso de que se produjera un siniestro que cause daños a la carga y que les resulte atribuible. De esa forma, se les facilita la información que les permite estructurar el precio del flete y de las primas de los seguros que corresponda contratar. El derecho a limitar la responsabilidad se pierde si el porteador actúa dolosamente.

El establecimiento de topes a la deuda del naviero ha facilitado el desarrollo del negocio armatorial, que tiene tanta importancia para el comercio interior y exterior de los países, pues, como se ha dicho repetidamente en este ensayo, la mayor cantidad de intercambios mercantiles se traslada por medio de buques. En esta línea, Alzueta (1977) considera que la limitación de la responsabilidad es uno de los pilares del ejercicio de la navegación y sostiene:

La limitación de la responsabilidad permite al explotador del vehículo navegatorio conocer exactamente hasta dónde se extiende la misma, lo cual facilita la contratación de seguros, ya que, de no existir límites, las primas serían sumamente elevadas y los transportadores —por ejemplo— se verían en la alternativa de no asegurarse, corriendo el riesgo de quedar en la ruina en caso de producirse un accidente de importancia, o bien constituir el seguro e imputar las primas al precio del transporte, con lo cual este llegaría a precios prohibitivos. La finalidad es proteger la navegación, que es considerada de interés general, y evitar que las empresas sucumban bajo el peso de elevadas indemnizaciones. Se trata de uno de los medios posibles para el equilibrio económico fundado en un principio de

justicia y equidad, como podrían serlo el subsidio estatal o el aumento de las tarifas de los servicios. El interés lógico que tienen los usuarios del vehículo navegatorio en la permanencia del servicio impone como natural consecuencia la solución de su financiación colectiva. (pp. 77-78)

Las Reglas de La Haya establecen los límites de la deuda resarcitoria del portador por pérdidas o daños a las mercancías transportadas, en el numeral 5 del artículo 4¹², que fue luego modificado por el artículo 2 del Protocolo de Visby de 1968¹³. Las Reglas de Hamburgo estipulan los límites de la deuda en el artículo 6¹⁴, y las Reglas de Rotterdam en los artículos 59 y 60¹⁵. Las tres reglas contienen fórmulas relativas a la pérdida del derecho del porteador a limitar su responsabilidad.

Para cerrar esta parte del trabajo, resulta oportuno reproducir algunas ideas de Ray (1994a), así como citas recogidas por él de otros connotados maritimistas, respecto a las cláusulas de limitación de responsabilidad del porteador:

André Gautier, en su obra sobre las cláusulas exonerativas o de irresponsabilidad en materia de transporte marítimo, dedica un pequeño apéndice a las cláusulas limitativas y dice que es muy difícil discutir su validez porque son verdaderas cláusulas penales que determinan convencionalmente el valor máximo de la mercadería.

Lefebvre d'Ovidio expresa que la función de las cláusulas limitativas es predeterminar convencionalmente el límite máximo de la indemnización, para el caso de responsabilidad por avería, pérdida o deterioro de las mercaderías.

Teniendo en cuenta que la obligación que asume el cargador frente al transportador, el pago del flete, se determina comúnmente en base a caracteres cuantitativos (volumen, peso, número de unidades, etc.), con independencia del valor de la mercadería, también las obligaciones del transportador deben determinarse sobre la base de una suma atribuida como valor máximo de la unidad de carga.

12 El límite es 100 libras esterlinas por bulto o unidad o el equivalente de esa suma en otra moneda, a no ser que la naturaleza y el valor de esas mercancías hayan sido declaradas por el embarcador.

13 El límite se establece en 10 000 francos por bulto o unidad, o 30 francos por kilogramo de peso bruto de las mercaderías, si esta cantidad es mayor. Por franco debe entenderse una unidad consistente en 65,5 miligramos de oro del título de 900 milésimos fino.

14 El límite se establece en 835 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga, o 2,5 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto si esta cantidad es mayor. Establece también una limitación de la deuda resarcitoria del porteador por retraso en la entrega. Por unidad de cuenta se entiende el derecho especial de giro, tal como ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional.

15 El límite se establece en 875 unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga, o 3 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías si esta última cantidad es mayor. Establece también una limitación de la deuda resarcitoria del porteador por retraso en la entrega. Por unidad de cuenta se entiende el derecho especial de giro, tal como ha sido definido por el Fondo Monetario Internacional.

Es evidente que si se quiere conservar el equilibrio entre las obligaciones asumidas por las partes contratantes, el flete y la responsabilidad eventual del transportador deben conservar una cierta relación. Si el flete se fija sobre la base del peso, volumen o valor medio de la mercadería a transportar, es razonable que la eventual indemnización, para el caso de pérdida o daño, no deba superar el valor medio tomado en cuenta al determinarse el flete. (pp. 469-470)

Régimen de la prueba e inversión de la carga en cabeza del porteador

La carga de la prueba (*onus probandi*) recae en quien está obligado a probar un determinado hecho ante la instancia que esté conociendo de un proceso. Es común que esa carga recaiga en el que rompe el estado de normalidad, por circunstancias que requieren el pronunciamiento de un tribunal arbitral, la judicatura o alguna entidad de la administración para dar solución a la controversia o al procedimiento administrativo. Esta obligación legal de probanza es la regla en el derecho procesal común.

Los autores de derecho marítimo suelen referirse a la inversión de la carga de la prueba en el sentido de que corresponde generalmente al demandado —naviero o porteador— exhibir los medios que demuestren y prueben que es irresponsable por los daños causados a las mercancías al haber actuado diligentemente, cuando se enfrenta a reclamaciones dirigidas por el embarcador o el titular de las mercancías transportadas.

Como veremos más adelante, las tres reglas contienen normas referidas a incumplimientos que implican responsabilidad, y es frente a dichas causales que el porteador debe probar que si no ha cumplido sus obligaciones contractuales se ha debido a circunstancias o actos que generan su exoneración de responsabilidad, lo cual establece una presunción de irresponsabilidad que el cargador estará obligado a destruir.

Como el sistema se basa en la culpa del porteador, es el cargador el que debe probar tanto el daño como la negligencia del porteador en virtud del principio general según el cual "incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone" (art. 1214 CC). Pero, en todo caso, el porteador se exonera de la responsabilidad por pérdida y avería de las mercancías cuando se prueba alguno de los "peligros exceptuados" o la ausencia de culpa del porteador y de sus dependientes. Ambos principios han de ser estudiados caso por caso, pues frente a lo que pudiera deducirse a primera vista su aplicación no es automática. (Arroyo, 2001, p. 538)

Chami (2010), sobre la inversión de la carga de la prueba, apunta:

En el contrato de transporte de mercaderías por agua, como también en el transporte multimodal y en todo contrato del derecho civil o comercial, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del deudor, se genera una presunción de culpa en su contra. El acreedor no necesita probar de manera expresa la culpa, sino que —reiteramos— ella queda acreditada mediante presunciones. Es entonces el deudor, en este caso, el transportador, quien debe destruir

la presunción simple de culpa. Lo hace probando alguna de las causales de exoneración previstas por la Ley de la Navegación o por la Convención de Bruselas de 1924. Este esquema ha permitido afirmar que se produce la mentada inversión de la carga de la prueba. No obstante ello, no hay tal inversión porque la carga de la prueba en el contrato de transporte es similar al régimen que impera en el ámbito contractual del derecho civil. (p. 554)

Es decir, la presunción legal de culpabilidad (*iuris tantum*) del porteador por los daños causados a las mercancías opera en el sentido de que el titular de los derechos sobre las mercancías está eximido de probar las causas del daño. Finalmente, como se sabe, es el juez o el árbitro quien valorará las pruebas aportadas durante el proceso. Chami (2010) acertadamente agrega:

Se afirma que la excepción al sistema de culpa presunta la constituyen las obligaciones del medio. En ellas, contrariamente a lo que ocurre en las obligaciones de resultado en las que se presenta la presunción de culpa, el acreedor debe acreditar que existió culpa del obligado. (p. 555)

Desde el 17 de octubre del 2000, cuando entró en vigencia la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, en el Perú, quedaron derogados los artículos 356 y 357 del Código de Comercio de 1902, aplicables a la distribución de responsabilidad por daños y distribución de la carga de la prueba entre cargador y porteador, según las causas de fuerza mayor, vicio propio de las mercancías, negligencia o culpa del porteador.

Supuestos de incumplimiento que generan responsabilidad

En el estudio de la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional de mercancías, lo concerniente a los supuestos de incumplimiento que generan responsabilidad es de crucial importancia. Por eso, la doctrina maritimista, al abordar el análisis de la responsabilidad del transportista, dedica especial atención al asunto.

Las tres reglas contienen normas referidas a supuestos de incumplimiento que implican responsabilidad por culpa, y es frente a dichas causales que el porteador debe probar que si no ha cumplido sus obligaciones contractuales se ha debido a circunstancias o actos que generan su exoneración de responsabilidad y que también son regulados en las reglas. Estos supuestos de incumplimiento, comunes en las reglas, causados fundamentalmente por la falta de la *debida diligencia* del porteador para poner el buque en condiciones de navegabilidad, son las *pérdidas, daños o averías* de las mercancías.

El *retraso en la entrega* de las mercancías, como supuesto de incumplimiento, no consta regulado de forma expresa en las Reglas de La Haya, lo que no ha impedido que haya sido invocado en procesos de reclamaciones marítimas y que un sector de la doctrina sostenga que dicho incumplimiento encuadra en los supuestos de *pérdida o daño*. El vacío en el que incurren las Reglas de La Haya respecto al incumplimiento por

retraso en la entrega de las mercancías relativiza su aplicación práctica y conduce a que los conocimientos de embarque sometidos a dichas reglas generalmente contengan estipulaciones de exoneración de responsabilidad del porteador. Es pertinente mencionar que las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam regulan expresamente en el caso de retraso la consecuente responsabilidad: las Reglas de Hamburgo en los artículos 5 y 6, y las Reglas de Rotterdam en el artículo 21.

Como ya se indicó, solo nos referimos a supuestos de incumplimiento del porteador como elementos comunes en las reglas. Sin embargo, conviene precisar que existen otros supuestos, aparte del retraso en la entrega de la carga, que no son comunes a las tres reglas; tal es el caso, por ejemplo, de que las Reglas de Hamburgo contengan normas relativas al incumplimiento y responsabilidad del porteador por el transporte de animales vivos, por el transporte indebido sobre cubierta y por incendios a bordo.

Con relación a las Reglas de La Haya, que como sabemos es el instrumento internacional más antiguo de los tres que estudiamos en este trabajo y que el Perú ha incorporado a su legislación, Gabaldón García y Ruiz Soroa (2006) señalan:

El Convenio (Reglas de La Haya) menciona, como supuestos fácticos que pueden generar una responsabilidad del porteador, únicamente los de *pérdidas, daños o averías* de las mercancías, términos que nos remiten en todo caso al supuesto de daños físicos sufridos por las mercancías, que incluyen la pérdida total, la pérdida parcial o las averías (incumplimiento de la obligación *ex recepto*). (p. 580)

Dichos supuestos, como se mencionó anteriormente, se repiten en las Reglas de Hamburgo y en las de Rotterdam.

El porteador responde por los daños a las mercancías transportadas, lo cual se materializa en tres supuestos específicos: pérdida, avería y retraso. El porteador responde cuando incumple sus obligaciones, principalmente la de trasladar las mercancías, actividad que se desglosa en la obligación de transportarlas al punto de destino en el plazo acordado y de entregárselas al consignatario en las mismas condiciones en que las recibió (obligación de custodia). De allí que el daño total o parcial —avería— y el retraso en la entrega sean supuestos de incumplimiento contractual por parte del porteador (Arroyo, 2001).

Derogación de la responsabilidad del porteador en favor del titular de la carga

En las tres reglas está normada la posibilidad de derogar convencionalmente la responsabilidad del porteador en favor del titular de la carga, agravando la responsabilidad de aquel. Dichas normas prohíben que la responsabilidad del porteador pueda disminuir en desmedro de los intereses de la carga.

Se asume que, en los contratos de transporte marítimo de mercancías documentados con conocimientos de embarque o documentos similares, la parte débil del contrato es el embarcador o cargador (*shipper*), aunque la realidad indica que existen

relaciones jurídicas en las que ocurre lo contrario. Este tipo de contratos, como se indicó antes, tienen la naturaleza de los contratos predispuestos o de adhesión.

El numeral 5 del artículo 4 de las Reglas de la Haya, el numeral 4 del artículo 6 y el numeral 2 del artículo 23 de las Reglas de Hamburgo, y los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 79 de las Reglas de Rotterdam coinciden en el mismo sentido: se podrá pactar una responsabilidad mayor del porteador, pero nunca menor a la establecida imperativamente.

A efectos de un mejor entendimiento de cómo se aplica esta derogación de la responsabilidad del porteador en favor del titular de la carga, recogemos unos comentarios de Martín Osante (2010) respecto a las Reglas de Rotterdam, los cuales pueden extrapolarse con pocos matices a las Reglas de La Haya y a las Reglas de Hamburgo. En este orden de ideas, dicho autor sostiene:

En lo que se refiere al *porteador* y a la *parte ejecutante marítima*, las obligaciones y la responsabilidad no pueden excluirse o limitarse, directa o indirectamente, mediante cláusulas o acuerdos entre las partes del contrato de transporte, ya que tales acuerdos o cláusulas serían nulas —art. 79.1.a) y b) RR—. Por tanto, la responsabilidad impuesta al porteador y a la parte ejecutante en las Reglas de Rotterdam presenta un carácter imperativo mínimo, de forma que las cláusulas insertas en los contratos de transporte que prevean una exclusión o una reducción de los niveles de responsabilidad por debajo de ese mínimo serán nulas. Ahora bien, *a contrario*, serán perfectamente válidas aquellas cláusulas que incrementen la responsabilidad del porteador o de una parte ejecutante marítima por encima de ese mínimo legal fijado en las Reglas de Rotterdam. (p. 281)

Periodo de responsabilidad

El periodo de responsabilidad del porteador, es decir, el ámbito temporal efectivo de las normas, está contemplado en las tres reglas, como veremos a continuación.

El inciso e) del artículo 1 de las Reglas de La Haya dispone que el “transporte marítimo abarca el tiempo transcurrido desde la carga de las mercancías a bordo del buque hasta su descarga del buque”. Se entiende que este periodo es de “gancho a gancho”. Las Reglas de Hamburgo, en el numeral 1 del artículo 4, estipulan que “la responsabilidad del porteador por las mercancías en virtud del presente Convenio abarca el periodo durante el cual las mercancías están bajo la custodia del porteador en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga”. Resulta evidente que el periodo de responsabilidad en las Reglas de Hamburgo es más extenso, ya que comprende el lapso durante el cual las mercancías están bajo custodia del porteador. Como lo expresa Blas Simone (1980):

La adopción de un criterio distinto y, a todas luces, más lógico y constructivo que el admitido por la Convención de Bruselas sobre el periodo durante el cual sobreviene

la responsabilidad del porteador lleva al Convenio de Hamburgo a la necesidad de fijarlo normativamente. Esta situación se refleja en el establecimiento de una unidad temporal durante cuyo transcurso la responsabilidad del transportador deviene inderogable. (p. 35)

El numeral 1 del artículo 12 de las Reglas de Rotterdam dispone que “el periodo de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega”. Sobre estas normas, Martín Osante (2010) opina:

El periodo de responsabilidad establecido en las Reglas de Rotterdam es más amplio que el acogido en las Reglas de La Haya-Visby y en las Reglas de Hamburgo, al concebir el transporte de mercancías como un transporte “puerta a puerta” (*maritime plus*), extendiéndose así el periodo de responsabilidad a las fases no marítimas del transporte de mercancías (terrestre por carretera o por ferrocarril, aérea...), tanto portuarias como no portuarias, previas y posteriores a la fase marítima, lo que constituye una gran ventaja frente a sus precedentes, al uniformizar el régimen del transporte internacional de mercancías. Por otra parte, se admite al porteador el empleo de las cláusulas FIOS y similares a fin de exonerarse de responsabilidad, en contra de la postura mantenida al respecto por la jurisprudencia continental. (p. 283)

Prescripción de las acciones

Como es común en el derecho respecto a la prescripción de las acciones legales, las tres reglas contienen normas relativas al término de prescripción de las acciones conducentes a iniciar procesos de reclamaciones marítimas por pérdidas, daños o averías a las mercancías.

El penúltimo párrafo del numeral 6 del artículo 3 de las Reglas de La Haya dispone que el porteador y el buque estarán eximidos de toda responsabilidad por pérdidas o daños, a no ser que se inicie una acción dentro del plazo de un año a partir de la entrega de las mercancías o de la fecha en que hubiesen debido ser entregadas.

El artículo 20 de las Reglas de Hamburgo dispone que toda acción relativa al transporte de mercancías prescribe en el plazo de dos años, si no se ha iniciado un proceso judicial o arbitral. El término de prescripción comienza al día siguiente en que el porteador haya entregado las mercancías o parte de ellas, o en caso de que no se hayan entregado las mercancías, el último día en que debieran haberse entregado.

Las Reglas de Rotterdam, en su artículo 62, estipulan que no se podrá iniciar procedimiento judicial o arbitral alguno respecto de reclamaciones o controversias derivadas del incumplimiento de obligaciones establecidas en dichas reglas una vez transcurrido el plazo de dos años.

Algunas diferencias entre las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo. Las faltas o culpas náuticas

Como se ha mencionado antes, el Perú ha denunciado las Reglas de La Haya y no es parte de los protocolos de Visby y de los DEG. Las Reglas de Hamburgo entraron en vigor en 1992 y las Reglas de Rotterdam todavía no han entrado en vigencia. Por esta razón, conviene hacer un acercamiento a las diferencias entre ambas reglas, que complementan lo analizado anteriormente y que de cierto modo permiten tener una posición mejor para determinar qué régimen de responsabilidad en el transporte marítimo internacional de mercancías es el más conveniente.

Como se señaló precedentemente, las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo comparten similitudes o algunos elementos en común, pero también contienen elementos que las diferencian. Las diferencias notorias entre el sistema de responsabilidad de las Reglas de La Haya y de las Reglas de Hamburgo, como se apuntó líneas atrás, radican principalmente en el traslado de algunos riesgos, que antes eran asumidos por el titular de la carga, al porteador, lo cual de alguna forma pretende equilibrar la distribución de riesgos y sus consecuencias entre las partes intervinientes en un contrato de transporte marítimo de mercancías. Entre esos riesgos, los más resaltantes tienen que ver con la supresión de la exoneración de responsabilidad del porteador en caso de culpas náuticas y con la modificación de la fórmula de exoneración en caso de incendio, mediante la inversión de la carga de la prueba en cabeza del demandante.

Las faltas o culpas náuticas

La supresión de la exoneración de responsabilidad del porteador por las denominadas *faltas o culpas náuticas* en las Reglas de Hamburgo, es decir, los errores en la navegación en que incurre la tripulación del buque o la negligencia en su manejo técnico, es acertada y constituye sin duda la nota distintiva más polémica y más evidente. La existencia de la exoneración de responsabilidad por *faltas náuticas* es un asunto que ha sido muy discutido y en el que los intereses armatoriales están en abierto desacuerdo con su supresión. El concepto de *falta náutica* es de antigua data y hay que unirlo a la *negligence cause* que se incluía frecuentemente en los conocimientos de embarque de fines del siglo XIX. Arroyo (1993) señala con prudente acierto “[...] que toda futura reglamentación que agrave, respecto del parámetro actual, la responsabilidad del naviero por actos de sus auxiliares contribuirá favorablemente a la prevención del daño” (p. 289).

Los avances alcanzados por la ciencia y la tecnología han facilitado enormemente la navegación marítima y la han tornado más segura. Basta constatar, por citar algunos ejemplos, la posibilidad de prever el estado del tiempo o de las mareas a través de los satélites, o el uso del sistema de posicionamiento global en la navegación. La imputación de responsabilidad a estas alturas no debiera diferir en cuanto a errores técnicos de operación en cualquier vehículo: buques, aeronaves o camiones, sobre todo si en la

actualidad se dispone de tecnologías de información y comunicaciones que conectan a todas las industrias y permiten supervisar bien las operaciones. Por esta razón, exonerar de responsabilidad al porteador en el transporte marítimo por los errores o culpas náuticas de sus dependientes, a través de una responsabilidad vicaria o refleja, especial para él por su condición de porteador, configura un supuesto jurídico anacrónico y carente de sustento, pues lo sensato es aplicar el criterio común de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*, como ocurre en todas las actividades.

Sobre esta cuestión, Cornejo Fuller (2003) recuerda que “[...] había mayoría en Hamburgo para la supresión total de la irresponsabilidad por culpa náutica. Esta cuestión fue transada en pasillos o reuniones informales (*the package deal*)” (p. 248). Y acerca de lo mismo, Blas Simone (1980) añade: “En la Asamblea de UNCITRAL, reunida expresamente en mayo de 1976 para considerar el anteproyecto, se intentó incluir la *culpa náutica* como excepción de responsabilidad del porteador, que el anteproyecto no contenía, pero la moción fue rechazada” (p. 16).

Algunas diferencias notables

Sin la pretensión de exponer una relación exhaustiva de las diferencias existentes entre las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo, apuntamos las más notables:

1. El sistema responsabilidad de las Reglas de La Haya se fundamenta en la técnica casuística del sistema jurídico del *common law* o anglosajón, mientras que las Reglas de Hamburgo concuerdan con el sistema romano-germánico o continental, es decir, la fórmula genérica luego aplicada al caso concreto. Como es sabido, varios países de Europa continental y de Iberoamérica forman parte de la familia romano-germánica. En esta línea, las Reglas de Hamburgo eliminan la lista de diecisiete causales de exoneración (*excepted perils*) que puede invocar el porteador y las reemplazan por una formulación genérica.
2. El periodo de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo abarca todo el tiempo transcurrido en que el porteador tiene a su cargo la custodia de las mercancías; en las Reglas de La Haya, el periodo se extiende solamente al tiempo que las mercancías se encuentran a bordo del buque, lo que se llama “gancho a gancho”. Es decir, el periodo de responsabilidad en las Reglas de Hamburgo admite la posibilidad de ser más extenso para el porteador, situación que se presenta, por ejemplo, si el transporte incluye el desplazamiento hasta los almacenes del consignatario de la carga.
3. Como afirma Ray (1978):

La nueva fórmula de exoneración de las Reglas de Hamburgo eleva a principio general y en forma positiva el de ausencia de culpa que en la Convención de Bruselas figuraba como último eximente de responsabilidad del transportador

(inc. q del art. 4). El transportador debe acreditar que adoptó “todas las medidas razonablemente requeribles para evitar el daño” porque si —a juicio del tribunal— no se produce esa prueba, el transportador debe asumir las consecuencias de la avería, daño o de la demora que motivó el reclamo. (p. 11)

4. Las Reglas de Hamburgo obligan expresamente al porteador durante todo el tiempo que dure el viaje a mantener el buque en condiciones de navegabilidad (*seaworthiness*).
5. La responsabilidad por el retraso en la entrega de las mercancías o demora en la ejecución de la obligación de transporte no está prevista en forma expresa en las Reglas de La Haya. Las Reglas de Hamburgo regulan dicho supuesto en el literal b) del numeral 1 del artículo 6.
6. Las Reglas de Hamburgo se refieren a la responsabilidad por la carga transportada sobre cubierta y al transporte de animales vivos, situaciones que no están contempladas en las Reglas de La Haya.
7. Las Reglas de Hamburgo prevén la responsabilidad del porteador contractual y del porteador efectivo. Las Reglas de La Haya solo se ocupan del porteador contractual y no necesariamente de la responsabilidad del porteador efectivo.
8. Como se mencionó anteriormente, existen diferencias en cuanto a la limitación de la deuda resarcitoria por parte del porteador.

LAS REGLAS DE LA HAYA-VISBY Y LAS REGLAS DE HAMBURGO EN EL TRÁFICO MARÍTIMO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Las Reglas de La Haya —y sus protocolos de modificación— y las Reglas de Hamburgo, como se ha repetido en este ensayo, se aplican en el transporte marítimo internacional de mercancías, especialmente en los servicios regulares que están directamente asociados al tráfico de carga que se consolida en contenedores, de allí la referencia al TEU como unidad de medida¹⁶.

En un evento virtual que se organizó en Lima en septiembre del 2020, se abordó el asunto de la denuncia de las Reglas de La Haya por parte del Gobierno peruano. Con el objeto de preparar mi breve presentación, revisé un estudio publicado el 10 de junio del 2020 por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹⁷, en el

16 TEU es un acrónimo que significa *twenty foot equivalent unit* o unidad equivalente a veinte pies. Se trata de una unidad de medida utilizada en el transporte marítimo de contenedores, es decir, en el tráfico marítimo de carga contenedorizada.

17 El estudio se titula *La calma antes de la tormenta: comportamiento del movimiento de contenedores en los puertos de América Latina y el Caribe en 2019 y de los principales puertos durante los primeros meses de 2020*, y fue elaborado por Ricardo J. Sánchez y Eliana P. Barleta.

que aparece un cuadro que muestra en orden descendente los diez primeros países de América Latina y el Caribe que más TEU movilizaron durante el 2019. Este estudio técnico, enfocado en el movimiento de contenedores, permite ver cómo se reflejan las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo en el tráfico marítimo.

El orden de los diez países que en conjunto mueven 43,8 millones de TEU, es decir, el 81 % del movimiento regional, según la CEPAL (2020), es como sigue: Brasil, Panamá, México, Chile, Colombia, Perú, Ecuador, República Dominicana, Argentina y Jamaica.

La página web Treaty Collection (<https://www.treaties.un.org>), administrada por las Naciones Unidas, registra el estado de los convenios internacionales, incluidos los marítimos. Según este portal, de esos diez países, Argentina, Ecuador, México y el Perú son Estados partes de las Reglas de La Haya. Cabe señalar que Ecuador ratificó el Protocolo de Visby de 1968; México ratificó el protocolo de 1979 sobre los DEG; y en el Perú las Reglas de La Haya tendrán vigencia hasta el 1 de abril del 2022, como se mencionó anteriormente. Jamaica aparece como Estado parte de las Reglas de La Haya en la web <https://www.diplomatie.belgium>, administrada por el Reino de Bélgica. En la citada web de las Naciones Unidas, también se puede ver que solo Chile y República Dominicana, de los diez países listados, son Estados partes de las Reglas de Hamburgo.

Brasil, Panamá y Colombia no son Estados partes de ningún instrumento internacional que regule el transporte marítimo internacional de mercancías. En estos países, las partes que intervienen en un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías no tienen la obligación de insertar en los instrumentos que documentan esos contratos cláusulas Paramount que remitan a las Reglas de La Haya-Visby o a las Reglas de Hamburgo.

Si vemos los números del cuadro de la CEPAL (2020), se tiene que 22,1 millones de TEU en la región se movilizan en países que no son parte de ningún instrumento internacional; 6,3 millones de TEU que corresponden a Chile y República Dominicana se mueven bajo las Reglas de Hamburgo; 6,1 millones de TEU correspondientes a Argentina, Jamaica y el Perú se movilizan con el marco de las Reglas de La Haya, número que disminuirá cuando en nuestro país se dejen de aplicar estas reglas en el 2022; y 2,1 millones de TEU de Ecuador bajo las Reglas de La Haya-Visby.

El viejo anhelo del Comité Marítimo Internacional (CMI) de uniformar las normas de derecho marítimo en el mundo está lejano al menos si vemos la foto de la región. Esa pretendida uniformización, que parte del criterio básico: "a iguales problemas iguales soluciones", busca dotar al sector marítimo de normas predictibles que permitan reducir al mínimo posible la inseguridad jurídica que supone coexistir con distintos regímenes de responsabilidad contenidos en diferentes instrumentos internacionales y normas nacionales. Me refiero a la *responsabilidad* porque, como lo hemos reiterado, en todos los instrumentos internacionales relativos al transporte esta es la parte medular,

instrumentos en los que la regulación radica en cómo se deben distribuir los costos y riesgos asociados al transporte entre el embarcador y el transportista o porteador.

Sería muy conveniente que al menos los países de Sudamérica contaran con normas de transporte marítimo internacional uniformes y que favorezcan a sus intereses generales. Es conocida la situación poco alentadora de la costa oeste de América del Sur cuando se tiene, si miramos sus puertos más representativos, que en Valparaíso se aplican las Reglas de Hamburgo, en el Callao las Reglas de La Haya, en Guayaquil las Reglas de La Haya-Visby y en Buenaventura ninguna de ellas.

Es válido preguntarse: ¿cuánto les cuesta a los países de la región tener esa dispersión normativa en el transporte marítimo internacional? Ojalá alguna vez desde la economía se haga el esfuerzo de medir y analizar cómo la incertidumbre jurídica impacta en los costos de transacción asociados al transporte marítimo y, por consiguiente, al comercio internacional. Los abogados maritimistas sabemos empíricamente que sí hay un impacto de calado.

LAS REGLAS DE LA HAYA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Las Reglas de La Haya, como es natural, han sido objeto de aplicación en muchos contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en el Perú. En consecuencia, sus normas han sido invocadas por litigantes y recogidas en pronunciamientos que han puesto fin a controversias marítimas, bien sea por la justicia ordinaria o por la arbitral.

En el plano internacional existe abundante jurisprudencia en la que distintos tribunales han aplicado las Reglas de la Haya, con lo cual en su interpretación han aclarado muchos aspectos, especialmente respecto a la responsabilidad del porteador. Por su antigüedad y por la cantidad de Estados que son parte de dichas reglas, es lógico que haya más jurisprudencia en torno a las Reglas de La Haya y su Protocolo de Visby que la relacionada con las Reglas de Hamburgo; sin embargo, estas reglas también han sido aplicadas por diversos tribunales cuando han resuelto disputas marítimas¹⁸.

De la numerosa jurisprudencia existente en el Perú en la que se invocan las Reglas de La Haya, presentamos algunas sentencias de casación dictadas en los últimos años:

1. En la Casación 3331-2013-Callao (Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros contra Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S. A. [CCNI] y Agencias Universales Perú S. A. [AGUNSA]), la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró: (i) infundado el recurso de casación interpuesto por Agencias Universales Perú S. A. (AGUNSA) y (ii) fundado

18 Algunas sentencias y laudos en las que se han invocado las Reglas de Hamburgo se pueden leer en https://uncitral.un.org/es/case_law

el recurso de casación interpuesto por Compañía Chilena de Navegación Interoceánica S. A., representada por AGUNSA. En los referidos recursos de casación, AGUNSA invocó la infracción del artículo 139, incisos 3 y 5, de la Constitución Política del Perú y CCNI invocó la infracción del artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política del Perú; del artículo 1363 del Código Civil, y del artículo 2 del Código de Comercio; en ambos recursos se aludió también al artículo 632 del Código de Comercio. La Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia fundamentó su decisión en el artículo 1, inciso b), y en el artículo 3 de las Reglas de La Haya, referidos al concepto de transporte marítimo y a las obligaciones del porteador en el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, respectivamente.

2. En la Casación 898-2012-Callao (Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros contra CMA CGM Sociéte Anonyme, Trabajos Marítimos S. A. y otros), la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por CMA CGM Sociéte Anonyme, Trabajos Marítimos S. A. y otros, en el que estas empresas invocaron la interpretación errónea del artículo 632 del Código de Comercio. Una de las razones fue la aplicación que se efectuó del artículo 3, numerales 2, 3 y 4, de las Reglas de La Haya, relativos al cuidado de las mercancías por parte del porteador, a la emisión del conocimiento de embarque y a la presunción de que el porteador recibió las mercancías en el estado en que se encuentran descritas en el conocimiento de embarque.
3. En la Casación 2563-2009-Callao (Contilatin del Perú S. A. contra Destino dos Navigation Ltd. y Allied Marine Inc.), la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la Agencia Marítima de Barcos S. A., en representación de las demandadas, en el que entre otras cuestiones esta adujo la aplicación indebida de los artículos 600 y 603 del Código de Comercio y 1183 del Código Civil, al señalar que estas normas no regulan la responsabilidad solidaria, sino la mancomunada, y al no haberse interpretado sistemáticamente con el artículo 1, literal a), y el artículo 2 de las Reglas de La Haya, relativos a la definición de porteador y a la responsabilidad del porteador, respectivamente. La razón por la cual la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de casación fue que no corroboró la infracción sustantiva denunciada y coligió que el propietario del buque es responsable conjuntamente con el naviero o transportista de la entrega de las mercancías en perfecto estado.
4. En la Casación 5059-2008-Callao (El Pacífico-Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros contra Compañía Chilena de Navegación Interoceánica [CCNI]), la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

declaró fundado el recurso de casación y se pronunció sobre la inaplicación del artículo 3, incisos 3 y 4, de las Reglas de La Haya, que se refieren a las obligaciones del porteador en la emisión del conocimiento de embarque en la sentencia de segunda instancia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, ordenando que dicha Sala emita un nuevo pronunciamiento en el que aplique la referida norma de las Reglas de La Haya.

5. En la Casación 4337-2008-Callao (San Fernando S. A. contra Meldrew Marine Ltda. y Centurian Maritime), la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Meldrew Marine Ltda. y Centurian Maritime, en el que estas adujeron la aplicación indebida de los artículos 600 y 603 del Código de Comercio, al no haberse interpretado sistemáticamente con el artículo 1, literal a), de las Reglas de La Haya, relativo a la definición de porteador. Sin embargo, la razón de fondo por la cual la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia declaró infundado el recurso de casación se debió a la interpretación que se hizo del concepto de avería simple contenido en el artículo 822 del Código de Comercio.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL IMPACTO DE LA DENUNCIA DE LAS REGLAS DE LA HAYA

El Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de 1924, como se mencionó al inicio de este artículo, fue denunciado por el Estado peruano mediante el Decreto Supremo 012-2020-RE, publicado el 12 de mayo del 2020. El último párrafo del artículo 15 de las Reglas de La Haya estipula: “La denuncia producirá efecto únicamente con respecto al Estado que la haya notificado y un año después de haber llegado la notificación a poder del Gobierno belga”. La denuncia de las Reglas de La Haya entrará en vigor en el Perú el 1 de abril del 2022, conforme lo señala la adenda a la denuncia de las Reglas de La Haya efectuada por el Perú, publicada por el Gobierno belga el 14 de abril del 2021, la cual se basa en lo dispuesto en el artículo 30 de las Reglas de Hamburgo.

El 26 de febrero del 2021, se publicó el Decreto Supremo 006-2021-RE, a través del cual el Estado peruano adhiere a las Reglas de Hamburgo. De acuerdo con el artículo 2 del citado decreto supremo, que no es muy claro —pues la denuncia de las Reglas de La Haya, como se mencionó antes, se produjo en mayo del 2020— y que alude al párrafo 1 del artículo 31 de las Reglas de Hamburgo:

El Ministerio de Relaciones Exteriores notificará al Gobierno de Bélgica que la denuncia del Perú de la “Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque” adoptada en Bruselas el 25 de agosto de 1924 surtirá efecto para el Perú cuando el Convenio de 1978 entre en vigor para el Perú.

Las Reglas de Hamburgo que se aplicarán a los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías en el Perú, en reemplazo de las Reglas de La Haya, empezarán a regir en el país el 1 de abril del 2022, de acuerdo con lo dispuesto en dicho instrumento internacional y lo señalado en una nota del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú publicada el 9 de mayo del 2021 en la separata “Normas Legales” del diario oficial *El Peruano*, al pie del texto de las Reglas de Hamburgo, en la que se expresa que este instrumento entrará en vigor el 1 de abril del 2022.

Como hemos visto, la parte medular de las Reglas de La Haya y de todos los convenios internacionales relacionados con el transporte marítimo es la concerniente a la responsabilidad del porteador y la distribución de riesgos y costos entre las partes. En este sentido, históricamente, los dos sectores identificables como partes en los contratos de transporte marítimo: los embarcadores y los navieros, como contrapartes y con intereses antagónicos, sobre todo para soportar los costos por las pérdidas, averías o retraso en la entrega de las mercancías, siempre intentarán atribuir o imputar el mayor peso de la responsabilidad unos a otros.

La denuncia de las Reglas de La Haya —cuestión que en el Perú debió debatirse antes de tomar esa decisión y con la presencia de todos los interesados en el transporte marítimo, incluida la academia— se dio precedida de una insistente presión por el lado de los generadores de carga, que aducen desde hace algunos años la existencia de ciertos cobros por los proveedores de servicios de transporte y sus auxiliares independientes, que no se condicen con la realidad; denuncia que es rechazada por las líneas navieras y por los agentes generales y marítimos.

La crisis generada por la pandemia del COVID-19, iniciada en marzo del 2020, provocó la adopción de normas internas para facilitar el tráfico de las cadenas logísticas, así como profundizar la digitalización de procedimientos privados —incluida la emisión de conocimientos de embarque— y públicos ligados al transporte. Entre otras normas, se aprobó una que altera el periodo de responsabilidad del porteador contemplado en las Reglas de La Haya; me refiero al párrafo 13.3 del Decreto Legislativo 1492, que estipula: “La obligación del transportista internacional culmina con la entrega de la mercancía en el terminal o lugar dispuesto por el dueño, consignatario o consignante en el documento aduanero correspondiente”. Esta norma, que no habla de responsabilidad civil, pero sí alude a la extensión de la “obligación del transportista internacional”, no guarda concordancia con las Reglas de La Haya, cuyo periodo de responsabilidad, como se ha indicado, es de “gancho a gancho”.

Considero que esas son las razones por las que el Gobierno peruano decidió denunciar las Reglas de La Haya. Es cierto que la denuncia de un convenio internacional, en especial de este instrumento de tanta importancia en el tráfico marítimo internacional, requiere de profundos análisis, en particular respecto al impacto que podría tener en

los costos de transacción que ello conlleva, incluidos los relacionados con los fletes, los seguros y la seguridad jurídica. Como es dato conocido, son los consumidores los que soportan finalmente los costos derivados del transporte marítimo de mercancías.

Como fue recordado anteriormente, en el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo que presentamos en 1999 los que integramos un grupo de trabajo creado en el marco de la Ley 26595, se formuló la derogación del libro III del Código de Comercio de 1902 y la adhesión del Perú a las Reglas de Hamburgo. Este proyecto de ley fue muy expuesto y debatido en varios eventos realizados entre 1997 y el 2000, y el texto ha sido objeto de análisis en varias publicaciones especializadas en el Perú y en el extranjero.

Un importante sector de la doctrina maritimista, como hemos visto, resalta la superioridad técnica de las Reglas de Hamburgo frente a las Reglas de La Haya. Las Reglas de Hamburgo son afines al sistema continental, y contienen un régimen de responsabilidad que distribuye más equilibradamente los riesgos y costos del transporte marítimo. Precisamente esta asignación más equitativa de riesgos y costos entre las partes no es aceptada por las líneas navieras, básicamente porque se eliminan algunos eximentes de responsabilidad que pueden ser invocados por los porteadores y porque se elevan los montos de la deuda resarcitoria.

La propuesta que hemos reiterado en eventos y notas publicadas es que se conforme un grupo de trabajo integrado por expertos alejados de cualquier interés que no sea el más conveniente para el país, que se encargue de redactar un Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, cuya fuente principal podría ser el citado proyecto de 1999. Como señalé antes, las Reglas de Hamburgo están vigentes en Chile hace más de treinta años y es conocido el éxito que han tenido las empresas navieras chilenas en Sudamérica y en el mundo. La singladura recomendable sería aprobar una Ley de Navegación y Comercio Marítimo alineada con la adhesión a las Reglas de Hamburgo, y siguiendo la fórmula legal recogida en la disposición final primera de la Ley de Navegación Marítima de España, Ley 14/2014, una vez que las Reglas de Rotterdam entren en vigor, adherirnos a estas e incorporar sus normas a la ley nacional.

REFERENCIAS

- Alzueta, A. M. (1977). *Responsabilidad limitada en el derecho de la navegación*. Plus Ultra.
- Arroyo, I. (1993). *Estudios de derecho marítimo* (vol. I). Librería Bosch.
- Arroyo, I. (2001). *Curso de derecho marítimo*. J. M. Bosch.
- Berlingieri, F. (1983). La responsabilidad del transportador de mercadería por agua. En *Seminario de Buenos Aires organizado por la Asociación Argentina de Derecho Marítimo*. Dott. A. Giuffré Editore.

- Berlingieri, F. (2009). *A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, Hamburg Rules and Rotterdam Rules*. https://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/Berlingieri_paper_comparing_RR_Hamb_HVR.pdf
- Berlingieri, F. (2012). La disciplina de las obligaciones del porteador y su responsabilidad. En M. Alba Fernández y R. Illescas Ortiz (Dirs.), *Las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el derecho uniforme del transporte* (pp. 53-100). Dykinson.
- Blas Simone, O. (1980). *Las Reglas de Hamburgo*. Novum Forum.
- Cabanellas, G. (1986). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. VII). Heliasta.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2020). *La calma antes de la tormenta: comportamiento del movimiento de contenedores en los puertos de América Latina y el Caribe en 2019 y de los principales puertos durante los primeros meses de 2020*. https://www.cepal.org/sites/default/files/news/files/2020_informe_portuario_2019_v.pdf
- Cornejo Fuller, E. (2003). *Derecho marítimo chileno. Explicaciones sobre el libro III del Código de Comercio: de la navegación y el comercio marítimo*. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Chami, D. E. (2010). *Manual de derecho de la navegación*. Abeledo Perrot.
- El Anteproyecto de la Ley General de la Navegación y del Comercio Marítimos. (1999). En *Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República (Legislatura 1998-1999)* (t. II). Congreso de la República del Perú.
- Emparanza Sobejano, A., y Martín Osante, J. M. (2010). El transporte marítimo (II). Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. En F. Martínez Sanz (Dir.), *Manual de derecho del transporte* (pp. 113-137). Marcial Pons.
- Gabaldón García, J. L., y Ruiz Soroa, J. M. (2006). *Manual de derecho de la navegación marítima* (3.ª ed.). Marcial Pons.
- González-Lebrero, R. (1998). *Curso de derecho de la navegación*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Illescas Ortiz, R. (2010). Las claves de las Reglas de Rotterdam. En J. C. Sáenz García de Albizu, F. Oleo Banet y A. Martínez Flórez (Coords.), *Estudios de derecho mercantil en memoria del profesor Aníbal Sánchez Andrés* (pp. 1815-1827). Civitas; Thomson Reuters.
- Martín Osante, J. M. (2010). Responsabilidad del porteador por pérdida, daño o retraso en las Reglas de Rotterdam. En A. Emparanza Sobejano (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam (la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar)* (pp. 253-284). Marcial Pons.

- Pejovés Macedo, J. A. (1999a). La reforma del derecho marítimo peruano. *Anuario de Derecho Marítimo*, 16, 321-336.
- Pejovés Macedo, J. A. (1999b). La reforma del derecho marítimo peruano. En *El Código Civil y el Código de Comercio: proceso de reforma legislativa*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pejovés Macedo, J. A. (2006). El sistema de responsabilidad aplicable al porteador en el transporte marítimo de mercancías y su tratamiento en el ordenamiento marítimo peruano. *Anuario de Derecho Marítimo*, 23, 167-186.
- Pejovés Macedo, J. A. (2007). *Derecho marítimo. 25 ensayos (transporte marítimo, multimodal y puertos)*. Cultural Cuzco.
- Pejovés Macedo, J. A. (2008). ¿Es necesario modernizar el derecho marítimo peruano? (La derogación del libro III del Código de Comercio peruano de 1902, la sustitución de las Reglas de La Haya de 1924, y la aprobación de una ley de navegación y comercio marítimo). *Ius et Praxis*, 38-39, 269-328.
- Pejovés Macedo, J. A. (2019). Diálogo entre el derecho civil y el derecho marítimo (buques, registro, responsabilidad civil del naviero/porteador, testamento marítimo, infraestructuras portuarias). En *Congreso Internacional de Derecho Civil* (vol. II). Instituto Pacífico.
- Pinto-Bazurco, E. (1997). *Diccionario de relaciones internacionales (diplomático, económico y jurídico)*. Universidad de Lima, Fondo Editorial.
- Ray, J. D. (noviembre de 1978). *La Convención de Bruselas de 1924 y las Reglas de Hamburgo de 1978*. XV Asamblea General Ordinaria y Reunión de Directorio N.º 46 de la Asociación Latinoamericana de Armadores (ALAMAR), Viña del Mar, Chile.
- Ray, J. D. (1994a). *Derecho de la navegación* (t. II). Abeledo Perrot.
- Ray, J. D. (1994b). Responsabilidad de los porteadores en las Convenciones Internacionales sobre Conocimientos de Embarque. *Anticipo de Anales. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXVIII, Segunda Época*(31), 13.
- Ray, J. D. (1996). Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el derecho. *Anticipo de Anales. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XL, Segunda Época*(33), 25-26.
- Ripert, G. (1954). *Derecho marítimo* (P. G. San Martín, Trad.). Tipográfica Editora Argentina.
- Sánchez Calero, F. (1981). *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías. Una valoración crítica*. Comité de Derecho Marítimo de Barcelona.
- Sánchez Calero, F. (2000). *El contrato de transporte marítimo de mercancías (Reglas de La Haya-Visby)*. Aranzadi.

EL IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS MUJERES TRABAJADORAS DEL PERÚ. ¿SE INCREMENTA LA DESIGUALDAD Y LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO?

EVELIN COLOMA CIEZA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 1/1/2021 Aceptado: 20/1/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5064>

RESUMEN. La pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV-2, que causa el COVID-19, viene afectando gravemente a diversos países en el mundo como resultado de la crisis sanitaria, social y económica generada. El Perú no ha sido ajeno a esta situación; por un lado, el número de víctimas de la enfermedad continúa incrementándose día a día y, por el otro, nuestra economía atraviesa una crisis como consecuencia de las medidas de restricción decretadas por el Gobierno para frenar la propagación de los contagios, que implicaron la paralización de diferentes actividades económicas. Esto ha impactado en los hogares y las empresas, pues en los últimos meses se han perdido más de tres millones de empleos, lo cual agrava el alto índice de informalidad que existe en nuestro país, y ha afectado en mayor medida a las mujeres trabajadoras. Esta situación podría profundizar las desigualdades preexistentes, así como los casos de violencia de género en el ámbito laboral.

PALABRAS CLAVE: mujeres trabajadoras / desigualdad salarial / violencia en el trabajo / hostigamiento sexual / acoso laboral

* Abogada por la Universidad de Lima, Perú. Máster en Consultoría Jurídico-Laboral por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Directora del Área de Derecho Laboral y Migratoria del Estudio Llona & Bustamante Abogados.

THE IMPACT OF COVID-19 ON WORKING WOMEN IN PERU. IS INEQUITY, WORKPLACE VIOLENCE AND HARASSMENT INCREASING?

ABSTRACT. The SARS-CoV-2 (COVID-19) pandemic severely affects many countries due to the health, social, and economic crises it generates. Peru is one of the countries affected by this situation. The number of victims of the virus in the country keeps going up every day, and our economy is going through a crisis due to restrictions put in place by the government to stop the spreading of the virus. These measures halted several economic activities, which, in turn, affected both businesses and households. More than three million jobs have been lost in the last few months, which increases the high rate of informal economic activities already performed in our country. This has disproportionately affected working women, a situation which could widen the existing gender gap as well as increase the cases of violence against women in the workplace.

KEYWORDS: working women / gender pay gap / workplace violence
/ sexual harassment / mobbing

INTRODUCCIÓN¹

Como recordamos, el 11 de marzo del 2020 se declaró el estado de emergencia sanitaria y, posteriormente, se decretó el estado de emergencia nacional con aislamiento social obligatorio, medidas que se ejecutaron a partir del 16 de marzo del 2020. La adopción de estas disposiciones significó que solo determinadas actividades económicas, consideradas esenciales, pudieran continuar operando de forma presencial. Asimismo, como mecanismo de protección, se dispuso que aquellos trabajadores que pertenecían a la población de riesgo frente al COVID-19 realicen labor a distancia, bajo la figura del trabajo remoto, correspondiéndoles el pago de una licencia con goce de haber compensable cuando este no resultara aplicable.

En ese contexto, la situación más difícil la enfrentaron las actividades calificadas como no esenciales, pues hasta la regulación de las fases para la reactivación de diversos sectores de la economía solo estaban autorizadas a realizar labor remota, lo cual era una limitación considerable a sus operaciones. Esta paralización súbita afectó —y todavía lo hace— considerablemente a los empresarios de estos sectores, que vieron reducidos notablemente sus ingresos. Como consecuencia, en muchos casos, fue necesario el cierre definitivo de los centros de trabajo, situación que impacta indudablemente en un importante número de hogares en nuestro país.

El Perú se encuentra atravesando una grave crisis que alcanza a diversos ámbitos, como la salud, la economía y el empleo. En ese sentido, resulta importante evaluar cómo esta crisis afecta a las mujeres trabajadoras en el Perú, población que antes del inicio de la cuarentena ya presentaba menores tasas de ocupación; un alarmante número de empleo a tiempo parcial, temporal o a plazo fijo; desempeño de labores en pequeñas empresas, bajo condiciones de informalidad y de subempleo; o de forma autónoma, así como una mayor carga de labor no remunerada en sus hogares.

Cabe precisar que, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2020b), a diferencia de otras crisis económicas que afectaron en gran medida el empleo masculino, la crisis ocasionada por el COVID-19 ha impactado en la reducción del empleo y jornadas laborales de las mujeres, que trabajan en mayor proporción que la población masculina en los sectores sobreexpuestos por la pandemia, es decir, aquellos con mayor riesgo de reducción de la jornada de trabajo, recortes salariales y despidos, como los servicios de alojamiento, alimentación, comercio, producción (fábricas), entre otros.

En el presente artículo abordaremos, en primer lugar, el presupuesto base para determinar la idoneidad de las condiciones de trabajo en el concepto acuñado por la

1 La presente investigación contó con la colaboración del estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y asistente legal del Estudio Llona & Bustamante Abogados, Luis Felipe Chipana Aguilar.

OIT como el trabajo decente. Luego, expondremos algunas de las manifestaciones de la discriminación y violencia en el ámbito de las relaciones laborales. Finalmente, evaluaremos si dichas formas de discriminación y violencia se han incrementado en el marco de la pandemia del COVID-19 afectando desigualmente a las mujeres trabajadoras.

EL TRABAJO DECENTE COMO PARÁMETRO PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS TRABAJADORAS

El derecho al trabajo se encuentra reconocido en diferentes instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Este derecho constituye no solo un fenómeno jurídico, sino también un hecho económico y social que influye intrínsecamente en la dimensión íntima, personal y familiar del trabajador, y subsecuentemente en la esfera económica y productiva del empleador.

El trabajo es un medio de realización que permite el sostenimiento del trabajador y de su familia. Por tal razón, no solo consiste en el derecho a obtener un puesto para laborar, sino también a conservarlo, a desarrollarlo en condiciones adecuadas y a recibir una remuneración equitativa y justa. Dicha connotación supone que el derecho al trabajo se encuentre connaturalmente vinculado al ejercicio de otros derechos que han sido reconocidos como fundamentales en la Constitución Política del Perú de 1993, como, por ejemplo, el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad moral, psíquica y física, a la igualdad y a la no discriminación.

Así, el empleador se encuentra constreñido a cumplir con las normas que integran el sistema jurídico peruano, conformado por normas jurídicas de producción nacional, así como por aquellas que han sido incorporadas mediante la ratificación de tratados y convenios de las organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la OIT, entre otras, conforme a lo establecido en los artículos 55, 56 y 57 de la Constitución.

En ese sentido, nos remitimos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, si bien no es un instrumento jurídico vinculante, constituye un importante marco de referencia en el reconocimiento de la concepción del valor supremo del ser humano como titular de derechos inherentes e inalienables a su ser, hoy en día reconocidos como derechos fundamentales. Este reconocimiento determina que los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos; asimismo, que toda persona tiene los mismos derechos sin discriminación de raza, sexo, color, religión o cualquier otra condición.

Siguiendo lo antes expuesto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966,

reconoce el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación como inherente a la persona humana. Por tanto, prohíbe:

[...] toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Artículo 26)

De otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) regula expresamente en el inciso a), literal i), de su artículo 7 “el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que garantizan, especialmente, los salarios equitativos e iguales por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie”.

Estas condiciones buscan, entre otros aspectos, asegurar que las personas y, como tales las mujeres, no reciban un trato diferente o condiciones inferiores por razón de su género en el desarrollo de su actividad laboral; procura erradicar los sesgos ocasionados por los estereotipos históricos que atribuyen determinados roles a las mujeres, e implementar nuevos mecanismos de evaluación basados en criterios objetivos.

Los derechos antes descritos confluyen en la necesidad de establecer como base de las relaciones laborales lo que la OIT denomina el *derecho al trabajo decente*. Este es concebido como oportunidades para que hombres y mujeres tengan un empleo decente y productivo; derecho a laborar en condiciones adecuadas de libertad, equidad, dignidad y seguridad humana; a la protección social para sus familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, que se les garantice un salario adecuado (justo y equitativo), así como el cumplimiento de las normas sobre seguridad en el lugar de trabajo, igualdad de oportunidades y de trato, con el fin de mejorar el desarrollo productivo de la empresa y la vida personal de los trabajadores, con objetivos profesionales razonables y el respeto de sus derechos como personas y trabajadores. “Como podemos apreciar, el trabajo decente no solo contribuye al crecimiento económico y aumenta las oportunidades de trabajo, sino que aumenta y mejora la productividad de los trabajadores, y el desarrollo empresarial” (Coloma Cieza, 2012, p. 17).

En ese contexto, la OIT, en el marco del Programa de Trabajo Decente, ha diseñado una agenda con la finalidad de que la comunidad del trabajo, representada por sus mandantes tripartitos, movilice sus recursos. Para ello, dicha organización ofrece apoyo a través de programas nacionales de trabajo decente desarrollados en colaboración con sus mandantes, considerando cuatro objetivos estratégicos:

- Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- Crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos.

- Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos.
- Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

Finalmente, cabe precisar que la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible² reconoce la importancia del trabajo decente, considerándolo como motor del desarrollo sostenible que coloca en el centro a las personas. Esto se pone de manifiesto en su objetivo 8, cuya finalidad es “promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para para todos” (OIT, 2017).

EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS MUJERES TRABAJADORAS

El derecho a la igualdad supera su concepción abstracta a través de su dimensión dinámica mediante el concepto de la igualdad de oportunidades, en la medida en que este último permite establecer condiciones concretas en las relaciones laborales, no en el sentido estricto y llano de una mera equiparación, sino en cuanto a permitir que las personas tengan las mismas condiciones en la realidad para materializar sus derechos en el marco de una relación de trabajo. Esto contribuye a que el Estado, como garante de este principio, identifique las situaciones que impiden que las personas compitan en igualdad de condiciones, a fin de establecer políticas de promoción de la equidad (entendida no como una igualdad aritmética, sino como una basada en términos de justicia, objetividad y razonabilidad), así como de proscripción de todo acto que contravenga la misma.

Regulación supranacional: OIT

La OIT ha establecido diversos mecanismos normativos sobre la igualdad que aportan herramientas para eliminar la discriminación en todos los aspectos relacionados con las relaciones de trabajo y con la sociedad, en general. Asimismo, estos instrumentos proporcionan las bases sobre las cuales deben aplicarse las estrategias de integración en materia de género en el ámbito de las relaciones laborales.

En ese contexto, el Perú, como parte de la OIT, ha suscrito convenios referidos a la igualdad de oportunidades, orientados a proteger y prevenir afectaciones a los derechos fundamentales de los trabajadores, como el Convenio 100, sobre igualdad de remuneración (1951)³, que señala en el artículo 2:

2 La Agenda 2030 abarca las tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental. Está constituida por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que se basan en los progresos alcanzados a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). Esta agenda fue adoptada por los líderes del mundo reunidos en una cumbre especial de las Naciones Unidas el 25 y 26 de septiembre del 2015 en Nueva York.

3 Ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa 13284 de fecha 9 de diciembre de 1959.

Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Asimismo, el Perú ha ratificado el Convenio 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958)⁴ de la OIT, instrumento que busca que los Estados miembros se obliguen a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta principios como la igualdad, la libertad y la dignidad, entre otros; y de esta manera proscribir toda conducta que afecte a estos principios, como exclusiones o preferencias realizadas por motivos como el sexo y el género, que afecten la equidad de trato en el empleo.

Regulación nacional

El artículo 2, inciso 2, de la Constitución reconoce el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley. Por su parte, el artículo 26 de la Carta Magna establece como uno de los principios que regulan la relación laboral la igualdad de oportunidades sin discriminación; y el artículo 24 regula el derecho de todo trabajador (sea hombre o mujer) a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual.

A fin de cumplir con el mandato constitucional, y como expresión de las políticas para lograr estándares compatibles con el trabajo prescrito por la OIT, a lo largo de los últimos años en el Perú se han venido implementando diversas normas y medidas orientadas a erradicar la brecha salarial y la desigualdad de oportunidades laborales que existen entre hombres y mujeres.

En ese contexto, con el objeto de lograr empleos justos, se han promulgado diversas leyes como la Ley 26772, “Ley que dispone que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no puedan contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades”, del 17 de abril de 1997; la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, del 16 de marzo del 2007, la cual busca establecer un marco normativo, institucional y de políticas públicas a fin de garantizar y proteger el ejercicio de los derechos de igualdad y dignidad entre hombres y mujeres no solo en el ámbito laboral, sino también en el social. La indicada norma atribuye un rol equitativo a todos los ciudadanos, sin importar el género, a fin de consolidar un sistema democrático.

4 Ratificado por el Decreto Ley 17687 de fecha 6 de junio de 1979.

Posteriormente, se promulgó la Ley 30364, "Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar", cuyo texto único ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo 004-2020-MIMP el 4 de septiembre del 2020. Esta normativa, entre otras disposiciones, regula cuatro nuevos derechos laborales: (i) a no sufrir despido por causas relacionadas con dichos actos de violencia, (ii) al cambio de lugar u horario de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría, (iii) a la justificación de las inasistencias y tardanzas al centro de trabajo derivadas de dichos actos de violencia, y (iv) a la suspensión de la relación laboral, hasta por cinco meses (sin goce de remuneraciones), a pedido del trabajador o trabajadora víctima de violencia familiar, cuando esta haya sido autorizada por un juez.

Igualmente, la indicada norma establece que serán considerados como violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar la violencia física, psicológica y sexual, así como la violencia económica o patrimonial. Con relación a esta última, entre sus diferentes manifestaciones, se prescribe que la violencia económica se puede presentar en el ámbito laboral cuando se percibe un salario menor por igual tarea dentro de un mismo lugar de trabajo.

Finalmente, se promulgó la Ley 30709, "Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres", el 26 de diciembre del 2017. Si bien esta norma tiene como objetivo principal garantizar el derecho de los trabajadores a percibir igual remuneración por igual labor, siguiendo los lineamientos de la Ley 28983, su alcance no se limita a tratar la igualdad remunerativa, sino que regula otras disposiciones que deberán observar los empleadores, tales como las siguientes:

- Garantizar a los trabajadores un trato digno, un clima laboral basado en el respeto y la no discriminación, así como la compatibilidad de vida personal, familiar y laboral.
- Asegurar que en los planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades laborales de sus trabajadores se garantice la igualdad entre mujeres y hombres.
- Prohibición del despido y la no renovación de contrato por motivos vinculados con la condición de embarazo o el periodo de lactancia.
- Nuevas conductas calificadas como hostilidad laboral, agregando al inciso b) del artículo 30 del TUO del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), la reducción de la categoría y de la remuneración, además del incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador, como un acto de hostilidad. Cabe indicar que la hostilidad laboral es una condición que configura un despido indirecto, que habilita al trabajador

a solicitar el cese de dichos actos y, en su defecto, la indemnización por despido arbitrario.

Con relación a la obligación de garantizar la compatibilidad de vida personal, familiar y laboral, el Perú ha ratificado el Convenio OIT 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares⁵, el cual indica que, con miras a crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, se deberá incluir entre los objetivos de la política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. Para dar cumplimiento a este mandato y reconociendo la necesidad de mejorar la condición de dichos trabajadores dentro de las medidas adoptadas por el Perú, se publicó la “Guía de buenas prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar y personal”, contenida en la Resolución Ministerial 048-2014-TR del 26 de marzo del 2014, mediante la cual se busca promover el cumplimiento de la normativa sobre igualdad de oportunidades, así como la prevención y erradicación de la discriminación sobre la base del género.

La norma busca concientizar a los ciudadanos y empleadores sobre uno de los posibles y quizá el más marcado origen de este tipo de segregación: la incorrecta redistribución de las responsabilidades familiares que recaen, generalmente, en las madres trabajadoras. Otro grave problema es aquel que radica en la errada conceptualización de los empleadores sobre la baja productividad que podrían tener, como resultado de la maternidad, las trabajadoras.

Dicho documento también recomienda medidas para mejorar el clima laboral y ayudar a extinguir la discriminación por género, tales como las vinculadas al tiempo y lugar de trabajo, al uso de herramientas virtuales o tecnologías de la información, y al apoyo con las responsabilidades familiares como brindar información sobre centros de formación y de cuidado de los hijos.

En ese orden de ideas, a fin de erradicar el estereotipo de que solo a las trabajadoras se les atribuye las responsabilidades familiares, estos mecanismos deben ser implementados, planificados y monitoreados de manera adecuada y a favor de trabajadores y trabajadoras.

El derecho a la igualdad, contraste con la realidad

Si bien en el ámbito normativo se han hecho esfuerzos para cautelar el derecho a la no discriminación, es notable que la realidad aún dista mucho de permitirnos afirmar que

5 Adoptado por el Perú a través de la Ley 24508 el 16 de abril de 1986.

en nuestro país se ha erradicado la desigualdad que existe entre hombres y mujeres trabajadores, pues las brechas salariales se mantienen vigentes, así como la falta de equidad en el acceso al empleo, la promoción de mejores condiciones laborales y el mantenimiento de la fuente de trabajo.

Desigualdad salarial entre hombres y mujeres

La desigualdad salarial afecta de diversas formas. En la esfera individual del trabajador, vulnera el derecho de toda persona a ejercer un trabajo por el cual perciba un salario justo y equitativo; mientras que, en el aspecto económico, afecta la productividad del empleador y el crecimiento de su empresa, pues, al no evaluar con criterios objetivos, limita el potencial de sus trabajadoras e impide aprovechar sus aportes al desarrollo de la producción.

Este fenómeno es un problema persistente que se presenta a escala global; sin embargo, varía según los países o regiones que se analicen. Así, en el mercado laboral peruano, es usual encontrarnos frente a actos de discriminación por razones de género que se manifiestan, entre otros aspectos, en el pago de las remuneraciones o en las oportunidades para la promoción del empleo en igualdad de condiciones. En cuanto a la brecha salarial, es decir, la diferencia remunerativa entre hombres y mujeres, los datos estadísticos revelan una situación preocupante.

De acuerdo con la “Guía para la igualdad. 1. Igualdad salarial”, aprobada por la Resolución Ministerial 243-2018-TR, a nivel nacional la brecha de ingresos entre hombres y mujeres en el año 2017 fue de 29 %, lo que significa que el promedio agregado nacional de los ingresos de los varones fue de 1566 soles y el de las mujeres de 1107 soles. El mismo documento nos muestra que en el sector privado la brecha salarial entre hombres y mujeres es de 23,8 %, mientras que en el sector público es de 16 %. Como se puede apreciar, a pesar de que nuestra legislación estipula disposiciones orientadas a erradicar la brecha salarial, según el informe realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) el 7 de marzo del 2019, la brecha entre hombres y mujeres asciende a 572 soles. De las cifras detalladas, se desprende que, a pesar de que el género de una persona no es un indicador de capacidades, aptitudes ni competencias para realizar labores de igual valor, las mujeres siguen percibiendo menor remuneración que los hombres.

VIOLENCIA EN EL TRABAJO

Como hemos señalado, el trabajador, como ser humano, es titular de derechos fundamentales, tales como el derecho a la dignidad, a la vida, a la integridad, entre otros, los cuales no pueden ser afectados durante el desarrollo de su vida laboral.

Sobre el particular, el Convenio 111 de la OIT, antes citado, establece con carácter absoluto la prohibición de la discriminación en el trabajo y, por tanto, no cabe ningún supuesto en el que se pueda tolerar o permitir que esta se materialice, pues forma parte del núcleo indisponible de derechos del trabajador (*ius cogens* laboral). A tales efectos, define así la discriminación:

(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

(b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación [...]. (Convenio 111, sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958)

Debido a su importancia, la prohibición de la discriminación ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, la Declaración de la OIT de 1998, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁶, la Convención de Belém do Pará de 1944⁷, entre otros.

En el Perú, la Ley 28983, que sirve de antecedente y marco para la Ley 30709, establece el concepto de discriminación y los principios de un ordenamiento que la combata, definiéndola de esta manera:

Cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

No podemos dejar de mencionar que el artículo 23 de la Constitución Política del Perú señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Dada la trascendencia de los derechos mencionados, su afectación constituye un acto de violencia, más aún si esta no solo se ejerce en el ámbito de una relación individual de trabajo, sino que obedece a patrones y estructuras de nuestra sociedad. Desde esa perspectiva, el literal h) del artículo 24 de la Constitución establece: “Nadie debe ser

6 Ratificada por el Perú por la Resolución Legislativa 23432 del 5 de junio de 1982.

7 Aprobada por la Resolución Legislativa 26583 del 22 de marzo de 1996. Fue ratificada el 4 de abril de 1996 y depositada el 4 de junio de 1996. Vigente desde el 4 de julio de 1996.

víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. [...]”.

En ese contexto, la legislación laboral, dentro de las diversas manifestaciones de transgresión de los derechos del trabajador, regula en el artículo 30 de la LPCL a aquellas conductas prohibidas en las que puede incurrir el empleador, que han sido calificadas como actos de hostilidad, algunas de las cuales constituyen actos discriminatorios que implican violencia contra el trabajador:

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: [...]

- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador. [...].

Cabe precisar que en el marco de una relación laboral los trabajadores no solo se encuentran protegidos frente a los actos de violencia cometidos por el empleador o sus representantes, sino también frente a toda forma de violencia que pueda ser ejercida por otros trabajadores, independientemente de su ubicación y la de la víctima en la estructura jerárquica de la organización. La protección también alcanza a los prestadores de servicios y a los trabajadores contratados de forma indirecta por medio de la tercerización o intermediación laboral, y a los beneficiarios de las modalidades formativas.

Existen diferentes manifestaciones de violencia en el trabajo, entre las que se encuentra el acoso laboral, moral o psicológico, conocido con el término inglés *mobbing*, entendido como un conjunto de comportamientos por el cual una persona o grupo de personas ejercen violencia psicológica de forma sistemática y prolongada en el tiempo sobre otra persona en el lugar de trabajo. Esta forma de violencia se manifiesta por un trato o comunicación hostil y desprovista de ética, sobre la base de acciones cometidas por uno o varios individuos, principalmente contra un único trabajador, actos que son generalmente ejecutados de manera sutil, disimulada o indirecta. El *mobbing* afecta gravemente el derecho a la dignidad del trabajador, derecho inherente al ser humano, que se sustenta en el hecho de que la persona es un fin en sí misma, por lo que todo acto contrario a esta se encuentra prohibido y constituirá una infracción constitucional.

Otra manifestación de la violencia contra el trabajador es el hostigamiento sexual, cuyas consecuencias son graves y diversas no solo para los trabajadores, sino también para la sociedad en su conjunto. Por ello, la OIT (2008) establece:

El acoso sexual es considerado como una violación de los derechos humanos, una forma de discriminación y una cuestión de seguridad y salud. Es ofensivo para la

dignidad y la integridad personal de los trabajadores de uno y otro sexo, y pone en entredicho su integridad personal y su bienestar. Socava también su derecho a la igualdad de oportunidades y de trato. Ha de prevenirse en el lugar de trabajo, y, cuando ocurra pese a todos los esfuerzos, debe ser castigado y sus víctimas protegidas. Con frecuencia, las víctimas desconocen sus derechos y temen a las represalias o la pérdida del puesto de trabajo; por ello, la concienciación es un elemento importante de la lucha contra este mal. (p. 22)

En nuestro ordenamiento, el hostigamiento sexual ha sido proscrito a través de la Ley de Prevención y Sanción frente al Hostigamiento Sexual (LPSHS), que tiene como objetivo erradicar toda forma de manifestación de estas conductas en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera que sea la forma jurídica de esta relación, así como cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo. En ese sentido, el artículo 4 de la LPSHS define que el hostigamiento sexual es:

[...] una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.

Además, precisa que para que se configure este tipo de violencia no se requiere acreditar el rechazo ni la reiteración de la conducta.

Sobre las conductas que calificarían como hostigamiento sexual, el artículo 6 de la LPSHS plantea un listado abierto, que estaría en condiciones de adaptarse a las nuevas formas de hostigamiento que se podrían presentar de acuerdo con la evolución social y tecnológica.

Con relación al ámbito subjetivo de protección frente al hostigamiento sexual en el marco de las relaciones laborales, este alcanza al trabajador y a cualquier prestador de servicios sin importar la modalidad o forma contractual, así como a los beneficiarios de las modalidades formativas; y, en el ámbito objetivo, el hostigamiento sexual se configura independientemente de si existen grados de jerarquía entre la persona hostigada y la hostigadora, o si el acto de hostigamiento sexual se produce o no en el lugar o ambientes educativos, formativos, de trabajo o similares; o si este ocurre durante o fuera de la realización de dichas jornadas.

La protección frente a estos actos se materializa en obligaciones concretas para el empleador, tales como estas:

- Ofrecer capacitación y sensibilización en materia de hostigamiento sexual.
- Brindar medios de atención al afectado y asegurar su inmediata protección.

- Garantizar un procedimiento que sobre la base del debido proceso determine responsabilidades y sanciones.
- Realizar la conformación de entes (comité o delegado) que lleve a cabo el procedimiento mencionado.

La OIT considera que el acoso laboral y el hostigamiento sexual siguen siendo un problema mundial que puede afectar a todo tipo de actividad económica, ocupaciones y modalidades de trabajo. Con el objetivo de contribuir a la erradicación de estas conductas, en el año 2019, la OIT adoptó el Convenio 190 (aún no ratificado por el Perú), sobre la violencia y el acoso, y la Recomendación 206 (2019), que tienen como objetivo acabar con este tipo de conductas vejatorias en el mundo del trabajo, otorgando una protección universal frente a estas.

El Convenio 190 de la OIT concibe un concepto integrado de violencia y acoso en el trabajo, y lo define así:

[...] un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen, o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género. (Artículo 1)

Así también establece que la expresión “violencia y acoso por razón de género” designa a la violencia y el acoso “dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual” (artículo 1).

Consideramos importante que la OIT no limite la aplicación del Convenio 190 a los trabajadores asalariados, sino que la extienda a todas las personas que trabajan, independientemente de su situación contractual, así como a todo aquel que está en riesgo de sufrir esa violencia o acoso en el trabajo, por ejemplo, los solicitantes de empleo.

IMPACTO DEL COVID-19 EN LAS MUJERES TRABAJADORAS

Han pasado casi dos años desde que se decretó el estado de emergencia sanitaria y nacional como parte de las medidas adoptadas para mitigar los efectos del COVID-19 por el Gobierno peruano, que determinaron la paralización de diversas actividades económicas, el reinicio gradual y progresivo de algunas de ellas, la aplicación súbita de la educación virtual y el trabajo a distancia (trabajo remoto), la suspensión perfecta de labores, la licencia con goce de haber compensable, nuevas disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo para la prevención y control de la pandemia en el ámbito laboral, así como otras medidas económico-sociales, como el cierre de fronteras, el aislamiento social obligatorio, la restricción de tránsito, limitación en el aforo

y distanciamiento social. En este tiempo se ha podido advertir la profundización de las desigualdades preexistentes, que ha impactado en mayor grado y medida en la población femenina.

Las disposiciones establecidas por el Estado, si bien se pueden considerar necesarias en el aspecto sanitario, han traído como consecuencia una grave crisis económica y social que ha impactado en la estabilidad de las empresas, instituciones y hogares; además de la precarización de las condiciones del empleo, que ha significado reducción de jornadas, disminución de las remuneraciones, preferencia por la contratación modal o a tiempo parcial, cierre de centros de trabajo, ceses individuales y colectivos, disminución en la absorción de la nueva mano de obra, entre otros. Esta situación ha devenido en el incremento de los factores de desigualdad que sufren las mujeres en el país, en el entendido de que la situación de violencia estructural que afecta a la mujer trabajadora en el Perú se ha agravado en el contexto de la pandemia del COVID-19.

Discriminación en el empleo: acceso y conservación

De acuerdo con la diversa evidencia analizada en el documento de investigación *Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú* (Jaramillo y Ñopo, 2020), existen varios factores por los que se podría inferir que los efectos de la crisis generada por la pandemia podrían afectar a las mujeres de forma desproporcionada, si se considera que las trabajadoras:

[...] se ubican, por lo general, en dos de los sectores potencialmente más golpeados por la crisis (comercio y servicios), [...], mantienen menores tasas de ocupación y están sobrerrepresentadas en el trabajo a tiempo parcial, el autoempleo, la informalidad, el empleo a plazo fijo de menor duración y el empleo en empresas pequeñas, con menor productividad. (p. 9)

El último informe sobre la situación del mercado laboral en Lima Metropolitana del INEI (2020) precisa que durante la pandemia la población ocupada disminuyó en 23,9 % (1 177 500 personas) al compararla con el mismo trimestre móvil durante el año 2019. Además, señala que la tasa de desempleo femenino superó en 1,2 % a la masculina. Al respecto, si bien esta diferencia se podría apreciar como relativamente estrecha, se la debe contrastar con las variaciones advertidas en la población económicamente activa (PEA) que, si bien indican una caída general, en el caso de las mujeres es 10,7 % mayor que la de los hombres.

La disminución de la PEA femenina no solo sería la consecuencia de la pérdida de su trabajo, sino que se podría atribuir, como ha sucedido en otros países, a que muchas mujeres habrían postergado la búsqueda de empleo debido al incremento de las responsabilidades familiares y del trabajo en el hogar no remunerado, así como a la precarización de las condiciones laborales. (Cerdea *et al.*, 2020, p. 130)

Sobre el particular, conforme señala la OIT (2020a):

[...] esta crisis ha golpeado con dureza a las mujeres no solo por haber perdido o ver amenazada su fuente laboral, sino por las dificultades que enfrentan para seguir generando ingresos y al mismo tiempo hacerse cargo del trabajo del hogar y el cuidado familiar, en la medida que no cuenten con apoyo necesario y las guarderías y colegios permanezcan cerrados. (p. 16)

Pandemia y violencia doméstica

En el Perú, la violencia contra las mujeres es un grave problema social que se manifiesta en diversos ámbitos. Esta situación se ha visto agravada exponencialmente durante la cuarentena decretada como mecanismo frente a la pandemia, durante la cual se ha podido visibilizar la persistencia de factores socioculturales que la legitiman.

La violencia doméstica se puede manifestar de diferentes formas: psicológica, sexual, física y económica. Este tipo de violencia, además de afectar gravemente la esfera personal (salud física y mental) y familiar de las mujeres, impacta de forma negativa en su vida laboral, toda vez que es una de las principales causas de ausentismo en el trabajo y ocasiona estrés, bajo rendimiento, daño a las relaciones interpersonales, entre otros, lo cual impacta negativamente en la productividad de las empresas. Al respecto, la OIT (2020b) explica:

El impacto de la violencia doméstica en la salud física y mental de los trabajadores es devastador y, en su expresión más extrema, puede causar la pérdida de vidas. También puede conducir a la dependencia económica de la víctima, lo que puede socavar la capacidad para dejar a una pareja abusiva o para incorporarse al mercado de trabajo y permanecer o progresar en él. (p. 2)

La necesidad de abordar el problema de la violencia doméstica, y las consecuencias que esta genera, determinó que la OIT en el Convenio 190 (2019) exhorte a los “Estados Miembros a reconocer los efectos de la violencia doméstica y tomar medidas para mitigar su impacto”. La OIT (2016) también reconoce el rol de los empleadores, quienes “pueden convertirse en aliados frente a esta forma de violencia, aunque no sean responsables de la misma” (p. 44).

Los índices de violencia en nuestro país antes de la pandemia, conforme señalan Jaramillo y Ñopo (2020) citando a la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (Endes) del 2018, reflejan que

2 de cada 3 mujeres reconocen haber sido víctimas de alguna forma de violencia por parte de su pareja. Esta violencia puede ser psicológica o verbal (59 %), física (31 %) o sexual (7 %), pero también algunas mujeres indican haber sido víctimas de una combinación de ellas. (p. 99)

Estas cifras se habrían visto incrementadas durante la pandemia. Pese a que se considera que el confinamiento habría impedido a muchas víctimas denunciar a sus agresores, el Equipo Itinerante de Urgencia del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP, 2020) ha atendido desde el inicio del estado de emergencia nacional 18 778 casos de violencia contra la mujer y el grupo familiar, los cuales se distribuyen de la siguiente manera: violencia física (8564), violencia psicológica (7420), violencia sexual (2741) y violencia económica o patrimonial (53).

La estructura patriarcal en la que se sostiene nuestra sociedad, que genera desigualdad de oportunidades y discriminación para las mujeres, y la situación de vulnerabilidad a la que se encuentran expuestas determinan la urgencia de adoptar políticas públicas que garanticen un sistema de protección social adecuado y eficaz que brinde servicios de prevención de enfermedades mentales o físicas, así como frente a la violencia familiar.

Desigualdad en la asunción de responsabilidades familiares: trabajo doméstico no remunerado

De acuerdo con el informe *Perú, brechas de género 2017. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres* (INEI, 2017), antes del inicio de la pandemia, las mujeres dedicaban 39 horas y 28 minutos a la actividad doméstica no remunerada, mientras que los hombres únicamente 15 horas y 54 minutos, lo cual demuestra que existe una brecha de género sobre el uso del tiempo dedicado al trabajo doméstico de 23 horas y 34 minutos. Este problema tiene como origen los estereotipos históricos que atribuyen determinados roles en nuestra sociedad sobre la base del género de las personas.

Las medidas preventivas adoptadas frente al COVID-19 han generado que en los hogares coincidan el cuidado familiar, la realización de trabajo remoto y la educación a distancia. Esta situación ha profundizado las necesidades de atención de los niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, tareas que, de acuerdo con el MIMP⁸, se habrían distribuido de forma desigual entre la población femenina y la masculina, pues las horas que dedican las mujeres a labores del hogar no remuneradas se habrían visto incrementadas, debido al desentendimiento de su pareja o al hecho de ser jefa de hogar monoparental.

La asignación desproporcionada de la labor doméstica no remunerada impide que las mujeres se incorporen al mercado laboral formal con condiciones de trabajo óptimas; perjudica sus horarios de trabajo y, por ende, sus remuneraciones; y limita sus oportunidades de crecer profesionalmente. La carga excesiva del cuidado del hogar, además, afecta la distribución del tiempo disponible para otras actividades necesarias e importantes como son el descanso y el ocio.

8 "Encuesta sobre percepciones y aptitudes de mujeres y hombres frente al aislamiento social obligatorio a consecuencia del COVID-19", realizada por el MIMP.

La desigualdad en el trabajo del hogar no remunerado impacta, directa o indirectamente, en la brecha salarial de géneros, y en los factores negativos en salud física y psicológica. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la labor doméstica “invisible” es un pilar fundamental para el funcionamiento del día a día de la economía formal de la sociedad, por lo que es necesario construir una estructura sólida que permita redistribuir y asignar funciones de trabajo doméstico de forma equitativa.

Brecha digital

Si bien en los últimos años las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), así como las telecomunicaciones, han experimentado un proceso de cambio y exponencial crecimiento en el Perú, otro problema que ha permitido visibilizar la pandemia es la brecha digital y su implicancia en la desigualdad por género. Así, como señalan Jaramillo y Ñopo (2020):

Los hogares de jefatura femenina cuentan con menos acceso a internet, televisión por cable y teléfono celular [...]. La menor conectividad, en un momento clave como este, tiene implicaciones no solo en lo laboral, sino también en la posibilidad de reportar eventuales situaciones de violencia. (pp. 22-23)

La brecha digital es otro factor que impide a las personas desarrollarse en igualdad de condiciones, por lo que la reducción de esta debe ser establecida como una prioridad para el Estado.

Violencia laboral y tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

Finalmente, otro aspecto que se debe considerar en el marco de la pandemia es el incremento de los casos de hostigamiento sexual, que afecta en mayor medida a las mujeres, y de acoso laboral mediante la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Esta situación debe ser abordada de manera oportuna por los empleadores a fin de evitar que estas formas de violencia laboral, calificadas como riesgos psicosociales, afecten la integridad y salud de sus trabajadores.

CONCLUSIONES

1. En el Perú, la violencia contra las mujeres constituye un grave problema arraigado en la sociedad que se manifiesta en diversas formas: violencia psicológica, violencia sexual, violencia física y violencia económica. Esta violencia tiene distintos ámbitos de actuación, como las relaciones laborales, convirtiéndose en conductas muchas veces toleradas, pese a las graves consecuencias que traen para la vida de las mujeres.

2. La pandemia del COVID-19 supuso una situación negativa para hombres y mujeres en el ámbito personal, familiar y laboral, que se suma a una preexistente y permanente forma de violencia que afecta a dichos ámbitos y que no obedece a una situación circunstancial, como es la emergencia sanitaria, sino a una de carácter estructural.
3. Como hemos podido advertir, tanto en la violencia estructural como frente a los efectos negativos ocasionados por la pandemia, el grupo poblacional más afectado es el femenino.
4. Es necesario adoptar políticas públicas que garanticen de forma efectiva la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres basada en términos de justicia, objetividad y razonabilidad; la proscripción de todo acto que contraenga este principio, así como la erradicación de los diversos tipos de violencia que se ejercen contra las mujeres.

REFERENCIAS

- Cerda, R., Domínguez, C., Lafortune, J., Muñoz, N., y Reyes, J. (2020). Empleo femenino y COVID-19: diagnóstico y propuestas. *Temas de la Agenda Pública*, 15(130), 1-20.
- Coloma Cieza, E. (2012). El *mobbing*, una forma de violencia laboral. *Asesoría Laboral*, 264, 15-29.
- Convenio 100, Convenio sobre igualdad de remuneración. 29 de junio de 1951. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312245
- Convenio 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). 25 de junio de 1958. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111
- Convenio 190, Convenio sobre la violencia y el acoso. 10 de junio del 2019. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Perú, brechas de género 2017. Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres*. Edición del Autor.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2020). *Informe técnico sobre la situación del mercado laboral en Lima Metropolitana en el trimestre julio-agosto-septiembre 2020*. <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/10-informe-tecnico-mercado-laboral-jul-ago-set-2020.pdf>

- Jaramillo, M., y Ñopo, H. (2020). *Impactos de la epidemia del coronavirus en el trabajo de las mujeres en el Perú* [Documento de investigación, 106]. Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE).
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2020). *Estadísticas del MIMP*. <https://www.mimp.gob.pe/omep/estadisticas-violencia.php#:~:text=Los%20Equipos%20Itinerantes%20de%20Urgencia,feminicidios%20y%20tentativa%20de%20feminicidios>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2019). *Resumen del Informe Anual del Empleo*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1014704/IAE_2020_propuesta_V4.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2008). *El ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género* (2.ª ed.). Edición del Autor.
- Organización Internacional del Trabajo. (6-3 de octubre del 2016). *Informe final de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_546113.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Trabajo Decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2020a). *Impacto COVID-19 en América Latina y el Caribe. Análisis y recomendaciones para incidir en políticas públicas y privadas, con enfoque de género*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_763188.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2 de abril del 2020b). *La violencia doméstica y su impacto en el mundo del trabajo*. Servicio de Género, Igualdad y Diversidad; OITSIDA, Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/briefingnote/wcms_740544.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (2020c). *The COVID-19 Response: Getting Gender Equality Right for a Better Future for Women at Work*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_744374.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (s. f.). *Misión e impacto de la OIT*. Recuperado el 12 de noviembre del 2021 de <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf

SEGURIDAD Y SALUD: UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE SEGURIDAD Y SALUD CON MOTIVO DE LA APARICIÓN DE RIESGOS EMERGENTES

KARLA CANOVA TALLEDO*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 13/2/2021 Aceptado: 20/2/2021
doi <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4973>

RESUMEN. Con motivo del uso masivo de las tecnologías, la robótica, la intervención de la inteligencia artificial, la automatización, la aparición de nuevos riesgos biológicos, entre otros, las relaciones laborales vienen evolucionando de una manera muy particular, que obliga a que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo vayan de la mano en este proceso. Por ello, el presente artículo desarrolla el marco de los riesgos emergentes y la necesidad de que nuestros sistemas de gestión se articulen y evolucionen desde todas sus perspectivas.

PALABRAS CLAVE: sistemas de gestión de seguridad y salud / riesgos emergentes / inteligencia artificial / riesgos biológicos / trabajo remoto / teletrabajo

SAFETY AND HEALTH: A NEW PERSPECTIVE OF THE SYSTEMS OF SECURITY MANAGEMENT AND HEALTH ON THE OCCASION OF APPARITION OF EMERGING RISKS

ABSTRACT. Due to the massive use of technologies, robotics, the intervention of artificial intelligence, automation, the appearance of new biological risks, among others, labor relations have been evolving in a very particular way, which requires that the Occupational Health and Safety Management go hand in hand in this process. This article develops the framework of emerging risks and the need for our management systems to be articulated and evolve from all their perspectives.

KEYWORDS: health and safety management systems / emerging risks / artificial intelligence / biological risks / remote work / teleworking

* Abogada por la Universidad de Lima, Perú. Máster en Seguridad y Salud Ocupacional por la Universidad de Turín, Italia. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Sevilla, España. Se desempeña como docente en la Universidad de Lima y en la Escuela de Posgrado de la UPC. Actual directora de Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y directora ejecutiva de la Secretaría Administrativa Permanente de la Asociación Latinoamericana de Salud Ocupacional (ALSO).

INTRODUCCIÓN

En el actual contexto, el mundo atraviesa una serie de cambios con motivo del riesgo biológico por el virus SARS-CoV-2, que causa la enfermedad del COVID-19, por lo que nos encontramos en el marco de una emergencia sanitaria sin precedentes. Esta pandemia ha llevado a que los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo sean de especial atención para el Estado, como aliados estratégicos para mitigar el impacto de este riesgo biológico.

Entre las medidas adoptadas, se han generado nuevas figuras laborales como el trabajo remoto, y otras han cobrado mayor interés, como el teletrabajo, que fue regulado desde el año 2013. Si bien es cierto que estas figuras laborales se impusieron como alternativas al riesgo biológico, también han provocado riesgos emergentes. Por ello, es importante exponerlos a fin de empezar a mejorar el diseño de nuestros sistemas de gestión en respeto al derecho fundamental a la seguridad y salud en el trabajo.

EL SISTEMA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL MARCO NORMATIVO PERUANO

Según lo establece la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la gestión de la seguridad y la salud forma parte de la gestión de una empresa. Las empresas deben hacer una evaluación para conocer cuáles son los peligros y los riesgos en sus lugares de trabajo, y adoptar medidas para controlarlos con eficacia, asegurando que dichos peligros y riesgos no causen daños a los trabajadores (OIT, s. f.).

En el Estado peruano contamos con un marco normativo específico dispuesto por la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su reglamento Decreto Supremo 005-2012-TR, así como disposiciones complementarias que establecen que el empleador se obligue a implementar un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo atendiendo al "deber de prevención de riesgos laborales", lo que genera derechos y obligaciones en las partes intervinientes.

Asimismo, el rol del Estado en el marco de los sistemas de gestión de seguridad y salud resulta fundamental considerando su función orientadora y fiscalizadora, que contribuye al respeto de este derecho fundamental que tiene todo trabajador por la sola existencia de una relación laboral. De la misma manera, es el derecho de todo joven bajo modalidad formativa o locador de servicios que se encuentre realizando alguna actividad en un centro de trabajo o por encargo de un empleador.

En esta línea, la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, dispone en su artículo 17 que "el empleador debe adoptar un enfoque de sistema de gestión en el área de seguridad y salud en el trabajo, de conformidad con los instrumentos y directrices internacionales y la legislación vigente". Asimismo, dispone en su artículo 18, como principios rectores del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, los siguientes:

- a) Asegurar un compromiso visible del empleador con la salud y seguridad de los trabajadores.
- b) Lograr coherencia entre lo que se planifica y lo que se realiza.
- c) Propender al mejoramiento continuo, a través de una metodología que lo garantice.
- d) Mejorar la autoestima y fomentar el trabajo en equipo a fin de incentivar la cooperación de los trabajadores.
- e) Fomentar la cultura de la prevención de los riesgos laborales para que toda la organización interiorice los conceptos de prevención y proactividad, promoviendo comportamientos seguros.
- f) Crear oportunidades para alentar una empatía del empleador hacia los trabajadores y viceversa.
- g) Asegurar la existencia de medios de retroalimentación desde los trabajadores al empleador en seguridad y salud en el trabajo.
- h) Disponer de mecanismos de reconocimiento al personal proactivo interesado en el mejoramiento continuo de la seguridad y salud laboral.
- i) Evaluar los principales riesgos que puedan ocasionar los mayores perjuicios a la salud y seguridad de los trabajadores, al empleador y otros.
- j) Fomentar y respetar la participación de las organizaciones sindicales —o, en defecto de estas, la de los representantes de los trabajadores— en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo.

De lo expuesto, resulta importante resaltar la obligación que tienen los actores (empleadores y trabajadores) de contribuir a fin de que el sistema de seguridad y salud sea eficiente y cumpla con el rol de la *prevención*. Asimismo, se dispone un mejoramiento continuo, que implica la evaluación y vigilancia permanente de los riesgos laborales que podrían afectar la salud de los trabajadores. Consecuentemente, este sistema de gestión resulta ser dinámico y va de la mano con los cambios que puedan surgir de las actividades o puestos de trabajo y los cambios que puedan surgir en el entorno de trabajo.

Siendo esto así, el empleador se obliga, en el marco del deber de prevención, a considerar y evaluar los riesgos emergentes que actualmente se encuentran en pleno auge por la aparición de un nuevo riesgo biológico. Por ello, los sistemas productivos han buscado alternativas y han migrado de manera exponencial al uso masivo de la tecnología, la robótica, la inteligencia artificial y la nanotecnología, entre otros recursos que los avances en las ciencias nos traen.

Claro ejemplo de esta migración es la creación del Plan de Vigilancia y Control del COVID-19, regulado por la Resolución Ministerial 448-2020-MINSA, que dispone medidas específicas en el centro de trabajo con motivo del riesgo biológico y que conduce a que los empleadores se obliguen a potenciar su sistema de gestión de seguridad y salud.

Para ello, deberán observar la conformación de los servicios de seguridad y salud, la actuación del supervisor o comité, reforzar las capacitaciones a los trabajadores utilizando plataformas digitales, entre otros aspectos.

RIESGOS EMERGENTES

Según la Agencia Europea para la Seguridad y Salud (2014), el trabajo y los lugares de trabajo están sometidos a cambios continuos por la introducción de nuevas tecnologías, sustancias y procesos de trabajo; por cambios en la estructura de la población activa y del mercado laboral; y por formas nuevas de empleo y organización del trabajo. Todo lo anterior puede dar lugar a que aparezcan nuevos riesgos y dificultades para la seguridad y la salud en el trabajo (SST), que es necesario prever y abordar para garantizar la SST en el futuro.

Ahora bien, es importante adoptar una definición coherente de este supuesto. Por ello, según Mairal (2013), se entiende por riesgo emergente cualquier riesgo nuevo que va en aumento.

Entendiendo por "nuevo":

- el riesgo no existía anteriormente y está causado por nuevos procesos, tecnologías o tipos de lugar de trabajo, o por cambios sociales u organizativos; o que
- se trata de un problema persistente que pasa a considerarse como un riesgo debido a un cambio en las percepciones sociales o públicas; o que
- un nuevo conocimiento científico da lugar a que una cuestión no novedosa se identifique como riesgo.

Y entendiendo por "emergente":

- aumenta el número de factores de peligro que dan lugar al mismo,
- la exposición al factor de peligro que da lugar al riesgo aumenta (nivel de exposición y número de personas expuestas), o
- el efecto del factor de peligro sobre la salud de los trabajadores empeora (gravedad de los efectos sobre la salud y número de personas afectadas). (Mairal, 2013, párrs. 4-5)

Conocer y evaluar con antelación estos riesgos resulta fundamental para el desarrollo de la seguridad y salud en el país a fin de que se adopten las medidas adecuadas que permitan la adaptación de los sistemas, de la normativa y de cualquier política pública que tenga que mejorarse para poder cumplir con el rol de la prevención de riesgos laborales dispuesta en toda política nacional de seguridad y salud en el trabajo.

A manera de ejemplo, la EU-OSHA encargó un *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020* (Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, 2014), en el cual se empleó el método de creación de escenarios para analizar la evolución de diversas tecnologías relacionadas con los empleos verdes y los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a las mismas, en tres situaciones futuras posibles para Europa. Todo esto conduce a que podamos identificar y ajustar nuestras políticas a la realidad en que nos encontramos, y a que los sistemas de gestión de seguridad y salud evolucionen junto con las relaciones laborales, que en este contexto han tenido que migrar de manera exponencial (Sanguineti, 2020), utilizando diversas formas que analizaremos más detenidamente en el presente artículo.

NUEVAS RELACIONES LABORALES Y LOS RIESGOS EMERGENTES

Con la detección del primer caso de COVID-19 en el Perú el 6 de marzo del 2020, se buscaron nuevas fórmulas legales en materia laboral para proteger a los trabajadores del sector privado y a los servidores públicos, analizando la implementación del trabajo a domicilio o el teletrabajo (figuras ya contempladas en la normativa nacional). Sin embargo, dichas modalidades laborales fueron pensadas para utilizarse en circunstancias ajenas al riesgo biológico que representa el virus del SARS-CoV-2, por lo que su propia regulación fue el primer problema para ponerlas en práctica de forma masiva durante la declaratoria de emergencia sanitaria en nuestro país, aprobada por el Decreto Supremo 008-2020-SA.

Por un lado, la principal dificultad de aplicar la modalidad de trabajo a domicilio residía en la imposibilidad de que el empleador supervisara de forma directa e inmediata al trabajador; y con la aplicación del teletrabajo —al tener el teletrabajador los mismos derechos y obligaciones que los establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada—, el empleador debía implementar las medidas de protección en materia de SST en el lugar donde el teletrabajador presta el servicio (domicilio o lugar de aislamiento), por lo que estos lugares tenían que reunir las condiciones óptimas para teletrabajar; por tanto, el empleador estaría obligado a supervisar cada domicilio de sus trabajadores a fin de implementar las medidas correspondientes en materia de SST, todo ello en plena expansión del COVID-19. Por estas razones, en nuestro país se implementa una figura laboral más flexible a la cual se le denominó *trabajo remoto*, como otra de las formas de trabajo a distancia. Veamos los alcances de estas figuras en el marco de la seguridad y salud como derecho fundamental.

Tabla 1
Comparación entre las figuras de teletrabajo y trabajo remoto

Teletrabajo	Trabajo remoto
Se consolida con la voluntad de las partes.	Es facultad de los empleadores del sector público y privado modificar el lugar de la prestación de servicios de sus trabajadores. Esta decisión debe ser comunicada al trabajador mediante soporte físico o digital.
Se trata del desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado <i>teletrabajador</i> , en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejerce a su vez el control y la supervisión de las labores.	Se trata de la prestación de servicios subordinada con la presencia física del trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento domiciliario, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita. Los equipos y medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía u otros), así como de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios para la prestación de servicios, pueden ser proporcionados por el empleador o por el trabajador.

Elaboración propia

De lo expuesto hasta aquí, tanto en el teletrabajo como en el trabajo remoto, figuras mayormente utilizadas en este contexto, no se advierten disposiciones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo, con lo cual no puede inobservarse lo dispuesto en la Ley 29783, disposición normativa transversal que debe respetarse en cualquier modalidad de trabajo a distancia. Siendo esto así, las principales interrogantes que surgen son estas: ¿cómo opera el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo en protección de estos trabajadores en figuras de trabajo a distancia ante la aparición de riesgos emergentes? ¿Puede configurarse un accidente de trabajo en el trabajo a distancia? ¿Existe responsabilidad del empleador?

Como ya se expuso anteriormente, el empleador es responsable del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo; por ello, también se hace responsable de los trabajadores que en este contexto de pandemia se encuentren ante alguna de las formas de trabajo a distancia. En esta línea, es indispensable que el empleador evalúe los riesgos y peligros a los que se encuentre expuesto el trabajador en el espacio que haya sido asignado para la prestación de las labores. Para ello, podría coordinar una visita presencial con el trabajador o, mejor aún, hacer uso de los recursos tecnológicos para la detección de peligros y riesgos del lugar de trabajo. De esta manera, podrá emitir las recomendaciones correspondientes para evitar cualquier afectación a la salud del trabajador. Es importante, además, resaltar la obligación de parte del trabajador de cumplir con las disposiciones que emita el empleador.

Por otro lado, en atención a la interrogante sobre la configuración de un accidente de trabajo durante la prestación de las labores en el marco de una de las modalidades de trabajo a distancia, en efecto, puede configurarse y será el empleador quien deberá cubrir cualquier atención que requiera el trabajador hasta su recuperación e inserción al trabajo, como bien lo disponen los principios de responsabilidad y atención integral de la salud dispuestos en el “Título preliminar” de la Ley 29783. Lo afirmado hasta aquí coincide con el derecho comparado; por ejemplo, en España opera la “presunción de laboralidad del accidente de trabajo”; en Chile, también tenemos un antecedente que se recoge de la reciente Ley 21220, dispositivo que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia y mantiene una “suerte” de presunción de laboralidad del accidente de trabajo, toda vez que, en un primer momento, el trabajador tendrá cobertura integral de la atención de parte de la aseguradora sin mayores demoras y, posteriormente, se evaluará la naturaleza del accidente.

Sanguinetti (2020) señala cuatro situaciones o fenómenos negativos típicos del estado actual de las cosas respecto del teletrabajo y trabajo remoto, que deberían evitarse para garantizar la continuidad de esta figura en el marco del irrestricto respeto por los derechos de los trabajadores:

1. El trabajo remoto impuesto, sin dotación de medios ni adaptación del lugar de trabajo y con asunción de sus costes por el trabajador.
2. La invasión del domicilio y la vida privada y familiar del trabajador, así como su intimidad y privacidad, a través del uso de medios tecnológicos.
3. La desaparición de las fronteras entre el trabajo y la vida personal, social y familiar.
4. El aislamiento y la falta de relaciones personales y sociales directas.

Todo lo anterior opera en el marco de la responsabilidad del empleador frente al sistema de gestión e, igualmente, frente a los riesgos que se generan. Entre estos encontramos:

1. Trastornos psicosociales derivados de la sobrecarga laboral, aislamiento para el trabajo, doble rol (especialmente en el caso de las mujeres que trabajan), la sobrevigilancia, entre otros.
2. Trastornos musculoesqueléticos derivados de las condiciones inadecuadas para el trabajo o de las malas posturas provocadas por equipos insuficientes para proteger la salud de los trabajadores.

Estos problemas se han agudizado en el uso de estas nuevas figuras laborales. Para mejorarlos, el empleador *debe* gestionar los riesgos para mitigar el impacto en la salud de los trabajadores. Esto implica evaluar el diseño de su sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo, el cual no solo debe limitarse a la ocurrencia de accidentes de

trabajo o enfermedades profesionales, sino que debe ir más allá y comprender aspectos relacionados con riesgos emergentes en el marco del principio de prevención.

REFLEXIONES FINALES

1. Con motivo de la emergencia sanitaria, se destaca la necesidad de dinamizar y actualizar constantemente los sistemas de gestión de seguridad y salud en el trabajo, debido a la aparición de nuevos riesgos laborales.
2. El uso de tecnología, digitalización, introducción de comunicación digitalizada, inteligencia artificial, robótica y nanotecnología conduce a que los sistemas de gestión de seguridad y salud también se reinventen a fin de poder enfrentar los riesgos derivados de estos cambios.
3. El respeto por el derecho fundamental de la seguridad y salud se extiende a cualquier modalidad que haya sido creada en el marco del trabajo a distancia (teletrabajo y trabajo remoto), y deberá evolucionar atendiendo a la aparición de riesgos emergentes. A la vez, las disposiciones legales, así como las políticas públicas, también deberán adaptarse a fin de cumplir con el principal objetivo que es la prevención de riesgos laborales.
4. Tanto en el teletrabajo como en el trabajo remoto o en cualquier modalidad de trabajo a distancia, no se puede perder de vista el derecho a la vigilancia de la salud de los trabajadores y al reclamo por cualquier daño que se origine a su integridad física o psicológica durante la ejecución de sus labores.
5. El empleador no solo debe limitarse al análisis de peligros y riesgos del puesto de trabajo, sino que, además, alcanza al entorno de trabajo, más aún cuando el contexto actual nos lleva a tener a la “seguridad y salud en casa”.
6. Resulta posible que se configure un accidente de trabajo o enfermedad profesional ante cualquiera de los escenarios de trabajo a distancia, para lo cual rige el principio de laboralidad del accidente, analizándose cada caso en concreto respecto de la causalidad.
7. Los sistemas de gestión de seguridad y salud no pueden perder de vista el enfoque de género dispuesto en la Ley 29783 a fin de disminuir las brechas y buscar la integración eficiente de la mujer en el trabajo, observando los riesgos emergentes en el marco de las nuevas figuras laborales.

REFERENCIAS

- Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. (2014). *Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020. Taller dirigido a los centros de referencia de la UE*. <https://osha.europa.eu/es/publications/foresight-new-and-emerging-risks-associated-new-technologies-2020-workshop-eu-focal>
- Mairal, D. (17 de septiembre del 2013). ¿Qué son los riesgos emergentes? *PrevenBlog*. <https://prevencontrol.com/prevenblog/sabes-que-son-los-riesgos-emergentes/>
- Oficina Internacional de Trabajo; y Ministerio de Asuntos Sociales. (1998). *Enciclopedia de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Organización Internacional del Trabajo; Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. <https://www.insst.es/documents/94886/161958/Cap%C3%ADtulo+16.+Servicios+de+salud+en+el+trabajo>
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf
- Organización Internacional del Trabajo. (s. f.). ¿Cómo gestionar la seguridad y salud en el trabajo? Recuperado el 12 de noviembre del 2021 de <https://www.ilo.org/global/topics/labour-administration-inspection/resources-library/publications/guide-for-labour-inspectors/how-can-osh-be-managed/lang--es/index.htm>
- Organización Mundial de la Salud. (2010). *Ambientes de trabajo saludables: un modelo para la acción para empleadores, trabajadores, autoridades normativas y profesionales*. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44317/9789243599311_spa.pdf;jsessionid=61B103CA630837801E95641DDE6CDC32?sequence=1
- Sanguineti, W. (2002). *Teletrabajo y globalización: en busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo* [Informe]. <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2009/08/teletrabajo-y-globalizacion-final-informe.pdf>
- Sanguineti, W. (2020). ¿La hora del teletrabajo? *Trabajo y Derecho*, 66.

CONTROLANDO INTERNALIDADES: ENTRE LA ECONOMÍA Y LA PSICOLOGÍA DE LA REGULACIÓN

GUSTAVO RODRÍGUEZ GARCÍA*
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 14/11/2020 Aceptado: 21/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.4960>

RESUMEN. Un creciente interés por la psicología aplicada a la regulación se ha traducido en estrategias de regulación por arquitectura o intervenciones sobre la base de *nudges*. Así, a la ampliamente desarrollada interacción entre economía y derecho, se suma el concurso de la psicología. No obstante, como se expone en el presente trabajo, se requiere un estudio más profundo de los costos y beneficios que implican determinadas intervenciones conductuales. En particular, el juzgamiento de las preferencias ajenas y la transparencia del *nudge* presentan dificultades que todavía no han sido definitivamente resueltas por los entusiastas del *Behavioral Law & Economics*.

PALABRAS CLAVE: regulación / análisis conductual / elección racional / economía y derecho

CONTROLLING INTERNALITIES: BETWEEN ECONOMICS AND THE PSYCHOLOGY OF REGULATION

ABSTRACT. A growing interest in psychology applied to regulation has been translated into strategies of regulation by architecture or interventions based on nudges. Thus, the contest of psychology intervenes in the widely developed interaction between economics and law. However, as discussed in the present work, a more in-depth study of the costs and benefits that specific behavioral interventions imply is required. In particular, the judgment of other people's preferences and the transparency of nudge present difficulties that have not yet been definitively resolved by behavioral law & economics enthusiasts.

KEYWORDS: regulation / behavioral analysis / rational choice / economics and law

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral, Argentina. Profesor de la Universidad de Lima. Socio en Rodríguez García & Encinas. Presidente de la Segunda Comisión Permanente de Ética del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria.

A MODO DE HOMENAJE A LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA

Ha sido un genuino honor recibir la invitación suscrita por el señor decano Germán Ramírez-Gastón Ballón para participar en este número extraordinario en conmemoración del 40 aniversario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Integro la plana docente de manera ininterrumpida desde el 2017 y, desde mi incorporación, he encontrado en la facultad un clima de absoluto respecto a la pluralidad de ideas, así como un espacio de irrestricto compromiso con la excelencia académica, lo cual, por cierto, responde en buena medida al liderazgo de sus autoridades.

En este relativamente corto tiempo, he advertido una genuina preocupación por los espacios de participación del alumnado —por ejemplo, a través de círculos de estudios— y por la mejora continua de quienes integramos la plana docente. Estoy convencido de que la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima es uno de los innegables referentes de formación de altísima calidad en nuestro país. Me honra ser parte de esta casa y poder participar de este merecidísimo homenaje.

INTRODUCCIÓN

Existen múltiples explicaciones para la regulación, entendida en su sentido más amplio como alguna acción orientada a incidir en la conducta o actividad de un sujeto en virtud de alguna regla o pauta establecida. Advertirá el lector que la definición que empleamos es realmente amplia, porque (i) no se circunscribe a una acción estatal, de modo que, por ejemplo, comprende a la autorregulación; (ii) no se limita a una acción orientada a controlar o limitar una conducta, pues podría existir una pretensión facilitadora u orientada a proveer un bien; y (iii) nos referimos a una regla o pauta, de manera que es posible emplear un arsenal de técnicas que van más allá de una regla legal propiamente dicha. En cambio, la explicación tradicional para la regulación suele encontrarse en la idea de que el libre mercado no logra, de forma espontánea y sin control, producir conductas o resultados deseables en términos de interés público (Baldwin y Cave, 2013), esto es, en la extendida noción de “falla del mercado”.

La retórica regulatoria suele justificar la intervención gubernamental en aquellas situaciones en las que el mercado no se conduce apropiadamente tomando como referencia el modelo de mercado perfectamente competitivo¹. Así, desviaciones de ese comportamiento ideal del mercado justificarían alguna intervención correctora y, como la experiencia demuestra, los gobiernos no han tenido problema en encontrar presuntos

1 Modelo que presupone, esencialmente, una pluralidad de ofertantes y demandantes de bienes o servicios homogéneos actuando sin barreras de entrada y salida y con información plena.

fallos por doquier. En realidad, la asunción de que un fallo de mercado —si ello fuera realmente así— habilita en sí mismo para una intervención correctora se sostiene en varias premisas falaces, de las cuales la más grave es aquella que asume que la corrección gubernamental importa necesariamente costos inferiores a los derivados del presunto fallo (o, peor incluso, que tales costos no existen).

Dentro del catálogo de fallos de mercado, la referencia a las “externalidades” es inevitable. En términos simples, se produce una externalidad cuando las acciones de un sujeto imponen costos o beneficios no compensados a otro sujeto. El ejemplo clásico de externalidad negativa es la contaminación ambiental producida por una fábrica. Si la externalidad fuera internalizada —es decir, si existiera compensación por el costo sufrido o el beneficio generado—, la actividad se ajustaría a un nivel óptimo; por ejemplo, únicamente se contaminaría hasta el nivel eficiente en el que el beneficio es superior al costo social generado.

En las últimas décadas especialmente, conceptos y experimentos empleados y conducidos por profesionales de la psicología han venido a complementar la sinergia ampliamente extendida entre la economía y el derecho. La economía conductual —se ha señalado— “[...] nos permite modelar y predecir el comportamiento relevante para el derecho con las herramientas del análisis económico tradicional, pero con asunciones más precisas sobre la conducta humana y predicciones y prescripciones más precisas sobre el derecho” (Jolls *et al.*, 1998, p. 1474). El abordaje interdisciplinario al derecho, en general, y a la técnica regulatoria, en particular, es ciertamente bienvenido. No obstante, es necesaria la cautela antes de implementar intervenciones bien intencionadas sin una comprensión de los peligros y dilemas —incluso éticos— de alejarse rápidamente de instituciones que salvaguardan la libertad individual.

El objetivo del presente trabajo es exponer algunas preocupaciones en torno a lo que denominaré aquí *control de internalidades* (CDI). El término *internalidades*, aunque no extensamente difundido, viene introduciéndose en la discusión académica a partir de los aportes de la economía conductual a la que ya nos hemos referido. Las internalidades se definen como costos que nos imponemos a nosotros mismos al tomar acciones que no son acordes con nuestro mejor interés (Allcott y Sunstein, 2015) o, de manera más directa, daños a nosotros mismos que obviamos (Marron, 2015). El concepto de internalidad tiene un atractivo evidente dada la centralidad del concepto de externalidad en la literatura económica y en el análisis económico del derecho; pero, como veremos enseguida, suscita reparos que nos parecen atendibles.

El presente trabajo se encuentra dividido en tres secciones principales. En la primera, expondremos algunas generalidades en torno a la economía conductual y su aplicación en el ámbito legal (en lo que ha venido a denominarse *Behavioral Law & Economics*). En la segunda sección, plantaremos algunas objeciones que justifican cierta cautela hacia el

enfoque conductual aplicado al campo regulatorio. En la tercera, nos concentraremos en la problemática del concepto de internalidad y los dilemas asociados al CDI. Finalmente, plantearemos algunas conclusiones.

ECONOMÍA CONDUCTUAL Y REGULACIÓN POR ARQUITECTURA

En términos simples, un arquitecto de decisiones es aquel que se ocupa del diseño del contexto en el que los individuos tomaremos determinadas decisiones. Los arquitectos de decisiones pueden influir sutilmente en la decisión del individuo mediante el empleo de un *nudge*. Los *nudge* no necesariamente son empujoncillos hacia una dirección benevolente. En el ideal, sin duda, un arquitecto de decisiones configuraría un escenario de manera que los individuos puedan adoptar mejores decisiones en su propio bienestar. No obstante, es perfectamente posible emplear empujoncillos de manera perversa —*sludge*, como ha sido denominado en algún trabajo—, de modo que termina desincentivándose un comportamiento beneficioso para el individuo (Thaler, 2018).

Uno de los ejemplos preferidos de los defensores de la regulación por arquitectura se relaciona con el orden en el que se ofrecen los platos de comida en un bufet: la disposición de los platos o su configuración puede atraer la atención de los individuos hacia ciertas opciones. Una variante de la misma idea se refiere al diseño de un menú de restaurante (Thaler *et al.*, 2015, p. 51). Un arquitecto de decisiones —benevolente, claro está— ensayaría una configuración que conduzca a los individuos hacia la adopción de decisiones de consumo más saludables. Entonces, la idea detrás de la regulación por arquitectura es que podemos “empujar” a los individuos hacia aquellas alternativas que mejoran sus vidas mediante pequeños empujones en la dirección “beneficiosa” (salvo, por cierto, que el *nudge* se convierta en un *sludge*, esto es, un *nudge* perverso).

Ahora bien, para que un *nudge* sea realmente tal, debe tratarse de una intervención que preserve, según sostienen sus defensores, la libertad de elegir. En otras palabras, si bien el *nudge* se orienta a conducir al individuo a una alternativa, este no está obligado a tomarla. La preservación de la libertad corresponde a la dimensión ética de nuestra crítica y volveremos a ella más adelante. Lo cierto es que este desarrollo no ha dudado en autorreconocerse como paternalista. Así, de manera bastante gráfica, se ha señalado que “la economía conductual extiende la categoría paternalistamente protegida de ‘idiotas’ de modo que se incluya a casi todas las personas en momentos predecibles” (Camerer *et al.*, 2003, p. 1218).

Este supuesto paternalismo amigable con la libertad de elegir, de hecho, suele ser denominado *paternalismo libertario* y ha sido definido así:

[...] una relativamente débil y no intrusiva forma de paternalismo porque las opciones no son bloqueadas o cercadas. En sus formas más cuidadosas, el paternalismo libertario impone costos triviales a aquellos que desean alejarse de la

opción preferida por el planificador. Pero la aproximación que recomendamos cuenta de todos modos como paternalista porque los planificadores públicos y privados no están tratando de rastrear las elecciones anticipadas de las personas, sino que están conscientemente intentando mover a las personas en direcciones que promoverán su bienestar. (Sunstein y Thaler, 2003, p. 4)

Como puede apreciarse, no existe controversia respecto de las pretensiones del emprendimiento comentado: se trata de mover a las personas hacia cursos de acción elegidos por un planificador. Desde luego, los defensores de tal emprendimiento señalarían que cierto desmedro de la libertad no es necesariamente algo malo, pues tener que decidir en cada momento, probablemente, tornaría más complejo el proceso de elección de los individuos. Al contrario, desde que la arquitectura trazada por los planificadores nos evita el malestar de “elegir demasiado”, esta podría promover la libertad individual en lugar de afectarla (Sunstein, 2013, p. 210).

De hecho, podría argumentarse —y se ha argumentado— que la presencia de *nudges* es inevitable desde el momento en que el sistema legal define opciones por defecto, por ejemplo, en el derecho de contratos mediante el empleo de reglas supletorias (Sunstein, 2018, p. 62). En efecto, desde el momento en que una regla supletoria define una regulación aplicable a las partes cuando estas han guardado silencio, podría sostenerse persuasivamente que lo propio ocurre cuando se determina que, ante el silencio de un individuo, se aplicará determinado plan pensionario o se entenderá que ha aceptado ser donante de órganos. De hecho, las reglas supletorias en el derecho contractual preservan la libertad, ya sea que operen mediante un contenido amigable al interés de las partes —de forma que reduce costos de transacción— o incluso cuando tienen un contenido adverso al interés de las partes e incentivan un pacto expreso en contrario, aunque tal pacto ciertamente implique costos (Ayres y Gertner, 1989).

La regulación por arquitectura y el empleo de *nudges* se desarrolla apoyándose en la premisa de que la racionalidad plena, como punto de partida, representa una base alejada del comportamiento que los humanos tenemos realmente. En esos términos, se ha dicho en nuestro medio:

[...] la teoría económica se basa en que el individuo es perfectamente racional y toma decisiones lógicas basadas en su interés particular, maximiza su beneficio y es perfectamente autorregulado. Sin embargo, la realidad ha demostrado que un agente presenta un comportamiento diferente a lo postulado por la teoría. (Sánchez, 2015, p. 183)

Debe decirse, sin embargo, que no resulta exacto afirmar que la aproximación económica neoclásica *postula* que el individuo sea perfectamente racional. Así, nadie sostiene realmente que los seres humanos somos perfectamente racionales, sino que, por el contrario, reconociendo la existencia de ciertas limitaciones, se adopta una posición cautelosa respecto de las respuestas que podrían trazarse para enfrentar tales

limitaciones (Epstein, 2008, p. 806). De esta forma, es más preciso referirse a una presunción contra la intervención regulatoria por una pluralidad de razones bien fundamentadas que caricaturizar la posición contraria endilgándole una creencia falaz: que supuestamente los seres humanos actuamos como robots programados para la actuación racional infalible².

En buena porción del análisis económico del derecho, por ejemplo, se emplea la *premisa metodológica* de la maximización racional del bienestar, lo cual de ningún modo puede confundirse con una convicción de que los individuos no padecen las limitaciones cognitivas ampliamente estudiadas por la psicología. Incluso desde una aproximación crítica, la afirmación expuesta sobre la teoría económica y su supuesta base en la racionalidad del individuo impresiona como osada, pues asume falsamente que existe una sola visión de lo que sostiene la teoría de la elección racional (Korobkin y Ulen, 2000).

No queda duda, eso sí, de que la aplicación de la economía conductual, armada con el concurso de experimentos y conceptos propios de la psicología, ha encontrado un creciente campo de aplicación en el mundo legal³. De este modo, desde aplicaciones más evidentes en el campo del derecho del consumidor hasta aplicaciones en el derecho penal, el *Behavioral Law & Economics* viene abriéndose paso en la academia, lo cual encuentra expresión en importantes publicaciones de destacados académicos. Esas aplicaciones son bienvenidas, aunque no todas sus recomendaciones pueden ser aceptadas sin reparo. La siguiente sección del presente trabajo se enfoca precisamente en lo que —nos parece— son los reparos que de manera significativa deben considerarse antes de apostar por algunas de las recomendaciones de la creciente literatura del *Behavioral Law & Economics*.

CUIDADO CON LO QUE DESEAS: LOS DILEMAS DETRÁS DEL NUDGE

En primer término, los aparentemente reducidos costos asociados a una estrategia que involucre el empleo de un *nudge* deben ser determinados adecuadamente. En efecto, el costo de oportunidad de la implementación de un *nudge* puede ser considerable. Como es ampliamente sabido, una intervención regulatoria debe producir beneficios netos a fin de que pueda ser razonablemente defendible en términos económicos. No basta con que la solución pública propuesta pretenda atender una supuesta imperfección de mercado si los costos asociados a la corrección serán difícilmente compensados por sus

2 En ese mismo orden de ideas, nos parece inaceptable que se afirme que “según la economía tradicional, el capitalismo de libre mercado es básicamente perfecto y estable” (Akerlof y Shiller, 2009, p. 18). La cuestión no es si el mercado libre funciona a la perfección —que sin duda no lo hace—, sino si el gobierno funciona mejor —que difícilmente podría hacerlo—.

3 Debe aceptarse, sin embargo, que muchas ideas hoy desarrolladas por el *Behavioral Economics* pueden incluso rastrearse a la obra *The Wealth of Nations* de Adam Smith publicada en 1776 (Ashraf et al., 2005).

beneficios. Así, luego de determinarse que el mercado no se está comportando conforme a lo esperado, debe todavía establecerse el *stock* de alternativas para afrontar la situación y, elegida una de estas, aún deberá evaluarse si los beneficios de dicha intervención superan sus costos (Spulber, 1989).

Con relación a los costos de oportunidad asociados al empleo de un *nudge*, con frecuencia se asume que, en general, estamos frente a intervenciones de bajo costo. Se pierde de vista que la modificación conductual a la que se orienta el *nudge* puede producir cambios de comportamiento particularmente costosos, dado que estos no se orientan a corregir irracionalidades posibles, sino, en general, a moldear la conducta hacia prácticas que el arquitecto de decisiones considera deseables. En otras palabras, un *nudge* suele buscar un resultado —definido por el diseñador del *nudge*— antes que la reflexión del individuo afectado por la intervención (Tor, 2020).

En sintonía con el dato ya apuntado de la definición del resultado por un tercero, cabe preguntarse si acaso la racionalidad limitada que caracteriza a todos los individuos sujetos a una regulación no alcanza también al diseñador del *nudge*. En efecto, la paradoja para los individuos es si debemos preferir las limitaciones propias sobre las limitaciones de racionalidad ajenas (las del diseñador del *nudge*). En el fondo, el juicio sobre la racionalidad limitada presupone la asunción falaz de que los individuos debemos ser racionales de la misma forma. Lo cierto es que los individuos pueden comportarse de maneras diferenciadas en contextos diferenciados y eso no exhibe un comportamiento irracional. El hecho de que un individuo actúe en un momento dado de manera no ajustada a lo que un modelo económico predice no lo condena al rótulo de la irracionalidad (Rizzo y Whitman, 2020).

Los defensores de la estrategia del *nudge* asumen, apresuradamente sostenemos, que la objeción obvia relativa a la coerción no aplica en este caso, dado que el sujeto expuesto a una nueva arquitectura preservaría su opción de comportarse como le plazca. Por ejemplo, imaginemos que en lugar de requerirse a los individuos que expresen su voluntad de donar órganos si así lo desean, se establezca la donación como la regla supletoria ante el silencio del individuo. En otras palabras, si el individuo *no* manifiesta su decisión de no ser donante de órganos, se entenderá que ha aceptado ser donante. Los defensores de esta regla sostendrían que no se ha afectado sensiblemente la libertad de elegir, pues el individuo puede en cualquier momento comunicar su decisión de no ser donante, esto es, de alejarse de la regla supletoria trazada.

Lo cierto es que la configuración de la arquitectura no justifica en sí misma que sea correcta. El diseñador de la arquitectura puede creer que la donación de órganos es algo “bueno”, del mismo modo en que lo es dejar de fumar o pagar los impuestos a tiempo. Si pudiéramos asegurar que el diseñador de una arquitectura no está tratando de orientar a los individuos hacia su propia concepción de la buena vida, probablemente esta objeción carecería de sentido. Sin embargo, en la medida que el *nudge* sea concebido de

manera tal que los costos de apartarse del resultado arbitrariamente deseado por el arquitecto de decisiones sean más elevados, la objeción de la coerción cobra fuerza.

Si un *nudge* pretende ser genuinamente compatible con la libertad individual, necesariamente debe ser transparente en su objetivo. Si Casio quiere consumir sus platos preferidos extremadamente condimentados y el arquitecto de decisiones Brutus ordena los platos de comida de manera tal que se oriente a Casio a consumir lo más saludable, es probable que la consciencia de Casio respecto de los propósitos de Brutus lo lleven a evadir la orientación sugerida por el *nudge* (después de todo, Casio quiere su comida tal y como a él le gusta).

Ahora bien, para el arquitecto de decisiones Brutus, lo deseable es el consumo de comida saludable y él está convencido de que, orientando a los individuos a ese resultado, se está promoviendo el bienestar de los comensales (incluyendo el bienestar de Casio). La paradoja, entonces, es la siguiente: si Brutus —o cualquier arquitecto de decisiones— revela sus intenciones de conducirnos hacia la comida saludable, Casio, empleando su libertad de elegir, adoptará cualquier acción que se encuentra a su disposición para evadir los propósitos de Brutus. Dado que Brutus no quiere que Casio se aleje de la alternativa “deseable”, podría diseñarse el *nudge* de tal forma que las intenciones sean más discretas. Así, Casio podría no advertir los propósitos de Brutus y elegir una alternativa más saludable, pero ello se consigue sacrificando la transparencia del *nudge*. En esos términos, cabe preguntarse si el empleo de un *nudge* poco transparente —o abiertamente engañoso, incluso— plantea un cuestionamiento ético poderoso a los arquitectos de decisiones (Hasnas, 2016).

A lo expuesto debe agregársele una consideración adicional relativa al conocimiento del arquitecto de decisiones. El proceso de mercado implica la interacción de individuos diversos con su propia información. El individuo, entonces, se presenta como agente de mercado con sus capacidades y limitaciones informacionales o psicológicas que, al interactuar, moviliza el conocimiento disperso. No es realista asumir que un individuo posee *toda* la información posible sobre un supuesto y ciertamente no es realista asumir que un arquitecto de decisiones posee *toda* esa información. Del mismo modo que la planificación de la economía se encuentra destinada al fracaso por su incapacidad de procesar la información que los individuos poseemos y transamos espontáneamente en el mercado, la tarea del arquitecto de decisiones parece condenada a basarse fundamentalmente en la información que de manera privada posee antes que la que el mercado revela⁴.

4 Sobre el particular, cabe hacer una distinción más sutil, y que excedería largamente el propósito de este trabajo, entre información y conocimiento. Lo cierto es que el conocimiento es imperfecto dado su carácter disperso, privado, local, a veces tácito, frecuentemente inarticulado, en algunas ocasiones efímero y usualmente contextual (Kiesling, 2015).

Así, se ha señalado que el proceso de descubrimiento, descentralizado, dinámico, del mercado es más probable que genere *nudges* que mejoran el bienestar que el esquema mental estático y de planeación centralizada del burócrata gubernamental pretendiendo construir *nudges* (Smith y Zywicki, 2016). El arquitecto de decisiones tiene sus propios intereses y padece sus propios sesgos, por lo que no parece una asunción segura la que nos plantea que el hacedor de *nudges* actúa de manera plenamente informada y benevolente. En esa línea, un arquitecto de decisiones que encuentra que su configuración del entorno inicial no está produciendo los resultados que considera deseables, puede emprender un camino de mayores intervenciones apoyadas en las preexistentes elevando progresivamente los costos de escape del individuo hasta un punto en el que el *nudge* se convierte en un instrumento paternalista basado puramente en la coerción (Rizzo y Whitman, 2009).

DE CÓMO MI YO PUEDE PROTEGER A MI OTRO YO: LA RETÓRICA DEL CDI

Supongamos que Casio quiere comer de manera saludable, pero carece de la fuerza de voluntad para tomar las decisiones que le harían bien. Se dispone a elegir un saludable platillo; sin embargo, en el proceso, escoge algo que satisface sus preferencias, pero que conspira contra su bienestar futuro. De esta manera, el Casio del presente ha generado una afectación al Casio del futuro, esto es, una *internalidad*. El *Behavioral Law & Economics* ha dedicado una creciente atención a la problemática del CDI, es decir, cómo permitir que nuestro “yo de hoy” reduzca elecciones que afectan a nuestro “yo del mañana”.

Los defensores del *Behavioral Law & Economics* parecen estar especialmente interesados en ocuparse no solo de las clásicas externalidades —que inciden en terceros—, sino también de las internalidades —que inciden en nosotros mismos—. Como ya se ha señalado, construyendo sobre la base de la racionalidad limitada y una serie de limitaciones cognitivas, se plantean múltiples experimentos cuidadosamente diseñados para revelar que los individuos solemos prestar poca atención a nuestro bienestar futuro cuando realizamos un examen costo-beneficio en el presente.

La idea de que la regulación debe intervenir para ocuparse de una internalidad se sostiene en el apresurado error que Coase (1960) ya anotaba lúcidamente sobre el abordaje pigouviano al problema de las externalidades. Del mismo modo en que una externalidad es recíproca, la internalidad lo es también. Asumir que Casio se hace daño en el futuro por comer algo poco sano en el presente y, sobre la base de ello, justificar alguna acción orientada a guiarlo hacia una elección diferente implicaría que impedir a Casio que coma hoy lo que él quiere no importa daño en el yo. No obstante, como resulta evidente, cuando Casio no come hoy lo que quiere comer, sufre un daño presente para evitar un daño futuro, del mismo modo que, cuando come lo que quiere hoy, evita un daño presente para producirse un daño futuro.

En esos términos, es evidente que una intervención orientada a privilegiar el beneficio futuro conduce al individuo a asumir mayores daños presentes. Eso no sería en sí mismo problemático, dado que es el cálculo que los individuos hacemos, de manera más o menos imperfecta algunas veces, en cada momento. Sin embargo, el arquitecto de decisiones está construyendo un entorno que nos guía hacia ciertos daños y nos aleja de otros sin consideración alguna sobre la valoración que cada individuo tiene respecto de las alternativas que se le presentan. Como se ha afirmado, “nada en la situación, ciertamente no el hecho de que el propio yo de corto plazo impone daños en el propio yo de largo plazo, evidencia que los daños de largo plazo exceden los daños de corto plazo” (Whitman, 2006).

El peligro de una apuesta ciega por estrategias de regulación por arquitectura está fundamentalmente —aunque no exclusivamente, como hemos visto— relacionado con el totalitarismo potencial al que podríamos vernos expuestos. Lo que para el arquitecto de decisiones es una limitación cognitiva o evidencia de un comportamiento irracional, para el sujeto que realiza la conducta puede ser expresión simple de su propia preferencia. A una persona le puede parecer absurdo que alguien se asuste al ver una película de terror, ya que es evidente que lo que se aprecia en pantalla es una ficción. Pero los seres humanos somos seres emocionales y nuestras preferencias están sin duda conectadas a nuestra emotividad (Posner, 1997). Nuestra preferencia por aquello que es absurdo para otro no demuestra que seamos irracionales y he aquí el peligro de depositar en seres conductuales imperfectos la capacidad de definir la arquitectura para guiar la conducta de otros individuos conductuales imperfectos.

Si uno se mueve de un ejemplo como el de la película de terror a un otro más sofisticado, el peligro sigue siendo evidente. En abstracto, parecería incuestionable que todos preferimos gozar de una buena salud en lugar de padecer una salud deteriorada. Sin embargo, enfrentados a la disyuntiva entre vivir una extensa vida aburrida y saludable o una corta vida intensamente plagada de vicios, no resulta claro que los individuos tendremos la misma preferencia (Baldwin, 2015). No hay señal que claramente pueda servir para que a partir de la preferencia revelada de un individuo se construya un juicio sobre su irracionalidad merecedora de un *nudge* en alguna dirección opuesta o diferente.

Finalmente, del mismo modo en que la evaluación de una propuesta regulatoria tradicional implica previamente el análisis detenido de las alternativas, lo propio puede decirse del empleo de *nudges* y otros instrumentos. Asumir que un supuesto problema de internalidades exista no evidencia que se requiera de un arquitecto de decisiones que ayude al Casio de hoy a cuidar al Casio del futuro. En efecto, existen opciones de mercado que podrían permitirle a Casio cuidarse a sí mismo de manera apropiada, por ejemplo, mediante un compromiso empleando un servicio como el de *stickk.com*, en el que es posible celebrar lo que se ha denominado *commitment contract*, esto es, una

suerte de contrato consigo mismo, pero en el que uno puede asignarse algo que perder como consecuencia de su propio incumplimiento (Ayres, 2010). De esta forma, se aplica al campo del *nudge* la enseñanza ampliamente difundida que reconoce en el mercado libre la regla; por tanto, quienes abogan por una intervención gubernamental deben asumir la carga de la prueba respecto de la necesidad de la mencionada intervención (Breyer, 1979).

CONCLUSIONES

El concurso de la psicología en el ya desarrollado binomio derecho-economía es profundamente bienvenido. Sin embargo, es importante llamar la atención sobre los riesgos de intervenciones apresuradas, usualmente fundadas en hallazgos experimentales anecdóticos o en incomprensiones respecto del funcionamiento del mercado y la conducta humana en interacción. En todo caso, los apuntes formulados deben ser interpretados como una invitación a los entusiastas del *Behavioral Law & Economics* para construir sin pausa, pero sin prisa, sobre la base de un adecuado entendimiento de los costos y beneficios de cada propuesta regulatoria.

La atención del gobierno a la reconfiguración del entorno debe consistir en una aproximación con cautela y humildad, en especial si la actuación gubernamental podría responder a los requerimientos de mediación de sujetos en búsqueda de soluciones a sus propios problemas de internalidades (Levmore, 2014). En la medida en que desde la economía y la psicología se sigan refinando los aportes, el trabajo que los abogados emprendemos y las enseñanzas que los estudiantes de derecho reciben en las aulas se verán indudablemente enriquecidos.

REFERENCIAS

- Akerlof, G., y Shiller, R. (2009). *Animal Spirits. Cómo influye la psicología humana en la economía*. Ediciones Gestión 2000.
- Allcott, H., y Sunstein, C. (2015). Regulating internalities. *Journal of Policy Analysis and Management*, 34(3), 698-705.
- Ashraf, N., Camerer, C., y Loewenstein, G. (2005). Adam Smith, Behavioral Economist. *Journal of Economic Perspectives*, 19(3), 131-145.
- Ayres, I. (2010). *Carrots and Sticks: Unlock the Power of Incentives to Get Things Done*. Bantam.
- Ayres, I., y Gertner, R. (1989). Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *The Yale Law Journal*, 99(1), 87-130.

- Baldwin, R. (2015). *Nudge: Three Degrees of Concern*. LSE Law. Policy Briefing Series. file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2573334.pdf
- Baldwin, R., y Cave, M. (2013). *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* (2.ª ed.). Oxford University Press.
- Breyer, S. (1979). Analyzing Regulatory Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternatives and Reform. *Harvard Law Review*, 92(3), 547-609.
- Camerer, C., Issacharoff, S., Loewenstein, G., Donoghue, T., y Rabin, M. (2003). Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for "Asymmetric Paternalism". *University of Pennsylvania Law Review*, 151(3), 1211-1254.
- Coase, R. (1960). The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, III. <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>
- Epstein, R. (2008). The Neoclassical Economics of Consumer Contracts. *Minnesota Law Review*, 92(3), 93-110.
- Hasnas, J. (2016). Some Noodging about Nudging: Four Questions about Libertarian Paternalism. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 14(Edición especial), 645-662.
- Jolls, C., Sunstein, C., y Thaler, R. (1998). A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, 50, 1471-1550.
- Kiesling, L. (2015). Knowledge Problem. En P. Boettke y C. Coyne (Eds.), *The Oxford Handbook of Austrian Economics* (pp. 45-94). Oxford University Press.
- Korobkin, R., y Ulen, T. (2000). Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, 88(4), 1051-1144.
- Levmore, S. (2014). Internality Regulation through Public Choice. *Theoretical Inquiries in Law*, 15(2), 447-470.
- Marron, D. (2015). *Should We Tax Internalities Like Externalities?* Tax Policy Center, Urban Institute & Brookings Institution. <https://www.taxpolicycenter.org/sites/default/files/alfresco/publication-pdfs/2000508-should-we-tax-internalities-like-externalities.pdf>
- Posner, R. (1997). Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. *Stanford Law Review*, 50, 1551-1575.
- Rizzo, M., y Whitman, G. (2009). Little Brother Is Watching You: New Paternalism on the Slippery Slopes. *Arizona Law Review*, 51(3), 685-739.
- Rizzo, M., y Whitman, G. (2020). *Escaping Paternalism: Rationality, Behavioral Economics and Public Policy*. Cambridge University Press.

- Sánchez, E. (2015). Aplicaciones de la economía del comportamiento al diseño de políticas públicas. *Advocatus*, 31, 181-194.
- Smith, A., y Zywicki, T. (2016). Nudging in an Evolving Marketplace: How Markets Improve their Own Choice Architecture. *George Mason University Law and Economics Research Paper Series* 16-21. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2757712
- Spulber, D. (1989). *Regulation and Markets*. The MIT Press.
- Sunstein, C. (2013). *Simpler: The Future of Government*. Simon & Schuster.
- Sunstein, C. (2018). Misconceptions about Nudges. *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2(1), 61-67.
- Sunstein, C., y Thaler, R. (2003). *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*. University of Chicago Law School. https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1184&context=public_law_and_legal_theory
- Thaler, R. (2018). Nudge, not sludge. *Science*, 361(6401), 431.
- Thaler, R., Sunstein, C., y Balz, J. (2015). Arquitectura de decisiones. *Advocatus*, 31, 47-64.
- Tor, A. (2020). The Target Opportunity Costs of Successful Nudges. En K. Mathis y A. Tor (Eds.), *Consumer Law and Economics* (pp. 9-17). Springer.
- Whitman, G. (2006). Against the New Paternalism: Internalities and the Economics of Self-Control. *Policy Analysis*, 563. <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa563.pdf>

ANTECEDENTES DE LA REFORMA DE LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI*

Universidad de Lima, Lima, Perú

VALERIA CHÁVEZ ROMERO**

Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú

Recibido: 19/7/2021 Aprobado: 1/8/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n053.5306>

RESUMEN. El presente artículo presenta un recuento del proceso de adaptación normativa de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que trajo como resultado la reforma de la capacidad en nuestro Código Civil en el año 2018. La Convención dio paso a un nuevo concepto de capacidad, además de nuevos parámetros de tratamiento, promoviendo el modelo social y una perspectiva más inclusiva en los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Esto tuvo un gran impacto internacional y en nuestra legislación constituye la más grande reforma realizada por una sola norma.

PALABRAS CLAVE: discapacidad / capacidad jurídica / capacidad de ejercicio
/ apoyos / salvaguardias

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal e investigador en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Investigador RENACYT (P0010485) del CONCYTEC. Responsable del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

** Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima. Asociada ordinaria de la Asociación Civil *Ius et Veritas*.

ANTECEDENTS OF THE CAPACITY REFORM IN THE PERUVIAN CIVIL CODE

ABSTRACT. This article focuses on an account of the process of normative adaptation of our legal system based on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which lead to the reform of capacity in our Civil Code in 2018. The Convention brought a new concept of capacity and new parameters of its treatment, promoting the social model and a more inclusive perspective on the fundamental rights of persons with disabilities. This had a significant impact on our legislation; its changes constituted the most significant reform that has been realized by only one norm and completely transformed the legal treatment of capacity in our country.

KEYWORDS: disability / legal capacity / legal agency / support / safeguards

INTRODUCCIÓN

La capacidad y su tratamiento jurídico actualmente constituyen un tema pendiente en nuestro medio, siempre lo han sido. Desde sus orígenes normativos, en el Perú se recurrió a la interdicción y la respectiva designación de un curador para que los (erróneamente denominados) incapaces, por *interposita persona*, pudieran realizar negocios jurídicos válidos. Es posible sostener que aquel sistema era claramente paternalista; la persona con discapacidad era apartada, desintegrada, no considerada e impedida de ejercer plenamente sus derechos. Aquello significó un serio problema en cuanto al respeto del principio de reserva de la dignidad e igualdad de la persona.

La curatela, como típico sistema de sustitución de voluntad, se presentaba como un serio obstáculo para la integración a la vida comunitaria de las personas con discapacidad, además de impedir su realización personal¹. Este constituía un régimen gravoso (León Hilario, 2019, p. 71) al promover la transferencia compulsoria de decisiones a un tercero, aniquilando su voluntad y su preferencia; el resultado de ello equivalía a una verdadera muerte civil (Farias y Rosenvald, 2018, p. 366).

La reforma de la capacidad en el Código Civil, a través del Decreto Legislativo 1384, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de septiembre del 2018, abrió paso a un nuevo tratamiento de la capacidad en materia civil. Tras un largo proceso, nuestro sistema finalmente se adaptó a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2007 (Varsi Rospigliosi y Torres Maldonado, 2019, p. 199). Este no fue un proceso sencillo; empezó con la promulgación de la Ley General de la Persona con Discapacidad en el año 2012 y no fue sino hasta seis años después, con la emisión del Decreto Legislativo 1384, cuando se implementaron múltiples modificaciones a nuestro Código Civil que permitieron adoptar un tratamiento más adecuado a esta institución clásica del derecho civil.

Como resultado de esta única norma se realizaron diversas derogaciones, modificaciones e incorporaciones a nuestro Código. A través de este se reconoció que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica de ejercicio. Además, se reemplazó la figura de la curatela por la designación de apoyos y salvaguardias (Bustamante, 2019, p. 2), entre otros cambios significativos. De esta manera, gracias a la reforma, se otorgó a la persona con discapacidad un mayor régimen de control en la autonomía de su voluntad.

1 Resulta curioso destacar que el sistema de custodia legal de los incapaces no surgió con una intención protectora, sino todo lo contrario. Apareció en Inglaterra durante el siglo XIV para asegurar que el rey se adueñara de las propiedades de los *idiotas*. Es indubitable que, luego de más de cinco siglos, el cuestionamiento y superación de dicha institución resultara por demás imperante.

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007)² es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, como dice Palacios (2015, p. 14). Su promulgación condujo a un cambio de paradigma que tuvo un impacto internacional en las normas civiles que regulaban la institución de la capacidad.

Introduce el modelo social de la discapacidad planteando que esta “no responde a un aspecto inherente de la persona, sino a la interacción entre la deficiencia de la misma y las barreras sociales que impone la sociedad” (Mamani, 2018, párr. 4). En otras palabras, se parte de la idea de que “el problema de la discapacidad deja de explicarse a partir de la ‘deficiencia’ de la persona, para pasar a hacerlo a partir de las ‘deficiencias’ de la sociedad, que se traducen en barreras discapacitantes” (Palacios, 2015, p. 14).

Este modelo fue precedido por el modelo de prescindencia y el modelo rehabilitador, en ese orden. El modelo de prescindencia consideraba que el origen de la discapacidad se debía a un motivo religioso, se asumía que la discapacidad era un castigo divino y, por lo tanto, las personas con discapacidad eran separadas de la sociedad (Palacios, 2015, p. 10). La persona en condición de discapacidad era marginada, rechazada y excluida civilmente, ya que se prescindía de ella, no era considerada como sujeto jurídicamente relevante.

Por su parte, el modelo rehabilitador persigue como finalidad “rehabilitar” la discapacidad de la persona; en otros términos, la discapacidad era observada como una enfermedad que debe ser curada. El problema principal surgía porque existen múltiples discapacidades que no son susceptibles de rehabilitación de ningún tipo (Palacios, 2015, p. 12). En el aspecto civil, “la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela” (Palacios, 2015, p. 13).

Es claro que los modelos anteriores recaían en un tratamiento jurídico discriminatorio hacia las personas con discapacidad, limitando y negando un adecuado ejercicio de sus derechos fundamentales y civiles. A diferencia de ellos, el modelo social brinda un nuevo entendimiento del tratamiento jurídico a la persona con discapacidad. Bajo el modelo social, la discapacidad de una persona se entiende como la dificultad en su

2 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sexagésimo primer periodo de sesiones, mediante la Resolución NRES/61/106, del 13 de diciembre del 2006; aprobada por el Congreso de la República mediante la Resolución Legislativa 29127, del 30 de octubre del 2007, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 1 de noviembre del 2007; y ratificada por el presidente de la República, según el Decreto Supremo 073-2007-RE, del 30 de diciembre del 2007, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre del 2007.

interactuar social por causas de la sociedad, al no brindarle mecanismos facilitadores de su libre desenvolvimiento.

En este sentido, es la sociedad la que ha generado obstáculos a la integración de las personas con discapacidad por diversos medios, especialmente por el estigma y la discriminación que dificultan dicha integración, y a ello se han sumado los medios legales (Ramírez Niño de Guzmán, 2018, p. 108). Son los impedimentos que encuentran los que impiden su desarrollo, imposibilitando el pleno ejercicio de sus derechos y su interacción social. Así “la discapacidad no es una condición estática que radique en la persona, sino un constructo social móvil que surge de la interacción entre la deficiencia de la persona y las barreras que establece la sociedad” (Bregaglio y Constantino, 2020, p. 35).

La Convención tiene como máximo propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, así como fomentar el respeto de su dignidad inherente. El nuevo enfoque de la capacidad en la normativa nacional se adecúa a las directrices de las Naciones Unidas en pro de la autonomía y la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, concordando la legislación nacional con la Convención. Busca, además, garantizar libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad.

Plantea un cuestionamiento al término *incapacidad*, a la institución de la interdicción y la curatela, partiendo de la premisa de que estas instituciones sustituyen la voluntad, restringen la libertad y la autodeterminación, apartando al sujeto de sus decisiones. Lo que sugiere la Convención no es la sustitución, sino, por el contrario, la inclusión de la persona con discapacidad a través de ajustes razonables o apoyos. Ello en virtud de que puedan expresar su fiel voluntad, se viabilice su actuar y se permita el libre ejercicio de su libertad.

Se deja de lado el tratamiento paternalista a las personas con discapacidad y estas pasan a ser parte de un régimen de igualdad jurídica, produciéndose un reconocimiento de su autodeterminación. En este marco, “se pasa del modelo tradicional de la sustitución, mediante la representación, al modelo de apoyo o asistencia al discapacitado en la toma de decisiones” (Torres Vásquez, 2018, p. 90). El régimen de sustitución de la voluntad de las personas incapaces (excluyente) es reemplazado por un modelo social (incluyente) o de asistencia a través de los denominados *apoyos y salvaguardias*.

Nos encontramos, naturalmente, ante un modelo inclusivo, democrático, acorde al respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos. Especialmente en cuanto a su dignidad e igualdad ante la ley, tomando en cuenta que se sustituye el término *incapacidad* por el de *discapacidad*. Se implementan los apoyos y las salvaguardias, y solo mantiene la interdicción y la curatela para casos específicos (discapacidad percibida)

señalados en los incisos 4 al 8 del artículo 44 (artículo 564) como sujetos con capacidad restringida (ya no incapaces relativos), en la medida, como dice León Hilario (2019, p. 73), que no hayan designado un apoyo con anterioridad.

Es un modelo social que toma como base la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad dentro de un sistema democrático:

Inclusión	Social
Igualdad	Dignidad
Capacidad	
Estado de derecho	

Este modelo social responde a un reconocimiento a la autonomía de la que goza la persona, entendiéndola en su dignidad como pilar de su desarrollo social, con los medios psicológicos para decidir respecto a su propia vida y el reconocimiento de la libertad que le permita tomar sus propias decisiones. Para Bariffi (2020b), el modelo de toma de decisiones con apoyos podría sintetizarse del siguiente modo:

El reconocimiento y la garantía del derecho:

- Al ejercicio de la capacidad jurídica
- A recibir apoyos para hacer efectivo el ejercicio de la capacidad jurídica

La reforma efectuada en el Código logra unir los cabos sueltos en la legislación peruana en torno al artículo 12 de la Convención que regula la autonomía y capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el cual consagra:

Artículo 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,

que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

La tabla 1 presenta un esquema de este artículo.

Tabla 1

Esquema del artículo 12 de la Convención, sobre el igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad tienen	<ul style="list-style-type: none"> – Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. – Capacidad jurídica en igualdad en todo aspecto de su vida.
Los Estados Partes	<ul style="list-style-type: none"> – Adoptarán las medidas para el acceso al apoyo en el ejercicio de su capacidad. – Asegurarán que se proporcionen salvaguardias para impedir abusos de los apoyos. – Garantizarán el derecho en igualdad a la: <ul style="list-style-type: none"> • Herencia • Propiedad • Controlar sus asuntos económicos • Tener acceso a: <ul style="list-style-type: none"> ▶ Hipotecas ▶ Crédito financiero ▶ Préstamos bancarios – Velarán por la no privación arbitraria de sus bienes.

Lo resumiríamos aún más en tres puntos:

- Igualdad en la personalidad jurídica (capacidad de goce: titularidad) y en la capacidad jurídica (capacidad de ejercicio: aptitud)
- Apoyos y salvaguardias
- Derecho a la propiedad (herencia y contratar)

El artículo 12 resalta entre los demás por el desafío que implica su aplicación efectiva en la práctica, tal y como sostiene Bariffi (2020a): “El artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la CDPD, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica” (p. 14). Con este artículo se reafirma que todas las

personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. El derecho, como reconocimiento de la persona ante la ley, exige que la capacidad jurídica sea un atributo esencial, inherente a todas a las personas en razón de su humanidad, y ello significa el reconocimiento a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. Como dice Bariffi (2020a), la Convención “recoge un estándar universal que garantiza a todas las personas con discapacidad su derecho de decidir sobre el ejercicio de sus derechos humanos” (p. 3).

Se puede sintetizar en la siguiente fórmula:

Apoyos + salvaguardias
Capacidad

Toma de
decisiones

Por todo lo anteriormente mencionado, es posible sostener que los apoyos y salvaguardias son el núcleo duro del artículo 12 de la Convención.

DERECHO COMPARADO

Como resultado de la Convención, los Estados partes adscritos se encontraron comprometidos a adaptar su normativa civil de acuerdo con los nuevos parámetros establecidos en esta. La línea moderna que conlleva el modelo social busca eliminar la marginalización, tendiendo a una integración social a través de medidas de protección menos invasivas (Corral Talciani, 2018, p. 397). “Se pasa de una mirada médico/caritativa a una perspectiva de derechos humanos”; se busca que la persona con discapacidad participe en las decisiones que afectan su vida, respetándose y garantizándose sus derechos (Simon Campaña, 2017, p. 308).

El sistema civil comparado ha venido reaccionado sobre las nuevas perspectivas de la capacidad (Espinoza Espinoza, 2019, pp. 1240 y ss.) con el paso de los años. En el continente europeo, estas actualizaciones se presentaron incluso mucho antes de la Convención del 2007. Así tenemos en Francia una modificación por L. 68-5/68, en la cual se incorpora la figura del *sauvegarde de justice*. En España, a través de la L. 13/1983, se reforma el viejo Código de 1879, en el que se indicaba la existencia de causas específicas para el sometimiento a tutela o curatela de las personas incapaces por enfermedades permanentes, físicas o psíquicas, que les impidiesen gobernarse. En Austria, por la L. 136/83, se realizaron cambios en referencia a la representación de las personas disminuidas, así como por la L. 140/79, que sustituye la interdicción e inhabilitación por la figura de la *Sachwalterschaft*, una forma de designar un administrador. En Alemania, a través de la Ley de Cuidado, emitida el 12 de septiembre de 1990, se reforma la tutela (*Betreuungsgesetz [BtG]*), vigente desde 1992, dejando sin efecto la interdicción y la curatela. Por último, en Italia, por la L. 6 del 9 de enero del 2004, se sienta como base

el proyecto Cendon, que acoge la figura de la administración de sostenimiento, *amminis-trazione di sostegno*.

En Latinoamérica, respecto a los más actuales tratamientos de la capacidad en cuanto a derechos humanos, muchos países también sumaron nuevos tratamientos en sus ordenamientos civiles. Argentina fue el primer país que adecuó su Código Civil a los criterios de la Convención incorporando la figura del apoyo; empero, no se eliminó el régimen de la curatela (Frecha, 2019, p. 93). Asimismo, limitó la posibilidad de imponer la interdicción a personas con discapacidad mental; sin embargo, no descartó esta figura (Bregaglio y Constantino, 2020). En Brasil, a través de la Ley núm. 13.146/15, se modificó el estatuto de las personas con discapacidad en el año 2008 (Nelson *et al.*, 2019, p. 98). Colombia, mediante la Ley 1306 aprobada en el año 2009, incorporó a su ordenamiento una mayor protección a las personas con discapacidad mental (Saavedra y Sánchez, 2015, p. 27). Sin embargo, esta ley no era perfecta, ya que se establecieron dos categorías: la discapacidad mental absoluta y la discapacidad mental relativa. Como resultado de esta primera categoría, correspondía llevar a cabo una declaratoria de interdicción; y, en el caso de ser declarada la discapacidad mental relativa, como consecuencia jurídica se declaraba la inhabilidad. Posteriormente, en el 2019, se emitió la Ley 1996 que modificó la Ley 1306, en la cual se reconoció que las personas con discapacidad cuentan con capacidad jurídica, independientemente de si tienen o no apoyos. Asimismo, se erradicó la diferenciación entre discapacidad mental absoluta y discapacidad mental relativa, así como sus anteriores consecuencias jurídicas (Orrego, 2019, p. 10).

En Chile también se realizaron distintas modificaciones en virtud de la Convención a través de leyes como la Ley 19.954, por la cual se modificó radicalmente el proceso de interdicción de las personas en situación de discapacidad mental (anteriormente realizada a través de proceso contencioso) y la respectiva designación de su curador de bienes (López, 2015, pp. 43-44). Sin embargo, estas modificaciones fueron bastante comentadas en la doctrina debido a que fueron percibidas como un cambio “simbólico”. Ello en virtud de que, a pesar de estos cambios, se percibía una continuación de la primacía del modelo médico-rehabilitador por sobre el modelo social planteado en la Convención (López, 2015, pp. 45-47).

LA REFORMA EN EL PERÚ

Nuestro ordenamiento legal no solo se rige por normas internas, sino que responde también a tratados y convenios internacionales. Debido a que estos versan sobre derechos humanos, tienen jerarquía y rango constitucional, por lo que el Estado, en ese escenario, debe reestructurar su orden interno. Es por ello que los sistemas infraconstitucionales deben estar alineados al nuevo espíritu inclusivo constitucional dedicado a la persona con discapacidad (Farias y Rosenvald, 2018, p. 363).

Existe un conjunto de instrumentos internacionales de los que nuestro ordenamiento es tributario, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2007).

Esta última, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como se explicó anteriormente, introdujo nuevos parámetros en cuanto al tratamiento de la capacidad desde los derechos humanos. A través de ella, se pasó a promover y asegurar que las personas con discapacidad pudieran ejercer el goce pleno de todos sus derechos humanos, lo que implica el íntegro respeto de su dignidad como valor fundante de su existencia. En virtud de ello, se acogió el modelo social, el cual

[...] se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros. (Palacios, 2015, p. 14)

Sin embargo, nuestro Código Civil no se adaptó a los nuevos alcances de los derechos de las personas con discapacidad establecidos en la Convención y ratificados en el 2008 sino hasta el año 2018. La reforma legislativa del Código Civil no fue apresurada ni improvisada; constituyó un largo proceso, incluso podría sostenerse que tomó más años de la cuenta. La reforma fue producto de un extenso proceso de adecuación normativa, un proceso evolutivo que nace de la teoría de los derechos humanos (anexo 4 de la Convención). En efecto, Bariffi (2020a) nos dice:

[...] los derechos humanos empiezan a cuestionar el concepto del ejercicio de los derechos al considerar que el ejercicio es precisamente parte intrínseca de los mismos. Los derechos humanos tienen que garantizar igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que significa necesariamente irrumpir en el sistema clásico del derecho civil que viene en nuestros ordenamientos derivados del derecho romano, y más directamente del Código Napoleónico. (p. 11)

En este marco, se produjo una gran reforma en el Código Civil principalmente a partir del Decreto Legislativo 1384, publicado el 4 de septiembre del 2018, y su reglamento (Decreto Supremo 016-2019-MIMP, publicado el 25 de agosto del 2019), que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Asimismo, el Decreto Legislativo 1377, publicado el 24 de agosto del 2018, fortalece la protección integral de los niños y adolescentes. En este se hace referencia a los supuestos en los cuales los menores de edad adquirirán capacidad jurídica, así como a los escenarios en los que podrán ejercer esta. Por su parte, el Decreto Legislativo 1417, publicado el 13 de septiembre del 2018, promueve la inclusión de las personas

con discapacidad. En este se establece principalmente lo relativo a la designación de ajustes razonables, de apoyos y salvaguardias, así como las respectivas adaptaciones que tendrán que seguir los empleadores de personas con discapacidad.

Este nuevo marco normativo comprometió a la comunidad jurídica a reconsiderar “la posición de las personas que tradicionalmente, por el fuerte e incuestionado arraigo de una óptica paternalista, han sido excluidas o limitadas, hasta niveles discriminatorios, para su libre desenvolvimiento en el plano del derecho” (León Hilario, 2014, p. 92). Es decir, a repensar el tratamiento de la capacidad jurídica en virtud de una mayor inclusión hacia las personas con discapacidad, con ánimo de evitar instituciones restrictivas que perjudiquen sus derechos fundamentales individuales.

Proceso de adaptación normativa previo a la reforma

Como se mencionó, la reforma del tratamiento de la capacidad en el Código Civil peruano fue resultado de un largo proceso de adaptación normativa. Este proceso no inició con los decretos que modificaron el Código, sino que previamente fueron realizándose cambios en otras fuentes de nuestra legislación.

Ley General de la Persona con Discapacidad

Después de aproximadamente cuatro años de la ratificación por el Perú de la Convención, se dictó la Ley 29973, publicada el 24 de diciembre del 2012³, conocida también como Ley General de la Persona con Discapacidad. Esta introduce cambios sustanciales y transversales al ordenamiento jurídico peruano.

Esta ley tiene como objetivo promover, proteger y permitir la realización de los derechos de las personas con discapacidad, incentivando su desarrollo e inclusión social plena y efectiva. La norma parte del respeto a la dignidad, la autonomía y libertad como valores inherentes de la persona, así como del derecho a la igualdad y no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y condición humana (artículo 4). Reconoce el rol de la familia, como institución social, en la inclusión y participación efectiva en la vida social de este tipo de personas, prestándole orientación y capacitación integral, así como un fácil acceso a servicios y programas de asistencia social (artículo 5).

La Ley General de la Persona con Discapacidad está en consonancia con el artículo 7 de la Constitución, que considera que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un

3 Esta ley cuenta con un reglamento, Decreto Supremo 002-2014-MIMP, publicado el 8 de abril del 2014.

régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. A manera de énfasis legal, se reconoce a la persona con discapacidad, especialmente, el derecho a la vida, a la integridad (moral, física y mental) y al consentimiento informado en las investigaciones médicas o científicas en que participe (artículo 7); a la capacidad jurídica, como atributo, estableciendo que “el Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones” (9.1., artículo 9). En el aspecto patrimonial, tiene derecho a la propiedad, a la herencia, a contratar, a dar en garantía, a préstamos bancarios y a créditos financieros y (de forma desarticulada en este esquema de derechos económicos) se le reconoce el derecho a contraer matrimonio y decidir libremente su sexualidad y fertilidad (9.2., artículo 9) (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 4). Con esta ley, como dice Campos García (2013), es intención del legislador “romper con el inicuo binomio discapacidad-incapacidad” (p. 6).

La segunda disposición complementaria final de la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, que se promulgó el 24 de diciembre del 2012, fue modificada por la Ley 30121 el 5 de diciembre del 2013, en la cual finalmente se promulgó la creación de la Comisión Especial Revisora del Código Civil (CEDIS):

Constitúyese una comisión especial encargada de revisar el Código Civil en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y formular, en un plazo no mayor a seis meses, contado a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil que se ajuste a lo establecido en la presente Ley y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La CEDIS estuvo conformada por siete representaciones institucionales con un total de diez miembros:

1. Dos congresistas de la República, uno de los cuales la preside
2. Un representante del Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS)
3. Un representante del Poder Judicial
4. Un representante de las universidades que tengan Facultades de Derecho, el cual es designado por la Asamblea Nacional de Rectores
5. Un representante de la Defensoría del Pueblo
6. Un representante del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
7. Tres representantes de las organizaciones de personas con discapacidad

Sus integrantes se presentan en la tabla 2.

Tabla 2
Representantes que integraron la CEDIS

Institución	Representante
Congresistas de la República	Jhon Reynaga Soto Presidente Rosa Delsa Mavila León Vicepresidente
Representante de las universidades PUCP-ANR	Leysser Luggi León Hilario Secretario
Poder Judicial	Ulises Yaya Zumaeta
Defensoría del Pueblo	Malena Patricia Pineda Ángeles
RENIEC	Carlo Magno Salcedo
CONADIS	Julio Wilfredo Guzmán Jara
Sociedad Peruana de Síndrome de Down	Liliana Peñaherrera Sánchez
Sociedad y Discapacidad (SODIS)	Alberto Vásquez Encalada
Centro de Promoción de la Salud Mental	Elena Chávez Ramírez

Elaboración propia

Sus miembros alternos fueron:

- Elizabeth Calle Ato (CONADIS)
- Lilia Teresa Aguilar Nonajulca (Poder Judicial)
- Renata Anahí Bregaglio Lazarte (ANR-PUCP)
- María Isabel León Esteban (Defensoría del Pueblo)
- Carlos A. Fernández de Córdova Macera (RENIEC)
- Costanza Borea Rieckhof (Sociedad Peruana de Síndrome de Down)
- Gladys Hermelinda Fernández Chira (Sociedad y Discapacidad [SODIS])
- Julio Martín Meza Díaz (Centro de Promoción de la Salud Mental Álamo)

Los proyectos de ley

La CEDIS elaboró un anteproyecto de ley que presentó al Congreso, pero este fue archivado.

Dos años después, fue retomado como una iniciativa legislativa multipartidaria cuyo trabajo terminó en el Proyecto de Ley 872/2016-CR del 13 de enero del 2016⁴ que es el antecedente o, como dicen algunos, la madre del Decreto Legislativo 1384.

Constitución Política y la interpretación del Tribunal Constitucional

La fuente normativa de máxima jerarquía en nuestro sistema jurídico es la Constitución. En el año 2008, tras ratificarse la Convención, se encontraba en vigencia la Carta Magna del año 1993. Actualmente esta sigue en vigencia.

En este marco, el artículo 7 de la Constitución precisa: “La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”. No es un artículo muy adecuado en la línea del mandato de la Convención. La terminología es errónea y sigue la tendencia de las deficiencias (física o mental), debido a los sesgos propios de la época en la que fue publicada (1993).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, sí se ha pronunciado a través de diferentes sentencias acerca del nuevo tratamiento que se debe dar a las personas con discapacidad, a la luz de la Convención. Sobre el particular, es importante la atención y análisis que realiza Sokolich Alva (2015) sobre este artículo constitucional.

Acerca de esta disposición constitucional, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02480-2008-PA/TC (2008) ha señalado:

[...] la Constitución reconoce a las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección debido a las condiciones de vulnerabilidad manifiesta por su condición psíquica y emocional, razón por la cual les concede una protección reforzada para que puedan ejercer los derechos que otras personas, en condiciones normales, ejercen con autodeterminación. (Fundamento jurídico 13)

En esta línea, además, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02313-HC/TC (2009) ha indicado:

La discapacidad mental no es sinónimo, *prima facie*, de incapacidad para tomar decisiones. Si bien las personas que adolecen de enfermedades mentales suelen

4 “Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley de Notariado en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, presentado al Congreso de la República del Perú el 12 de enero del 2017, buscando adecuar el Código Civil, el Código Procesal Civil, la Ley de Notariado y el Código de Niños y Adolescentes al modelo social de discapacidad, el respeto de derechos humanos y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este proyecto toma como referencia el Proyecto de Ley 4601/2014-CR del 16 de junio del 2015.

tener dificultad para decidir o comunicar tales decisiones, estas deben ser tomadas en cuenta, puesto que ello es una manifestación de su autodeterminación, y en primera instancia de su dignidad. Ahora bien, el que las decisiones de las personas con discapacidad mental tengan que ser tomadas en cuenta no implica la desaparición o la caducidad de la figura de la curatela. De acuerdo al artículo 576 del Código Civil, el curador protege al incapaz, procurando su restablecimiento y lo representa y asiste en sus negocios, según el grado de la incapacidad. Esto que no es más que una concretización del principio de respeto de la dignidad del ser humano implica que el curador no debe prescindir de la voluntad del interdicado, sino protegerle en todos aquellos aspectos en donde este no puede valorar adecuadamente la toma de decisiones. (Fundamento jurídico 6)

Además, en la sentencia recaída en el Expediente 02437-2013-PA/TC (2014) ha considerado:

[...] cualquier medida que se tome en esta materia se orienta a remover los obstáculos que impiden que las personas con discapacidad gocen de sus derechos de manera plena y puedan ejercerlos, en especial, aquellos que imposibilitan el acceso a ciertos entornos físicos, sin afectarse en ningún caso su autonomía, libertad e independencia. Ha de tratarse, pues, de medidas que fomenten el desarrollo autónomo de las personas con discapacidad en espacios físicos adecuados. (Fundamento jurídico 15)

Asimismo, en su sentencia recaída en el Expediente 01153-2013-PA/TC (2014), el Tribunal Constitucional ha indicado el nuevo enfoque que debe ser tomado en cuenta en torno a la “discapacidad”:

[...] este tribunal no puede dejar de hacer notar que la denominada “discapacidad”, en realidad, es el no acondicionamiento a un entorno que es hostil para este colectivo. En ese sentido, el nuevo enfoque de la discapacidad lo que resalta es que las alegadas limitaciones o dificultades no emanan de la persona misma, sino de una sociedad que no ha realizado determinados ajustes para garantizar que este colectivo pueda gozar, en condiciones de igualdad, del plexo de derechos y principios que nuestro ordenamiento resguarda. (Fundamento jurídico 6)

En cuanto al tratamiento de la capacidad jurídica en el caso de las personas con discapacidad mental, el Tribunal Constitucional ha acogido el modelo social como el modelo regulador de las personas con discapacidad en nuestro país años antes de la reforma. Aquello es contemplado en la sentencia recaída en el Expediente 02313-2009-PHC/TC:

[...] en dicha perspectiva, la jurisprudencia de este Tribunal tampoco ha sido ajena a este cambio de paradigma. Por ejemplo, ya desde el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente 02313-2009-PHC/TC, se puede vislumbrar como este Tribunal, al señalar que no es posible equiparar la situación de discapacidad mental de una persona con la falta o inexistencia de voluntad, ha ido decantándose por

impregnar la perspectiva del modelo social en la comprensión de los alcances de los derechos de las personas con discapacidad [...]. En consecuencia, este Tribunal considera que, en el estado actual de las cosas, los derechos y las libertades de las personas con discapacidad deben interpretarse bajo el esquema que propone el modelo social que, como se dejó evidenciado supra, encuentra respaldo constitucional. Solo así, desplazando la "incapacidad" hacia el entorno, podrán combatirse las desigualdades que históricamente han aquejado a este importante sector de la población. (STC 00194-2014-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 15)

Finalmente, el Tribunal Constitucional también destacó en la precitada sentencia la importancia del reconocimiento de las personas con discapacidad mental como sujetos de especial protección constitucional. En este sentido, mencionó lo siguiente:

[...] se ha señalado que si bien el derecho a la salud mental está compuesto por los mismos elementos del derecho a la salud en general, el primero tiene la particularidad de que sus titulares constituyen un sector de la población altamente vulnerable, que requiere de una visión de sus derechos fundamentales desde una óptica que no solo entraña categorías jurídicas, sino también médicas, antropológicas, sociológicas, entre otros aspectos, que han sido considerados por los estándares internacionales de protección de los derechos humanos. (STC 00194-2014-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 35)

Los fragmentos de sentencias citados reflejan que en la jurisprudencia se adoptó lo establecido por la Convención incluso antes que la normativa civil. El Tribunal Constitucional ha ido desarrollando el nuevo enfoque de la capacidad, así como otros conceptos, a través de sus sentencias muchos años antes de una regulación adecuada en materia civil. Este se debe a que, en el día a día, la regulación anterior de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad representaba verdaderas restricciones a los derechos fundamentales de estas. En este sentido, el Tribunal Constitucional tuvo que adaptarse lo antes posible a lo acordado en la Convención, en aras del cumplimiento de esta nueva regulación internacional.

Cabe recalcar que, como ya se indicó anteriormente, todos los Estados partes adscritos a la Convención tenían la obligación de adaptar su contenido a su legislación lo más pronto posible. El Tribunal Constitucional, consciente de este hecho, adaptó sus fallos a los estándares de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La reforma en el Código Civil

En septiembre del 2018, el Código Civil fue modificado por el Decreto Legislativo 1384, "Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones", publicado el 4 de septiembre del 2018. Esta fue una sorpresa para gran parte de los civilistas, incluso para los miembros del Grupo de

Trabajo que se encargaba de revisar y proponer mejoras respecto al Decreto Legislativo 295, Código Civil⁵, que en esos momentos estaba llevando a cabo su labor.

Lo cierto es que luego de casi seis años de la publicación de la Ley 29973, en la línea de la Convención y de los principios constitucionales, el Poder Ejecutivo, en mérito de las facultades conferidas, dicta el Decreto Legislativo 1384⁶ que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, promueve su inclusión en las relaciones sociales, garantizando el ejercicio de sus derechos y su capacidad jurídica (exequibilidad de la persona con discapacidad) adecuando el Código al sistema social de la discapacidad.

Precisa con atención Mejía Rosasco (2019, p. 51) que este decreto legislativo no tuvo *vacatio legis*, sino que se aplicó de manera inmediata. Además, se indicó en la primera disposición complementaria final la exigencia de una reglamentación sobre ajustes razonables, apoyos y salvaguardias, la cual fue encargada al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dándoles un plazo no mayor de ciento ochenta días calendario para ello, contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto legislativo.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, hemos virado de un régimen de exclusión a uno de inclusión, democratizando las relaciones sociales y las jurídicas, e integrando a los sujetos independientemente de su discapacidad. No se pretende sustituir la voluntad (Roca Mendoza, 2015, p. 123), sino mantener y, además, integrar a las personas con discapacidad, facilitándoles la vida de relación.

Mientras el sistema tradicional tendía a un *modelo de sustitución* en la toma de decisiones, como lo es la interdicción y curatela, basado en el paradigma del representante legal-curador (Campos García, 2018, p. 80), el vigente está basado en la igualdad y en la dignidad intrínseca de las personas, y aboga por un *modelo social de asistencia a través de apoyo en la toma de decisiones*. En consecuencia, la presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad es un aspecto medular en la reforma del Código, lo que significa que la discapacidad no debe ser motivo de restricción o limitación de la capacidad jurídica: ello es discriminatorio.

5 Resolución Ministerial 0300-2016-JUS, publicada el 18 de octubre del 2016.

6 Por la Ley 30823 se delegó al Poder Ejecutivo "facultad para legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado [...] el Poder Ejecutivo está facultado para legislar en materia de prevención y protección de las personas en situación de violencia y vulnerabilidad a fin de establecer *medidas para promover la inclusión de las personas con discapacidad, garantizar el derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad* [cursivas añadidas]" (Sustento del Decreto Legislativo 1384).

Se orienta a integrar al sujeto con discapacidad a la sociedad, permitiéndole interactuar en su mundo de relación de manera libre y plena, sin restricciones, obstáculos ni trabas. Las barreras se eliminan en pro de la equiparación de oportunidades. A través de este nuevo sistema se reconoce la autodeterminación y dignidad de las personas con discapacidad. De ese modo, la regla es que *todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad en igualdad de condiciones con los demás en todos y cada uno de los aspectos de la vida*.

Reconocer el derecho a la capacidad a todos y para todos implica facilitar las medidas de apoyo y salvaguardias que permitan y promuevan el ejercicio de los derechos. La nueva regulación de las personas con discapacidad es extensa e importante. Y, como hemos dicho, nace de la teoría de los derechos humanos, no del propio sistema civil. A decir de Bariffi (2020a):

[...] el derecho civil clásico se ha mantenido al margen del discurso ético y jurídico en torno a los derechos humanos. Y lo que resulta curioso de este fenómeno es que el derecho civil aborda o regula cuestiones fundamentales de derechos humanos. (p. 3)

La reforma del Código Civil no solo ha significado la modificación de disposiciones en los libros “Derechos de las personas”, “Acto jurídico”, “Derecho de familia”, “Derecho de sucesiones”, “Derechos reales”, “Las obligaciones” y “Fuente de las obligaciones”, sino que, además, ha obligado al operador jurídico a reconceptualizar algunas instituciones del ordenamiento y a conocer otras nuevas.

Se incorpora un nuevo capítulo, el capítulo cuarto “Apoyos y salvaguardias”, dentro del título II “Instituciones supletorias de amparo”, de la sección cuarta “Amparo familiar” del libro III “Derecho de familia” del Código Civil (véase la tabla 3).

Tabla 3
Ubicación del capítulo cuarto “Apoyos y salvaguardias” en el Código Civil

Código Civil		
		Tutela
Amparo familiar	Instituciones supletorias de amparo	Curatela
		Apoyos y salvaguardias

Elaboración propia

Contenido de la reforma

Los cambios realizados en cada libro tuvieron un gran impacto por el nuevo contenido de los artículos. Por esta razón, se realizará un breve resumen del contenido de estos (véase la tabla 4).

Tabla 4
Resumen de los cambios en los libros I, II, III, IV y V del Código Civil

Libro I	Resumen del nuevo contenido
Personas	<ul style="list-style-type: none"> - Se reconoció que las personas con discapacidad tenían derecho a la capacidad jurídica, a la plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones. - El único supuesto de incapacidad absoluta se reduce a los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley. - Se establece que serán las propias personas con discapacidad las que manifestarán su voluntad de contar con apoyos y salvaguardias (designados judicial o notarialmente); en el caso de que no sea posible que estas emitan su voluntad, estos le serán designados judicialmente. - Los representantes legales ya no ejercerán los derechos legales de las personas con discapacidad, en tanto ya no se considera que estas no son susceptibles de ejercer su capacidad jurídica.
Libro II	Resumen del nuevo contenido
Acto jurídico	<ul style="list-style-type: none"> - En cuanto a los requisitos de configuración del acto jurídico, el requisito "agente capaz" es reemplazado por el término "plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley". Ello debido a que la terminología que hacía referencia a las personas con discapacidad como "incapaces" fue corregida a través de la reforma. - Se incluye el lenguaje de señas, los medios alternativos de comunicación, los ajustes razonables o los apoyos requeridos por una persona con discapacidad como medios para la manifestación de voluntad. - Se derogó la segunda causal de nulidad, debido a que esta hacía referencia a que un acto jurídico sería nulo si era practicado por una persona absolutamente incapaz. Nuevamente cabe mencionar que, gracias a la reforma, finalmente se reconoció plena capacidad jurídica a las personas con discapacidad, quienes anteriormente no podían realizar a título propio un acto jurídico sin caer en una causal de nulidad. - Por esta misma razón, se derogó el precepto que incidía en considerar "la incapacidad relativa del agente" como causal de anulabilidad del acto jurídico.
Libro III	Resumen del contenido
Familia	<ul style="list-style-type: none"> - Fueron derogados los numerales que establecían que las personas con "enfermedades crónicas, contagiosas, transmisibles por herencia o de vicio, así como las que padezcan de enfermedad mental crónica" se encontraban impedidas de contraer matrimonio. - Siguiendo esta línea, también fueron derogados los mismos supuestos mencionados en el anterior punto como causales de nulidad de matrimonio. - Se establece que los hijos extramatrimoniales de los menores de 14 años podrán ser reconocidos a través de apoyos designados judicialmente (anteriormente este hecho no era posible hasta que el adolescente cumpla los 14 años de edad). - Ya no se considera que el hecho de que una persona se encuentre interdictada sea una causal de suspensión de patria potestad; esta se suspenderá exclusivamente cuando la persona se encuentre en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad. - Las personas con retraso mental o que presentan deterioro mental ya no se encuentran sujetas a la curatela.

(continúa)

(continuación)

	<ul style="list-style-type: none">- La interdicción podrá ser solicitada por el cónyuge, parientes o el Ministerio Público únicamente en los casos de los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos. Las personas con discapacidad no se encuentran sujetas a este régimen.- La curatela para los supuestos mencionados en líneas anteriores deberá ser designada por un juez.- Se implementa una nueva regulación de los apoyos y salvaguardias, se establece que cualquier persona mayor de edad puede acceder libremente a estos si considera que ello sería beneficioso para su capacidad de ejercicio.- La persona que solicita los apoyos es la que determinará su forma, identidad, alcance, duración, etcétera. Los apoyos no poseen facultad de representación de manera inherente.- Se establece que las salvaguardias son medidas que buscan garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe los apoyos. Busca prevenir el abuso y evitar poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.
Libro IV	Resumen del contenido
Sucesiones	<ul style="list-style-type: none">- Gracias a la reforma, las personas con discapacidad sí pueden otorgar un testamento válido.- Se incluye el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad en el caso de las personas con discapacidad que deseen realizar un testamento.- Ya no se exige a las personas con discapacidad visual o auditiva tener que leer por sí mismos el testamento. Además, si no es posible que la persona realice una firma, se firmará el testamento a través de huella dactilar.- Se deroga el numeral en el que se establecía que el testamento emitido por una persona con discapacidad de cualquier tipo era causal de nulidad de este.
Libro V	Resumen del contenido
Reales	<ul style="list-style-type: none">- Se determina que, si uno de los copropietarios es una persona contemplada en los supuestos de incapacidad absoluta o relativa, la partición convencional se someterá a aprobación judicial. El cambio en este artículo recae en el término anteriormente mal empleado ("incapaz").
Libro VI	Resumen del contenido
Obligaciones	<ul style="list-style-type: none">- Cuando el crédito fuese litigioso o lo reclamaran varios acreedores, se establece que el pago por consignación deberá ser judicial o extrajudicial cuando el acreedor fuese una persona menor de edad que no recaiga en ningún supuesto especial, pródigo, ebrio habitual, toxicómano, se encuentre en estado de coma, quien incurre en mala gestión y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, siempre que no tuviesen representante, curador o apoyo designado.

(continúa)

(continuación)

Libro VII	Resumen del contenido
Contratos	<ul style="list-style-type: none"> – Se reconoce que las personas con capacidad de ejercicio restringido pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. – Se establece que la persona que cuenta con apoyos es responsable por sus propias decisiones, incluso de aquellas realizadas en conjunto con aquel, teniendo derecho a repetir contra este. Salvo el caso de las personas que se encuentren en estado de coma. Anteriormente, se consideraba que las personas con discapacidad que contaban con apoyos no eran responsables por las acciones realizadas en su representación.
Libro VIII	Resumen del contenido
Prescripción y caducidad	<ul style="list-style-type: none"> – Será causal de suspensión de la prescripción cuando las personas con capacidad de ejercicio restringido no cuenten con sus representantes legales. – Asimismo, se suspende la prescripción para las personas en estado de coma y las personas que brindan apoyos necesarios a estas (durante el tiempo que les presten apoyo).
Libro IX	Resumen del contenido
Registros Públicos	<ul style="list-style-type: none"> – Se detalla que son susceptibles de registro las resoluciones o escrituras públicas en las que se establezca o se modifique la designación de apoyos y salvaguardias de personas naturales en el Registro Personal. Anteriormente el texto indicaba que en su lugar serían inscritas las resoluciones que declaren la incapacidad y las que limiten la capacidad de las personas. – Se inscribirán en el Registro Personal también las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que las dejen sin efecto. En el texto anterior se indicaba que solo era posible registrar el nombramiento de tutor o curador

Elaboración propia

Impacto de la reforma del Código Civil en cifras

El Decreto Legislativo 1384 ha modificado el Código Civil en casi la totalidad de sus libros, salvo uno. Los cambios se presentan en las tablas 5, 6, 7 y 8.

Tabla 5
Impacto de las modificaciones de los libros del Código Civil

Libros	Libros	Artículos			Impacto total
		Modificados	Derogados	Incorporados	
Libro I	Personas	5	0	2	7
Libro II	Acto jurídico	5	2	0	7
Libro III	Familia	15	11	8	34
Libro IV	Sucesiones	4	0	0	4
Libro V	Reales	1	0	0	1

(continúa)

(continuación)

Libro VI	Obligaciones	1	0	0	1
Libro VII	Contratos	1	2	1	4
Libro VIII	Prescripción y caducidad	1	0	0	1
Libro IX	Registros Públicos	1	0	0	1
Libro X	Internacional privado	0	0	0	0
Impacto total		34	15	11	60

Elaboración propia

Tabla 6
Artículos modificados en cada libro del Código Civil

Libros	Artículos modificados	Impacto total	
Libro I	Personas	Art. 3, art. 42, art. 43, art. 44, art. 45	5
Libro II	Acto jurídico	Art. 140, art. 141, art. 219, art. 221, art. 226	5
Libro III	Familia	Art. 241, art. 243, art. 274, art. 389, art. 466, art. 564, art. 565, art. 566, art. 583, art. 585, art. 589, art. 599, art. 606, art. 610, art. 613	15
Libro IV	Sucesiones	Art. 687, art. 696, art. 697, art. 808	4
Libro V	Reales	Art. 987	1
Libro VI	Obligaciones	Art. 1252	1
Libro VII	Contratos	Art. 1358	1
Libro VIII	Prescripción y caducidad	Art. 1994	1
Libro IX	Registros Públicos	Art. 2030	1
Libro X	Internacional privado	Ningún artículo	0

Elaboración propia

Tabla 7
Artículos derogados en cada libro del Código Civil

	Libros	Artículos derogados	Impacto total
Libro I	Personas	Ningún artículo	0
Libro II	Acto jurídico	Art. 228, art. 229	2
Libro III	Familia	Art. 569, art. 570, art. 571, art. 572, art. 578, art. 580, art. 581, art. 582, art. 592, art. 612, art. 614	11
Libro IV	Sucesiones	Ningún artículo	0
Libro V	Reales	Ningún artículo	0
Libro VI	Obligaciones	Ningún artículo	0
Libro VII	Contratos	Art. 1975, art. 1976	2
Libro VIII	Prescripción y caducidad	Ningún artículo	0
Libro IX	Registros Públicos	Ningún artículo	0
Libro X	Internacional privado	Ningún artículo	0

Elaboración propia

Tabla 8
Artículos incorporados en cada libro del Código Civil

	Libros	Artículos incorporados	Impacto total
Libro I	Personas	Art. 45-A, art. 45-B	2
Libro II	Acto jurídico	Ningún artículo	0
Libro III	Familia	Art. 659-A, art. 659-B, art. 659-C, art. 659-D, art. 659-E, art. 659-F, art. 659-G, art. 659-H	8
Libro IV	Sucesiones	Ningún artículo	0
Libro V	Reales	Ningún artículo	0
Libro VI	Obligaciones	Ningún artículo	0
Libro VII	Contratos	Art. 1976-A	1
Libro VIII	Prescripción y caducidad	Ningún artículo	0
Libro IX	Registros Públicos	Ningún artículo	0
Libro X	Internacional privado	Ningún artículo	0

Elaboración propia

Entre modificaciones, derogaciones e incorporaciones, tenemos un impacto que se ve reflejado en nueve de los diez libros del Código Civil, teniendo como resultado un total de sesenta artículos. Representa la más grande modificación que ha tenido el Código por

una sola norma a lo largo de su historia. Esta modificación representa cerca del 2,8 % del total, si tenemos en cuenta que hoy el Código Civil tiene 2142 artículos.

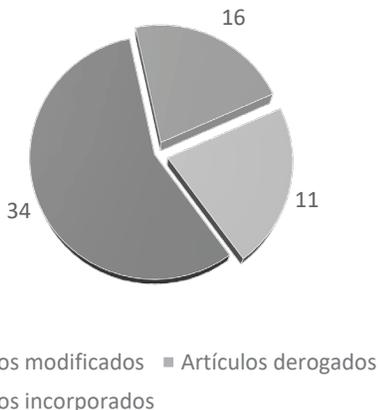


Figura 1. Impacto total del Decreto Legislativo 1384 en el Código Civil

Nota. Son 34 artículos modificados, 15 derogados y 11 incorporados.
Elaboración propia

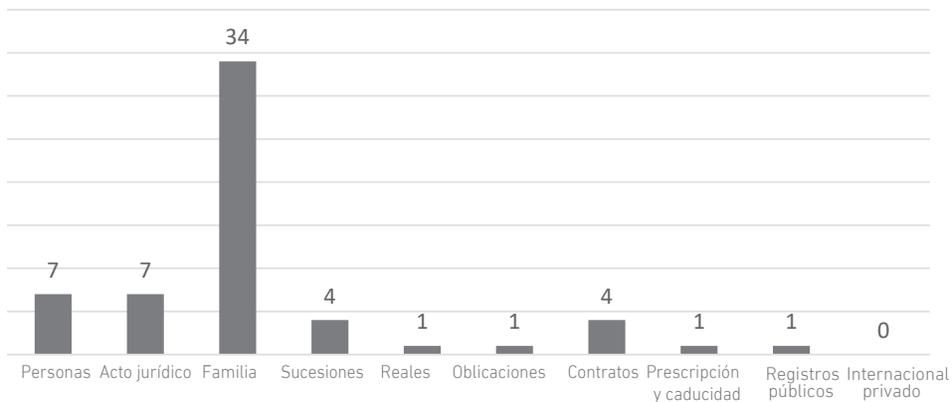


Figura 2. Impacto del Decreto Legislativo 1384 en cada libro del Código Civil

Nota. De los 34 artículos modificados, 15 corresponden al libro "Derecho de familia", el cual ha concentrado mayor atención en materia de modificaciones.
Elaboración propia

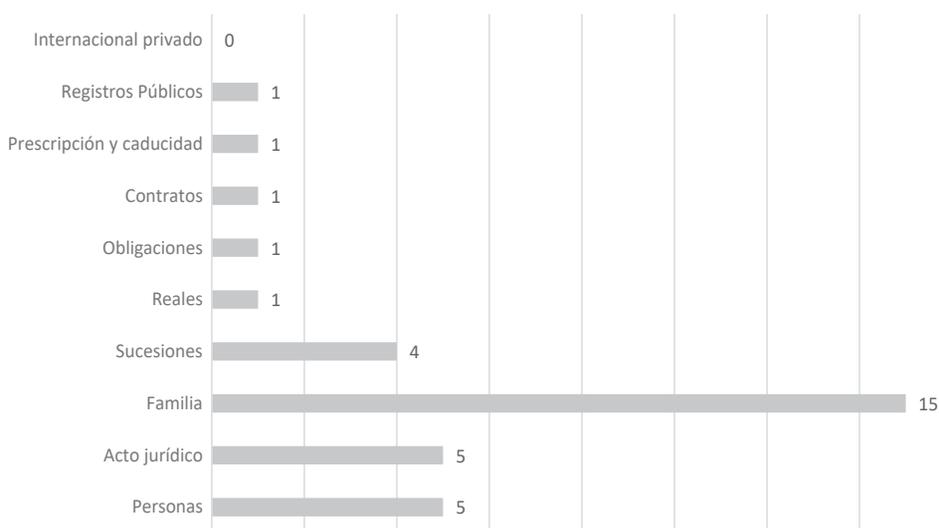


Figura 3. Artículos modificados por el Decreto Legislativo 1384 en cada libro del Código Civil
Elaboración propia

Esta es una importante reforma que no pasa desapercibida: es la más grande que ha tenido el Código por una sola norma. Además, no solo es una reforma de ajuste normativo, sino que reconceptualiza una institución vertebral del derecho privado como es la capacidad. Marca un nuevo concepto en materia de discapacidad; asimismo, no es una modificación acabada: todavía queda pendiente llevarla a la práctica, ejecutarla y ponerla en marcha.

Este nuevo régimen, a decir de Santillán Santa Cruz (2020), establece:

[El] conjunto de reglas dirigidas a ordenar jurídicamente el acceso libre y voluntario de toda persona mayor de edad a los apoyos y salvaguardias que coadyuven al ejercicio de su capacidad de obrar, en ajustamiento a las previsiones que contempla el sistema para la determinación, designación, actuación y duración del apoyo, así como a las que se refieran a la determinación de las medidas de salvaguardia destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado. (p. 564)

Grosso modo, la reforma se puede esquematizar como se precia en la tabla 9.

Tabla 9

Resumen de la reforma del Código Civil por el Decreto Legislativo 1384

La capacidad jurídica como derecho de toda persona

- Toda persona (capaz o discapaz) tiene capacidad jurídica, esta incluye:
 - Capacidad de goce
 - Capacidad plena de ejercicio
 - Los mayores de 14 años casados o que sean padres
 - Puede ser restringida por ley
 - Incapacidad absoluta
 - Solo por minoridad
 - Capacidad de ejercicio restringida
 - Reconoce la discapacidad percibida
 - Únicas causas de interdicción y curatela
 - Incorpora como causa el estado de coma
 - Elimina el retardo y el deterioro mental como causales
 - Derecho a solicitar o designar ajustes razonables y apoyos
 - Reconoce el modelo de social asistencia a través del apoyo en la toma de decisiones
 - Reafirma la autonomía jurídica de las personas con discapacidad a través de apoyos y salvaguardias
 - Los apoyos son sujetos que coadyuvan en el ejercicio de la capacidad jurídica
 - No tienen representación, salvo delegación expresa o sea obligatorio
 - Pueden ser solicitados notarial o judicialmente (ante la falta de voluntad, solo procede judicialmente)
 - Las salvaguardias son medidas que impiden el abuso de la función y la influencia indebida del apoyo
 - La persona con discapacidad es responsable de sus decisiones
-

Elaboración propia

Ajustes realizados a partir de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A la luz de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (16 de mayo del 2012)⁷ realizadas al Perú, a la fecha se ha producido un interesante movimiento de ajuste, tanto normativo como jurisprudencial (véase la tabla 10).

7 Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Perú. CRPD/C/PER/CO/1, del 16 de mayo del 2012.

Tabla 10

Análisis de los cambios a la luz de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad (2012)

Observaciones Finales	A la fecha, se observan los siguientes avances	No se han presentado avances
<p>Aprobación de la Ley 29392 de infracciones y sanciones por el incumplimiento de la Ley General de la Persona con Discapacidad</p> <p>Ley General de la Persona con Discapacidad</p> <p>Aprobación del Plan de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad 2009-2018</p> <p>Aprobación de un programa piloto sobre integración psicosocial de las personas con discapacidad en la región de Tumbes</p> <p>El Proyecto de Ley sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presentado al Congreso en marzo del 2011</p> <p>Aprobación de la Ley 29535 sobre el lenguaje de señas</p> <p>Aumento del gasto en programas para personas con discapacidad</p>	<p>Ley General de la Persona con Discapacidad (LPD)</p> <p>En el 2012 se dicta la LDP y, a partir de entonces, se ha visto una normativa (bastante) acorde con la Convención (véase anexo). Es decir, después de aproximadamente cuatro años desde la ratificación por el Perú de la Convención, se dictó la Ley 29973 (LPD)⁸, que introduce cambios sustanciales y transversales al ordenamiento jurídico peruano. El reglamento de esta ley es el Decreto Supremo 002-2014-MIMP⁹.</p> <p>CEDIS</p> <p>En la segunda disposición complementaria final de la LPD, se ordena la creación de una Comisión Revisora del Código Civil (CEDIS) para que, en un plazo no mayor de seis meses de la entrada en vigor de la ley, revise dicho cuerpo normativo en lo referido al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y ordena la elaboración de un anteproyecto. La CEDIS, constituida por Ley 30121¹⁰, presentó un proyecto de reforma al Código Civil que fue archivado. Dos años después fue retomado como una iniciativa legislativa multipartidaria cuyo trabajo terminó en el Proyecto de Ley 872/2016-CR del 2016, que es el antecedente o la madre del Decreto Legislativo 1384, el cual no tiene exposición de motivos.</p>	<p>No hay ajuste pleno de la normativa a la Convención; solo se han modificado algunas normas, pero han quedado otras que no se entienden derogadas tácitamente.</p> <p>Queda aún en la LPD una definición de discapacidad que se aferra al criterio médico rehabilitador, tendiendo tímidamente a incorporar un criterio social al hablar de las barreras actitudinales.</p> <p>No hay un avance en el tratamiento y respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad pertenecientes a grupos indígenas y de minorías; estas corren un alto riesgo de sufrir múltiples discriminaciones.</p> <p>Hay que trabajar más en la accesibilidad de las personas con discapacidad.</p> <p>No se ha derogado plenamente la interdicción; se ha revisado la tutela y la curatela, pero no hay una sintonía cabal con la Convención (artículo 12). La Constitución (artículo 7) nos sigue hablando de la persona incapacitada y con deficiencia mental.</p>

(continúa)

8 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de diciembre del 2012.

9 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 7 de abril del 2014.

10 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre del 2013.

(continuación)

Código Civil

La nueva regulación de las personas con discapacidad es extensa e importante. Luego de casi seis años de la publicación de la Ley 29973, es publicado el Decreto Legislativo 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y promueve su inclusión en las relaciones sociales, garantizando el ejercicio de sus derechos y su capacidad jurídica.

Téngase en cuenta que esta reforma del Código tiene como base el Proyecto de Ley 872/2016-CR del 2016¹¹.

Elaboración propia

La reforma en el campo doctrinario: comentarios y posturas

Al analizar las modificaciones, derogaciones y adiciones que han conllevado estos cambios en nuestro Código, es posible afirmar que esta no fue una reforma integral, como algunos sostienen, entre ellos Mejía Rosasco (2019, p. 52). Se trata de una reforma casi integral. Se mitigó la teoría de las incapacidades; sin embargo, no fue abolida por completo. Se intentó hacer una reforma total, pero ello no se logró, pues se mantiene la incapacidad absoluta, la interdicción y curatela para ciertos casos.

Esto ha sido advertido por la Defensoría del Pueblo, que incluso ha manifestado que “aún quedan pendientes otros aspectos de nuestra legislación sobre la discapacidad. Por ejemplo, la reforma no incluyó a las denominadas PCD [personas con discapacidad] percibidas: el Código Civil peruano aún contempla a los ‘ebrios habituales’ y ‘toxicómanos’ como personas con incapacidad restringida” (Mamani, 2018, párr. 5). Cabe mencionar que estos últimos no son discapaces, como bien indica Mejía Rosasco (2019), ya que “la situación en la que se encuentran no es ninguna de las previstas en la Convención” (p. 64).

11 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de diciembre del 2013.

La Convención detalla los supuestos en los que se considera que una persona posee una discapacidad en su artículo 1:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

No es posible incluir a los toxicómanos ni a los ebrios habituales dentro de esta categoría según la propia descripción de las personas con discapacidad, establecida en la Convención. En este aspecto, es posible presumir que estos supuestos no se basaron estrictamente en la Comisión.

Como era de esperarse, el nuevo tratamiento de la capacidad tiene seguidores y detractores, quienes están a favor y en contra de la reforma. De alguna manera, la tabla 11 presenta cómo se dividen estas posiciones (aunque no pretendemos que este sea un esquema acabado o rígido).

Tabla 11

Clasificación de las posturas a favor y en contra del nuevo tratamiento de la capacidad

A favor	En contra
Lescano Feria (2018), Balarezo Reyes (2018), Mejía Rosasco (2019), Wong Abad (2019)	Vidal Ramírez (2018), Vega Mere (2018), Espinoza Espinoza (2018, 2019), Ortega López (2018), Castillo Freyre y Chipana Catalán (2018), Cárdenas Krenz y Della Rosa Leciñana (2018), Palacios Martínez (2018), Bermúdez Tapia (2018), Quispe Villanueva (2018), Campos García (2018)
Intermedia	
Cieza Mora y Olavarría Parra (2018), Plácido Vilcachagua (2019), Tantaleán Odar (2018), Agurto Gonzáles y Díaz Díaz (2018), Santillán y Bardales (comunicación personal, 20 de agosto del 2020)	

Elaboración propia

La divergencia es clara, no hay uniformidad de posiciones, *autores utroque trahunt*. Más allá de ello, el Código fue modificado y tenemos un nuevo sistema en la línea de lo social, integrador e igualitario; queda respetarlo y sobre todo implementarlo.

REFLEXIONES FINALES

El concepto de capacidad evolucionó totalmente gracias a la Convención. El reconocimiento de capacidad jurídica plena a las personas con discapacidad, así como el reemplazo de la interdicción y curatela por el sistema de apoyos y salvaguardias, sin

duda significaron un gran avance para el derecho civil, que siguió la premisa de regular en su normativa estos principios de derecho internacional.

La aceptación del modelo social, la nueva definición establecida en esta, así como los criterios de su tratamiento jurídico, dieron puerta abierta a una mayor inclusión dentro de esta categoría. Podemos comprobar ello al comparar el Censo Nacional del año 1993, en el que se registró únicamente al 1,3 % de la población como personas con discapacidad, con el Censo Nacional del año 2007, que registró que en el 10,9 % de los hogares de nuestro país existe por lo menos una persona con discapacidad (CONADIS, 2018, p. 36). Aquel crecimiento exponencial en las cifras se debe únicamente a este nuevo entendimiento, más amplio e inclusivo, de lo que significa ser una persona con discapacidad (CONADIS, 2018, p. 31).

Según los Censos Nacionales 2017, XII de Población y VII de Vivienda, se registraron 3 209 261 personas con discapacidad en todo el Perú. Teniendo en cuenta que, en esta misma data, se contó un total de 31 237 385 habitantes en nuestro país, esta cantidad de personas representa el 10,3 % del total de peruanos. Asimismo, se señala que solo el 9,9 % de ellos se encuentran inscritos en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (INEI, 2017).

En este contexto, resulta de difícil comprensión cómo y por qué adaptar la normativa de nuestro Código Civil a los derechos fundamentales de 3 209 261 peruanos demoró diez años. Ello teniendo en cuenta que los tratados internacionales en los que se encuentra adscrito nuestro país tienen rango constitucional, es decir que nuestra normativa civil contradecía un mandato de mayor jerarquía. A modo de reflexión, es necesario recordar cuál es la función principal del derecho civil y por qué es tan importante la rápida adaptación de nuestro Código Civil al cambio social y a los derechos fundamentales.

El derecho civil regula las relaciones jurídicas entre los sujetos privados; en este sentido, como sostiene Vidal Ramírez (2014), “el derecho civil responde a la necesidad humana de vivir en paz, contribuyendo al trazo de una sociedad en la que los individuos, como personas, puedan realizarse y entablar sus relaciones jurídicas con tranquilidad y paz” (p. 20). En este ámbito, la aplicación efectiva de normas constitucionales que recaen en la relación entre privados es de suma importancia, especialmente para poblaciones históricamente discriminadas, como lo fueron las personas con discapacidad.

Esta diferencia de diez años entre la Convención y la reforma del Código nos deja como lección la importancia de tener un sistema que se adapte con mayor rapidez a los cambios, especialmente si versan sobre derechos humanos. Durante todo aquel tiempo, las personas con discapacidad de nuestro país no pudieron acceder a múltiples derechos reconocidos recientemente por la reforma. Actos jurídicos del día a día, como llevar a cabo contratos simples, realizar un testamento, contraer matrimonio,

tener patria potestad sobre sus descendientes, etcétera, no les eran permitidos. En retrospectiva, muchas de las limitaciones impuestas antes de la reforma significaban verdaderamente una exclusión sistemática de las personas con discapacidad, que limitaba (incluso en su totalidad en algunos casos) la autonomía de su voluntad, facultad básica del derecho civil.

La reforma de la capacidad en el Código Civil peruano trasciende de representar simples modificaciones de artículos y de dar nuevos tratamientos a las instituciones preexistentes. Tras un largo proceso, esta reforma ciertamente mejoró el tratamiento de la capacidad, brindando una normativa más beneficiosa que la anterior, dado que la finalidad de un adecuado tratamiento de la capacidad en materia civil es que verdaderamente este facilite el día a día de millones de peruanos y los reconozca en igualdad de derechos. La realidad es que, más allá de la discusión doctrinaria acerca de si el nuevo sistema de regulación de la capacidad es el correcto o el mejor, lo más importante es que este sea implementado, aplicado y que las personas con discapacidad conozcan sus derechos y las nuevas modificaciones.

REFERENCIAS

- Agurto Gonzáles, C. A., y Díaz Díaz, M.-P. G. (2018). Capacidad jurídica: el histórico problema de una categoría fundamental en el derecho. A propósito del Decreto Legislativo N.º 1384. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 137-164.
- Balarezo Reyes, E. (2018). La nueva redimensión de la capacidad jurídica con motivo del Decreto Legislativo N.º 1384. *Actualidad Civil*, 52, 83-99.
- Bariffi, F. (2020a). El derecho a decidir de las personas con discapacidad: dignidad, igualdad y capacidad. En R. Constantino Caycho (Ed.), *Diplomatura de estudio sobre reformas en capacidad jurídica de personas con discapacidad en América Latina 2020-01* (pp. 1-51). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bariffi, F. (2020b). El modelo de toma de decisiones con apoyos: de la teoría a la práctica. En A. Kraut (Ed.), *Derechos y salud mental* (vol. II, pp. 241-288). Rubinzal Culzoni.
- Bermúdez Tapia, M. (2018). Legislando y desfigurando la naturaleza jurídica de la "capacidad jurídica" en el Perú. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 129-135.
- Bregaglio, R., y Constantino, R. (2020). Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), 32-59.
- Bustamante, S. (2019). *Aplicando la reforma del Código Civil: capacidad jurídica y salvaguardias* [Trabajo académico, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp>.

edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16274/BUSTAMANTE_ARCE_SHARON_GERALDINE%20%282%29.pdf?sequence=5&isAllowed=y

- Campos García, H. (22 de enero del 2013). Discapacidad no es incapacidad. A veces no solo bastan las declaraciones de buenas intenciones. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, 440, 6-7.
- Campos García, H. (2018). Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano. *Actualidad Civil*, 52, 65-81.
- Cárdenas Krenz, R., y Della Rossa Leciñana, A. (2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 101-116.
- Castillo Freyre, M., y Chipana Catalán, J. (2018). La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 45-50.
- Cieza Mora, J., y Olavarría Parra, M. J. (2018). Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú. Nosotros, los normales. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 47-61.
- Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad. (2018). *Aproximaciones sobre discapacidad en el Perú. Informe estadístico multisectorial*. Edición del Autor. <https://conadisperu.gob.pe/observatorio/wpcontent/uploads/2019/02/Informe-Estadistico-Multisectorial.pdf>
- Corral Talciani, H. (2018). *Curso de derecho civil. Parte general*. Thomson Reuters.
- Espinoza Espinoza, J. (2018). 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). *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 13-25.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales* (8.ª ed., vol. II). Instituto Pacífico.
- Farias, C. C., y Rosendal, N. (2018). *Curso de direito civil. Parte geral e LINDB* (16.ª ed., vol. 1). JusPodivm.
- Frecha, J. M. I. (2019). Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, 7(2), 79-101.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2017). *Perfil sociodemográfico de la población con discapacidad*. Edición del Autor. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1675/libro.pdf

- León Hilario, L. (2014). Parte subjetivamente compleja, indivisibilidad y anulabilidad por incapacidad relativa: la norma más oscura del Código Civil también cumple treinta años (¿y dice adiós?). *Thémis*, 66, 85-105.
- León Hilario, L. (2019). *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Lescano Feria, P. (2108). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. A propósito del Decreto legislativo N.º 1384. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 83-92.
- López, Á. B. (2015). Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de Derechos Humanos*, 11, 39-56.
- Mamani, F. (14 de septiembre del 2018). *Decreto Legislativo 1384: un importante paso para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/decreto-legislativo-no-1384-un-importante-paso-para-el-ejercicio-de-la-capacidad-juridica-de-las-personas-con-discapacidad/#_ftn3
- Mejía Rosasco, R. (2019). *La implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la función notarial*. Colegio de Notarios del Perú, Fondo Editorial.
- Orrego, J. (2019). Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (Ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas en situación de discapacidad. *Revista Estudiantil de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*. <https://red.uexternado.edu.co/nuevoregimen-de-capacidad-legal-en-colombia-ley-1996-de-2019-la-problematica-de-la-presuncionde-capacidad-y-de-la-exigibilidad-y-cumplimiento-de-las-obligaciones-alimentarias-derivadasde-las-rel>
- Ortega López, I. A. (2018). Los procesos de interdicción, designación del salvaguarda y autorización para disponer derechos de incapaces. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 93-104.
- Palacios, A. (2015). Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En R. Bregaglio y E. Salmón (Eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-33). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Palacios Martínez, E. (2018). Capacidad, declaración de voluntad y negocio jurídico: la "óptica" del Decreto Legislativo N.º 1384. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 117-127.

- Plácido Vilcachagua, A. (2019). Discapacidad y capacidad jurídica. A propósito del Decreto Legislativo N.º 1384 que adecúa el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En M. Torres Carrasco (Ed.), *Derecho procesal de familia* (pp. 93-136). Gaceta Jurídica.
- Quispe Villanueva, E. (2018). Análisis de las modificaciones efectuadas por el Decreto Legislativo N.º 1384 al Libro de los Derechos de las Personas del Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 165-186.
- Ramírez Niño de Guzmán, J. L. (2018). Autonomía, capacidad y validez de actos jurídicos de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 105-117.
- Roca Mendoza, O. (2015). La capacidad de las personas naturales: análisis del Código Civil a la luz de la Ley General de Discapacidad. Cambio de visión del derecho civil por los derechos humanos. *Persona y Familia*, 1(4), 113-137.
- Rosso Nelson, R. A. R., De Sousa Rosso Nelson, I. C. A., y De Souza Costa, E. (2019). Da proteção jurídica das pessoas com deficiência no sistema jurídico brasileiro. *Prolegómenos*, 22(44), 97-116.
- Santillán Santa Cruz, R. (2020). Acceso a apoyos y salvaguardias. En M. T. Muro Rojo (Ed.), *Código Civil comentado* (4.ª ed., vol. III, pp. 564-569). Gaceta Jurídica.
- Simon Campaña, F. (2017). *Introducción al estudio del derecho*. Cevallos Editora Jurídica.
- Sokolich Alva, M. I. (2015). Protección y defensa de la salud, el medio familiar y la comunidad. En W. Gutiérrez (Ed.), *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo* (3.ª ed., vol. I, pp. 569-574). Gaceta Jurídica.
- Tantaleán Odar, R. M. (2018). El Decreto Legislativo 1384 y su influencia en algunos aspectos del derecho civil no patrimonial y procesal. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 63-82.
- Tribunal Constitucional. Expediente 02480-2008-PA/TC; 11 de julio del 2008.
- Tribunal Constitucional. Expediente 02313-HC/TC; 24 de septiembre del 2009.
- Tribunal Constitucional. Expediente 02437-2013-PA/TC; 16 de abril del 2014.
- Tribunal Constitucional. Expediente 01153-2013-PA/TC; 21 de agosto del 2014.
- Tribunal Constitucional. Expediente 00194-2014-PHC/TC; del 30 de abril del 2019.
- Torres Vásquez, A. (2018). La capacidad jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 51-100.
- Varsi Rospigliosi, E. (22 de enero del 2013). Discapacidad y el Código Civil peruano. Retos para la nueva Comisión Revisora creada por Ley 29973. *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, 440, 4-5.

- Varsi Rospigliosi, E., y Torres Maldonado, M. A. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, 25(2), 199-213. <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/54809/57879>
- Vega Mere, Y. (2014). La reforma del régimen legal de los sujetos débiles *made by* Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64, 27-45.
- Vidal Ramírez, F. (2014). La importancia del derecho civil y de su codificación en la sociedad. Entrevista a Fernando Vidal Ramírez. *Thémis*, 66, 19-24.
- Vidal Ramírez, F. (2018). El Decreto Legislativo N.º 1384 y el Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 43-44.
- Wong Abad, J. J. (2019). Del sistema de apoyo y salvaguardias conforme al Decreto Legislativo 1384. En M. Torres Carrasco (Ed.), *Derecho procesal de familia* (pp. 249-262). Gaceta Jurídica.

**CÓDIGO DE ÉTICA
/ POLÍTICA EDITORIAL
Y NORMAS PARA COLABORADORES**

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo con las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se emplea proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las fuentes utilizadas (ya sea de citas textuales o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias según las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de los nombres de los autores.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor guardando siempre la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende a la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicados en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.

- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular con el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración a los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esto es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.
- Neutralidad e imparcialidad. Desistir de la evaluación si se identifica al autor o a alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo considerando que este se encuentra en periodo de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.

- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, religión, género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No difundir ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplagio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si los revisores no cumplen con las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con el revisor y le solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. De lo contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y, en caso de que no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* sobre la base de las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.

- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un artículo de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo Licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima realiza copias de seguridad periódicamente de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Contratexto. (s. f.). Ética editorial. Universidad de Lima. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/contratexto/eted>

Kleinert, S., y Wager, E. (2011). Responsible Research Publication: International Standards for Editors. A Position Statement Developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En T. Mayer y N. Steneck (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-28). Imperial College Press; World Scientific Publishing. https://publicationethics.org/file/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, manteniendo un rol activo en los cambios y transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permite el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante a la coyuntura, la cual es de acceso ilimitado y gratuito a toda la comunidad.

NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en este medio. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al siguiente correo electrónico: informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores cuyos trabajos no cumplan con dichas características serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta estas normas:

1. La revista recibe artículos originales, inéditos y no enviados para su publicación en ningún otro medio. Ellos son objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje a doble ciego, mediante evaluadores externos a los editores de la revista, profesionales en la materia del artículo, quienes tienen la facultad de aprobar, rechazar o sugerir una modificación dentro del artículo para su posterior publicación.
2. La temática de los artículos es de libre elección del autor, reservándose la revista el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.
3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser enviados a través de la página web de la revista. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, que indiquen teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal. El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en forma física como virtual, en el país y en el extranjero.

4. El autor es responsable exclusivo del contenido, autoría y originalidad de su artículo.
5. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés.
6. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas y ser como mínimo 10 y como máximo 20, escritas en letra tipo Times New Roman, tamaño 12, a espacio de 1,5 de interlineado, márgenes de 3 cm.

El artículo debe contener un resumen con un máximo de 12 líneas y a lo sumo 7 palabras clave. Asimismo, el título del artículo no debe exceder de 12 palabras. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco.

7. En caso de desistimiento respecto de la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente. El plazo máximo para esta comunicación es de no más de dos semanas desde su confirmación.
8. El formato de los artículos debe seguir las pautas del manual de la American Psychological Association (APA), incluyendo:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva afiliación académica
 - Resumen o *abstract* (en español e inglés)
 - Palabras clave o *keywords* (en español e inglés)
 - Introducción
 - Materiales y métodos
 - Resultados
 - Discusión
 - Conclusiones
 - Referencias bibliográficas

9. Características:

En la primera página se incluye lo siguiente:

- Título en español y en inglés en negrita, en tipo de fuente Times New Roman de 12 puntos.
- Nombre(s) del autor(es). Se coloca debajo de él la afiliación institucional y se incluye en una nota a pie de página información sobre la afiliación institucional, la ciudad, el país, profesión y grado académico.
- Resumen o *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales. Es de 150 a 250 palabras.
- Palabras clave o *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras clave.
- Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones cuya motivación debe ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.

10. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.

11. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos:

- La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
- Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delincencial en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
- Las citas textuales de más de cuarenta palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de "guetización" electoral, esto es, ser confinados a

sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)

Para mayor información podrá consultar el manual de la APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

12. Las notas para algún comentario o alcance que fueren necesarias se ubicará al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.
13. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información revise el manual de la APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.



La activa participación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en la legislación comercial peruana en los últimos cuarenta años

El *project finance*, las asociaciones público-privadas y la brecha de infraestructura en el Perú

El certificado de depósito y el *warrant* en los almacenes generales de depósito y su tratamiento en la Ley de Títulos Valores vigente

Consideraciones prácticas en la adquisición parcial de acciones del fundador de una *start-up*

Los delitos informáticos y su relación con la criminalidad económica

Algunas precisiones sobre los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos

Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano

Sobre arbitraje administrativo: el caso de las contrataciones de menos de 8 UIT

Nulidad de oficio de los actos administrativos

¿Esquizofrenia colectiva?
El rol de los Registros Públicos en las reorganizaciones societarias en el Perú

Contratos mineros: comentarios sobre cláusulas para facilitar la ejecución de proyectos mineros

La denuncia de las Reglas de La Haya por parte del Estado peruano: la responsabilidad civil en el transporte marítimo internacional de mercancías y su regulación en el derecho marítimo convencional

El impacto del COVID-19 en las mujeres trabajadoras del Perú.
¿Se incrementa la desigualdad y la violencia en el trabajo?

Seguridad y salud: una nueva perspectiva de los sistemas de gestión de seguridad y salud con motivo de la aparición de riesgos emergentes

Controlando internalidades: entre la economía y la psicología de la regulación

Antecedentes de la reforma de la capacidad en el Código Civil peruano