CI

Edición VII

2018 | 2

CORPUS IURIS



ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA | VICTOR GARCÍA TOMA | ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI | LUIS PAREDES MORALES | HUMBERTO RAMÍREZ TRUCIOS | JORGE ORTÍZ PASCO | NURIA ESPARCH FERNÁNDEZ | MARTÍN MEJORADA CHAUCA | FRANCO SORIA PALACIOS | ALAN PASCO ARAUCO | FORT NINAMANCCO CÓRDOVA

“No pueden haber grandes dificultades cuando abunda la buena voluntad.”

NICOLÁS MAQUIAVELO.

Miembros

CONSEJO DIRECTIVO

Guzman Zecenarro, Diego Martin	**Director General**
Salazar Fernandez, Josemaría Antonio	**Director de Economía y Finanzas**
Castañeda Montalván, Paulo César	**Director de Edición**
Carrasco Segura, Carola Del Pilar	**Directora de Eventos**
Dias Escudero, Maria Pia	**Directora de Marketing y Medios Dig.**
Chavarry Salas, Rosario Liliana	**Secretaria General**

ASOCIADOS

Aparicio Aparicio, Jose Martin	**Dirección de Edición**
Arévalo Pezo, Lyanne Cecilia	**Dirección de Edición**
Barrenechea Esparch, Eduardo	**Dirección de Edición**
Borjas Bolaños, Belen	**Dirección de Edición**
Dorado Caceres, Michael Jhonatan	**Dirección de Edición**
Gamarra Casas, Lorena Alessandra	**Dirección de Edición**
Hernández Herrera, Andrés Orlando	**Dirección de Edición**
Ramirez Nuñez Del Prado, Diego	**Dirección de Edición**
Alonso Valdivia Ochoa, Juan Gerardo	**Dirección de Edición**
Villena Núñez, Marly Carol	**Dirección de Edición**
Adrianzen Cano, Enrique	**Dirección de Eventos**
Brazzini Tessey, Jeanine	**Dirección de Eventos**
Castañeda Perales, Ian-Pierre Mendoza	**Dirección de Eventos**
Marro, Camila Ximena Morales Muñoz, Ana Paula	**Dirección de Eventos**
Rivera Sanchez, Romina	**Dirección de Eventos**
Weyne Flores, Tabatha	**Dirección de Eventos**
Ayvar Magret, Raúl Elias	**Dirección de Economía y Finanzas**
Castro Garcia-Yrigoyen, Cayetana	**Dirección de Economía y Finanzas**
Coello Guerrero, Raúl Antonio Figueroa	**Dirección de Economía y Finanzas**
Casusol, Ernesto Alonso Rojas Trinidad, Nely Ruth	**Dirección de Economía y Finanzas**
Bejar-De Vivero Chávez, Adrían Gabriel	**Dirección de Economía y Finanzas**
Bravo Monteverde, Franco	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Calonge De Paz, Madelaine Lorena	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Denegri Primo, Juan Manuel	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Garcia Montero, Sebastián Rodolfo	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Gonzáles Heredia, Daniel Alonso	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Izaguirre Ikehara, Mauricio	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Jesus Loayza Siancas, José Luis	**Dirección de Marketing y Medios Dig.**
Romaña Abugattas, Andrés	**Secretaría General**

Palabras del Director

La presente edición de Corpus Iuris adquiere su temática principal como respuesta a una coyuntura de particular relevancia, en la cual el protagonismo del derecho consti-tucional marca la escena política nacional, lo que ha generado un especial interés de la sociedad civil hacia el tema durante los últimos meses. En efecto, nos encontramos en un periodo en el cual la esfera política golpea duramente la institucionaliza de los poderes de nuestro Estado, contexto que requiere de opiniones propositivas respecto de esta vasta temática, para así enriquecer cada extremo del que no se ha dicho suficiente y dilucidar cada punto mantenido en penumbra.

Por otro lado, siguiendo el diseño de esta VII edición, hemos incluido dos secciones doctrinarias orientadas a derechos reales y derecho admi nistrativo y de gestión públ i ca, en la cual reconocidos autores del ámbito nacional desarrollan tópicos sumamente relevantes tales como garantías en los títulos valores, temas sobre expropiación, análi-sis de jurisprudencia respecto de disposición de bienes sociales, análisis de la obser-vancia obligatoria en el ámbito administrativo, entre otros.

Es así, que la labor de la VII edición de la revista Corpus Iuris se consolida como la de difundir opiniones y propuestas respecto de áreas del derecho de tal amplitud e importancia como las mencionadas. Para ello, contamos con la participación de profe-sionales con una larga y reconocida trayectoria a quienes agradecemos profunda y especialmente, pues la calidad de este producto no habría sido posible sin su destaca-da colaboración.

Finalmente, considero, dentro de una perspectiva personal, curioso que hace poco menos de un año, un grupo de alumnos —pequeño comparado al actual— dábamos a conocer al público la edición VI de la revista Corpus Iuris. Hoy, a pocas semanas de que la primera publicación de esta nueva generación de "Corpus" cumpla su primer aniversario, y luego de haber atravesado por múltiples etapas de aprendizaje, crecimiento y consolidación, un grupo más grande, más sólido y más ambicioso presenta la VII edición de nuestra revista, símbolo de exigencia e innovación.

En nombre de todos los integrantes de la Asociación Corpus Iuris, los invito a disfrutar de esta edición tan especial; esperamos que sea de su agrado.



Diego Martín Guzmán Zecenarro

Director General – 2018/01

Índice

07

La contraloría General de la república y la lucha contra la corrupción

Humberto Ramirez

24

Panorama de las garantías en los títulos valores

Martin Mejorada

32

La dimensión desconocida: Públicos y privados frente a frente

Nuria Esparch

38

Interpretación constitucional: La técnica jurídica de la aplicación de las normas en clave constitucional

Víctor García Toma

46

Dispocisión unilateral de bienes sociales: ¿Nulidad o ineficacia? A propósito del octavo pleno casatorio

Alan Pasco Arauco

64

El valor público como 'leitmotiv' de la actuación pública

Luis Gabriel Paredes

82

Calificación registral de documentos administrativos: Precedentes de observancia obligatoria, hemos avanzado. Corte suprema, hemos retrocedido

Jorge Ortíz Pasco

101

La reforma del poder judicial: Una necesidad impostergable.

Ernesto Figueroa

113

Los "puntos ciegos" de la jurisprudencia y la doctrina sobre los actos de dispocisión de bienes sociales (apuntes críticos en torno al artículo 315º del código civil)

Fort Ninamancco

130

Expropiación para la ejecución de proyectos de infraestructura: ¿Cuándo y por qué expropiamos y cómo definimos al sujeto pasivo?

Franco Soria Palacios

160

Reforma electoral peruana: Es necesario fortalecer a os partidos políticos

Ernesto Álvarez Miranda

La Contraloría General de la República y la lucha contra la Corrupción

HUMBERTO RAMIREZ TRUCIOS


LD85874299C

ART. 01

La controlaría de la república y la lucha contra la corrupción

HUMBERTO RAMIREZ TRUCIOS

Abogado por la USMP. Maestría en Derecho Civil y Mercantil por la misma universidad y en Gerencia Social por la PUCP. Vicecontralor de Integridad de la Contraloría General de la República (CGR). Ex Secretario General de la CGR. Ex Vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR y del Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL. Ex gerente legal de diversas entidades del Estado.

SUMARIO

1. Introducción. 2. Aportes del Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú. 3. La Contraloría General de la República y su rol en la lucha contra la corrupción. 4. Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. 5. El Sistema Nacional de Control y la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos. 6. Control gubernamental y la potestad sancionadora de la Contraloría General como mecanismos efectivos contra la corrupción. 7. Constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública. 8. Configuración legal de la potestad sancionadora de la Administración Pública. 9. Constitucionalidad de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República.

PALABRAS CLAVES

Corrupción, Función pública, Decisión política, Políticas nacionales, Prevención, Administración Pública, Legalidad, Legitimidad, Regulación, Constitución, Estado, Control.

1. INTRODUCCIÓN

El Estado peruano viene desarrollando, desde hace varios años, una serie de esfuerzos por diseñar un marco sostenible a fin de garantizar que la lucha contra la corrupción se consolide como una política pública sólida y permanente, siendo reconocida por todos los estamentos públicos como una prioridad estatal, por lo que ha merecido una serie de decisiones políticas encaminadas a su institucionalización.

La importancia de ello radica en que, si bien partimos reconociendo la naturaleza compleja del fenómeno de la corrupción[1], debido a que los actos de corrupción incluyen diversas prácticas, cada una de las cuales con sus propias características, mecanismos y realidades[2] —lo que además se intensifica si consideramos que no configura como un fenómeno unitario, unidireccional, presente en un solo sector económico o una sola institución— no se puede soslayar su capacidad para afectar la gobernabilidad, la confianza en las instituciones y los derechos de las personas.

Así, entre otras iniciativas, el Acuerdo Nacional[3] estableció entre sus políticas de Estado la construcción de un Estado eficiente al servicio de las personas, la promoción de la ética, la transparencia y el acceso a la información, la erradicación de la corrupción en todas sus formas, velando por el desempeño responsable y transparente de la función pública, promoviendo el fortalecimiento y la independencia del

[1] Al margen de las diferentes perspectivas y enfoques científicos que permiten su análisis, la CAN ha definido a la corrupción "para los fines del Plan de Lucha Contra la Corrupción 2012 – 2016" como el "Uso indebido del poder para la obtención de un beneficio irregular, de carácter económico o no económico, a través de la violación de un deber de cumplimiento, en desmedro de la legitimidad de la autoridad y de los derechos fundamentales de la persona".

[2] Boehm, F. (2009). Corrupción y Anticorrupción: una perspectiva Neo-Institucional. Revista de Economía Institucional, 11(21), 45.

[3] El Acuerdo Nacional es el conjunto de políticas de Estado elaboradas y aprobadas sobre la base del diálogo y del consenso con el fin de definir un rumbo para el desarrollo sostenible del país y de su gobernabilidad democrática. Para su aprobación, representantes de organizaciones políticas, religiosas, de la sociedad civil y del Gobierno del Perú, suscribieron el Acuerdo Nacional en un acto solemne llevado a cabo en Palacio de Gobierno, mediante Acta del 22 de julio de 2002. En: http://acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/definicion/

Sistema Nacional de Control, erradicando la corrupción y la impunidad.[4]

En concordancia con ello, mediante Decreto Supremo N° 027-2007-PCM, se establecieron las Políticas Nacionales[5] siendo una de ellas la Política Anticorrupción, cuyos contenidos alcanzan, a) fortalecer la lucha contra la corrupción en las licitaciones, las adquisiciones y la fijación de los precios referenciales, eliminando los cobros ilegales y excesivos, b) garantizar la transparencia y la rendición de cuentas; c) promover, a través de sus acciones y comunicaciones, la ética pública, y d) fomentar la participación ciudadana en la vigilancia y control de la gestión pública.

Otros intentos por afianzar un marco que permita afrontar la corrupción desde el propio Estado, los encontramos en la instauración del Programa Nacional Anticorrupción (Resolución Suprema N° 160-2001-JUS), del Grupo de Trabajo Iniciativa Nacional Anticorrupción - INA, en el año 2001; la creación de la Comisión Nacional de Lucha Contra la Corrupción y la Promoción de la Ética y la Transparencia en la Gestión Pública y en la Sociedad, que a través de los Decretos Supremos Nros. 082-2005-PCM y 002-2006-JUS, pasó a convertirse en el Consejo Nacional Anticorrupción, adscrito al Ministerio de Justicia; la creación de la Oficina Nacional Anticorrupción - ONA (Decreto Supremo N° 085-2007-PCM) y la creación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción - CAN[6].

Precisamente la CAN, de acuerdo a lo señalado en el Plan Nacional de Lucha Anticorrupción 2012 – 2016, aprobado por Decreto Supremo N° 119-2012-PCM, constituye "(...) un espacio de coordinación entre el Poder Ejecutivo, Judicial, los organismos autónomos representantes de los gobiernos subnacionales, gremios empresariales y la sociedad civil, todos aunados en el esfuerzo de proponer políticas y acciones a mediano y largo plazo para prevenir y sancionar la corrupción"[7].

En la sesión 26 de la CAN, sus miembros aprobaron el informe de la evaluación final de la implementación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012 - 2016, el cual contiene conclusiones, recomendaciones y lecciones aprendidas en temas como la articulación y coordinación interinstitucional para la lucha contra la corrupción, la prevención de la corrupción y la investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial. En su primer capítulo se consagra el rol protagónico que cumplen las diversas instituciones que forman parte de la organización estatal, desde sus más altos niveles, de cara a la materialización efectiva de la lucha contra la corrupción, resaltándose que:

"Luchar contra la corrupción implica tomar decisiones técnicas y operativas, pero sobretodo el compromiso político al más alto nivel del Estado peruano. Estas decisiones deben ser medidas concretas, específicas y efectivas en el logro de procesos y resultados valiosos para la población y el estado democrático de derecho".[8]

---

[4] Tal como señala la Política N° 26 "Con este objetivo el Estado (a) enfatizará los principios éticos que reluzcan en el cumplimiento ciudadano de las normas (b) velará por el desempeño responsable y transparente de la función pública, promoverá la vigilancia ciudadana de su gestión y el fortalecimiento y la independencia de, Sistema Nacional de Control; (c) detendrá la impunidad e abuso de poder la corrupción y el atropello de los derechos (d) desarrollará una cultura de paz de valores democráticos y de transparencia que aborden los reclamos genuinos y pacíficos de los distintos sectores de la sociedad (e) promoverá una cultura de respeto a la ley de solidaridad y de anticorrupción, que elimine las prácticas violatorias del orden jurídico incluyendo el tráfico de influencias el nepotismo el narcotráfico, el contrabando la evasión tributaria y el lavado de dinero y (f) regulará la función pública para evitar su ejercicio en función de intereses particulares.

[5] Mediante Decreto Supremo 027-2007-PCM se estableció que las Políticas Nacionales son las normas que con ese nombre emite el Poder Ejecutivo con el propósito de definir objetivos prioritarios lineamientos y contenidos principales de política pública así como los estándares nacionales de cumplimiento y provisión que deben ser alcanzados para asegurar una adecuada prestación de los servicios y el normal desarrollo de las actividades privadas, siendo de obligatorio cumplimiento para todos y cada uno de los Ministerios y demás entidades del Gobierno Nacional.

[6] Comisión de Alto Nivel Anticorrupción creado por Ley N° 29976 con el objeto de articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas de corto mediano y largo plazo dirigidas a prevenir y combatir la corrupción en el país, la cual se encuentra conformada por el Presidente del Congreso de la República, el Presidente del Poder Judicial, el Presidente del Consejo de Ministros el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el Presidente del Tribunal Constitucional, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, el Fiscal de la Nación, el Presidente de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, el Presidente de la Asociación de Municipalidades del Perú, el Secretario Ejecutivo del Foro del Acuerdo Nacional y el Coordinador General de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción.

[7] Plan Nacional de Lucha Anticorrupción 2012 - 2016 (2016) Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2012/Diciembre/04/DS-119-2012-PCM.pdf [Consulta 24 de mayo de 2018]

[8] Informe de la Evaluación Final de la Implementación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción (2016) Recuperado de http://can.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2017/01/Informe-CAN.pdf [Consulta 24 de mayo de 2018]

A fin de consolidar los mecanismos para contrarrestar los actos de corrupción establecer los lineamientos generales y específicos, así como las estrategias a cargo del Estado para dichos fines, mediante Decreto Supremo N° 092-2017-PCM se aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 044-2018-PCM se aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021, el cual toma como referencia las disposiciones de las convenciones interamericanas de lucha contra la corrupción, el Informe Final de la Comisión Presidencial de Integridad, conformada mediante Resolución Suprema N° 258-2016-PCM y Resolución Suprema N° 264-2016-PCM, así como el Estudio de la OCDE[4] sobre integridad en el país. Se establecieron líneas basadas en enfoques de prevención, sanción efectiva de la corrupción. No obstante la voluntad plasmada en las acciones referidas, los mecanismos concretos con los cuales hacer frente al flagelo de la corrupción, parecen no haber madurado lo suficiente a nivel transversal en la organización estatal, como para generar confianza a la ciudadanía respecto de su efectividad y utilidad. Al respecto, según la X Encuesta Nacional sobre percepción de la corrupción en el Perú[5], elaborado por IPSOS Perú por encargo de PROETICA en el año 2017, para los ciudadanos, la corrupción constituye el segundo gran problema principal del país, luego de la inseguridad ciudadana. Asimismo, el 61% de los ciudadanos encuestados considera que el efecto de la corrupción es que impide lograr el desarrollo económico y social del Perú, y el 71% señaló que en los últimos 5 años la corrupción ha aumentado mientras que el 24% indicó que sigue igual.

2. APORTES DEL ESTUDIO DE LA OCDE SOBRE INTEGRIDAD EN EL PERÚ

El Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú, Reforzar la Integridad del Sector Público para un crecimiento incluyente (en adelante el "Estudio de la OCDE"), aprobado por el Comité de Gobernanza Pública el 23 de diciembre de 2016 y preparado para su publicación por la Secretaría de la OCDE, resalta la trascendencia y necesidad de contar mecanismo eficaces par a combatir la corrupción, para el logro del desarrollo y bienestar general.

"Un sistema de gobernabilidad sólido que ofrezca políticas inclusivas y servicios públicos eficaces y mitigue los riesgos de corrupción es indispensable para que el Perú pueda mantener los resultados significativos que ha logrado en la reducción de la pobreza y de la desigualdad y en la mejora del bienestar general". [11]

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado peruano en la lucha contra la corrupción, el Estudio de la OCDE señala que los indicadores "internacionales disponibles, presentados y discutidos (...) subrayan los desafíos que todavía enfrenta el Perú para garantizar un marco normativo de gobernanza sólido y contener la corrupción"[12] En tal sentido, las políticas públicas y los mecanismos destinados a garantizar un enfrentamiento frontal a la corrupción, lejos de relajarse o flexibilizarse ya que "Si bien el Perú ha logrado importantes avances en el fortalecimiento de su sistema de integridad pública, el país sigue enfrentando desafíos para reforzar sus instituciones y mitigar los riesgos de corrupción"[13] por lo que requieren ser fortalecidos y diseñarse de manera integral, abarcando los diversos aspectos que formen parte de un sistema:

"Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Fundada en 1961, la OCDE agrupa a 35 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo". Recuperado de http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/. [Consulta: 26 de mayo de 2018]

Coordinación General de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) (2017). Décima encuesta nacional sobre percepciones de corrupción. Recuperado de https://es.scribd.com/presentation/360079448/Decima-Encuesta-Nacional-Sobre-Percepcion-de-la-Corrupcion-en-el-Peru-2017#from_embed. [Consulta: 26 de mayo de 2018]

OCDE (2017). Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú. Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente. Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública. Francia: Éditions OCDE. Recuperado de http://dx.doi.org/10.1787/9789264271470-es. [Consulta: 26 de mayo de 2018]

OCDE (2017) op. cit. p. 21

OCDE (2017) op. cit. p. 15

"El Perú tiene una oportunidad única de avanzar en su lucha contra la corrupción al pasar de un enfoque reactivo impulsado por casos hacia cambios estructurales más profundos. Esto establecería un sistema integral que construya una cultura de integridad respaldada por mecanismos apropiados de rendición de cuentas. Realizar esta ambiciosa agenda no depende de una sola entidad, sino que requiere un esfuerzo coordinado en todo el sector público que también involucre al sector privado y a la sociedad en su conjunto".[14]

Acorde con el esquema institucional y conceptual desarrollado por el Estado peruano, a traves de las organizaciones integrantes de los planes y politicas anticorrupción y los documentos emitidos en dicho marco, resulta forzoso plantear —de una manera muy general— algunas ideas centrales en torno a la función constitucionalmente reconocida a la Contraloria General de la República y su vinculación con el fenomeno de la corrupción y de esta manera, identificar los ambitos en los que corresponde implementar y fortalecer los instrumentos juridicos para afianzar una efectiva lucha anticorrupción

3. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU ROL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Constitucion Politica del Peru en su artículo 82°, reconoce a la Contraloría General de la Republica como un organismo constitucionalmente autónomo, rector del Sistema Nacional de Control, con atribuciones fiscalizadoras, encargado de cautelar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública supervisando la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control [15], amerita un tratamiento expreso en las normas basicas del Estado, incorporándose en el proceso de constitucionalización del control[16]

Dicha vocación por respaldar desde el mas alto nivel jerarquico juridico la funcion de control gubernamental, se debe precisamente a su vinculación estrecha con el control que, en un Estado constitucional, esta encaminado a mejorar la eficacia en la protección de bienes constitucionales como el correcto funcionamiento de la Administracion Pública, la buena administración, la adecuación de las funciones de dicha administración al orden constitucional y la ley, la proscripción de la corrupción, asi como el estricto cumplimiento de la legalidad en la ejecución del presupuesto público y el buen uso de los recursos del Estado. Sin embargo, las EFS de manera progresiva vienen extendiendo los alcances tradicionales de fiscalización gubernamental enfocada en los recursos públicos, a partir de considerar que su rol de control, puede ser mucho mas efectivo para el cumplimientode los fines públicosa cargo del Estado, si se enfocan aspectos como la eficiencia la integridad la transparencia, la responsabilidad de la gestion pública los cuales constituyen elemento esencial para una buena gobernanza

Consecuentemente, el control gubernamental no solo implica la evaluacion de la legalidad de la actuación de los funcionarios y servidores públicos y el cumplimiento de los parámetros de actuacion al cual se encuentran sometidos en la gestion y administracion de los recursos públicos, sino que también involucra la valoración del logro de los fines a los cuales se deben y para cuyo cumplimiento son investidos, lo cual implica sin duda, apreciar el apego a las exigencias éticas y de probidad para el ejercicio de la función publica, ya que esta, de acuerdo a la carta magna, debe estar al servicio de la nacion

[14] OCDE (2017), op cit. p.4
[15] Denominación genérica de las Contralorías Generales o Tribunales de Cuentas
[16] Morón Urbina, J (2013) Control Gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos. La Gaceta Jurídica

En ese orden de ideas el control gubernamental constituye un mecanismo idóneo para luchar contra la corrupción por el carácter técnico y especializado que caracteriza a las evaluaciones a cargo de la Contraloría General de la República [17] y los órganos del Sistema Nacional de Control, y su alcance sobre los planos del cumplimiento de la legalidad del logro de objetivos y finalidades, y el apego a los parámetros de ética y transparencia involucrados en el ejercicio de toda actuación pública.

4. LEY Nº 27785, LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Mediante la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se establecen las normas que rigen el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General como su ente técnico rector. El artículo 5° de la señalada ley explicita el carácter especial de sus disposiciones, así como las que expide la Contraloría General en materia de control gubernamental, las cuales prevalecen sobre las que, en oposición o menoscabo de aquellas, puedan dictarse por las distintas entidades de la Administración Pública. Esta especialidad normativa determina inexorablemente una reserva material en relación al ejercicio del control gubernamental, previsto de manera exclusiva para los órganos de dicho sistema. Asimismo, la citada ley define los alcances del control gubernamental, el cual conforme a su artículo 6° consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales, cuya exclusividad también se fundamenta en su autonomía funcional, definida en el inciso c) del artículo 9°, como la potestad de los órganos del Sistema Nacional de Control para ejercer las competencias que le asigna la Constitución, así como en su ley orgánica, con independencia técnica y libre de influencias, sin que ninguna entidad o autoridad, funcionario o servidor público, o terceros puedan oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de sus funciones, expresada en el libre ejercicio para elaborar sus informes, aplicar las normas, procedimientos y principios reguladores del control gubernamental. Entre las manifestaciones del control gubernamental, se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del sistema por encargo o designación de ésta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Este control se realiza fundamentalmente mediante las auditorías que se ejecutan con carácter selectivo y posterior. En ese sentido, el control posterior es ejercido por los auditores gubernamentales (integrantes de los distintos órganos del Sistema Nacional de Control) en función a planes anuales. Para su ejercicio, se aplican sistemas de control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación de control interno u otros que sean útiles en función a las características de la entidad y la materia de control. Asimismo, podrá llevarse a cabo inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control.

Tradicionalmente, se ha identificado al control gubernamental con un instrumento que, acaso por su difundida y mayoritaria utilización, se ha constituido en su forma más visible, la auditoría de cumplimiento [18], que es una manifestación del control posterior, que consiste en un examen objetivo y profesional cuyo propósito es determinar el grado de adecuación de las actuaciones de las entidades sujetas al ámbito de control, a la normativa administrativa, disposiciones internas, obligaciones contractuales o cualquier otro tipo de parámetro jurídico, rectores de la función o la prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos públicos. Conforme al modelo actual, la auditoría de cumplimiento es el único servicio de control posterior que identifica presuntas responsabilidades funcionales, que el plano del control

[17] Conforme a la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, la Contraloría General de la República –conjuntamente con el Ministerio Público y el Poder Judicial– conforma un 'órgano de control superior' que tiene competencia directa en la investigación, denuncia, juzgamiento y eventual sanción de graves hechos de corrupción.

[18] La auditoría de cumplimiento se inicia con la acreditación de la comisión de auditoría en la entidad sujeta a control, tomando como antecedente un documento de planeamiento denominado la carpeta de servicio, culminando con la aprobación del informe de auditoría de cumplimiento y su y remisión a las autoridades competentes para adoptar acciones relacionadas a las recomendaciones formuladas en dicho informe.

gubernamental pueden evidenciarse: penal, civil y administrativa funcional.

Ahora bien, el Estado en su conjunto está en la obligación de asumir el compromiso de atender a la ciudadanía mediante servicios de calidad que satisfagan los intereses públicos, a través de una gestión moderna, procesos y mecanismos que permitan garantizar la buena gobernanza, incluyendo dentro de sus pilares, principios básicos como la eficiencia, eficacia, economía, transparencia, integridad, rendición de cuentas y responsabilidad.

El Sistema Nacional de Control no está al margen de dichas exigencias y en lo que le corresponde, conforme a las funciones que por mandato constitucional se le han asignado, debe asumir el ejercicio del control gubernamental que incida en la lucha contra la corrupción, a través de sistemas y modelos de control, que garanticen la oportuna y adecuada utilización de los recursos públicos, y el cumplimiento de los fines señalados.
En ese sentido, la Contraloría General de la República ha iniciado un proceso de modernización en su modelo de gestión y organización, considerando que la forma tradicional de entender el control gubernamental resulta insuficiente y en algunos supuestos inoportunos, por lo que el nuevo modelo aspira a implantar una cultura de control interno y de prevención de actos de corrupción basada en el ejercicio de la función de control en un marco de colaboración, acompañamiento y ejercicio pleno del control de riesgos, considerando nuevos instrumentos de gestión en materia de control gubernamental, fortaleciendo también los ya existentes.

Un ejemplo de que el control no solo se ejerce ex post sino que puede desarrollarse bajo un nuevo enfoque que resulte eficaz y eficiente, es el que se viene implementando en el marco de la Ley N° 30556, Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la autoridad para la reconstrucción con cambios, en cuyo numeral 74, artículo 7°, se ha previsto una forma de intervención célere simultánea, que no interfiera en el regular desarrollo de las operaciones bajo su alcance [19]. La implementación del Control Concurrente para la Reconstrucción con Cambios, regulada mediante Directiva N° 005-2017-CG/DPROCAL aprobada Resolución de Contraloría N° 405-2017-CG, viene desarrollándose como una nueva modalidad de servicio de control que permite evaluar procesos en curso, incluso desde fases de actuación preparatorias, procedimientos de selección y ejecución contractual, de una manera ágil y oportuna, y sus buenas prácticas se viene haciendo extensivo al control de los megaproyectos.

Dicha perspectiva ha implicado desarrollar un trabajo especializado de control no solo a través de la incorporación de capacidad profesional técnica en ingeniería civil, ingeniería sanitaria, ingeniería eléctrica, arquitectura, entre otros, sino que ello va de la mano con la nueva estructura organizacional aprobada en el marco de la Ley N° 30702, Ley de Fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, que precisamente apunta al control gubernamental especializado, para la cual se parte de la premisa que "no se puede controlar aquello que no se conoce". Ello, por cierto, genera una pauta, una voz de alerta hacia todas las entidades del Estado, pues la especialización debiera ser una constante en ellas.

Por otro lado, la creación de una Vicecontraloría de Integridad y las gerencias a su cargo, apuntan, no solo a un trabajo de prevención de actuaciones irregulares, sino también a una sanción justa y en tiempo oportuno, lo cual podrá lograrse con las importantes modificaciones que viene teniendo el Procedimiento Administrativo Sancionador, a partir de la creación de mayor número de salas (se prevé una proyección de seis salas), así como de órganos instructores en cada una de las regiones del país, y de seis sancionadores.

5. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

Dentro de las atribuciones asignadas a los órganos del Sistema Nacional de Control el

[19] "74. Las contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías que se ejecuten en el marco de la presente Ley se someten a procedimientos de control gubernamental, con el fin de garantizar un control eficaz sin afectar el dinamismo de la ejecución. El control se realiza de manera simultánea y está a cargo de la Contraloría General de la República, la cual podrá desarrollar directamente el control gubernamental o a través de empresas auditoras. Para tal efecto, la Contraloría General de la República aprueba un Plan de Acción de Control y podrá dictar las directivas que estime pertinentes. El control se concentra en el cumplimiento de la legalidad, mas no en decisiones técnicas sobre las que tienen discrecionalidad los funcionarios.

artículo 22° de la Ley N° 27785 ha incluido la de:

"Exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación"

Sobre la base de la norma citada, se establece que como parte del análisis que efectúan los órganos del Sistema Nacional de Control, respecto a los hechos irregulares atribuidos a los funcionarios o servidores públicos, se puede concluir con la identificación de las presuntas responsabilidades en que aquellos hubieran incurrido. Dicha identificación de responsabilidades consiste en la personalización, acreditación y sustentación de los tipos de responsabilidades (penal, civil o administrativa funcional) en que los funcionarios hayan incurrido.

Como es evidente, la presencia de responsabilidad no es inherente a estas evaluaciones, por cuanto su presencia es solo posible en la medida que confluyan una serie de elementos comprobados durante la auditoría. La identificación de responsabilidades comprende el análisis razonado, entre otros aspectos, de los hechos que permitan representar de manera objetiva las condiciones en las cuales se llevaron a cabo las operaciones objeto de evaluación, del perjuicio ocasionado a los intereses del Estado o el nesgo generado, del parámetro de actuación al que se sometía la actuación evaluada, de las funciones o los deberes incumplidos por el agente público o cumplidos de manera deficiente y la relación de causalidad entre la participación del auditado y el efecto negativo generado; los cuales deben reflejarse en los informes de auditoría de manera sistemática.

Ahora bien, el ejercicio del control gubernamental puede concluir en la formulación de recomendaciones para la mejora de la gestión de las entidades o para el inicio de las acciones legales tendientes a la determinación efectiva de la responsabilidad identificada, ya que dicha determinación y la aplicación de las sanciones que eventualmente corresponda aplicar, requiere de la intervención de otras instancias titulares de dichas competencias. En el caso de las responsabilidades civiles y penales identificadas por los órganos del Sistema Nacional de Control, las acciones legales están básicamente a cargo de la Procuraduría Pública, el Ministerio Público y el Poder Judicial; mientras que la responsabilidad administrativa funcional —dependiendo de la gravedad de la infracción configurada— podrá ser procesada por la entidad de la cual dependa el funcionario o servidor público, o por la Contraloría General de la República mediante el procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, cuando la determinación de responsabilidad deriva de los informes de control emitidos por los órganos de control.

6. CONTROL GUBERNAMENTAL Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA CONTRALORÍA GENERAL COMO MECANISMOS EFECTIVOS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General de la República, se encuentra prevista en la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622 —cuya entrada en vigencia fue el 6 de abril de 2011— y desarrollada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones para la determinación de la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, aprobado por Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG [20], que entró en vigencia el 6 de abril de 2018. Dicha potestad, se ejerce sobre los hechos ocurridos desde el 6 de abril de 2011, que configuren infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional, identificada en

[20] Que a su entrada en vigencia derogó el Reglamento de Infracciones y Sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, a la Directiva N° 010-2016-CG/GPROD Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional aprobada por Resolución de Contraloría N° 129-2016-CG, el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativa, aprobada por Resolución de Contraloría N° 244-2013-CG y la Directiva N° 002-2014-CG/PAS, Notificación en el Procedimiento Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional, aprobada por Resolución de Contraloría N° 233-2014-CG

los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control en el marco del control posterior ejercido en la actualidad mediante las auditorías de cumplimiento. Uno de los objetivos considerados para el otorgamiento de la señalada capacidad sancionadora a la Contraloría General de la República, fue combatir la impunidad respecto a los actos contrarios al ordenamiento jurídico y de corrupción en el ámbito administrativo. Conforme a la Exposición de Motivos de la Ley N° 29622 [21], se sustentó que, del total de las recomendaciones formuladas a los titulares de las entidades del Sector Público por los órganos del Sistema Nacional de Control en sus informes —entre los años 2000 a 2010— identificando hechos constitutivos de responsabilidad administrativa funcional, solo un 23% de aquellas concluyeron en el plano interno de dichas entidades con alguna sanción efectiva, evidenciando una clara renuencia a la aplicación de sanciones por las actuaciones irregulares detectadas y sustentadas técnica y legalmente [22]. Desde el inicio efectivo de los procedimientos administrativos sancionadores —enero de 2013— al 31 de diciembre de 2016, existen 15.880 funcionarios comprendidos en el procedimiento administrativo sancionador a cargo de la Contraloría General, de los cuales, 1795 han sido sancionados en primera instancia (1.472 funcionarios con inhabilitación de uno a cinco años y 323 funcionarios con suspensión temporal sin goce de remuneraciones no menor de 30 días y hasta 360 días), en tanto que los funcionarios y servidores restantes vienen siendo procesados bajo el estricto cumplimiento de los alcances del debido procedimiento y las garantías diseñadas por nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo un mecanismo justo y eficaz para combatir los ilícitos de carácter administrativo contemplados en la legislación administrativa, los cuales de acuerdo a las definiciones de la "Ley Modelo para facilitar e incentivar la denuncia de Actos de Corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos" de la Organización de Estados Americanos, constituyen actos de corrupción de carácter administrativo.

De esta manera, el procedimiento administrativo sancionador a cargo de la Contraloría General de la República —organismo constitucionalmente autónomo, técnico e imparcial respecto de los funcionarios o servidores comprendidos bajo su ámbito— se viene constituyendo en un mecanismo concreto para la determinación efectiva de las responsabilidades derivadas de actos de corrupción administrativa y con pleno respeto a las garantías del debido procedimiento administrativo y a los principios que guían la potestad sancionadora del Estado, que emanan de la Constitución Política. En ese mismo sentido, la OCDE ha señalado en el estudio citado supra lo siguiente:

"El Perú tiene una oportunidad única de avanzar en su lucha contra la corrupción al pasar de un enfoque reactivo impulsado por casos hacia cambios estructurales más profundos. Esto establecería un sistema integral que construya una cultura de integridad respaldada por mecanismos apropiados de rendición de cuentas. Realizar esta ambiciosa agenda no depende de una sola entidad, sino que requiere un esfuerzo coordinado en todo el sector público que también involucre al sector privado y a la sociedad en su conjunto". [24]

---

[21] Ver el Proyecto de Ley 04210/2010-CGR en: http://www.congreso.gob.pe/proyectosdeley/

[22] De otro lado, conforme al registro de procedimientos administrativos por actos de corrupción (REPRAC) publicado por la CAN, se tiene que en el 2do semestre del año 2013, de 107 entidades del Poder Ejecutivo obligadas a reportar, se concluyeron 32 procedimientos sancionadores que incluyeron a 40 funcionarios públicos, de los cuales solo se sancionó a 25 de ellos (11 con despido, 10 con suspensión, 4 con multas). Ver: http://can.pcm.gob.pe/2015/03/tercer-reporte-ii-semestre-2013/

[23] Convención Interamericana contra la Corrupción (22 de Marzo de 2013). Ley Modelo para Facilitar e Incentivar la Denuncia de Actos de Corrupción y Proteger a sus Denunciantes y Testigos. Recuperado de: http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_proteccion.pdf. [Consulta: 27 de mayo de 2018].

[24] OCDE (2017). op. cit., p. 198.

Conforme a lo esbozado anteriormente, considerando la naturaleza de la función de control a cargo del Sistema Nacional de Control, ejercida mediante sus distintas modalidades, así como la potestad sancionadora de la Contraloría General para determinar responsabilidad administrativa funcional, podemos concluir que ambas constituyen atribuciones esenciales en el marco de la lucha contra la corrupción, ya que permiten detectar de manera técnica y profesional las actuaciones funcionales contrarias al ordenamiento jurídico administrativo y aplicar las sanciones correspondientes, ejerciendo de manera eficaz un rol preventivo y represivo en torno a las conductas constitutivas de corrupción administrativa. No obstante ello, este mecanismo de lucha contra la corrupción y la impunidad aún resulta perfectible, por cuanto lo que se viene desarrollando por consolidarla y fortalecerla, aún resulta insuficiente; y como ha precisado el mismo Estudio de la OCDE

"(...) se podrían reforzar tanto los sistemas disciplinarios como los de justicia penal para reducir la impunidad y garantizar que las autoridades competentes sean independientes y ejecuten acciones y coordinadas". [25]

7. CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En nuestro ordenamiento jurídico la potestad sancionadora de las entidades que forman parte de la Administración Pública no ha sido reconocida de manera expresa por la Constitución Política como ha sucedido en otros ordenamientos[26], por lo que corresponde determinar si es que para concluir que alguna competencia, atribución o función está amparada o no por la Constitución, bastaría únicamente con verificar su incorporación expresa en ella, es decir, establecer si es correcto afirmar que, lo que no está reconocido expresamente en la Constitución deviene en inconstitucional.

"(...) Constitución es un conjunto coherente de preceptos; y esta coherencia deriva de que sus mandatos responden a unos criterios comunes. (...) En ese sentido, la Constitución va más allá de las regulaciones concretas que contiene, y sienta unas líneas directrices que han de ser respetadas por todo el ordenamiento, incluso en aquellos aspectos no tratados por las normas constitucionales". [27]

Así por ejemplo en el plano de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución "(...) un derecho fundamental tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un criterio de delimitación de ese marco de protección que puede ser un marco de delimitación abierta o amplia o, por lo contrario, preciso" [28]

Corroborando la línea interpretativa planteada, nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido a la doctrina de las competencias o poderes implícitos, como un mecanismo jurídico capaz de flexibilizar la rígida e insuficiente exigencia de literalidad para habilitar el ejercicio de competencias. Con dicha perspectiva, se desvirtúa cualquier planteamiento que implique limitar el reconocimiento de atribuciones o competencias a lo estrictamente señalado de manera expresa, constituyendo un factor determinante para su aplicación, un análisis escrupuloso respecto a necesaria

[25] OCDE (2017), op cit. p. 4

[26] La Constitución española de 1978 en el numeral 1 de su artículo 25, reconoce la potestad sancionadora a cargo de la Administración Pública, en los siguientes términos:
"Artículo 25.
1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento."

[27] López Guerra, L. (2013). El ordenamiento constitucional. Deberes y derechos de los ciudadanos. Manual. Derecho Constitucional Español (Vol 1) (p.29). Valencia: Tirant Lo Blanch.

[28] Urviola, O. (2015) Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Peruana de Derecho Constitucional, (8).

interdependencia entre las finalidades públicas de alcance constitucional y los medios para su aseguramiento Conforme a la doctrina señalada, el concepto de competencias implícitas alude a aquellas atribuciones que, sin haber sido configuradas de manera expresa en la carta magna, resultan siendo necesarias para que los poderes del Estado o los Organismos Constitucionalmente Autónomos, puedan ejercer adecuadamente aquellas competencias conferidas expresamente por la propia Constitución, por lo que su reconocimiento final se configura mediante ley o sentencia emitida por el Tribunal Constitucional [29], tomando en consideración además que, 'los poderes implícitos no son una interpretación extensiva de lo que el Estado puede o no hacer sino de los medios que puede utilizar para hacer lo que se le ha encomendado [...] Con sus competencias el Estado no puede ampliar los fines que le han sido dados, pero si puede utilizar medidos discrecionalmente para lograr los fines expresos"[30]

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional estableció en su jurisprudencia que "El Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que no es exacto que cuando la Constitución no lo haya previsto el legislador ordinario se encuentre vedado de asignar una competencia a un órgano constitucional o de relevancia constitucional Dicho de otro modo, que siempre y en todos los casos termine siendo inconstitucional el otorgamiento de una competencia no prevista directamente en la Constitución"[31]

Conforme a la doctrina esgrimida, la asignación de competencias prevista en la Constitución Política puede ser expresa, pero igualmente implícita, sustentándose esta última, a partir de una interpretación sistemática y finalista de las bases jurídicas y constitucionales establecidas, permitiendo reconocer que, existen competencias que sin estar expresamente consagradas, fluyen razonablemente como derivadas y necesarias para el ejercicio de aquellas competencias expresamente consagradas, ya que sin ellas, dichas competencias expresas serían desvirtuadas o puestas en entre dicho, por lo que, el reconocimiento de competencias implícitas, en absoluto podría acarrear la desnaturalización de las competencias expresamente establecidas, sobre las cuales se sustentan.

La propia organización del Estado está conformada por una serie de instituciones públicas, cuyo reconocimiento como tales no se encuentra expresamente establecido en la Constitución y mucho menos el reconocimiento de sus funciones o competencias; sin embargo, a partir de la evaluación de la relevancia y vinculación de dichas competencias, con los valores y programas que la carta magna consagra, puede afirmarse su necesidad y compatibilidad con aquella.

Ahora bien, tal cual se ha señalado, la potestad sancionadora de la Administración Pública no ha sido reconocida de manera expresa por la Constitución Política del Perú, sin embargo, la ausencia de una referencia expresa que atribuya dicha potestad no debe ser interpretada como una negación de su existencia, adecuación o compatibilidad con los valores que la Constitución consagra, pues, como lo ha señalado la doctrina nacional, existen razones de orden práctico que justifican el otorgamiento de dicha facultad. En efecto, no resultaría coherente que se atribuya a la Administración Pública la obligación de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico y de tutelar aquellos bienes jurídicos de interés público, sin que se le dote de los mecanismos e instrumentos necesarios para el logro de tales fines de trascendencia pública; por lo que

"(...) si la Administración tiene la potestad de ordenar, mandar o prohibir, también ha de ostentar la potestad de sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquellas". [32]

Si bien, dicha potestad sancionadora se legitima constitucionalmente por constituir

[29] Rubio Correa, M. (2006). El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (pp. 130-131)

[30] STC Exp. N° 00013-2002-AI/TC (F. 1)

[31] Danos, J. (1995). Notas acerca de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública. Revista IUS ET VERITAS, V, (10), 150.

[32] Cabe citar al respecto al Dr. Óscar Urviola, cuando hace referencia al plano de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución: "(...) un derecho fundamental tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir existe un criterio de delimitación de ese marco de protección que puede ser un marco de delimitación abierta o amplio o, por lo contrario, preciso. De modo que un derecho puede tener un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa establecida por el poder constituyente. URVIOLA, Óscar. "Los Conceptos de Contenido Constitucionalmente Relevante y Especial Trascendencia Constitucional en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 8. Nueva Época. Octubre/2015.

un corolario [33] de las competencias que tiene asignadas la Administración Pública, no todas las entidades pueden ejercerla, debido a que su asignación está condicionada a una reserva de ley, conforme al principio de legalidad, el mismo que establece que "solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora"[34]

La reserva de ley permite que el ejercicio de la potestad sancionadora posea un elemento de racionalidad y excepcionalidad que intenta relacionar la responsabilidad por la asignación de dicha potestad y por ende la capacidad de limitar el ejercicio de derechos y libertades, al espacio político que mejor representa el poder ciudadano, puesto que "(...) solo si arrancamos al Estado la función o competencia, por virtud de la cual todos los mandatos que limiten nuestra libertad o nuestra propiedad tengan que ser establecidos por leyes elaboradas por nosotros mismos o por nuestros legítimos representantes, democráticamente elegidos, podremos consideramos verdaderamente libres, por cuanto, solo entonces, al obedecer tales mandatos, nos estaríamos obedeciendo también a nosotros mismos y no a ningún poder situable por encima del nuestro."[35]

Siendo ello así, la asignación de la potestad administrativa sancionadora se materializa por mandato legal y en esa medida, su validez no depende de su reconocimiento expreso en la Constitución Política, sino que está condicionada al respeto de aquella, de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales [36].

8. CONSTITUCIONALIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 82° de la Constitución Política del Estado al reconocer a la Contraloría General de la República como el rector del Sistema Nacional de Control, ha asignado de manera expresa una competencia supervisora sobre la legalidad en la gestión del presupuesto del Estado y el adecuado funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, respecto a la posibilidad de ejercer alguna competencia en el plano sancionador, nuestra carta magna no ha hecho referencia alguna. No obstante ello, dicha competencia constituye una manifestación de la potestad administrativa sancionadora, que si bien no se encuentra expresamente reconocida en el texto constitucional —así como tampoco se encuentra reconocida para otras entidades de la Administración Pública— su asignación ha sido perfeccionada a través de la Ley N° 27785. Como tal dicha potestad se traduce en un auténtico poder derivado del ordenamiento jurídico encaminado a garantizar el cumplimiento de los fines públicos [37], cuya principal característica radica en reprimir cualquier afectación al orden jurídico; por lo que a pesar de la falta de reconocimiento expreso en la norma constitucional, la potestad sancionadora puede considerarse como un poder natural de las competencias otorgadas a la Administración Pública, principalmente en el plano de la ordenación y regulación[38].

La legitimidad del control de legalidad y las facultades para sancionar las infracciones identificadas se evidencian mejor, si tenemos en cuenta que la Administración Pública es una organización instrumental para el cumplimiento de las finalidades del Estado, que administra y gestiona recursos públicos para generar valor público y la provisión de bienes y servicios sociales a los ciudadanos.

En ese sentido, la desviación de los recursos,

---

[33] Ley de Procedimiento Administrativo General [Ley N° 27444]
"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad."

[34] Nieto, A. Derecho Administrativo Sancionador, 2ª ed. Madrid: Tecnos. Citando a De la Morena, p. 256.

[35] "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración como toda potestad, no obstante, en el contexto de un Estado de Derecho (artículo 3°, Constitución política), está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales." STC EXP. N° 1654-2004-AA/TC (F. 2)

[36] Para Néstor Sagüés, el poder sancionador de la Administración Pública constituiría una suerte de potestad o facultad implícita, tácita e inherente a la misma, vale decir, aquella sin la cual no es posible que la administración cumpla con los fines asignados por la Constitución, razón por la cual también tendría reconocimiento constitucional aunque no expreso: "Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quorum para sus votaciones". En: La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III. CAJ Serie Lecturas sobre temas constitucionales, N° 12.

[37] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015) Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/MINJUS-DGDO-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf. [Consulta: 27 de mayo de 2018].

bienes y servicios estatales infringiendo previsiones legales, impacta gravemente —entre otras— en la calidad de vida y derechos delas personas, asi como en el funcionamiento de la sociedad, por lo que "( ) se admite ahora en la doctrina, y esto ha sido plasmado en un preciable numero de legislaciones nacionales, la potestad de sanción a cargo de las EFS, la que se considera un natural complemento funcional y un mecanismo necesario para una fiscalización superior efectiva"[3]

Tal como se expuso anteriormente, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29622, los órganos del Sistema Nacional de Control solo podían evidenciar los hechos irregulares constitutivos de responsabilidad administrativa y ponerla en conocimiento de los titulares de las entidades involucradas, a fin de que éstas adopten las acciones para la determinación de la responsabilidad y la imposición de lassanciones correspondientes. Sin embargo, este modelo resultaba ineficaz por cuanto era mínima la imposición efectiva de sanciones por los hechos irregulares acreditados y comunicados por dichos órganos y en el mejor de los casos, las pocas sanciones impuestas eran inocuas y no resultaban proporcionales a la gravedad de la responsabilidad identificada en los informes de control, generando impunidad y desvirtuando las funciones y los objetivos encomendados por la Constitución Política del Perú al Sistema Nacional de Control.

En tal sentido, al no contar el Estado con un régimen aplicable a los funcionarios públicos, que permita efectivizar y concretar la exigencia por su responsabilidad administrativa funcional, no solo se ha generado un ámbito de impunidad sistemática ante los actos de corrupción administrativa; sino que además, se desvirtúan tornándose en inoperativas, las funciones supervisoras y los objetivos encomendados por la Constitución Política del Perú al Sistema Nacional de Control y a la Contraloría General de la República.

Estrechamente vinculada a la función supervisora de legalidad que ejerce la Contraloría por mandato constitucional, se encuentra la facultad de exigir la plena responsabilidad a los funcionarios o servidores públicos[4], que, como consecuencia de las supervisiones efectuadas, hayan sido identificados como partícipes en actuaciones irregulares en el manejo de recursos públicos facultad que se encuentra expresamente reconocida por la Ley N° 27785 la cual desarrolla las funciones y facultades de dicho organismo constitucionalmente autónomo, y que conjuntamente con la Constitución del Estado, conforman el bloque de constitucionalidad.[4]

Ahora bien, conforme al artículo 39° de la Constitución, los funcionarios y servidores públicos se encuentran al servicio de la nación, por lo que está implícito en ello que, a través de dichos agentes públicos, se desarrolla la gestión de los intereses del Estado, lo cual involucra la rendición de cuentas y la responsabilidad por el correcto y legal ejercicio de dichas funciones. Asimismo, el último párrafo del artículo 41° del texto constitucional prescribe expresamente que "La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública".

A la luz de lo antes expuesto, el régimen de responsabilidad y sanción desarrollado expresamente por la Constitución Política del Perú, encomienda al legislador la evaluación, configuración y asignación del ejercicio de dicha competencia. En el caso de la potestad sancionadora a cargo de la Contraloría General de la República sobre los funcionarios y servidores públicos por responsabilidad funcional, dicha remisión constitucional se ha cumplido escrupulosamente, por cuanto mediante la Ley N° 29622 que modifica la Ley N° 27785, se ha desarrollado dicho régimen de responsabilidad y de sanción. Por lo tanto, no resulta incompatible con el diseño constitucional peruano, ni con los principios del Estado constitucional, el reconocimiento legal de la potestad sancionadora a un organismo constitucionalmente autónomo como la Contraloría General de la República, sobre las infracciones cometidas por funcionarios

---

[3] Conforme al artículo 22 de la Ley N° 27785, una atribución de la Contraloría General es la de "Exigir a los funcionarios y servidores públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan, identificando el tipo de responsabilidad incurrida, sea administrativa funcional, civil o penal y recomendando la adopción de las acciones preventivas y correctivas necesarias para su implementación. (...)"

[4] STExp. N° 0689-2000-AA (F. 10) "Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos (...)", en consecuencia y desde una perspectiva orgánica "(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él".

y servidores públicos por la trasgresion de las funciones y normas disenadas en el ámbito administrativo por la razonable necesidad de proveer en favor de la función supervisora, un mecanismo de proteccion eficaz que favorezca a la cautela eficaz de la gestión de los recursos del Estado y contribuya con la proscripción de la corrupción a través de los roles represivos y preventivos que cumple la sancion a cargo de la Administracion Publica.



LA POSADA DEL PUENTE

Arequipa - Perú



Panorama de las garantías en los títulos valores

MARTÍN MEJORADA C.



ART. 02

Panorama de las garantías en los títulos valores

MARTÍN MEJORADA C.

Abogado por la PUCP y egresado de la maestría en derecho civil por la misma universidad. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Es profesor de Derechos Reales y Garantías en la PUCP, Universidad del Pacífico y UNMSM. Asesor de saneamiento y adquisición de bienes inmuebles

SUMARIO

1. Introducción. 2. Panorama general de las garantías en los títulos valores. 2.1 los títulos valores como objeto de garantías. 2.2 las garantías a favor de los títulos valores. 2.3 los títulos valores que contienen garantías.

PALABRAS CLAVES

Garantía, Sistema de garantías, Título, Posesión, Depositario, Acreedor, Fideicomiso, Cesión Cedente, Cesionario, Fianza, Aval.

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda el régimen de las garantías constituye un aspecto fundamental en todo sistema económico. Las garantías tienen por objeto dar seguridad de pago a los acreedores. La incidencia de esta seguridad es sorprendente, pues de su eficacia depende, entre otros: el valor de las operaciones de crédito, el incentivo o desincentivo para la realización de las mismas, la seguridad de las inversiones, la confianza en el mercado, en definitiva el crecimiento económico.

La existencia de un adecuado sistema de garantías es esencial para los créditos que constan en títulos valores; quizá más importante que para los créditos ordinarios. Los títulos valores son instrumentos que contienen obligaciones de pago diferido, cuyo objeto puede consistir en simples promesas de entregar dinero (como en una letra de cambio) o en complejas redes de derechos patrimoniales (como en una acción).

En casi todos los títulos la circulación que les es connatural genera un desconocimiento inevitable de la real condición patrimonial de los obligados; los acreedores no saben con certeza si el patrimonio de los deudores está preparado para enfrentar la obligación lo cual hace especialmente endeble la seguridad de pago. El desarrollo de un adecuado sistema de garantías busca sustituir la incertidumbre por confianza en el cumplimiento de las obligaciones.

De otro lado, una de las condiciones para que el sistema de garantías cumpla adecuadamente su función es la "simpleza" y "orden de contenido". En este sentido, el hecho que la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores ("LTV") desarrolle en un solo cuerpo normativo todas las formas como los títulos valores se vinculan con las garantías resulta un avance significativo para el sistema en su conjunto, aunque ciertamente las necesidades del sistema no se agotan en ésta consideración.

2. PANORAMA GENERAL DE LAS GARANTÍAS EN LOS TÍTULOS VALORES

En las siguientes líneas comentaremos brevemente (con incidencia en algunos aspectos más que en otros) el panorama general de las garantías en los títulos valores, a partir de una clasificación que proponemos a efectos expositivos a saber i) los títulos valores como objeto de garantías, ii) las garantías de los títulos valores y iii) los títulos valores que contienen garantías. Veamos cada uno de estos aspectos por separado.

2.1. Panorama General De Las Garantías En Los Títulos Valores

Los títulos valores pueden ser objeto de garantías ya que son bienes muebles conforme a lo dispuesto por el artículo 886°, inciso 5 del Código Civil[1]. En tal sentido, es evidente que ellos pueden ser objeto de garantía en respaldo de obligaciones patrimoniales.

La garantía mobiliaria es el aseguramiento que recae sobre bienes muebles según la definición del artículo 3.1 de la Ley N° 28677, Ley de Garantía Mobiliaria. Esta ley contiene el detalle sobre la constitución de la garantía mobiliaria, así como sobre los derechos y obligaciones de las partes y la ejecución, sin embargo, dada la especialidad de las normas de la LTV es necesario estar principalmente a lo que éstas disponen sobre la afectación de títulos valores.

El régimen legal de las operaciones que se realizan con títulos valores está previsto en la LTV en función a la clasificación de los títulos. Es parte de dicho régimen la incorporación de los títulos como objeto de garantías.

La LTV clasifica a los títulos valores en: títulos al portador, títulos a la orden y títulos nominativos. El procedimiento para la incorporación de un título valor como objeto de garantía cambia según las características de cada título. Veamos.

Los títulos al portador, según la definición prevista en el artículo 22° de la LTV son los que tienen la cláusula "al portador" y otorgan la calidad de titular de los derechos que representan a su legítimo poseedor. La norma señala que para su transmisión no se requiere más que su entrega o tradición.

No existe ninguna norma especial sobre constitución de garantía mobiliaria de títulos valores al portador. Surgen entonces las preguntas: ¿Pueden estos títulos ser objeto de garantía?, ¿por qué no? Lo que ocurre es que en estos bienes la posesión vale título, rige con mayor fuerza la presunción a favor de la propiedad derivada de la posesión (artículo 912° del Código Civil). Si se constituye garantía mobiliaria sobre un título al portador evidentemente tendría que desplazarse la posesión desde su titular hasta un depositario que podría ser el mismo acreedor.

Este depositario (acreedor o no), por el solo hecho de la posesión, no sería reputado titular del derecho contenido en el título ya que el mismo debe dar cuenta de la existencia de la garantía. En efecto, el artículo 12° de la LTV, que contiene una norma general aplicable a todos los títulos valores, señala que la prenda (entiéndase garantía mobiliaria) y otras cargas o gravámenes que afectan los derechos contenidos en los títulos no surten efectos sino se anotan en el mismo título.

Conforme a esta norma, es posible concluir que ante el silencio de las disposiciones especiales sobre títulos al portador la garantía mobiliaria que recae sobre estos debe anotarse en ellos para que surta efectos. Dicha anotación no tiene el carácter de "endoso", es simplemente una anotación que publicita la existencia del gravamen.

De otro lado, los títulos a la orden, son aquellos emitidos con la cláusula "a la orden" (artículo 26° de la LTV) y se trasmiten por endoso. La LTV contiene normas expresas sobre el "endoso en garantía". Es decir la LTV prevé una forma especial para la constitución de la garantía sobre esta clase de títulos. El artículo 42° de la ley señala que el endoso con la cláusula "en garantía" u otra equivalente le otorga al endosatario el poder de ejercitar todos los derechos derivados del título, pero el endoso que a su vez hiciera el endosatario sólo vale como endoso en procuración.

El endoso en general es un acto jurídico que se cumple en dos tramos: i) la inscripción en el título del nombre del endosatario, la clase de endoso y la fecha; y el nombre, documento y firma del endosante y ii)

---

[1] Es necesario advertir que de acuerdo a la LTV los "títulos valores" son los valores materializados que, al ser un documento incorporan derechos patrimoniales y que están destinados a la circulación (artículo 1.1). Se distinguen de los "valores representados por anotación en cuenta", los que son desmaterializados y se representan por anotación en cuenta e inscripción en una institución de Compensación y Liquidación de Valores (artículo 2.1). Nosotros nos referiremos a ambos indistintivamente como títulos valores.

entrega del título al endosatario (artículo 34° de la LTV). Sin embargo, es posible prescindir de la entrega física al endosatario previo pacto de truncamiento entre endosante y endosatario, sustituyéndola por otra formalidad mecánica o electrónica (artículo 26.3 de la LTV). El endoso en garantía también está sometido a estas reglas

Es importante resaltar la incorporación expresa en la LTV del endoso en fideicomiso (artículo 40°).

De esta incorporación se desprende que los títulos a la orden pueden ser objeto de "fideicomiso en garantía": es decir aquella modalidad del fideicomiso por la cual el titular del bien lo entrega a un fiduciario (sólo entidades del sistema financiero según el artículo 242° de la Ley N° 26702) para que éste, en cumplimiento de sus instrucciones, proceda a la realización del título y al pago de la obligación garantizada (artículo 274° de la Ley N° 26702). Si bien el fideicomiso es un contrato bancario regulado previamente en normas del sistema financiero para toda clase de bienes (por tanto el fideicomiso de títulos valores no es una posibilidad nueva), su regulación como parte del endoso de títulos a la orden resulta ilustrativa y abona a la sistemática de la LTV

Aunque el endoso es la vía natural para la constitución de garantías sobre títulos a la orden, cabe preguntarse si es posible constituir garantía mobiliaria sobre estos títulos por otra vía. Al respecto el artículo 27.1 de la LTV señala que el título trasmitido por cesión de derechos u otro medio distinto del endoso, transfiere al cesionario todos los derechos que representa, pero lo sujeta a las excepciones personales y medios de defensa que el obligado habría podido oponer al cedente (compensación y pago por ejemplo).

La norma no se refiere expresamente a la cesión en garantía sino a la trasferencia de propiedad del título, sin embargo la consecuencia debe ser la misma. Es decir cuando el título a la orden es entregado sin endoso, sino sólo con el respaldo de una cesión de derechos a título de garantía, debe entenderse existente la garantía mobiliaria pero con la restricción prevista en el artículo 27.1 de la LTV

En esta parte de la LTV resalta por su curiosidad. El artículo 47° que señala que cuando se trate títulos valores que representan derechos reales de garantía (título de crédito hipotecario negociable, por ejemplo), el endoso en garantía de estos títulos se limita a los derechos distintos a los de garantía real representados en los títulos. Sin embargo, agrega la norma, la garantía representada en el título respalda también la obligación garantizada con el endoso

En el caso de los títulos nominativos, es decir aquellos emitidos a favor o nombre de persona determinada, la misma que es su titular (artículo 29.1 de la LTV), no existe norma especial sobre la constitución de garantía. Rige pues la norma general de esta clase de títulos según la cual en la constitución de derechos se observan las mismas reglas que para la transferencia, es decir son aplicables las normas de cesión de derechos (artículo 32.1 de la LTV). En el caso de los valores representados por anotaciones en cuenta, además se requiere la inscripción en la respectiva institución de compensación y liquidación de valores (artículo 29.2 de la LTV).

Ahora bien, ¿cuáles son las reglas de la cesión de derechos? Están previstas en los artículos 1206° y siguientes del Código Civil y artículos 29° y 30° de la LTV, según los cuales para la cesión de créditos es necesario el acuerdo entre cedente y cesionario, el mismo que debe constar por escrito bajo sanción de nulidad. Conforme a lo establecido por el artículo 30.1 de la LTV, la cesión de estos títulos puede constar en el mismo documento o en documento a parte, salvo pacto en contrario

En el caso de valores que constan en anotaciones en cuenta además, debe inscribirse la cesión en la respectiva cámara de compensación y liquidación. Para que la cesión sea oponible al obligado el acuerdo debe ser puesto en conocimiento de éste para su anotación en la respectiva matrícula. Así pues, la garantía mobiliaria se constituye sobre títulos nominativos nace del acuerdo entre el titular del valor y el acreedor de la obligación garantizada. La entrega del título no es un requisito ineludible para la constitución de la garantía mobiliaria, dado que la LTV ni la Ley de Garantía Mobiliaria lo exigen.

Otro tema en este rubro de garantías que tienen por objeto títulos valores es la ejecución de las garantías. Para este efecto

es importante observar las reglas especiales de la LTV además de las generales de la Ley de Garantía Mobiliaria

Debemos destacar que con la inclusión de una sección especial de la ley (Sección Tercera) referida a las "cláusulas especiales", se consagra expresamente la posibilidad de la venta extrajudicial de los valores afectados en garantía (artículo 54° de la LTV) Si bien la garantía mobiliaria siempre es susceptible de ejecución extrajudicial en aplicación de lo dispuesto por el artículo 47° de la Ley de Garantía Mobiliaria la inclusión de la norma especial es de elogiar en aras de la sistemática de la LTV

En tal sentido, la ejecución será extrajudicial si las partes han pactado la forma de ejecutar el bien para lo cual existe total libertad de estipulación Si no existe este pacto la ejecución deberá ser judicial en aplicación de las reglas del Código Procesal Civil. Por supuesto, el pacto de venta extrajudicial es el mecanismo más idóneo para la realización del valor y el pago de la obligación garantizada, por tanto las partes, sobre todo el acreedor deberán cuidar de incluir este pacto El acuerdo debe constar en el mismo título o en hoja adherida a él o en el registro respectivo tratándose de valores representados por anotaciones en cuenta (artículo 48.2 de la LTV)

En el caso de los títulos valores a la orden existen normas especiales para la ejecución, previstas en los artículos 42.1 y 42.3 de la LTV La ley ha establecido que tratándose de estos títulos, el acreedor (endosatario o cesionario en garantía) puede cobrar los valores contenidos en ellos y hacerse pago de sus créditos garantizados Es decir el acreedor no necesariamente tiene que vender el título a un tercero, pese a lo dicho en los artículos 54° y 55° de la Ley de Garantía Mobiliaria

En definitiva los títulos valores son créditos, y por tanto su cesión en garantía concede al beneficiario el derecho a cobrar el título (artículo 1206° del Código Civil) Obviamente la realización de este derecho y el destino de lo cobrado, dependerá del estado de la obligación garantizada a la cual sirve Si el título y la obligación garantizada están vencidos, se cobra y se paga la obligación garantizada, mientras que si el título aun no vence pero la deuda garantizada ya es exigible, no se podrá cobrar el título pero se le puede vender

En el caso de los títulos al portador no existe una norma especial que se ocupe de la ejecución, pero es indudable que por la aplicación de las normas del Código Civil antes referidas, el acreedor del título al portador también puede cobrar el título e imputar el monto sobre su crédito. Si la obligación garantizada o la obligación contenida en el título no estuvieran vencidas, el acreedor no podría cobrar e imputar

En los títulos a la orden existe una norma (artículo 42.3 de la LTV) que se refiere a la ejecución del valor dado en garantía mediante su transferencia a terceros, sin embargo la norma no dice cuándo corresponde esta forma de ejecución Debemos entender que se trata del caso en el que el título a la orden aún no se encuentra vencido pero la obligación garantizada ya fue incumplida En tal situación el título no puede ser cobrado pero sí puede ser vendido a terceros para que el acreedor se haga pago de su crédito con el producto de la venta

El artículo 42.3 señala que cuando procede la venta del título a favor de tercero, el titular, el juez o el agente mediador, realizarán el endoso en propiedad a favor del adquirente Esta norma no menciona al acreedor o endosatario en garantía como capaz de realizar dicho endoso lo cual resulta contradictorio con el hecho de que la LTV admita el pacto de ejecución extrajudicial como una cláusula especial de los títulos valores afectados en garantía pues en razón de dicho pacto es evidente que el endosatario es el llamado a vender el título y a realizar el endoso en propiedad a favor del adquirente Debemos entender que el artículo 42.3 se aplica siempre que no exista pacto de ejecución extrajudicial que autorice al endosatario a realizar el endoso en propiedad

Igualmente, en los títulos al portador, si la obligación contenida en el título no está vencida y ya lo está la obligación garantizada, entonces procede la venta a tercero.

Igualmente, en el caso de los títulos nominativos no existen reglas especiales sobre ejecución de garantías. En tal sentido consideramos que la ejecución puede realizarse tanto en la forma de venta a tercero, según la modalidad que se haya previsto en el pacto (judicial o extrajudicial), o mediante el cobro del crédito contenido Además del aval como clásica garantía

2.2. Las garantías a favor de los títulos valores

personal en favor de las obligaciones contenidas en títulos valores (artículo 57° de la LTV), se regula la fianza (artículo 61° de la LTV).

La diferencia fundamental entre la fianza y el aval es la cobertura del compromiso asumido por el garante.

En el caso del aval se trata de un verdadero obligado solidario, mientras que en la fianza el garante goza de cierto nivel de protección al poder oponer al acreedor las mismas excepciones y defensas que el obligado a quien garantiza (artículo 61.3 de la LTV).

De otro lado, las obligaciones contenidas en los títulos valores también pueden estar aseguradas por otras garantías, garantías reales específicamente (garantía mobiliaria o hipoteca) e inclusive por el fideicomiso en garantía (artículo 56.1 de la LTV). En tal caso la constitución de garantías se rige por las reglas de la Ley de Garantía Mobiliaria, el Código Civil, normas del sistema financiero o por la LTV (si fuera un título valor el objeto de la garantía) y debe constar en el título o en el registro del mismo, cuando corresponda. La ejecución de estas garantías se rige por las reglas ordinarias de ejecución antes referidas y las de la garantía mobiliaria o hipoteca.

Según lo dispuesto por el artículo 56.2 de la LTV para que las garantías a favor de los títulos surtan efecto contra cualquier tenedor es necesario que así conste en el mismo título o en el registro respectivo. Es decir, en principio si la garantía no indica nada, se entenderá que la garantía únicamente asegura la obligación del deudor al que acompañe la garantía al momento de su constitución. La LTV tiene normas contradictorias al respecto (artículos 11.1 y 47°), según las cuales pareciera que la regla es la inversa. Sin embargo, la especialidad de las normas contenidas en el artículo 56° de la LTV nos hace creer que las reglas aplicables son aquellas que exigen indicación expresa sobre la cobertura amplia de la garantía a favor de cualquier tenedor.

Un tema distinto es la determinación del deudor garantizado cuya identidad se debe indicar al constituirse la garantía. Según el artículo 56.3 de la ley, si no se señala a la persona garantizada se presume que la garantía opera en respaldo del obligado principal.

iii. LOS TÍTULOS VALORES QUE CONTIENEN GARANTÍAS

La LTV ha conglomerado acertadamente una serie de instrumentos que ya estaban regulados normas dispersas y de cuya calidad de títulos valores no existían mayores dudas. Se trata del warrant, el título de crédito hipotecario negociable, la letra hipotecaria y la cédula hipotecaria.

Todos estos son títulos a la orden y contienen garantías a favor de obligaciones que también están contenidas en los mismos títulos. Los hemos distinguido de las "garantías a favor de los títulos valores" porque en las que comentamos ahora existe mayor complejidad en el régimen de las garantías, lo cual ha determinado precisamente que sean materia de una regulación especial dentro de la LTV.

El warrant (artículos 231° y 233.1 de la LTV) es un instrumento derivado del depósito de bienes en Almacenes Generales de Depósito. Igualmente se trata de una garantía mobiliaria incorporada que garantiza el pago de obligaciones contenidas o expresadas en el título. En este caso, la garantía sí es real pues los bienes a los que se refiere la garantía se encuentran en poder de un tercero (Almacén General de Depósito), de modo que el derecho de persecutoriedad del acreedor está asegurado.

La ejecución de la garantía contenida en el warrant está prevista en el artículo 233.3 de la LTV. El Almacén General de Depósito, a solicitud del tenedor del warrant, ordena la venta de la mercadería sobre la que recae la prenda, previa publicación de anuncios durante cinco días en los que se informa el remate de la mercadería. Un martillero designado por el almacén procede a la venta del bien al mejor postor, sin necesidad de previa tasación.

El título de crédito hipotecario negociable (artículo 240° de la LTV) contiene una hipoteca constituida unilateralmente por el propietario. Expedido el título por el

Registro Publico correspondiente, se produce el primer endoso por acto del propietario En ese momento se expresa en el mismo documento la obligacion garantizada y las condiciones de pago. Así luego del primer endoso el titulo representa la obligación contenida en él y la hipoteca (articulo 242° de la LTV)

Los titulos de crédito hipotecario negociable estan previstos en la legislación del sistema financiero. Su inclusión en la LTV, constituye una saludable apertura que trae como principal atractivo, ademas de la creación de un bien con capacidad para circular fácilmente en el mercado, la posibilidad de ejecución extrajudicial de la hipoteca, segun el detalle que aparece en el artículo 243° de la LTV

Finalmente las cédulas y letras hipotecarias, son titulos que contienen garantias hipotecarias que han sido considerados en la LTV (articulos 269° y 271°) para completar la sistemática de todos los titulos que operan en nuestro sistema económico. Sin embargo, más alla de la definicion y contenido esenciales descritos en la LTV, su funcionamiento se desarrolla en la legislación especial del sistema financiero a la cual nos remitimos

La dimensión desconocida: Públicos y privados frente a frente

NURIA ESPARCH



ART. 03

La dimensión desconocida: Públicos y privados frente a frente

NURIA ESPARCH

MA en Administración Pública 00 . Syracuse University. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú Gerente corporativa de Relaciones Institucionales del grupo Graña y Montero Ha sido viceministra de Recursos para la Defensa del Ministerio de Defensa Secretaria General de los Ministerios de Agricultura y Riego, Trabajo y Promocion del Empleo, y Mujer y Poblaciones Vulnerables. Jefa del Gabinete del viceministro del Interior Ex Presidenta Ejecutiva de SERVIR

SUMARIO

1. Introducción 2. Entonces, ¿cómo haríamos? 3 ¿Y Ahora? ¿No nos entenderemos nunca? 4. Una oportunidad

PALABRAS CLAVES

Estado, Regulación, Legalidad, Ley, Gestión Control Sector privado, Sector Público Administración Pública, Cadena de Mando, Monopolio, Libertad de Gerencia, Competitividad Descentralización

1. INTRODUCCIÓN

"Ni hablar, no lo puedo recibir, es un privado", "De todas maneras el funcionario nos va a pedir plata", "Nos van a pedir mil papeles para ese permiso" De estas frases, podría citar no decenas, sino cientos más. Los privados desconfían de los públicos. Los públicos desconfían de los privados. ¿Por qué? Pues pareciera que la razón de mayor importancia es el desconocimiento de la manera en que piensa y realiza sus funciones la persona que tenemos enfrente

Los Estados son complejos y sus procesos y decisiones afectan los negocios. Por ello, resulta clave desarrollar capacidades para el relacionamiento puesto que, tanto públicos como privados están inevitablemente unidos. Y es que el Estado actúa todo el tiempo con varios "sombreros": limita conductas o las fomenta, regula mercados, gestiona, resuelve controversias, planifica, presta servicios directos, etcétera

Ello se traduce en reglas para hacer que los ciudadanos actúen de determinada manera. Además, la interacción entre el Estado, los ciudadanos y las empresas es diaria. ¿acaso no usamos las pistas que hace nuestro municipio todos los días para llegar a nuestros trabajos? La electricidad con la que conectamos nuestras computadoras está proveída por una empresa privada pero regulada por el Estado Para que pueda existir y funcionar la botica del vecindario, esta necesariamente ha debido gestionar la obtención de los permisos municipales, autorizaciones de la dirección de salud correspondiente, registro de su nombre en el INDECOPI, entre otras muchas interacciones adicionales.

2. ENTONCES, ¿CÓMO HARÍAMOS?

El primer paso necesario es entender qué pueden hacer los unos y los otros. Los privados gozan de la facultad de hacer todo lo que la ley no les prohíbe en tanto la actividad que realizan no sea ilegal, estará permitida Diferente es el caso de lo que sucede en el Sector Público, los funcionarios se encuentran limitados a hacer exclusivamente lo que la ley prescribe El funcionario público que es muy creativo en sus gestiones va a prisión, o por lo menos, es investigado y procesado; y ese miedo, en muchos casos, es paralizante

Sin embargo, esta situación no ocurre únicamente en el Perú De hecho, los Estados latinoamericanos enfatizan las normas administrativas como forma de gestión y de control, y ello puede resultar en importantes rigideces burocráticas, reduciendo la capacidad de los gestores públicos de usar su criterio y tomar decisiones haciendo céleres los procesos Como menciona Mariana Chudnovsky [1] el Estado "tiene una estructura y cultura organizacionales, una legalidad que la sustenta y en la que conviven cargos políticos y técnicos Esta institucionalidad limita los grados de libertad de las decisiones (...)" [2]

Pero vaya mos más atrás: ¿Cuáles son las diferencias básicas entre las entidades públicas y privadas?

En las organizaciones privadas, la racionalidad está orientada necesariamente a la maximización de beneficios económicos, a generar utilidades, donde se obtienen beneficios monetarios en función al desempeño eficiente Sin embargo, en el Sector Público, la racionalidad depende de los objetivos que persigue el Estado, lo cual suele ser la equidad y el bienestar general de sus ciudadanos Por otro lado, como mencionan Espinoza y Huaita, "la experiencia en la aplicación de incentivos al interior de las empresas privadas es extensa, (pero) no es así en el sector público donde su aplicación ha sido más bien limitada" [3]

En adición, las entidades públicas tienen por lo general múltiples objetivos, con los desafíos de medición de rendimiento que esto implica.
En el caso de los privados, el mercado es el que genera los incentivos por sí mismo; los resultados dependen de la productividad de la empresa No obstante, para el Sector Público no hay un mercado, funciona más bien con un sentido de responsabilidad, donde el reconocimiento y la obtención y acumulación de poder son un motor par a la consecución de los objetivos

Otra diferencia sustancial es la presupuestal: mientras en el sector privado el presupuesto depende de las ganancias —lo que les permite acumular capital—, en el sector público depende del acceso al poder Como se ve al final de cada año, al producirse en el Congreso la discusión para la asignación del Presupuesto Público, la deliberación se centra en financiar la agenda gubernamental y política, y mantener los servicios que ya se proveen en niveles aceptables Hay una diferencia adicional mientras que en la Administración Pública existe un incentivo perverso para gastar todo el presupuesto anual (puesto que caso contrario, la entidad debe devolver los recursos no utilizados y su asignación del año siguiente se reduce por su falta de capacidad de gasto), en el sector privado lo que no se gasta se capitaliza y puede ser reconocido y premiado.

Las diferencias continúan y se acentúan en términos laborales y salariales, los privados tienen alicientes para invertir en su personal porque eso se ve reflejado en sus ganancias En el caso de Sector Público, hay una fuerte inamovilidad laboral, salarial (incluso cuando las personas están en el régimen laboral privado) y no hay incentivos para invertir en capacitación Es más, en muchas entidades públicas se considera "gasto" capacitar a sus trabajadores La implementación del Servicio Civil y una real carrera pública podrían generar cambios en este tema, pero lamentablemente, la reforma ha perdido el impulso inicial y las autoridades políticas ya no tienen su implementación en la agenda.

En materia de compras hay una diferencia importantísima: los privados contratan y compran con libertad total Los procedimientos internos están destinados a obtener el resultado deseado, pueden negociar y establecer relaciones permanentes con proveedores y clientes En el sector público, el tema es exactamente

[1] Chudnovsky, M. (2015). Estrenar gobierno no es estrenar Estado. Buenos Aires: Diario La Nación.
[2] Espinoza, H., & Huaita, F. (2012). Aplicación de incentivos en el Sector Público. Lima: Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas.

al revés todas las adquisiciones están bajo las reglas de licitaciones concursos, y los procedimientos son exógenos y generales para todas las organizaciones En adición a ello, si los funcionarios negocian, pueden ser sujetos a denuncias por corrupción y no pueden desarrollar tratos permanentes. En suma, las empresas y personas naturales pueden comprar y negociar libremente (con la única restricción de la legalidad de sus tratos), pero en el Estado el principio de transparencia obliga a realizar procedimientos públicos, extensos y eventualmente, con criterios que en otras circunstancias no se exigirían.

Como consecuencia de lo anterior los privados hacen negocios, valga la redundancia, si hay negocio. Si este no es rentable, lo cierran, lo fusionan. En cambio, en el Sector Público, las actividades se realizan por la necesidad de atender una política en específico o por razones políticas. Un ejemplo típico es cuando el Estado decide comprar uniformes a microempresarios, aun cuando estos sean más caros, si es que el objetivo es impulsar a este sector Los privados suelen tener una misión y metas definidas, con clientes claros y donde el mercado es el que asigna los recursos. Por otro lado, en la Administración Pública, la misión y las metas son externas y muchas veces, vagas o inconsistentes, con clientes poco claros o, eventualmente cautivos.

Finalmente, en el Sector Público, las instituciones están bajo una cadena de mando jerárquica, hay monopolios de servicios y se promulgan los reglamentos, además de ser permeables a grupos de poder o interés. Mientras tanto, el sector privado, tiene la libertad de gerencia, compite por precios y prioriza sus resultados.

En suma, públicos y privados son diferentes porque, en primer lugar, en el Sector Público el mercado es sustituido como asignador de recursos por el proceso político plural, con autoridades fragmentadas, donde el disenso y conflicto son legítimos En adición, ante la ausencia de precios, falta correspondencia entre el financiamiento y los resultados En segundo lugar el Estado es un instrumento para cumplir objetivos sociales, para cubrir necesidades públicas definidas por el proceso político. En tercer lugar, la naturaleza del proceso de creación de valor es diferente al de la actividad privada el valor público se determina en función de la percepción social sobre la forma en que el proceso político administrativo responde a las demandas. Es decir, las acciones del Estado reflejan valores y deseos de sus ciudadanos. Un ejemplo es vacunar para proteger a los niños o la atención oportuna de desastres Por último, en el Sector Público hay dificultades para medir el valor creado por la carencia de precios y por la relación causal poco clara entre los productos y resultados o impacto

3. ¿Y AHORA? ¿NO NOS ENTENDEREMOS NUNCA?

Sería muy fácil decir que hay que trasladar las formas y usos privados a la función pública De hecho, es muy común escuchar a personas que celebran el paso de una persona que trabaja en el sector privado a la Administración Pública y dicen que "al fin" van a "meterle gerencia" Un momentito, no es así de fácil Hay algunas de las formas que sí pueden ser trasladadas a la Gestión Pública y otras no.

En los últimos 30 años, en varios países se ha impulsado la utilización de herramientas de la gerencia privada en la Administración Pública. Hay tres ideas detrás: la primera es la gestión por objetivos aislando actividades concretas tanto unas de otras como de la autoridad directa. Una segunda idea es que es posible la evaluación del rendimiento en forma completa y adecuada a través de medidas objetivas. La tercera idea es que las actividades pueden confiarse a directivos profesionales autónomos del mandato político y responsables del rendimiento.

Pero hay problemas con este traslado simple de herramientas Para empezar, aislar las actividades de gobierno del control jerárquico directo en la forma como lo prescribe la gestión privada, supondría mandatos claros dados en la esfera política para que sean ejecutados en la administrativa. Para ello, se requeriría de políticas estables en el tiempo y a los políticos al margen de su implementación Pero, la realidad es que las actividades y organizaciones del gobierno están interconectadas; no son agentes aislados como las empresas

De otro lado, las políticas son un proceso de aprendizaje y error ¿Cómo medimos entonces? ¿Cuál es la valoración correcta? Si el gerente puede resolverlo todo, ¿acaso esperamos que la ministra, el alcalde o

el presidente de la agencia observen sin intervenir? ¿Quién se entera de qué quieren los ciudadanos?

Ante estas disyuntivas, las lecciones aprendidas de los últimos años, tanto en el Perú como en otros países, son varias: Por un lado, es que debe evitarse mezclar las decisiones políticas con las de gestión. Por otro lado, otras lecciones son que debe preferirse las decisiones que favorezcan a los ciudadanos sobre las de la burocracia, tratar de introducir competencia entre servicios públicos para promover competitividad e innovación, priorizar los resultados por encima de las reglas, financiar los productos y no los procesos de producción, priorizar la prevención sobre la curación, descentralizar las decisiones lo más cerca al ciudadano, y, trasladar al mercado o simularlo cada vez que se pueda. No todo se hace, pero lo cierto es que los gerentes públicos modernos buscan dirigirse hacia la implementación de todas estas lecciones.

4. UNA OPORTUNIDAD

El Estado es un comprador vigoroso y genera muchas oportunidades de negocio para las empresas. Pero, como dijimos al inicio, las desconfianzas mutuas son muy altas. Quizá el inicio sea reconocer que hay entidades públicas excelentes con funcionarios impecables (¡hay más de 1.3 millones de servidores civiles!) así como hay empresas que trabajan correctamente, con calidad y que contribuyen enormemente con nuestro país.

Para que podamos desarrollarnos profesionalmente en cualquier área es necesario saber que tanto empresas como Estado son como la música ambiental: están en todos lados.

Por ello, un país que crece debe elevar la calidad de las relaciones y la confianza entre organizaciones y ciudadanos.

Siempre hay una oportunidad de avanzar, el punto es no dejarla pasar. Los eventos de corrupción ocurridos hace un año atrás en la región quizá sean la oportunidad que necesitamos para elevar la calidad del relacionamiento. los ciudadanos están demandando de empresas y Estado, mayores estándares de transparencia, cumplimiento y sostenibilidad. Necesitamos instituciones fuertes, gremios, empresas que fortalezcan su gobierno corporativo, personas comprometidas con su país y entidades públicas al servicio de las personas. A lo mejor es el momento de generar espacios de encuentro para alinear las políticas de integridad necesarias para hacer negocios y desarrollar nuestros países. Y que ese sea el inicio de un relacionamiento de calidad y largo plazo.

Interpretación constitucional: La técnica jurídica de la aplicación de las normas en clave constitucional

VÍCTOR GARCÍA TOMA

CONSTITUCION

DE LA REPUBLICA.

EL LIBERTADOR RAMON CASTILLA,

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA.

Por cuanto el Congreso, reformando la Constitucion política de Perú del año de 1856, ha sancionado la siguiente:

Bajo la proteccion de Dios:—El Congreso de la República, autorizado por los pueblos para reformar la Constitucion política del año de 1856, da la siguiente:

ART. 04

Interpretación constitucional: La técnica jurídica de aplicación de las normas en clave constitucional

VÍCTOR GARCÍA TOMA

Abogado por la USMP. Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villareal. Ex Presidente y Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Ministro de Justicia. Fue Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actual socio del Estudio Benites, Vargas & Ugaz

SUMARIO

1. Introducción 2. La aplicación de las normas en el tiempo 2.1 Causas extrínsecas 2.2 Causas intrínsecas. 3. La distinción terminológica en relación a la cesación de vigencia de las normas. 4. Principios de aplicación de las normas en el tiempo.

PALABRAS CLAVES

Precepto legal, Norma jurídica, Presupuesto de hecho, Consecuencia jurídica, Situación jurídica, Relación jurídica, Ordenamiento jurídico, Inconstitucionalidad, Ilegalidad, Abrogación, Principio legal

1. INTRODUCCIÓN

Esta modalidad técnica hace referencia al traslado del proceso de interpretación y aplicación de una norma a un caso particular y concreto.

Desde una perspectiva doctrinaria es ampliamente aceptado que la aplicación de un precepto legal consiste en incorporar lógicamente el caso concreto, en el supuesto abstracto contenido en aquel, a fin de atribuirle sus consecuencias normativas (asignación de derechos o deberes).

En casi todas las normas jurídicas, existe un supuesto que contiene los presupuestos de hecho y las consecuencias jurídicas que declaran los efectos o resultados jurídicos, lo que se concreta en la asignación de un derecho subjetivo, un deber jurídico, en ciertos estados o situaciones de trascendencia jurídica.

En este proceso de aplicación aparecen los siguientes pasos fundamentales:

i. La clara determinación del suceso (hecho o acto, situación o relación jurídica).
ii. La determinación de la norma, en función al tiempo y al espacio de aplicación: en cuyo supuesto se incluye el suceso generador de una relación jurídica (precepto jurídico aplicable al caso particular y concreto).
iii. La determinación de la consecuencia jurídica (asignación de derechos o deberes).

Ahora bien, en relación al suceso o casus que genera la aplicación de una nueva norma jurídica, cabe distinguir los conceptos siguientes:

· **El hecho o acto jurídico.-** Es aquel suceso que produce o genera el efecto de adquirir, modificar, transferir o extinguir un derecho u obligación, tal es el caso de la muerte, el nacimiento, un accidente automovilístico, la celebración de un contrato, la constitución de una asociación, etcétera. Cabe señalar que el hecho tiene un carácter involuntario; en tanto que el acto jurídico deviene en aquella manifestación de voluntad que puede ser unilateral, bilateral o plural. En ambas circunstancias se permite establecer la certeza de originar una consecuencia prevista por el derecho.

La situación jurídica.- Es el haz de derechos, deberes, calificaciones y obligaciones que recibe una persona al adoptar un status determinado frente al derecho: es el caso del trabajador, el ciudadano, el consumidor, cónyuge, usuario, etcétera.

· **La relación jurídica.-** Alude a las diversas vinculaciones que se producen entre personas que ostentan una determinada situación jurídica. Tal el caso del comprador y el vendedor; el mando y la mujer; el empleador y el trabajador; etcétera. En ese contexto, es dable advertir que el concepto "calificación" consiste en determinar la naturaleza jurídica de una situación de hecho o de una cuestión de derecho a fin de referirlo a los alcances de una norma particular y concreta.

Lo expuesto conlleva a declarar que los hechos o actos, las relaciones y las calificaciones jurídicas, determinan el denominado problema de aplicación de las normas en el tiempo. En ese sentido, el suceso o la vinculación intersubjetiva plantea la creación de derechos y deberes para con la persona o entre las personas implicadas en dicho efecto o relación jurídica.

2. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO

Según lo que señala Rocha[1], en el ordenamiento jurídico de un Estado, el tiempo cumple un papel trascendente en la vida social, ya que alrededor de este se instituyen y organizan las instituciones legales para el establecimiento de los derechos y deberes subjetivos.

En esa perspectiva, durante dicho lapso se configuran los "preceptos solución" a los hechos sociales controvertidos. Es así que el tiempo de vigencia de una norma está marcado por su fecha de entrada en vigor y por la de su cesación.

La doctrina considera que la entrada en vigor de una ley comienza en el momento establecido por ella de manera expresa o tácita; esto es tomando como referencia a una fecha jurídicamente determinada o determinable.

Lo referido supone que no siempre una disposición legal entra en vigor tan pronto es publicada; es decir, de manera inmediata. Ello en razón de que el legislador puede disponer que el inicio de su vigencia se aplace pro tempore con el objeto de promover el conocimiento de la norma, la preparación de los órganos del Estado o de los particulares para su aplicación y cumplimiento adecuado. A este periodo, contado por disposición legal desde la publicación de la norma hasta su entrada en vigencia se le denomina vacatio legis.

Ahora bien, la vigencia de la norma puede terminar por cualquiera de las causas siguientes:

2.1. Causas extrínsecas

En este caso, la pérdida de vigencia de la norma jurídica surge por causas externas a la ley, ya sea porque esta es abrogada, derogada o modificada por otra, expresa o tácitamente; o por la expedición de una sentencia con fuerza anulatoria expedida por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial en los casos de procesos Acción de Inconstitucionalidad y Acción Popular, respectivamente.
En suma, la vigencia de la ley fenece por la aparición de otra nueva de contenido opuesto o por un acto jurisdiccional con declaración expresa de inconstitucionalidad o ilegalidad.

2.2. Causas intrínsecas

En este caso, la pérdida de vigencia surge por causas inherentes a la misma disposición legal, cuando esta establece per se un término de perención expresa o tácita, o puede deducirse su inaplicación en el ordenamiento jurídico.

[1] ROCHA, C. (2010) Introducción al derecho. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Por un lado, Batlle[2] señala que no es necesario que se expida una nueva norma para que otra cronológicamente anterior quede sin efecto, "cuando esta lleva en su propio seno la indicación de su cese".
Ello sucede cuando una ley tiene carácter temporal y marca el término de su propia vigencia, ocurrido el cual, cesará por su propia virtualidad. Esto mismo ocurre cuando es dictada para una determinada circunstancia o finalidad, las mismas que en el tiempo fenecen.
Así también, Cárdenas[3] consigna que la disposición legal puede perder su vigencia, por causas intrínsecas, en los casos siguientes:

- En forma expresa

  Cuando ha transcurrido el término de duración fijado por ella de manera explícita. Tal es el caso de la Ley Anual de Presupuesto.

- En forma tácita

  -Cuando ha sido dictada en función de una circunstancia pasajera. Tal es el caso de una calamidad pública, guerra, revolución, entre otros casos.

  -Cuando la norma está vinculada a cierto propósito o finalidad, resultando de ello su carácter temporal. Tal el caso de las disposiciones transitorias dictadas para regular el tránsito de una norma a otra.

  -Cuando desaparece la circunstancia que le dio origen, o cuando a través de su aplicación se alcanza el propósito u objeto para el que fue dictada. Tal es el caso del cambio de Constitución o se efectúa una reforma parcial de la misma. Así, a guisa de ejemplo, ello se presentaría en el caso que mediante una enmienda se estableciese el sufragio facultativo, por ende, perdería vigencia la sanción administrativa de multa por omisión de sufragio otrora preexistente, por la extinción del sufragio obligatorio, derivada de aquella.

En este último supuesto se trata de un proceso de cesación indirecta de normas "sometidas" jerárquicamente, en razón de haberse generado la pérdida de efectividad de aquellas normas que dependen de institutos abrogados o derogados; y cuya pervivencia no solo carecería de fundamento, sino que como bien afirma Espinoza[4] "estarían en pugna con las innovaciones legislativas introducidas".
La entrada en vigor de las leyes y demás normas de su categoría está contemplada en el artículo 109° de la Constitución; en donde se señala lo siguiente:

Artículo 109°
"La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Asimismo, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estipula que:

Artículo 3
" [...]
2.- Los derechos supremos [...]. Rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial 'El Peruano' salvo disposición expresa". ión en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Del mismo modo, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que los Decretos Supremos rigen desde el día siguiente de su publicación, salvo disposición expresa en otro sentido, y que las resoluciones imperan desde la fecha en que son expedidas, salvo los casos en que requieren notificación o publicación, cumplido lo cual empiezan a regir.

---

[2] Batlle, M. (1978) Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Madrid: Edersa.
[3] Cárdenas, C. (1989) Límite temporal de las normas jurídicas: cesación de su vigencia. [Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil]. Lima: Universidad de Lima.
[4] Espinoza, J. (2003) Los principios contenidos en el título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

3.LA DISTINCIÓN TERMINOLÓGICA EN RELACIÓN A LA CESACIÓN DE VIGENCIA DE LAS NORMAS

Respecto a la distinción terminológica en relación a la cesación de vigencia de las normas, la doctrina predominante ha establecido la siguiente clasificación:

- **Derogación propiamente dicha.-** Consiste en dejar sin efecto una norma de manera parcial.
- **Abrogación.-** Consiste en dejar sin efecto una norma de manera total.
- **Modificación.-** Consiste en dejar sin efecto una parte de la norma a efectos de reemplazarla por otro texto.
- **Subrogación.-** Consiste en reemplazar una norma por otra.
- **Derivación.-** Consiste en quedar sin efecto una norma, por la cesación de algún tipo sufrida por otra conexa a ella.

En el caso de la derogación propiamente dicha o la abrogación, esta será expresa cuando la norma posterior en el tiempo declare que su antecesora perdió vigencia, y será tácita cuando el objeto regulado por la antigua norma deviene en incompatible en atención a que la materia de aquella se encuentra actualmente regulada íntegramente por la norma nueva.

4.PRINCIPIOS DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS EN EL TIEMPO

La aplicación de la ley en el tiempo implica, de un lado, aclarar el supuesto de hecho relevante que se repite en las disposiciones cronológicamente sucesivas; y, del otro, determinar la ejecución de un principio de aplicación, tras develar el cumplimiento o no cumplimiento plenario del supuesto de hecho relevante para la asignación de consecuencias jurídicas.

En relación a lo antes expuesto, para la correcta aplicación de la norma en el tiempo se requiere conocer lo siguiente:

i. Existencia de situaciones y relaciones jurídicas existentes a la fecha de entrada en vigencia de la disposición cronológicamente "sucesora" en el tiempo de otra homóloga en jerarquía y materia.

ii. Existencia de situaciones y relaciones jurídicas preexistentes a la fecha de entrada en vigencia de la disposición cronológicamente "sucesora" en el tiempo y de otra homóloga en jerarquía y materia.

iii. Existencia de situaciones y relaciones jurídicas inéditas a la fecha de entrada en vigencia de una disposición legal.

La doctrina ha establecido al respecto cinco pautas basilares de aplicación; la primera de ellas, conocida como principio de aplicación inmediata, tiene alcances de uso general; en tanto que los restantes son empleados de manera excepcional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

-La aplicación inmediata-

Inicialmente Moisset de Espanes[5] expone que es aquel principio por el cual la aplicación de la nueva disposición opera hacia el futuro presto y contiguo; esto en cuanto afecta los hechos, situaciones y relaciones jurídicas generadas con posterioridad inmediata a su vigencia.

En esa orientación Catenacci[6] señala que dicha pauta basilar es asegurable a las nuevas relaciones jurídicas o a los efectos de las situaciones que hubieren quedado pendientes a pesar de haber surgido de una ley anterior.

Dicho efecto encuentra sus límites en el principio de irretroactividad, que veda aplicar la nueva disposición a situaciones o relaciones jurídicas ya integral y plenariamente constituidas, o a los efectos ya producidos al amparo de otra precedente en el tiempo.

Así también, Moreno[7] señala que se trata de un principio de política jurídica según el cual las nuevas normas no pueden volver al pasado para alterar lo ya efectuado al amparo de la legislación anterior.

En suma, la regla in genere es que la ley rige todos los hechos que se produzcan durante su vigencia.

[5] Moisset de Espanes, L. (1978) Irretroactividad de la ley y el nuevo artículo 3 del Código Civil. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.
[6] Catenacci, I. (2006) Introducción al derecho. Buenos Aires: Astrea.
[7] Moreno, R. (2001) Diccionario de ciencias penales. Buenos Aires: Ad Hoc.

·El caso de la norma preconstitucional

Cuando en una comunidad política se produce por la vía de un proceso constituyente el cambio de la Constitución, las normas dictadas con anterioridad a su vigencia, reciben la denominación de normas preconstitucionales.

La validez de estas normas esta sujeta a la acreditación de su coherencia, armonía y respeto a los principios, valores, instituciones, categoría y disposiciones contenidas en el nuevo texto supra
Su permanencia en el ordenamiento queda ligada a dicho proceso de corroboración a cargo de los operadores administrativos y judiciales.

M&C COMMERCE S.A.C

VENTA AL POR MAYOR ESPECIALIZADA

M&C
commerce
Ventas y Servicios

Señales INDUSTRIALES

PROFESIONALES EN SEÑALIZACIÓN

ESPECIALISTAS EN SEÑALIZACIÓN
DE SEGURIDAD INDUSTRIAL

- Asesoramiento
- Diseño
- Venta
- Fabricación
- Instalación



ventas@señalesindustriales.com
998 287 460

Disposición unilateral de bienes sociales: ¿Nulidad o ineficacia? A propósito del octavo pleno casatorio

ALAN PASCO ARAUCO

ART. 05

Disposición unilateral de bienes sociales: ¿Nulidad o ineficacia? a propósito del octavo pleno casatorio

ALAN PASCO ARAUCO

Abogado por la UNMSM. Magister en Derecho Civil por la PUCP. Docente en Derecho Civil en la UPC, UNMSM, PUCP y USMP. Asociado del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Autor del libro "Derechos Reales. Análisis de jurisprudencia de la Corte Suprema".

SUMARIO

1. Introducción. 2. Las formas en que puede presentarse la controversia. 3. El artículo 315° CC es una norma innecesaria y como tal no resuelve el problema. 4. La nulidad debe ser descartada como remedio. 5. ¿Y cuál es la diferencia práctica entre que sea nulo o ineficaz? 6. ¿Y cómo queda la posición del tercero? Tres posibles escenarios. 7. Los presupuestos para que el tercero merezca protección. 8. Críticas contra la protección registral del tercero (A). 9. Algunos casos luego de la Audiencia del Octavo Pleno. 10. Conclusión: ¿qué es lo realmente en juego?

PALABRAS CLAVES

Cónyuge, Sociedad conyugal, Registros Públicos, Legitimidad para contratar, Ineficacia, Nulidad, Propietario, Tercero, Contrato válido, Buena fe.

1. INTRODUCCIÓN

El Octavo Pleno Casatorio busca dar respuesta a la siguiente interrogante al amparo de lo dispuesto en el artículo 315° del Código Civil (en adelante "CC"): ¿cuál es la consecuencia jurídica aplicable a los actos mediante los cuales uno solo de los cónyuges, sin la venia, asentimiento o autorización del otro, dispone de bienes de propiedad de la sociedad conyugal[1]?

Pese a que la Audiencia de dicho pleno se realizó hace ya casi 3 años[2] (sin que hasta la fecha se haya emitido sentencia), el tema mantiene plena vigencia y relevancia, y una muestra de ello son los fallos emitidos por la propia Corte Suprema con posterioridad a la referida Audiencia en donde la interrogante sigue sin ser resuelta de una manera unívoca.

La controversia, tal como se desprende de la forma en que ha sido formulada la pregunta, se ha centrado en la posición del cónyuge afectado: ¿debe demandar la nulidad o la ineficacia del acto de disposición en el que no participó? Poco se ha analizado en cambio, la posición del tercero que contrató con el cónyuge que actuó unilateralmente y que lo hizo desconociendo que se trataba de un bien social. Durante la Audiencia[3] se llegó a decir que aquél no merecía protección, en tanto su actuación no se configuraba dentro de los alcances de la fe pública registral.

[1] Artículo 315° CC: "Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro".

[2] Si bien el problema ha sido planteado en función a los actos de disposición unilateral de los bienes sociales, la conclusión a la que se llegue en el Octavo Pleno será íntegramente aplicable a los actos mediante los cuales se grave unilateralmente un bien de propiedad de la sociedad conyugal.

[3] VIII Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República realizada el día 22 de diciembre de 2015.

[4] Corte Suprema de Justicia de la República (22 de diciembre de 2015). VIII Pleno Casatorio Civil [Archivo de video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=E0e1cABGMNA [Consulta: 4 de junio de 2018].

Desde mi punto de vista, tan importante como establecer el remedio del cual puede valerse el cónyuge afectado, lo es el determinar qué tipo de protección puede legalmente plantear el tercero adquirente frente a dicho remedio (ya sea la nulidad o la ineficacia). Mi intención en el presente trabajo es, precisamente, abordar dicho tópico, tanto desde un punto de vista de lege lata (cuál es la solución al amparo de la normativa vigente) como de lege ferenda (al margen de la normativa vigente, cuál es la solución idónea o deseable para el caso que se está analizando).

2. LAS FORMAS EN QUE PUEDE PRESENTARSE LA CONTROVERSIA

La disposición unilateral de un bien social por parte de uno solo de los cónyuges puede presentarse de alguna de las siguientes formas:

i. Titularidad real de la sociedad conyugal pero titularidad registral a favor de uno sólo de los cónyuges

Imaginemos que la sociedad conyugal conformada por C1 y C2 es propietaria de un inmueble. Sin embargo, por diversas razones, el bien se encuentra inscrito sólo a nombre de uno de ellos (C1), quien valiéndose de dicha situación – y sin el asentimiento de C2 – lo transfiere o grava a favor de "A"[5], quien inscribe su adquisición.

Como se podrá notar, este es un caso de venta de bien ajeno, regulado en el artículo 1539° CC[6].

2.1.. Poder inscrito a favor de uno de los cónyuges pero que ya fue revocado

En este segundo escenario, la titularidad real y la registral coinciden, es decir, el bien es de la sociedad conyugal y así consta en el Registro. Sin embargo, en algún momento C2 otorgó a favor de C1 un poder para que éste pudiese actuar en nombre de la sociedad conyugal para disponer o gravar el bien a favor de un tercero. Dicho poder se inscribió en el Registro y luego de ello se revocó, sin embargo, dicha revocación no se registró, con lo cual se genera una disociación entre la realidad y el Registro: este último publicita la existencia de un poder que en realidad, no existe más. Valiéndose de esta apariencia que le otorga el Registro C1 dispone o grava el bien a favor de A quien procede a inscribir su adquisición. Punto de vista de lege lata (cuál es la solución al amparo de la normativa vigente) como de lege ferenda (al margen de la normativa vigente, cuál es la solución idónea o deseable para el caso que se está analizando).

Este es un caso de representación defectuosa, regulado en el artículo 161° CC.

3. EL ARTÍCULO 315° CC ES UNA NORMA INNECESARIA Y COMO TAL NO RESUELVE EL PROBLEMA

En la gran mayoría de los fallos (por no decir todos) que se pronuncian sobre el tema en controversia (en especial los de la Corte Suprema), se cita el artículo 315° CC. Esta es la norma de cuya (correcta) interpretación dependería la solución del caso. No me encuentro de acuerdo con la relevancia que se le pretende dar al 315° CC, pues de dicha norma ninguna conclusión puede extraerse a efectos de determinar si el remedio para el cónyuge perjudicado con el acto de disposición debe ser la nulidad o la ineficacia.

El artículo 315° CC se limita a establecer que para disponer de bienes de la sociedad conyugal deben participar ambos cónyuges, lo cual resulta obvio si es que tenemos en cuenta que desde la Constitución de 1979 se reconoció la igualdad entre hombre y mujer: si ambos tienen iguales derechos y deberes, la natural consecuencia es que ambos deban otorgar su asentimiento para que un bien de la sociedad conyugal (que ambos conforman) pueda salir de su patrimonio. ¿Se imaginan que una norma del CC estableciera que basta con el asentimiento del hombre para vender un bien social y no así en caso de que quien celebrase el

[6] Artículo 1539° CC.- La venta de bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador, salvo que hubiese sabido que no pertenecía al vendedor o cuando éste adquiera el bien, antes de la citación con la demanda.

[7] Artículo 161° CC.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

acto de disposición fuese la mujer? Ello sería claramente discriminatorio y atentaría contra el principio de igualdad.

Por otro lado, ¿sería acaso necesario que una norma del CC dijera que los bienes de propiedad de "A" sólo pueden ser vendidos o gravados por éste y no por "B", "C" o "D"? Esta norma resultaría obvia, pues quién más, sino el propietario, es el legitimado para disponer de sus bienes. Pese a esta obviedad, el artículo 315° CC se ha encargado de establecer que los bienes de propiedad de la sociedad conyugal sólo pueden ser transferidos o gravados por la sociedad conyugal.

Lo importante en realidad, es preguntarnos de cuántas formas puede vulnerarse el mandato (que como ya dije, resulta obvio) que establece el 315° CC. Desde mi punto de vista, cada vez que alguien distinto a la sociedad conyugal, dispone o grava los bienes de propiedad de ésta, se vulnera el 315° CC. Y esto puede ocurrir de las dos maneras que ya señalé en el numeral precedente: (i) que alguien se arrogue falsamente un poder que le permita vender o grabar los bienes de la sociedad, con lo cual estaremos ante un supuesto de representación defectuosa; y (ii) que alguien se haga pasar como el propietario sin serlo. El primero es un supuesto de representación defectuosa, con lo cual estaremos ante un caso de venta de bien ajeno. Lo que asemeja a estos supuestos es que, en ambos el sujeto que actúa disponiendo del bien lo hace sin la necesaria "legitimidad para contratar" (sobre esto volveré en el numeral siguiente).

Por ello, considero que el 315° CC es una norma innecesaria primero porque establece una verdad de Perogrullo (sólo el propietario puede disponer de sus bienes), y en segundo lugar, porque el remedio para los casos en donde alguien dispone de un bien sin estar facultado para ello, ya se encuentra regulado en otras normas del CC. ¿Qué pasaría si el 315° CC dejase de existir? Simplemente nada. Por eso, la solución del Octavo Pleno – tal como está planteada la controversia, a efectos de que escojamos entre la nulidad y la ineficacia – no requiere de una interpretación del 315° CC, sino de un adecuado entendimiento del vicio que se encuentra presente tanto en el caso de la venta de bien ajeno como en uno de representación defectuosa, y este vicio – como ya indiqué – no es el otro que el de la ausencia de legitimidad para contratar, lo cual acarrea la ineficacia – y no la nulidad – del acto de disposición).

4. LA NULIDAD DEBE SER DESCARTADA COMO REMEDIO

Con el término "legitimidad para contratar" se hace alusión a una particular relación de "competencia" o "equivalencia" entre el sujeto que celebra el contrato con el objeto sobre el cual se pretende actuar; dicho requisito es el que permite "alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado"[8], sin legitimación como un requisito de las partes contratantes, el contrato no puede surtir efectos jurídicos"[9]. Es precisamente por ello que la ausencia de legitimidad afecta al contrato en su fase de eficacia y no de invalidez; es decir, un acto celebrado por quien carece de la legitimidad necesaria resulta perfectamente válido, pero deviene en ineficaz frente al verdadero titular del derecho que se ha pretendido transferir.

Pensemos en quien se hace pasar como mi representante (sin serlo) y celebra una compraventa sobre mi casa; dicho contrato es perfectamente válido, pero resultará ineficaz frente a mí (que soy el verdadero titular de la situación jurídica que se pretendió transferir) en tanto el vendedor carecía de un requisito de eficacia el contrato, como lo es la legitimidad para contratar.

Pero esta no es la única razón por la que considero que la nulidad debe ser descartada como un remedio para el caso planteado por el Octavo Pleno. Adicionalmente a ello, debemos tener en cuenta que ninguna de las causales que se suele invocar para sustentar dicha nulidad encuentra justificación legal. A continuación, analizaré por separado cada una de ellas:

4.1. Objeto jurídicamente imposible:

[8] Abeti, E. (2000). Teoría General del negocio jurídico [Traducción y concordancias con el derecho español por Martín Pérez]. Granada: Editorial Comares.

[9] Morales Hervias, R. (setiembre-octubre 2005). Validez y eficacia de los actos de disposición y de gravamen en la sociedad de gananciales: El concepto oculto en el artículo 315° del Código Civil. Revista Jurídica del Perú, (64), 174. Trujillo: Editorial Normas Legales. El mismo autor desarrolla más ampliamente el tema de la legitimidad en: Morales Hervias, R. (febrero 2007). Legitimidad para contratar. La protección de la sociedad de gananciales vs. La publicidad registral. Revista Actualidad Jurídica [Tomo 159], 33-40.

Se suele sostener que nadie puede transferir mas derecho que el que uno mismo tiene" de lo cual se concluye que vender un bien que a uno no le pertenece constituye un imposible juridico

La realidad sin embargo es muy distinta: el articulo 1409° CC habilita expresamente la contratación sobre bienes ajenos, lo cual descarta plenamente que estemos ante un imposible junclico El tipico caso de un contrato con objeto jurídicamente imposible es aquél que recae sobre bienes que se encuentran fuera del comercio, por ejemplo, la transferencia de bienes de dominio público (vender un parque o parte de la playa) Si la propia normativa del CC contiene una disposicion que admite que los contratos recaigan sobre bienes ajenos, queda descartada cualquier argumentacion que considere a los "bienes ajenos" como excluidos del tráfico económico

4.2. Falta de manifestación de voluntad:

En principio la "falta de manifestación de voluntad como causal de nulidad de un acto hace referencia a la manifestacion de una de las partes que supuestamente ha participado en la celebración del acto[1] Piénsese en el propietario ("A") de un bien cuya firma es falsificada en un contrato de compraventa a favor de "B" "A" podra demandar la nulidad de dicho contrato por falta de manifestación de voluntad, pues supuestamente ha participado en un acto respecto del cual, en realidad, nunca formó parte Es decir, la "falta de manifestacion de voluntad" se configura como una causal de nulidad ante la ausencia de la declaración de quien se dice que participo en el acto pero en realidad no lo hizo.

Algo distinto ocurre en la "venta de bien ajeno" En la compraventa que hace uni lateralmente uno de los conyuges no se dice que quien actúa es la sociedad conyugal todo lo contrario, la sociedad ni es mencionada, pues en todo momento se busca crear la apariencia de que el propietario (y legitimado para disponer del bien) es el cónyuge que vende Siendo así, la sociedad conyugal no podría demandar la nulidad de dicho contrato señalando que falta su voluntad pues formalmente ella ni siquiera actuó como parte en dicho acto

Ademas – y esta es una segunda razón por la que esta causal debe ser descartada - no es del todo cierto que "falte una manifestacion de voluntad" el contrato se ha formado con la voluntad de quien vende (sin ser propietario) y de quien compra, lo que pasa es que la voluntad manifestada por el lado del vendedor (cónyuge que actúa unilateralmente) no es la "idónea" y/o suficiente para lograr que el acto despliegue sus efectos típicos (la transferencia de la propiedad). Pero este "defecto de suficiencia" no implica una falta de manifestación de voluntad, sino un "vicio" distinto, conocido como "ausencia de legitimidad para contratar circunstancia que – como ya indiqué genera no la invalidez del acto, sino a su ineficacia frente al verdadero propietario.

4.3. Fin ilicito:

Se podria pensar que nos aproximamos a un contrato con fin ilicito cuando ambas partes (vendedor y comprador) conocen la ajenidad del bien y pese a ello contratan sobre el mismo Sin embargo, nuestro ordenamiento juridico no sanciona con nulidad dicho contrato, en tanto el propio articulo 1537° CC le reconoce los efectos de la "promesa del hecho de un tercero"[2], es decir el vendedor no propietario se obliga a lograr que su contraparte adquiera finalmente la propiedad (lo cual podria ocurrir en caso logre convencer al verdadero propietario de vender su bien)

Por otro lado, para aquellos casos en donde sólo una de las partes conoce la ajenidad del bien (el cónyuge vendedor) y lleva a error a su contraparte,

[1] Artículo 1409° CC: "La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: (...) 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa".

[2] Vidal Ramírez Fernando (2011). El acto jurídico, 8va edición, p. 491. Lima: Gaceta Jurídica; y Espinoza, J. (2009). El acto jurídico negocial, p. 491. Lima: Gaceta Jurídica.

haciéndole creer que él es el verdadero propietario (cuando en realidad lo es la sociedad conyugal), nuestro sistema jurídico también tiene regulado un remedio distinto a la nulidad, como lo es a recisión. Así el 1539° CC establece que la venta de un bien ajeno es rescindible a solicitud del comprador siempre que éste haya desconocido dicha ajenidad

4.4. La ineficiencia es el remedio adecuado:

Como conclusión de lo hasta aquí dicho, tenemos que ninguna de las causales que se suele invocar para sustentar la nulidad de la venta de un bien ajeno es satisfactoria. Dicho contrato, antes que nulo, resulta "ineficaz" frente al verdadero propietario por la –ya mencionada –causal de falta de legitimidad para contratar.

Por ello considero un error la conclusión a la que se arribó en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil celebrado en Arequipa el 2015. Según ella, en el acto de disposición unilateral de un bien social "se advierte la falta del requisito de la manifestación de voluntad del cónyuge preterido en la celebración del acto, siendo la manifestación de voluntad un elemento primordial para su validez (artículo 219° inciso 1° del Código Civil). El objeto del acto es jurídicamente imposible, toda vez que la ley establece que para disponer de bienes de la sociedad de gananciales se necesita el consentimiento de ambos cónyuges (artículo 315° del Código Civil). Finalmente el acto jurídico podría contener un fin ilícito, pues existiría la voluntad de engañar y perjudicar al cónyuge que no interviene en dicho acto jurídico".

Este es un error que, espero, no sea replicado en la sentencia del Octavo Pleno Casatorio. El remedio para el cónyuge perjudicado es la ineficacia, por lo que debera solicitar que el acto de disposición le sea inoponible, es decir, que para todos los efectos se considere que la sociedad conyuga sigue siendo la única propietaria.

5. ¿Y CUÁL ES LA DIFERENCIA PRÁCTICA EN T RE QUE SEA NULO O INEFICAZ?

Contra lo que se podría creer, la discusión entre "nulidad" e "ineficacia" no tiene sólo un contenido dogmático o doctrinario: por el contrario, optar por uno u otro remedio trae consecuencias prácticas muy relevantes, principalmente en tres aspectos (i) plazo para demandar; (ii) interés pasible de resarcimiento; (iii) posibilidad de convalidar el acto unilateral.

Identifiquemos a las partes en conflicto para, en función a ello, trabajar en lo que viene: hay un cónyuge culpable (C1) que es quien vende o grava el bien sin el asentimiento del otro cónyuge, que viene a ser el inocente (C2). El acto de disposición que realiza C1 a favor de su contraparte (A) buscará ser atacado por C2, ya sea mediante una demanda de nulidad o ineficacia (si bien yo me inclino por la "ineficacia", la Corte determinará cuál es el remedio correcto).

Analicemos una a una las diferencias entre optar por la nulidad o la ineficacia.

5.1. La posibilidad de subsanar el acto unilateral por parte del cónyuge perjudicado

Si se decide que el remedio adecuado es la ineficacia, entonces el acto de disposición podría ser convalidado por parte de C2 a través de la "ratificación" (y siempre que ello responda a sus intereses). Imaginemos una compraventa en la que C2 no intervino pero que resulta económicamente muy atractiva, y una vez que se entera de la operación esta de acuerdo con ella. ¿La única salida para C2 es atacar dicho contrato o puede convertirlo en un acto vinculante?

Si optamos por el remedio de la nulidad entonces no habrá lugar para la convalidación del acto. La nulidad como tal no admite ninguna forma de subsanación por lo que a C2 no le quedaría otra posibilidad que atacar el contrato, o en todo caso, si está de acuerdo con los términos del mismo tendría que volver a suscribir un nuevo acuerdo tanto con C1 como con A, pero quedará sujeta a la voluntad de estos últimos.

Todo lo contrario ocurrirá en caso

Artículo 1537° CC. "El contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470°, 1471° y 1472°, normas que regulan la 'Promesa de la obligación o del hecho de un tercero'".

el remedio sea la ineficacia sin la necesidad de que C1 y A deban volver a intervenir manifestando su voluntad, C2 queda plenamente legitimada para, de manera unilateral ratificar el acto de disposición y así convertir en eficaz lo que originariamente no lo era.

Y contra esto no podría sostenerse que la ratificación solo la puede realizar quien fue parte del contrato viciado, y no así C2, que tiene la condición de tercero. Imaginemos el caso del arrendamiento que celebra un copropietario sin el asentimiento del resto de copropietarios. los copropietarios no intervinientes son terceros con relación al arrendamiento, y aun así el artículo 1669° CC les otorga la posibilidad de ratificarlo. El error en dicha afirmación probablemente se deba a la confusión entre "ratificación" y "confirmación" este último es el remedio otorgado a quien, siendo parte de un contrato, lo celebró incurriendo en un vicio de la voluntad En la confirmación, a diferencia de la ratificación el remedio sí está reservado para una de las partes del contrato.

5.2. El plazo prescriptorio para accionar

Otra diferencia práctica sustancial radica en el plazo que tendría C2 para atacar el acto de disposición que lo perjudica.

A diferencia de la nulidad, cuyo plazo prescriptorio es de 10 años, la pretensión de ineficacia derivada de la falta de legitimidad para contratar es imprescriptible. En efecto, las acciones de declaración (entre las cuales encontramos también al "mejor derecho de propiedad" y la "prescripción adquisitiva de dominio") dan lugar a pronunciamientos que se limitan a reconocer un estado jurídico que ya existía antes del inicio del proceso, y precisamente por eso son acciones que no se ven afectadas por el paso del tiempo.

Adicionalmente a ello, se debe tener en consideración que legalmente no está regulado un plazo para la pretensión de ineficacia por falta de legitimidad para contratar, y en la medida que "sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción" (artículo 2000° CC), no es posible aplicarle por analogía el plazo prescriptorio de 10 años creado para las "acciones" personales (artículo 2001.1 CC) ni el de 2 años regulado para la "acción" revocatoria (artículo 2001.4 del CC), pues tratándose de normas que restringen derechos, no pueden ser aplicadas por analogía, de acuerdo con el artículo IV del Título Preliminar CC[15]. Entonces, en lo que se refiere al plazo para accionar, el remedio más idóneo para C2 sería el de la ineficacia, pues no está sometido a un plazo prescriptorio como sí ocurre con la nulidad.[16]

5.3. El tipo de interés cuyo resarcimiento puede exigir la contraparte del cónyuge culpa

En un acto de disposición unilateral no sólo el conyuge que no participa del acto resulta afectado. Lo propio podría ocurrir con aquel que contrató con C1 creyendo legítimamente que éste tenía la plena facultad de disposición sobre el bien y desconociendo absolutamente que se trata de un bien social. Cuando esta expectativa de A (puesta en el contrato) resulta defraudada la ley lo habilita para accionar contra su contraparte (C1) a efectos de obtener el resarcimiento del daño generado

Y aquí es precisamente donde apreciamos una última diferencia entre la nulidad y la ineficacia: si la Corte Suprema se inclina por la nulidad, A sólo podrá obtener el resarcimiento del interés negativo, es decir, una suma

[15] La convalidación puede ser considerada un instituto de orden general que especificándose a través los institutos de la confirmación y ejecución voluntaria, encuentra aplicación en relación a las variadas especies de invalidez negocial, con las limitaciones determinadas por la ley. Los instrumentos técnicos, a través de los cuales ella actúa (la convalidación) se presentan o a través de comportamientos negociales (confirmación o ejecución voluntaria) o cuando menos voluntarios (de los cuales no puede ser excluido a priori el carácter negocial) que se determinan según el esquema de la declaración negocial unilateral o de los comportamientos negociales de carácter ejecutivo" Giaco bbe. G (1962) Enciclopedia del Diritto [Vol. X] Voce "Convalida" (diritto privato) (pp. 496-499) Milan: Giuffrè

[16] Ello sin perjuicio de que para ciertos casos de nulidad resulte factible la denominada "conversión".

dineraria mediante la cual C1 lo coloque en la misma posición en que se encontraría si el contrato nunca se hubiese celebrado.

Por ejemplo, pensemos en el costo en que incurrió A para contratar a un abogado que lo asesore de cara a la negociación y celebración del contrato, o en los costos notariales y registrales que demandó la efectiva suscripción e inscripción del documento.

Por el contrario, si la Corte concluye que el contrato entre C1 y A es ineficaz, A podrá exigir el resarcimiento del interés positivo, esto es, una suma dineraria que le permita estar en una situación similar a la que se habría presentado si el contrato hubiese surtido plenos efectos. Por ejemplo, imaginemos las ganancias económicas que A aspiraba a obtener como consecuencia de los acuerdos firmados con terceros, teniendo en cuenta su condición de nuevo propietario del bien. Esta expectativa se vería frustrada por la ineficacia de la compraventa, por lo que A podría exigirle a C1 como resarcimiento una suma dinerana equivalente a la utilidad que habría obtenido.

6. EL TIPO DE INTERÉS CUYO RESARCIMIENTO PUEDE EXIGIR LA CONTRAPARTE DEL CÓNYUGUE CULPA

El debate en torno al Octavo Pleno ha venido girando sólo en torno al cónyuge perjudicado (C2), habiéndose omitido algunas preguntas que me parecen fundamentales ¿Qué remedios tiene el otro contratante (A) que, al igual que C2, podría ser una víctima en toda esta situación? ¿El remedio para A se debe limitar a exigir un resarcimiento de daño generado? ¿Qué tal si A no está interesado* en el resarcimiento, sino que lo que pretende es quedarse como titular del bien? ¿Cuenta con argumentos legales para rechazar la demanda planteada por C2? ¿La normativa vigente lo ampara? He identificado tres posibles escenarios en donde A podría contestar eficazmente la demanda planteada por C2, a efectos de lograr mantenerse como titular del bien pese a haberlo adquirido de – quien como C1 - no contaba con la legitimidad suficiente para actuar.

(i). Primero Supuesto:

El bien le pertenece realmente a la sociedad conyugal, no obstante, el Registro publicita como propietario a C1, quien dispone del bien a favor de A y éste a su vez a favor de B, quien finalmente lo inscribe a su nombre en el Registro.

Frente a la demanda de C2 buscando atacar tales transferencias (tanto la compraventa C1-A como la compraventa A-B), B podría invocar el 2014° CC, en tanto tiene la condición de "tercero" ajeno al contrato que contiene el vicio (contrato C1-A). Además, B figuraba en la partida con facultades para transferir el bien (estaba inscrito como propietario) y al momento en que B lo adquirió, la causa que ahora busca afectarlo (la demanda planteada por C2) no estaba publicitada en la partida.

Este caso, como se podrá apreciar, cumple con todos los requisitos del 2014°, por lo que C2 sólo logrará vencer a B si prueba su mala fe (acreditando, por ejemplo, que conocía de manera extra registral la patología que afectaba al contrato entre C1-A. De no lograrlo entonces el bien permanecerá en poder de B.

(ii). Segundo Supuesto:

El segundo escenario es aquel en donde A, que ha adquirido el bien de C1 (y lo ha inscrito a su favor), no se lo transfiere a B, sino que lo conserva dentro de su patrimonio. Frente a la demanda de C2 encaminada a atacar el contrato C1-A, este último no podrá defenderse invocando el 2014° CC, en tanto no es un tercero respecto de dicho contrato (como sí ocurría con B en el caso anterior), sino que es parte del mismo.

Sin embargo, no deja de tener importancia el hecho de que A haya

*Sin perjuicio de que la ley haya establecido un plazo prescriptorio de 10 años para demandar la nulidad, debe tenerse en cuenta que ésta como medio de defensa (o "excepción sustancial", como se le suele denominar) resulta imprescriptible. Es decir, si alguien me demanda para que yo cumpla con un contrato nulo estoy facultado para defenderme invocando la nulidad del contrato que se pretende ejecutar aun cuando hubiesen pasado más 10 años.

contratado confiando en el Registro, pues en todo momento este último publicitaba a C1 como el legítimo propietario. Precisamente para eso existe el principio de oponibilidad (primer párrafo del artículo 2022° CC), según el cual los derechos reales sobre inmuebles que no estén inscritos en el Registro no perjudican a quienes también adquieres derechos sobre el mismo bien; es decir, solo aquello que está inscrito puede serle oponible y afectar a aquel que contrata sobre ese mismo bien e inscribe su adquisición.

¿Cómo se traslada esto al caso que estamos analizando? C2 con su demanda, busca que se respete el estatus de "propietario" que le corresponde a la sociedad conyugal respecto del inmueble vendido unilateralmente por C1. Es decir C2 busca oponerle a A (que ha contratado sobre el mismo bien y que sí ha inscrito su adquisición) una situación jurídica real (propiedad de la sociedad conyugal) que nunca estuvo inscrita, lo cual es algo que precisamente no permite el principio de oponibilidad.

El caso es similar a la doble venta X vende el mismo inmueble el día 1 a favor de Y (transferencia no inscrita) y el día 2 a favor de Z (transferencia inscrita). En teoría, el contrato entre X-Z es ineficaz porque X ya no era propietario, pero el artículo 1135° CC protege a Z "vence el comprador cuyo derecho primero se inscribió (Z) no siéndole oponible aquello que no se publicitó (adquisición de Y) Z queda protegido no por la fe pública registral sino por el 1135° CC, que no es otra cosa que una manifestación del principio de oponibilidad (cuando compiten dos o más derechos reales vence aquel que haya accedido primero al Registro con buena fe).

Y esto funciona así porque el Registro permite sanear los vicios de ineficacia que afectan al contrato de quien – como Z - inscribe su derecho. Haber contratado con quien no es el real propietario es un vicio de ineficacia que el Registro se encarga de corregir, siempre que aquél que inscribe lo haga de buena fe. Lo que el Registro no puede sanear son los vicios de invalidez (nulidad y anulabilidad) pues como bien señala el artículo 2013° CC, "la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes"

Entonces, tanto la adquisición de Z (en el caso de la doble venta) como la de A (en el caso de la venta unilateral de un bien social), que originalmente resultaban ineficaces por haber sido otorgadas por quien no era el propietario, resultan convalidadas gracias a su inscripción registral, algo que sería inviable si ambos contratos fuesen catalogados como "nulos".

(iii). Tercer Supuesto :

En este tercer escenario, el Registro publicita a la sociedad conyugal como la propietaria, sin embargo también se encuentra inscrito un poder a favor de C2, para que éste pueda disponer o gravar los bienes de la sociedad conyugal. Si bien este poder ya ha sido revocado, se mantiene inscrito en la partida dando la apariencia de encontrarse vigente. Entonces aparece A, quien confiando en la información registral contrata con C1 en su condición de "apoderado" de la sociedad conyugal y compra el inmueble. Frente a la demanda interpuesta por C2, A podrá defenderse invocando el artículo 2038° CC[1], las adquisiciones realizadas por terceros (A es un tercero respecto al negocio de apoderamiento celebrado entre C1 y C2) confiando en poderes inscritos, se mantienen inalterables aun cuando tales poderes, en la realidad, ya hubiesen sido revocados o anulados. Entonces, una vez más A tendrá fundamentos legales para negarse a restituir el dominio a la sociedad conyugal y mantenerse como propietario del bien.

Nótese la racionalidad del artículo 2038° CC: el tercero (A) que adquiere sobre la base de un poder inscrito no se perjudica por aquellas circunstancias vinculadas con el poder (extinción, revocación) que no estaban publicitadas. A contrario sensu, quien contrata sobre la base de un poder no inscrito sí se perjudica por aquellas

[1] Artículo 2038.- El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos.

circunstancias vinculadas con el poder (extinción, revocación) aun cuando no se inscriben.

Me interesa tratar de encontrarle el sentido a la norma. ¿Por qué en el primer caso (poder inscrito) el sistema protege a "A" y en el último (poder no inscrito) no? Lo que sucede es que el sistema debe otorgar algún tipo de seguridad para que la gente pueda contratar sin temor a equivocarse: el sistema debe promover de forma general la confianza en algo, en algún parámetro. Pero el sistema tampoco puede permitir que esta confianza dependa de cada quien, pues eso la haría muy subjetiva y la relativizaría. Supongamos que alguien dice ser propietario de un bien o apoderado de determinada persona. Yo podría considerar suficiente que alguien me dé su palabra de que aquello que dice es cierto. Usted podría pensar que eso no basta, que es necesario contar con un papel que sustente lo que se declara. Alguien podría exigir, además, que dicho papel sea otorgado ante un notario. Para otros, todo ello podría suponer un exceso, pues para confiar basta en la palabra empeñada más un apretón de manos.

Para evitar que cada quien establezca el parámetro de confianza que mejor le parezca lo cual imposibilitaría que nos pongamos de acuerdo - el sistema ha optado por establecer un parámetro oficial de confianza, que si bien no es perfecto, al menos es– en la mayoría de los casos – seguro: el Registro.

Y es un parámetro seguro porque ha pasado previamente por varios filtros: en el caso de un poder, pasó primero por un filtro "civil" (negociación y acuerdo de las partes), luego por un filtro notarial (análisis de la validez de los elementos del negocio) y finamente por un filtro registral (análisis de la legalidad del documento). Hay, entonces, más de una razón para que alguien confíe en la información registral, lo cual no sucede con los otros parámetros subjetivos no oficiales (la palabra empeñada, un apretón de manos, un papel firmado, etcétera).

Ahora, nada me impide confiar en esos otros parámetros, pero el sistema se encarga de advertirme que si ese parámetro me termina defraudando (porque no coincide con la realidad) entonces no podré reclamar y la realidad terminará prevaleciendo. Es decir, quien actúa al margen del Registro asume el riesgo de que aquello en lo que confía no guarde correlación con la realidad, se trata de un riesgo que corre quien confía en un parámetro de publicidad que no es el Registro. En cambio, la ventaja de confiar en el parámetro oficial (Registro) es que no hay forma de que quien confía se vea defraudado en caso lo inscrito no coincida con lo real; para aquel que confía, el sistema le da preferencia a lo inscrito.

En conclusión, (i) quien contrata con el cónyuge con poder inscrito queda indefectiblemente protegido aun cuando dicho poder no exista en la realidad, por lo que su adquisición no se verá afectada por la demanda planteada por C2, y (ii) quien contrata con el cónyuge con poder no inscrito asume el riesgo de que dicho poder en realidad no exista y por ende la demanda de C2 terminará afectando su adquisición, prevaleciendo así el derecho de la sociedad conyugal.

7. LOS PRESUPUESTOS PARA QUE EL TERCERO MEREZCA PROTECCIÓN

Nótese que en estos tres escenarios recién planteados, el fondo de la discusión consistirá en determinar quién es –finalmente – el propietario del bien en controversia: si la sociedad conyugal o A. Es por ello que dentro del proceso que se inicie a instancia de la demanda planteada por C2 deberá abrirse el debate para que el comprador del bien argumente la protección del Registro en base a alguna de las normas recién comentadas (2014°, 2022° o 2038° CC). Ahora, Si bien estas tres normas tienen como punto en común que en todas ellas se busca proteger la legítima confianza depositada por el adquirente en lo publicitado por el Registro, dicha protección presupone (en todos los caos) dos cosas: (i) que el contrato

del que es parte dicho adquirente sea válido (aun cuando ineficaz), y (ii) que tal tercero haya actuado con buena fe

A continuación pasare a analizar cada uno de estos presupuestos, y con ello quedará clara la necesidad de que la Corte Suprema se incline a favor de la "ineficacia" y rechace la "nulidad" - como el remedio aplicable a la disposicion – y gravamen – unilateral de bienes sociales

7.1. Primer requisito: que el contrato de "A" sea válido

Tal como ya señale, el Registro permite sanear los vicios de ineficacia que afectan al contrato de quien actúa confiando en la información registral; lo que el Registro no puede sanear son los vicios de invalidez (nulidad y anulabilidad), pues como bien establece el articulo 2013 CC, "la inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes".

Por ello, si se llegase a concluir que el contrato C1-A es nulo, no será posible proteger la confianza depositada por A en el Registro, aun cuando hubiese actuado con toda la buena fe que uno se pueda imaginar Por el contrario, si se considera que el vicio que afecta al contrato C1-A es la ineficacia, dicho vicio es perfectamente corregible mediante la inscripc ión de buena fe que A haga de su derecho. Al Registro no le importa que el contrato que se inscribe sea ineficaz por ausencia de legitimidad para contratar (siempre que dicha inscripción se haya hecho con buena fe), pero lo que el Registro no tolera es la invalidez (nulidad) de dicho contrato. Y esta es - precisamente - una razón adicional para concluir a favor de la ineficacia del contrato C1-A y rechazar a la nulidad dicho remedio no solo protege al cónyuge afectado (C2) en tanto le da la oport unidad de ratificar el acto de disposicion , si asi lo considera conveniente sino también porque se tutela al tercero inocente que actuó con buena fe y a los posteriores y eventuales subadquirentes quienes podran mantener su adquisición frente a la demanda planteada por C2

Es por eso que no estoy de acuerdo con lo señalado hace poco en un interesante trabajo, en el que opinando sobre la problemática del VIII Pleno, se sostuvo que "la cadena de subadquirentes derivada de eventuales actos de disposición del tercero de buena fe podna ser atacada por ambos remedios (nulidad o ineficacia), en tanto la falta de legitimidad negocial es una patologia que estara presente también en los ulteriores actos de disposición del bien social dado que todos bs disponentes habrán actuado careciendo del poder de disposición de la situacion jundica comprometida"[18]

Lo que plantea el autor es que la demanda del cónyuge perjudicado (C2) no sólo afecte a "A", sino también a "B", "C" y todos los posteriores subadquirentes. Considero que esto no sólo atenta contra el texto expreso del 2022 (un dato extra registral no puede afectar a "A") y el 2014° (según esta norma los terceros subadquirentes como "B" y posteriores quedan inmunes frente a la patología del contrato respecto del cual no formaron parte), sino que incluso resulta indeseable desde un punto de vista de politica legislativa, pues implica traerse abajo todo el sistema de adquisicion basado en la confianza en el registro

Con un ejemplo esto quedara claro. Imaginemos que A (que fue quien adquirió el bien de C1) ya vendió el bien a B, éste hizo lo propio a favor de C, éste con D y él finalmente se lo vendió a E. Todas estas transferencias se han inscrito en el Registro. Si admitimos que la demanda planteada por C2 afecte todas las adquisiciones posteriores, entonces E (último adquirente) debera restituirle el bien a la sociedad conyugal, con lo cual todas las adquisiciones realizadas previamente quedarían sin una causa que las justifique lo que implicaria que E deba dirigirse contra D para recuperar el precio que pagó; D tendría que hacer lo propio contra C, éste contra B, él con A y este último con C1. De este modo, en un abrir y cerrar de ojos contratos celebrados y ejecutados en el tráfico inmobiliario se veran

[18] Vásquez, W. (4 de enero de 2016). Los actos de disposición de bienes sociales por parte de uno de los cónyuges. Argumentos adicionales a favor de la tesis "Pro ineficacia" ad portas del Octavo Pleno Casatorio Civil. Enfoque Derecho. Recuperado de http://enfoquederecho.com/civil/determinacion-del-objeto-de-la-compraventa-inmobiliaria-o-relevancia-de-la-clausula-ad-corpus-con-jentario-a-una-reciente-resolucion-de-la-corte-suprema-2/ [Consulta: 29 de junio de 2018]

literalmente "destruidos", lo cual no sólo mella la confianza en la contratación sino que genera una tremenda carga litigiosa.

En conclusión, el remedio adecuado es el de la ineficacia, pues además de proteger adecuadamente al cónyuge perjudicado, evita sancionar injustificadamente a los terceros adquirentes que actuaron con buena fe.

7.2. Segundo requisito: que "A" haya actuado de buena fe

Se suele sostener que el tercero adquirente (A) debe ser protegido pese a haber contratado con quien no era el propietario real del bien porque de esa manera se protege la tutela del tráfico jurídico o la circulación de los bienes. Particularmente no comparto esta opinión, mas que la protección de un concepto o una idea (como lo es la "circulación de los bienes" o la "tutela del tráfico jurídico"), la defensa de A (y la de los posteriores subadquirentes) se construye sobre un elemento subjetivo: la legítima confianza depositada por el adquirente en ciertos elementos (uno de los cuales es el Registro) que lo llevaron a creer que contrataba con quien era verdaderamente el propietario del bien.

Es decir, A - y los eventuales subadquirentes - merece protección porque actuó de buena fe, desconociendo que el bien era realmente de propiedad de la sociedad conyugal o desconociendo que el poder con que actuaba C1 ya no estaba vigente. Por el contrario, en caso C2 logre acreditar la mala fe de A (lo cual implica acreditar que este último conocía los problemas en la titulación de C1 o en el poder inscrito a su favor) el Registro no lo protegerá y la titularidad del bien deberá permanecer en beneficio de la sociedad conyugal.

¿Y de qué manera podría acreditarse dicha mala fe? Por ejemplo, A no podrá invocar la protección del Registro si se acredita que al momento de la compra con C1 éste figuraba en su DNI como casado. Esto invalidaría la buena fe de A, pues la mínima diligencia le exigía hacer las preguntas mínimas que lo hubiesen llevado a concluir que se trataba de un bien social. En efecto, si alguien que en su DNI figura con el estatus civil de casado, pretende venderme un inmueble como si fuese propio, lo mínimo que debería pedirle es que acredite la fecha de su matrimonio y aquella en la que adquirió el bien. Si se acredita que compró el bien con posterioridad al matrimonio, no habrá ninguna duda que se trata de un bien social (pese a que el mismo esté inscrito sólo a su nombre) por lo que la intervención de su cónyuge será más que necesaria. Por el contrario, si se acredita que la adquisición fue previa al matrimonio se tratará de un bien propio y por ende la intervención de su cónyuge será prescindible.

Lo mismo ocurrirá en caso de que al momento de la compraventa entre A y C1, el inmueble materia de transferencia se encontrase en posesión de la sociedad conyugal. Comprar un inmueble limitando el análisis legal a la revisión de partidas registrales y descartando la constatación de la posesión efectiva equivale – en algunos casos – a no actuar con la diligencia mínima exigible para este tipo de operaciones, con lo cual se podría poner en entredicho la buena fe del comprador (A). Ausente dicha buena fe, el Registro queda descartado como un mecanismo de protección y saneamiento, por lo que el contrato C1-A mantendrá su ineficacia originaria.

8. CRÍTICAS CONTRA LA PROTECCIÓN REGISTRAL DEL TERCERO (A)

Como ya habrá podido darse cuenta el lector, mi posición sobre la controversia del Octavo Pleno consiste no sólo en darle herramientas de tutela al cónyuge perjudicado, sino también hacer lo propio con el adquirente que actuó de buena fe. Sin embargo – y como también ya se habrá notado – la tutela de este adquirente implica muchas veces, una lesión irreparable al derecho de propiedad de la sociedad conyugal. Pese a ello yo considero no solo que el sistema actual protege al tercero de buena fe frente a los intereses de la sociedad conyugal, sino que dicha protección resulta deseable y adecuada.

Contra mi posición podría sostenerse que los "intereses superiores inmersos en el Derecho de Familia" permiten cuestionar la aplicación de las normas que protegen la confianza depositada en el Registro (2022°, 2014° y 2038° CC), pues por encima de la tutela de dicha confianza se encuentra

la protección de los "valores superiores" tutelados en la familia. Un argumento como éste pareciera estar construido sobre la hegemonía del Derecho de Familia sobre el resto de instituciones (incluido el Registro y la tutela de la confianza) reguladas en el CC.

Particularmente discrepo de esta posición tanto por razones de lege lata (las adquisiciones derivadas de la confianza en el Registro no admiten ningún tipo de relativización en nuestra normativa vigente) como de lege ferenda: ¿por qué razón la protección del patrimonio de la sociedad conyugal debe ser más intensa que la protección del patrimonio de cualquier otra persona? El CC establece como sujeto de derecho privilegiado al concebido, no a la sociedad conyugal.

Asimismo, no se debe perder de vista que el Código Civil, atendiendo precisamente a los intereses superiores inmersos en el derecho de familia, les otorga a los cónyuges una serie de prerrogativas con las que no contamos el resto de sujetos de derecho. ¿Qué hacer si los cónyuges quieren proteger su vivienda y evitar perderla por la adquisición de algún tercero realizada confiando en el Registro? La solución se las da el propio CC: constituir e inscribir el inmueble como "patrimonio familiar" de modo tal que el predio adquiera las características de inembargable, inalienable y trasmisible por herencia (artículo 488° CC). Si teniendo estas herramientas los cónyuges no las emplean, entonces se someten a la lógica y la dinámica del derecho civil patrimonial: el real y legítimo propietario (la sociedad conyugal) puede terminar siendo sacrificado para proteger la confianza que depositó un adquirente en la apariencia registral.

Con posterioridad a la Audiencia del Octavo Pleno Casatorio, la Corte Suprema ha venido resolviendo algunos casos que tienen mucha relación con el caso matena de análisis, y la manera como han sido resueltos me invita a creer que, en un futuro – espero – no muy lejano, la decisión de nuestros magistrados se inclinará por el remedio de la ineficacia y no el de la nulidad.

A continuación, tomaré dos de los casos más interesantes post Octavo Pleno, para analizarlos y apreciar cómo (aparentemente) se viene inclinando la posición de nuestros Magistrados Supremos.

9. ALGUNOS CASOS LUEGO DE LA AUDIENCIA DEL OCTAVO PLENO

9.1. Una fallo que parece inclinar (inconscientemente) la balanza

En la Casación N° 353-2015 Lima Norte [9] (en adelante la "Casación") se resolvió el siguiente caso: la sociedad conyugal conformada por Vicentina Inés Félix Mendoza y Jorge Simón Rosales Jara era propietaria de un predio de 1.000 m2 (el "Inmueble") al haberlo adquirido de su anterior propietaria, la Cooperativa de Vivienda de los Trabajadores del Consejo Provincial de Lima (la "Cooperativa").

Sin embargo: (i) en el contrato de adjudicación celebrado con la Cooperativa sólo figuraba como adquirente el cónyuge [10]; (ii) el Inmueble únicamente lo poseía el cónyuge; y (iii) en su DNI el cónyuge figuraba como soltero. Valiéndose de todos estos elementos, que le daban la apariencia de ser el único propietario, el cónyuge vendió el Inmueble a Víctor David Aguilar Huamaní mediante contrato de transferencia de acciones y derechos (que no fue otra cosa que una compraventa) de fecha 22 de octubre del 2001 (en adelante la "Compraventa"). El comprador cumplió con pagar el precio e inmediatamente tomó posesión del Inmueble.

Luego de más de 9 años de celebrada la Compraventa apareció la cónyuge (que no había participado en la celebración de dicho contrato) solicitando su nulidad.

Tanto en primera como en segunda instancia se amparó la demanda,

[9] Corte Suprema de Justicia de la República. (2018). Resolución Casación N° 353-2015. Recuperado de: http://img.legis.pe/wp-content/uploads/2018/01/Casacion-353-2015-Lima-Norte-legis.pe_.pdf [Consulta: 31 de Junio 2018]

[10] Dado que al momento de la celebración de dicho contrato el cónyuge ya se encontraba casado, el bien le pertenecía realmente a la sociedad conyugal.

declarándose nula la Compraventa, con la única diferencia que mientras para el Juez el contrato era nulo por vulnerar el orden público, para la Sala Superior el contrato adolecía de un fin ilícito.

La Corte Suprema, finalmente, amparó el recurso de casación planteado por el comprador y declaró infundada la demanda de nulidad. El argumento fue muy simple: dicho comprador había actuado de buena fe, es decir, confiando en que quien le vendía era el único propietario del bien, por lo cual su adquisición debía ser protegida.

Expresamente la Corte Suprema sostuvo que: "Se presume bajo el principio de la buena fe, que el transferente era el único con derecho a dicho predio, aunado al hecho que en la constancia de posesión presentado en el proceso, aparece únicamente el nombre del vendedor lo que contribuye a la confianza del impugnante [comprador], que su transferente era soltero y por tanto el bien enajenado era un bien propio".

¿Qué nos está diciendo la Corte Suprema con esto? Que el contrato de compraventa (acto de disposición) celebrado por uno de los cónyuges sin el asentimiento del otro es perfectamente subsanable, siempre que se acredite la buena fe del adquirente.

¿Y qué tiene que ver esto con lo que se discute en el Octavo Pleno? Si el contrato fuese nulo (que es precisamente una de las tesis en debate) no habría forma de corregirlo, por más buena fe que tuviera una de las partes del contrato. Un contrato nulo es, por definición, insubsanable: para él no funcionan ni la confirmación (que aplica para contratos anulables) ni la ratificación (que aplica para contratos ineficaces), y por ende al margen de la buena fe con que hubiese actuado una de las partes de dicho contrato, el vicio de nulidad no desaparece.

Imaginemos que alguien se "adjudica" mediante documentos falsificados una parte de la playa y me la vende. Yo, actuando de buena fe, creo que él es el propietario y firmo una compraventa. Este contrato recae sobre un objeto jurídicamente imposible y como tal es nulo, y seguirá siendo nulo por más buena fe que yo pueda probar. La buena fe no cura el vicio de nulidad pues ésta tutela intereses generales (se protege a la sociedad en su conjunto) que van más allá del estado subjetivo con que actúan las partes del contrato.

Incluso si quien me vendió la playa la hubiese tenido inscrita a su nombre y luego yo también la registro a mi favor, ello tampoco curaría el vicio de nulidad, porque como bien lo establece el artículo 2013° CC, ni siquiera la inscripción registral permite convalidar los contratos nulos.

Entonces, si la Corte Suprema convalidó la Compraventa fue porque la consideraba subsanable, y si la consideraba así es porque, desde su punto de vista, el vicio que la aquejaba no era la nulidad. ¿Cuál era el vicio entonces? La única posibilidad que queda es la ineficacia. A través de esta Casación, entonces, la Corte estaría adelantando opinión sobe aquello que se discute en el Octavo Pleno: el contrato de transferencia de un bien social realizado por uno solo de los cónyuges es ineficaz (no nulo), y como tal es factible de que resulte saneado (corregido, subsanado, convalidado) si es que se cumplen determinados requisitos.

Un tema distinto es si para entender "subsanado" dicho vicio de ineficacia basta con una buena fe sustentada en elementos extra registrales. Por ejemplo, en el caso analizado, la buena fe del comprador se construyó sobre tres elementos: su vendedor figuraba en el DNI como soltero, en el contrato sólo él figuraba como adquirente y además sólo él ejercía la posesión. Sin embargo, otros podrían considerar que la buena fe, para servir como un mecanismo de saneamiento de esta clase de contratos, debe verse sustentada en información registral. Es decir, sólo si la buena fe se sustenta en una partida según la cual quien me vende es el propietario, es posible que el contrato quede "curado" en caso dicha información haya resultado errónea.

Pero este es un tema adicional sobre el cual es posible abrir otro debate. ¿sobre qué elementos debe construirse la buena fe? ¿Cabe una

buena fe construida únicamente sobre información registral, dejando de lado elementos extra registrales determinantes como, por ejemplo, la posesión o el vínculo familiar entre transferente y adquirente? Estas preguntas resultan pertinentes en tanto están muy vinculadas con el siguiente caso, que a continuación paso a detallar.

9.2. "Nulidad" de venta de bien conyugal vs protección de la confianza: ¿cómo construir la buena fe del tercero?

La Casación N° 294-2015-Lambayeque (en adelante la "Casación") resuelve –al igual que el anterior– un supuesto de disposición unilateral de bien social. Lo particular de este caso es que el inmueble en litigio no solo estaba inscrito (exclusivamente) a nombre de C1, sino que además ésta figuraba en su DNI como soltera[21]. Estos 2 datos fueron suficientes para que en todas las instancias se considerara que A (comprador del bien) había actuado de buena fe, por lo que su adquisición quedaba protegida por el principio de fe pública registral regulado en el artículo 2014° CC.

Me parece un acierto que se haya tomado en cuenta un dato extra registral (el estado civil del vendedor) para determinar la buena fe del tercero. Sin embargo, queda el sin sabor de que otros elementos (también extra registrales e igual de importantes) no hayan sido valorados. ¿Quién venía poseyendo el inmueble? ¿No existía un vínculo de familiaridad entre C1 y A[22] que permitiera dudar de que este último realmente desconocía el verdadero estatus del inmueble? ¿Consta que, en efecto, el pago del precio se haya hecho? ¿Tenía realmente poder adquisitivo el supuesto adquirente como para pagar dicho precio? El análisis de todos estos elementos habría contribuido a determinar si realmente A tenía o no buena fe.

Otro error que comete la Corte es aplicar el artículo 2014° CC para proteger a "A". Y es un error porque se confunde el principio de fe pública registral (2014° CC) con el de oponibilidad (2022°). En el primero existe una cadena sucesiva de transferencias, en donde los vicios que afecten la adquisición del transferente no perjudican la adquisición del tercero (A vende a B y éste a C si la primera compraventa es anulada o resuelta ello no perjudica a C, siempre que su adquisición haya sido a título oneroso y se hubiese inscrito su derecho de buena fe). En la oponibilidad, en cambio, no hay una cadena sucesiva de transferencias sino dos adquisiciones en paralelo (B adquiere de un sujeto y C de otro), prevaleciendo el derecho que primero se haya inscrito.

Además, la aplicación de la fe pública registral presupone que el título de aquel que transfirió el bien al tercero se anule, resuelva o rescinda, sin que esta situación pueda terminar afectando a dicho tercero. La oponibilidad, por el contrario, no implica el decaimiento de ninguno de los títulos en conflicto, sino simplemente la prevalencia de uno sobre el otro.

Y no se piense que la distinción es meramente teórica, porque también tiene efectos prácticos importantes. Imagínese que C1 no le hubiese vendido el bien a A, sino que se lo hubiese donado, y A inscribía su derecho de buena fe. Si se piensa que el caso debe ser resuelto con el 2014° CC entonces A no recibiría protección, porque su adquisición no fue a título oneroso; en cambio si se aplica la oponibilidad (como corresponde), la adquisición (al menos en principio) sí quedaría protegida, porque el 2022° CC, a diferencia del 2014° CC, no exige el requisito de la onerosidad para que el derecho que se inscribió prevalezca.

[21] En el caso materia de comentario quien dispuso del bien fue la cónyuge.

[22] De acuerdo con los datos de la Casación, estas personas compartían un apellido en común, por lo que probablemente existía entre ellas una relación de parentesco. ¿Es factible sostener que la compradora no sabía que la casa que su prima o hermana le vendía no era de esta sino de la sociedad conyugal? ¿No debió esto, por lo menos, generar en la Corte Suprema la suspicacia suficiente como para ahondar un poco en el tema? (Resolución Casación N° 353-2015).

Por ende, invocar en este caso la fe pública registral en favor del tercero es erróneo, sin embargo, no es la primera vez que la Corte lo hace, lo cual llevaría a pensar que ha olvidado la existencia del 2022º CC.

Un tercer error de la Corte es haber hechoreferenciaa una supuesta "mala fe" de parte del cónyuge afectado (C2). La Corte sostuvo que "no es un accionar acorde con el principio de buena fe" el que "el demandante (C2), pese a haber transcurrido 22 años desde que su esposa (C1) adquirió el inmueble, no haya regularizado su condición de casado ante los registros Públicos ni ante el RENIEC". Si tenemos en cuenta que "actuar de buena fe" significa comportarse bajo la creencia de que no se está dañando un interés ajeno tutelado por el Derecho (y por ende, actuar de mala fe implica actuar buscando perjudicar a alguien), entonces para la Corte el cónyuge afectado no regularizó su situación ante SUNARP ni RENIEC porque con ello buscaba perjudicar a los eventuales terceros adquirentes, induciéndolos a un error, para que contraten con quien verdaderamente no era la dueña y así causales un perjuicio. Sin duda alguna, un criterio como éste no es sustentable.
Es importante que la Corte ponga énfasis en este hecho, pero de allí a plantear una supuesta mala fe, hay un gran trecho. Y es que más que una conducta maliciosa de parte de A, estamos frente a un proceder negligente, que como tal debe ser valorado por el Juez al momento de resolver esta clase de conflictos.

Y esto me lleva a poner énfasis en la necesaria ponderación de las cargas que a cada una de las partes en conflicto le corresponde asumir. La denominada "carga de conservación" le impone al cónyuge afectado (C2) hacer todo lo que estuviera a su alcance para proteger el derecho de la sociedad conyugal (por ejemplo, inscribir el bien a nombre de la sociedad conyugal). Por su parte, la "carga de determinación de la realidad" está pensada para el tercero adquirente (A), y le impone agotar todos los mecanismos que estuvieran a su alcance para conocer la verdadera situación del inmueble que está adquiriendo (por ejemplo, constatar el DNI de quien dice ser el propietario[23]).

Esta ponderación de las cargas es lo que debe llevar al Juez a determinar cuál de los derechos en conflicto merece protección. Si una de las partes cumplió con su carga en mayor medida que la otra, deberá ser aquélla quien reciba protección. De acuerdo con la Casación, A cumplió con su carga de determinación de la realidad mirando la partida registral y el DNI de su vendedora (C1). ¿Es eso suficiente? ¿Se llegó a constatar la posesión? ¿Quién la ejercía para el momento de la transferencia? Por otro lado, si el tercero tiene con su transferente una relación de parentesco, me parece que la carga de determinación debería hacerse más estricta. Lamentablemente la Corte omitió este análisis.

Y este tema de la posesión es particularmente importante, porque la Corte Suprema de forma categórica ha sostenido en anterior oportunidad[24] que "debido a la importancia que supone la compraventa de un bien inmueble y estando a los usos generalmente aceptados en este tipo de negocios, la diligencia ordinaria mínima impone al comprador el deber de verificar el estado actual del bien que adquiere y principalmente quién o quiénes detentan la posesión del mismo". Es decir, para la Corte Suprema comprar un inmueble sin ver la posesión significa no actuar con buena fe. ¿Por qué entonces no analizó si A constató o no la posesión del inmueble, para en función a ello determinar si actuó o no de buena fe?

[23] Sin embargo, esta constatación resulta en muchos casos, necesaria mas no suficiente. Hay otros elementos extra registrales que deben ser analizados. Esto lo he analizado a detalle en: Pasco A. (2018) Fraude Inmobiliario. Análisis para una efectiva defensa legal de la propiedad. Lima: Gaceta Jurídica.

Por otro lado, es cierto que el demandante (C2) incumplió con su carga de conservación al haber permitido que su cónyuge figure exclusivamente en la partida registral y no haber actualizado la información ante la RENIEC, sin embargo, no debió haberse pasado por alto si dicho incumplimiento también se dio con relación a la posesión y sumado a ello, a la información a nivel municipal. ¿Quién o quiénes estaban registrados como contribuyentes?

Aun cuando queramos soluciones simples un tema tan complejo como el resuelto en la Casación (se discute nada menos que la propiedad de un inmueble) debería ser resuelta de manera más cuidadosa, tomando en cuenta detalles que muchas veces se pasan por alto. No se puede resolver un caso como este solo constatando si el adquirente miró la partida o si el transferente figuraba en su DNI como soltero. Resolver así resulta irresponsable, y la Corte Suprema no puede permitirse este tipo de licencias. Esperemos que el análisis que sustente el fallo del Octavo Pleno Casatorio sea mucho más profundo

10. CONCLUSIÓN : ¿QUÉ ESTÁ REALMENTE EN JUEGO?

Lo que se discute en el VIII Pleno Casatorio es algo más que un simple debate dogmático ¿nulo o ineficaz? El VIII Pleno aun cuando ni los Vocales Supremos ni los Amicus Curiae se hayan percatado-pone sobre el tapete un tema de vital importancia: ¿en qué posición estamos dejando a quienes adquieren derechos confiando en la información que brinda el registro? Con la sentencia del VII Pleno Casatorio (que resolvió la controversia del embargo inscrito versus la propiedad no inscrita) la Corte Suprema ya debilitó en exceso la confianza en el Registro[24] ; por el bien de todos, espero que con la Sentencia del VIII el rumbo se redireccione a favor de la tutela de la buena fe.

[24] Corte Suprema de Justicia de la República (2013) Resolución Casación N° 3187-2013 Cajamarca. Mejor derecho de propiedad.
[25] Durante la Audiencia del Pleno el tema del tercero adquirente y el mecanismo de protección que podría activar frente a la demanda del cónyuge afectado no recibió un exhaustivo tratamiento. Salvo el profesor Morales que analizó brevemente el tema pero para negarle protección al tercero el tema pasó inadvertido.
[26] Esto ya lo he señalado en mis anteriores trabajos en: Pasco A. (5 de enero de 2016) ¿La Ley del Embudo en el VII Pleno Casatorio? Ancho para el propietario y angosto para el acreedor. Enfoque Derecho. Recuperado de http://enfoquederecho.com/civil/la-ley-del-embudo-en-el-vii-pleno-casatorio-ancho-para-el-propietario-y-angosto-para-el-acreedor/ (Consulta 30 de Junio de 2018) y Pasco A. (8 de enero de 2016) Sentencia del VII Pleno Casatorio Civil. Y ahora, ¿quién podrá defendernos? La ley. Recuperado de http://laley.pe/not/3033/sentencia-del-vii-pleno-casatorio-civil-y-ahora-quien-podra-defendernos- (Consulta 30 de Junio de 2018)

El valor público como 'leitmotiv' de la actuación pública

LUIS GABRIEL PAREDES MORALES


I ♥
TAX

ART. 06

El valor público como 'leitmotiv' de la actuación pública[1]

> "Si la ignorancia de los gobernantes i la servidumbre de los gobernados fueron nuestros vencedores, acudamos a la Ciencia, ese redentor que nos enseña a suavizar la tiranía de la Naturaleza, adoremos la Libertad, esa madre engendradora de hombres fuertes."
>
> **Manuel Gonzáles Prada**
> **Discurso en el Politeama**

LUIS GABRIEL PAREDES MORALES

Abogado y MBA por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Docente en la Escuela Nacional de Administración Pública, en la UNP y en la UPC en cursos vinculados al derecho público, la economía y gestión pública. Cuenta con especializaciones en la Universidad del Pacífico, la PUCP y la Universidad de Harvard. Autor de diversas publicaciones de su especialidad. Ha ejercido cargos públicos en los tres niveles de gobierno. Actualmente es Jefe de Asuntos Públicos de Alicorp

SUMARIO

1. Introducción 2. Breve repaso sobre la teoría neoinstitucional 2.1 Instituciones 2.2 Organizaciones 3. Conceptualizando el Valor Público 3.1 Percepción del valor público y actores institucionales 3.2 Recursos públicos para la implementación de acciones de política 4. Triángulo estratégico de Moore 5. Cadena de Valor 5.1 Representación de una cadena de valor en el sector privado 5.2 Representación de una cadena de valor como función de producción en el Sector Público 5.3 Representación de una cadena de valor enfocada en el entorno sustantivo del sector público 5.4 Representación de una cadena de valor enfocada en el valor público 6. Aproximaciones a la aplicación del valor público en la actualidad 6.1 Valor público y presupuesto público 6.2 Valor Público y abastecimiento público

PALABRAS CLAVES

Instituciones, Organizaciones, Teoría de Valor Público, Actuación Pública, Teoría Neoinstitucional, Economía Neoclásica.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo presentar determinados aportes teóricos desde los campos de la economía y la administración al debate vigente (desde hace más de 100 años) en torno a la relación que debe tener el Estado respecto de sus ciudadanos.

A contrapelo de lo que pudiera pensarse, en estas líneas no se argumentará "en defensa" de un modelo económico de crecimiento determinado. Tampoco se busca levantar controversia respecto al régimen jurídico de la función pública en el Perú. Lo que planteamos en el presente artículo es la necesidad existente de revisar la forma en la cual el Estado comprende su propia relación respecto a los ciudadanos. Dicha relación requiere no solamente una vía determinada para canalizar el poder entregado por tales pobladores (usualmente llamado "sistema jurídico"), sino principalmente resulta

[1] El presente artículo se basa en publicaciones previamente realizadas por el autor para la editorial Gaceta Jurídica.

indispensable encontrar aquello que le da sentido a su actuación; vale decir, su leitmotiv.

Para lograr lo anterior, en primer lugar repasaremos someramente algunos conceptos relevantes para comprender esta visión distinta de la actuación pública: instituciones y organizaciones. Luego de ello, pasaremos a presentar la teoría del valor público, formulada por el profesor Moore. Finalmente culminaremos con algunas reflexiones respecto a la necesidad de repensar la actuación pública desde una mirada vinculada a la generación de valor público para los ciudadanos.

2. BREVE REPASO SOBRE LA TEORÍA NEOINSTITUCIONAL

Los aportes efectuados desde el campo de la economía neoinstitucional han venido cobrando relativa importancia y protagonismo en el debate académico durante las últimas décadas del presente siglo. Lo anterior se ve reafirmado si tenemos en cuenta que cinco de sus principales exponentes han sido galardonados con Premios Nobel en Economía: Douglass North (1993), Ronald Coase (1991), tanto Elinor Ostrom como Oliver Williamson (2009) y Jean Tirole (2014), sin contar a otros destacados académicos que ha recibido importantes reconocimientos por su trabajo y trayectoria profesional.

Adicionalmente a lo anterior, podemos contar con una creciente cantidad de literatura especializada que emplea a dicho enfoque teórico como marco de investigaciones que vinculan temas políticos, económicos, sociales, jurídicos, psicológicos e –incluso- biológicos. La traducción, por ejemplo, de la principal obra de North al español ("Institutions, institutional change and economic performance") es una muestra del avance que ha tenido este enfoque teórico en países de habla hispana.

Ya lo mencionaba North[2] en el libro antedicho que para aproximarse al neoinstitucionalismo es importante tener en consideración que constituye un "programa de investigación multidisciplinario que se centra en el estudio del vínculo entre las instituciones, el cambio institucional y el desempeño económico", ámbitos de primera importancia para comprender los fenómenos sociales, políticos y económicos actuales.

El análisis neoinstitucional parte de la economía neoclásica, pero la enriquece al incorporar elementos del "derecho, ciencia política, sociología, antropología e historia". Esta aproximación multidisciplinaria de la economía neoinstitucional permite que profesionales e investigadores de diversas especialidades puedan emplear los elementos teóricos del neoinstitucionalismo con el objetivo de analizar diversos aspectos de la realidad bajo dicha óptica. De esta manera, podrán realizarse importantes aportes que permitan enriquecer los postulados y la metodología de estudio tradicionalmente empleados por una ciencia o área del conocimiento individualmente considerada.

Según se ha citado previamente, si bien la teoría neoinstitucional no contiene un conjunto de postulados teóricos rígidos e irreductibles contenidos en un documento pétreo o tratado fundacional, los principales académicos vinculados a esta escuela de pensamiento han convenido en algunos criterios mínimos que permiten explicar y analizar las diversas situaciones que son objeto de estudio bajo este marco comprehensivo. A este entender, se postula que detrás del proceso de crecimiento económico existente en diversas partes del mundo de forma constante, se encuentran las instituciones como el centro de la explicación de tal fenómeno.

De esta forma, puede identificarse el rol de dichas instituciones en el desempeño positivo o negativo de las economías del planeta tomando en cuenta que (i) los modelos de la economía neoclásica asumen determinados aspectos que no se reflejan en la realidad (por ejemplo la existencia de información completa); (ii) las instituciones determinan las reglas de juego respecto de las cuales las organizaciones estructuran su actuación; y (iii) el cambio institucional se genera al modificar de forma exponencial un pequeño número de instituciones (formales o informales), sea con un objetivo deliberado o de forma espontánea.

2.1. Instituciones

Siguiendo una vez más a North[4], el término instituciones se refiere a:

[2] Alston, L., Eggertsson, T. & North, D. (1996). Empirical Studies in Institutional Change. Cambridge: Cambridge University Press.
[3] Ibidem.
[4] North, D. (2006). Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. 1ª ed. esp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

conjunto de limitaciones creadas por los seres humanos para darle forma a los incentivos de la conducta humana. Estas pueden ser formales (las leyes, la familia, la seguridad jurídica, entre otros) o informales (códigos de conducta, normas sociales, protestas, entre otros).

La principal función de las instituciones en la sociedad es reducir la incertidumbre estableciendo una conducta estable para la interacción humana. Esta aproximación requiere considerar que dicha estabilidad alcanzada por las instituciones existentes no necesariamente resulta eficiente o es aquella que genera mayor cantidad de beneficio a la sociedad. Consecuentemente, el equilibrio institucional no es necesariamente igual a la eficiencia en términos económicos.

Complementariamente a lo anterior, debe precisarse que las instituciones formales e informales conforman el entramado o diseño institucional dentro del cual un grupo de personas (sociedad) realiza diversas actividades que le permiten mantenerse y proyectarse en el tiempo.

La interacción de ambos tipos de instituciones en situaciones concretas y relacionadas con las necesidades cambiantes por parte de individuos u organizaciones, genera un proceso continuo de cambio institucional, el mismo que determina las oportunidades existentes para modificar el status quo de la sociedad. Vale decir, los constantes equilibrios logrados por las instituciones están en permanente cambio: bien sea de forma incremental (como el proceso de modificación de cánones educativos) o disruptiva (como sucede en caso de una guerra civil).

2.2. Organizaciones

Las "organizaciones" resultan importantes para la descripción del mundo a través de los ojos de la teoría neoinstitucional. En este sentido, las organizaciones son concebidas como "grupos de individuos enlazados por alguna identidad común orientados hacia ciertos objetivos"[5]. Tales organizaciones -junto con los actores institucionales, que no son otra cosa que individuos cuya preponderancia evidente dentro de la sociedad los hace influyentes-son los llamados "jugadores" dentro de un entramado institucional específico. Lo anterior supone que deban respetar las instituciones –como reglas de juego y participar activamente en los procesos de cambio institucional.

A este entender, tales organizaciones son creadas para aprovechar las oportunidades existentes en la sociedad, retroalimentando el marco institucional e influyendo en el proceso de cambio institucional existente. Asimismo, es importante recalcar que la maximización de oportunidades identificadas conforme al marco institucional vigente es el objetivo de toda organización, el cual se encontrará plenamente en vigencia en tanto las instituciones formales e informales mantengan las condiciones que motivaron su aparición y posterior permanencia.

En caso tal objetivo –puede ser económico, político, social, religioso entre otros- desaparezca por una modificación en el entramado institucional y -ergo- en la dirección del cambio incremental, la organización perderá su razón de ser y resultará indispensable evaluar su contribución a dicho proceso de cambio institucional.

3. CONCEPTUALIZANDO EL VALOR PÚBLICO

No solo la teoría neoinstitucional resulta importante para comprender la complejidad del problema a plantear. Es importante considerar también el trabajo que ha venido desarrollando el profesor Mark Moore catedrático de Harvard University. Este último ha venido estudiando a profundidad la creación de valor público por parte de la Administración Pública[6] definiendo con mediana claridad la relación existente entre el valor público y la gestión pública.

La teoría bajo comentario parte de dos premisas sencillas pero de importancia trascendental para comprender la valoración de la actividad estatal y el accionar de los gerentes y personal a su servicio.

---

[5] North, D. (2006). Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. 1ª ed. esp. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

[6] Si bien es cierto que el contexto de la sociedad y administración gubernamental estadounidense es diferente a la peruana, la teoría subyacente al análisis realizado de diversos casos y organizaciones de aquel país son plenamente aplicables al nuestro.

La primera premisa es que tanto la gestión pública como la privada buscan generar y maximizar valor, solo que en un caso es valor público y en otro valor privado. Por tanto, las acciones de ambos tipos de gerentes estarán orientadas a que se cumpla este objetivo a fin de que los actores que requieren medir, validar y aprobar dicha generación estén conformes con los resultados demostrados.

La segunda premisa se refiere a que el valor privado y el valor público tienen naturaleza, son generados y son medidos de forma distinta. Esta diferencia resulta fundamental para comprender la razón que subyace al hecho que las acciones empleadas en la gerencia privada no son absolutamente aplicables a la gestión pública. Por ejemplo, en el sector privado se requiere desarrollar productos para que sus consumidores o clientes los adquieran incrementando el valor de la firma en el mercado (bursátil, generalmente) y explicitando el valor privado de la estrategia del gerente a los accionistas de la empresa. En el sector público la implementación de políticas públicas –definidas como "valiosas" por un mandato normativo- debe satisfacer no solo a los beneficiarios de la misma, sino además a la autoridad gubernamental (y otros actores institucionales) que tiene injerencia en o está encargada de monitorear su implementación.

Sobre la base de estas dos observaciones, la teoría bajo comentario señala que el valor público no es fácil de medir o generar dado que forma parte de y subyace a los deseos, percepciones y necesidades de los ciudadanos. Consecuentemente la implementación de acciones de política pública debe satisfacer determinadas clases de necesidades y operar de acuerdo con cierto tipo de percepciones de los ciudadanos dentro de la sociedad.

3.1. Percepción del valor público y actores institucionales

Según se estableció previamente, la implementación de políticas públicas debe ser capaz de demostrar el valor creado mediante dos actividades diferentes pero relacionadas a dos tipos de mercados distintos: (i) requiere generar bienes o servicios que sean percibidos como valiosos para los beneficiarios de tal política pública; y, (ii) necesita gestionar la implementación de tales políticas de forma tal que satisfaga los estándares asumidos que tienen los ciudadanos y sus representantes respecto de cómo se deben implementar.

Como consecuencia de lo anterior puede establecerse claramente que la implementación de políticas públicas debe satisfacer a dos grupos diferentes de actores institucionales: (i) a sus beneficiarios (clientes o consumidores de los bienes o servicios provistos) y, (ii) a los ciudadanos y sus representantes elegidos (directa o indirectamente mediante procesos democráticos de toma de decisión).

En este punto debe señalarse que existen algunas formas de intentar una aproximación más "objetiva" del valor público, empleando métodos cuantitativos y cualitativos propios de las ciencias sociales y políticas. Dichos métodos son, principalmente, (i) el "policy analysis"[7], (ii) el análisis costo beneficio[8], (iii) el análisis costo-efectividad[9], y, (iv) la evaluación de programas[10]. No obstante ello, debe explicitarse que ninguna forma de evaluación técnica de las políticas públicas reemplaza al proceso político como máximo mecanismo para determinar aquello que es valioso.

3.2. Recursos públicos para la implementación de acciones de política

Un aspecto relevante a tener en cuenta es que la implementación de las políticas públicas requiere el uso de dos tipos de recursos públicos, en diferente medida: monetarios (incluyendo recursos materiales, presupuestales y humanos) y poder público[11]

[7] "El 'policy analysis' es una técnica propia de las ciencias políticas mediante la cual se plantea análisis cualitativo que pretende identificar tendencias y –en corto- 'predecir el futuro' de una política pública.

[8] "El análisis costo-beneficio intenta determinar el valor de la intervención pública en función al beneficio logrado en los beneficiarios de las acciones de implementación de la política pública.

[9] "El análisis costo efectividad intenta determinar que tan bien una acción de política pública se realizó con relación a una cantidad específica de objetivos que fueron definidos para dicha acción en particular.

[10] "La evaluación de programas permite evaluar que tanto un conjunto de acciones de política pública en particular es coherente con los objetivos que le fueron planteados.

[11] "Según Moore, también es considerado como parte del uso de 'poder público' la autoridad para recaudar impuestos empleados para financiar la implementación de la política pública.

(principalmente al generar incentivos en los ciudadanos para comprometerlos en alcanzar el objetivo de política pública previsto, mediante el establecimiento de obligaciones formales o informales). Por esta razón las acciones de implementación deben establecerse cuidando que éstas se realicen de forma "justa" y "eficiente".

Es relevante acotar que la "justicia" respecto de las acciones de implementación de políticas públicas está referida a que tales acciones deben estar orientadas a modificar condiciones sociales hacia lo deseable por los ciudadanos e implica la realización de un juicio colectivo respecto del valor de las acciones ejecutadas o propuestas

De otro lado, la "eficiencia" alude a garantizar que las acciones de implementación de política pública se realicen con el menor uso de recursos públicos posible, tanto monetarios como de "poder público". Lo anterior se deriva del hecho que se busca que la intervención pública sea lo menos lesiva posible de las libertades individuales.

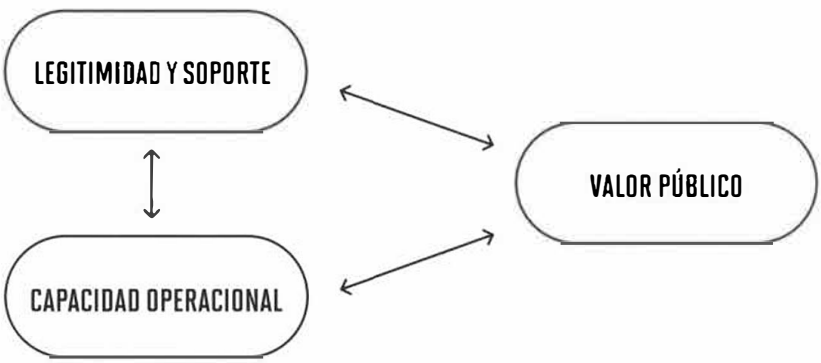
Consiguientemente, esta forma de generar valor publico por medio de una política pública es "autorizada" mediante un acuerdo político colectivo (generado por un proceso político de toma de decisiones directo o de delegación de autoridad) para solucionar un problema o aprovechar una oportunidad de una forma particular.

Lo anterior permite aproximarnos a la respuesta sobre qué intervenciones generan valor público y, por tanto, merecen ser "producidas" para fines colectivos, empleando recursos públicos. Finalmente, deberá interpretarse que aquello valioso para la sociedad será lo que se apruebe como política pública, siempre que sea producto del proceso democrático, mediante el uso de instituciones políticas definidas legal y constitucionalmente.

4. TRIÁNGULO ESTRATÉGICO DE MOORE

Como resultado del trabajo del profesor Moore[12], se han identificado tres elementos indispensables a tener en cuenta para que las acciones de implementación de políticas públicas puedan realizarse con mayores probabilidades de éxito. Ello permite a los gerentes públicos encargados de la implementación la estructuración de tales acciones considerando no solo estos elementos, sino las relaciones e implicancias existentes entre estos.

Diagrama N° 1:
Triángulo Estratégico de Moore



Fuente: Moore (1995)
Elaboración: propia, adaptada de Moore

[12] Moore M. (1995) Creating Public Value strategic management in government. Cambridge: Harvard University Press.

4.1. Valor público: esto se refiere a que las acciones de política pública a implementar sean substancialmente valiosas para los ciudadanos y beneficiarios.

4.2. Legitimidad y soporte: implica que las acciones de política pública deben ser capaces de convencer constantemente al "entorno autorizante" respecto de la continuidad o expansión de los recursos asignados y empleados.

4.3. Capacidad operacional: permite asegurarse que aquello valioso a generarse y que es sostenible políticamente debe poder lograrse con los medios existentes puestos a disposición para alcanzar el objetivo de política previsto.

De lo anteriormente señalado, debe resaltarse la existencia de tres relaciones importantes para la aplicación del triángulo estratégico de Moore, en la perspectiva de la generación de valor público como parte de la implementación de acciones de política pública.

Diagrama N° 2:
Relaciones en el Triángulo Estratégico de Moore



Elaboración: propia, adaptada de Moore[13]

El primero de ellos está referido al "contexto o ambiente sustantivo" respecto del cual se aplican las acciones de política pública. Representa las condiciones sociales que deben cambiarse hacia lo socialmente deseable; problemas sustantivos para la población que deben resolverse; necesidades, derechos u otros a reivindicar; u oportunidades a ser aprovechadas o potenciadas mediante la política pública implementada. Su importancia radica en la relación que tiene con el objeto de política pública que se busca alcanzar mediante la implementación de las acciones de política pública realizadas.

El segundo concepto importante está referido al "contexto o entorno autorizante" conformado por aquellos actores formales que supervisan las acciones de implementación de política pública y de quienes requieren tanto autorización como recursos para mantener su operación. Asimismo, se refiere a aquellos actores informales que influencian a los actores formales para la toma de decisiones vinculadas con la implementación.

Los actores institucionales parte del contexto autorizante se pueden clasificar en

[13] Moore, M. (1995). Creating Public Value: strategic management in government. Cambridge: Harvard University Press.

• "Superiores políticos" (funcionarios públicos electos o designados[14]), cuerpos legislativos[15] o agencias supervisoras[16]: son aquellos que designan, remueven o supervisan a los gerentes públicos encargados de la implementación de las políticas públicas, estableciendo los términos de su mandato y los recursos asociados para el cumplimiento de metas.

• Medios de comunicación: son aquellos actores institucionales que determinan los asuntos en los cuales los ciudadanos concentrarán su atención. Pueden recoger las demandas del público y, a su vez, colocar elementos en la agenda.

• Grupos de interés[17]: su importancia radica y está vinculada a su legitimidad, ya que constantemente comentan o supervisan las acciones de implementación de la política pública. En ocasiones son muy activos, tienen mecanismos para hacerse escuchar y conocimiento experto de la materia de especialidad.

• Sistema de Justicia[18]: debe considerarse que en ejercicio del control difuso o concentrado de constitucionalidad, los órganos encargados de administrar justicia en el país pueden interpretar los mandatos de la Constitución o leyes contrastándolos con las acciones de implementación de las políticas públicas. Esto último puede culminar en una ratificación de la acción o con una serie de acciones que debe hacerse o dejar de hacerse para que su actuación se encuentre conforme a Derecho.

• Ciudadanos y clientes: comprenden a los beneficiarios de las políticas y a los ciudadanos propiamente dichos, considerando la influencia que tienen en el personal encargado de la operación diaria de las acciones de política pública implementadas.

El último elemento a considerar es el referido a la capacidad operacional y la "cadena de valor", ambos específicamente circunscritos a las posibilidades reales que tiene una organización en particular para implementar de mejor forma una política pública.

En este contexto, se entiende por "capacidad operacional" a los recursos y capacidades otorgadas al administrador público más aquéllos en los que éste puede influir y requiere para lograr los resultados deseados. De otro lado, "cadena de valor" está referido al proceso por el cual los recursos fungibles (dinero, trabajadores, ideas, entre otros) son asignados en una determinada forma para producir un determinado resultado previsto (objetivo de política pública).

Es importante resaltar que en el sector privado la capacidad operacional es igual a la capacidad organizacional mientras que en el sector público la capacidad operacional es equivalente a la capacidad organizacional más los socios y coproductores (y en ocasiones los beneficiarios-clientes).

Diagrama N° 3: Capacidad operacional en el Sector Público



Elaboración: propia

[14] En este campo se incluyen a los Ministros, Viceministros, Secretarios Generales, Jefes de Organismos Públicos y otras autoridades que tienen competencia directa o delegada (originaria o derivada) para supervisar la implementación de políticas públicas.

[15] En este concepto se incluyen las Comisiones Congresales, cuerpos de regidores o consejetos regionales.

[16] Se refiere a aquellas que supervisan la labor de los funcionarios públicos o el uso de los recursos públicos asignados. En el Perú se refiere básicamente a los entes rectores de sistemas administrativos del Estado.

[17] En este rubro se incluyen a las asociaciones de ciudadanos, ONGs, gremios empresariales y otros miembros de la sociedad civil vinculados a las acciones de implementación de la política pública.

[18] En el Perú se refiere básicamente al Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Consejo Nacional de la Magistratura.

Especificamente respecto al valor público podemos señalar que resulta de la apreciación positiva creada por el Estado a través de servicios, leyes, regulaciones y otras acciones, por parte de los ciudadanos o un grupo de estos También, se crea valor a través de transacciones individuales con los ciudadanos, garantizando sus derechos, satisfaciendo sus demandas y, prestándoles servicios de calidad.

En general, sin perjuicio de las particularidades de cada política pública a implementar, podemos afirmar que se genera valor público al permitir a los ciudadanos mejorar atributos particulares en sus condiciones de vida, de forma tal que perciban la importancia del bien o servicio (tangible o intangible) provisto por el sector público, a través de sus múltiples dependencias, funcionarios y modalidades de gestión.

5. CADENA DE VALOR

Especificamente respecto al valor público podemos señalar que resulta de la apreciación positiva creada por el Estado a través de servicios, leyes, regulaciones y otras acciones, por parte de los ciudadanos o un grupo de estos También, se crea valor a través de transacciones individuales con los ciudadanos, garantizando sus derechos, satisfaciendo sus demandas y, prestándoles servicios de calidad.

En general, sin perjuicio de las particularidades de cada política pública a implementar, podemos afirmar que se genera valor público al permitir a los ciudadanos mejorar atributos particulares en sus condiciones de vida, de forma tal que perciban la importancia del bien o servicio (tangible o intangible) provisto por el sector público, a través de sus múltiples dependencias, funcionarios y modalidades de gestión.

Complementariamente a lo anterior, tenemos la perspectiva de valor público desde la oferta, vale decir, desde la mirada que los gestores públicos le imprimen a las acciones de política pública que requieren implementar. A este entender, debe considerarse especialmente el mandato, misión y visión de la entidad pública proveedora del bien o servicio que genera valor público.

Una "gerencia" – o una "administración" de servicios- que no se caracteriza por ser estratégica, podría centrar su enfoque exclusivamente en los mandatos formales e informales lo que, a su vez, haría que se centrase más en lo qué se hace o el cómo se hace, perdiendo de vista el para qué o para quién se hace.

En las organizaciones o iniciativas que promueven el desarrollo, la misión y la visión necesariamente se refieren al valor que se genera para la sociedad; es decir, los beneficios que se proponen generar sobre las condiciones de vida de diversos segmentos de la población. Por lo tanto, en tales organizaciones la misión y la visión expresan el para qué.

Es importante puntualizar que ambos conceptos, la misión y la visión, forman un conjunto y que el poder del marco para la gestión estratégica radica en tenerlos juntos.

En este punto, es relevante precisar que la cadena de valor permite conocer aquellos elementos que subyacen a la determinación de la entidad para proveer bienes o servicios relacionados con el valor público generado.

A continuación se analizarán distintas aproximaciones a la noción de cadena de valor, considerando los diferentes enfoques del mismo y teniendo en consideración la variación sustancial existente entre aquellas diseñadas para el sector privado y las que responden a la generación de valor publico para los ciudadanos.

5.1. Representación de una cadena de valor en el sector privado

Según Porter[9], cada empresa es un conjunto de actividades que se desarrollan de manera ordenada para diseñar, producir, llevar al mercado, entregar y apoyar a sus productos. Cada una y todas estas actividades, consideradas de forma concatenada, pueden ser representadas usando una cadena de valor, conforme se muestra a continuación:

[9] Porter, M. (1991). Ventaja Competitiva. Creación y sostenimiento de un desempeño superior. 9na reimpresión. Ciudad de México: Compañía Editorial Continental S.A.

Diagrama N° 4: Cadena de valor genérica (sector privado)



Elaboración: adaptación de Porter (1993)

El diagrama anterior, muestra la cadena de valor de una empresa, manera en la cual desarrolla sus actividades en el mercado reflejan su historia, la estrategia que desarrolló, su enfoque para implementarla así como las actividades de ahorro o eficiencia fundamentales para las actividades generadoras de valor

Conforme a ello, las actividades constituyen el nivel adecuado para la construccion de una cadena de valor respecto a un sector industrial particular (en el cual se desenvuelve una unidad de negocio determinada) Nótese cómo Porter enfatiza que la cadena de valor de una industria o un sector industrial de forma completa es demasiado amplia dado que puede oscurecer las fuentes importantes de la ventaja competitiva.

Es importante precisar que, en el sector privado si bien es cierto puede existir similitud entre las cadenas de valor de los competidores, usualmente existen valores especificos que las diferencian, de forma tal que puedan afrontar las preferencias del público en la competencia por el mercado.

Conforme a lo anterior en términos competitivos, el valor (aquí diríamos "privado") es la cantidad que los compradores están dispuestos a pagar por lo aquello que una empresa les proporciona para satisfacer una necesidad o interés.

El valor privado entonces, se mide por el ingreso total y resulta ser un reflejo del alcance del producto en cuanto al precio y de las unidades que puede vender en el mercado considerando las condiciones particulares de cada uno.

Consecuentemente una empresa será lucrativa si el valor privado que obtiene excede a los costos implicados en crear el producto. El "crear" el valor para los compradores que exceda el costo de hacerlo es la meta de cualquier estrategia genérica Debe resaltarse que para analizar la posición competitiva de una empresa debe emplearse el valor privado creado y no el costo, dado que esto genera distorsiones

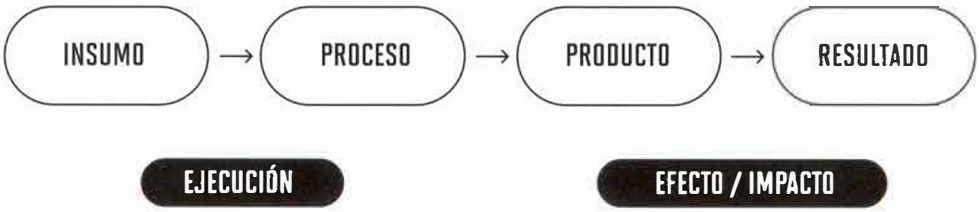
Finalmente, lasactividades generadoras de valor privado, pueden dividirse en dos tipos: (i) actividades primarias; y, (ii) actividades de apoyo. Las actividades primarias, son aquellas implicadas en la

creación física del producto así como su venta y transferencia al comprador (vía mercado), para finalizar con la asistencia posterior a la venta. De otro lado, las actividades de apoyo sustentan a las actividades primarias y se soportan entre estas proporcionando insumos comprados, tecnología, recursos humanos y otras funciones que contribuyen a que el producto alcance las preferencias del consumidor.

5.2. Representación de una cadena de valor en el sector privado

Una cadena de valor enfocada como una función de producción puede resumirse en el siguiente esquema simplificado:

Diagrama N° 5: Cadena de Valor como función de producción



Elaboración: propia

Los elementos de la cadena de valor son los siguientes:

·**Insumo:** son aquellos elementos o recursos que se requieren para la entrega de un servicio o producto. Entre ellos encontramos recursos humanos, materiales e infraestructura. Estos al interior de la entidad permiten ejecutar actividades, desarrollar procesos y procedimientos.

· **Procesos**. es un conjunto de actividades sobre una lista específica y completa de insumos (bienes y/o servicios, necesarios y suficientes), que en conjunto con otras actividades garantizan la provisión de productos (servicios) a los ciudadanos (de forma agrupada y ordenada).

·**Producto:** constituye el entregable (producto o servicio) que se brinda a los ciudadanos. Puede resultar en algo tangible o intangible. Precisamente es aquello que está sujeto a la apreciación del valor por parte de los ciudadanos o beneficiarios.

·**Resultado:** podría resumirse como el cambio en las condiciones particulares de vida de los ciudadanos o beneficiarios de una acción de política pública. Según se aprecia, este esquema no permite identificar claramente a los Socios y Coproductores a pesar que son parte del entorno relevante para garantizar la sostenibilidad de una cadena de valor en el sector público como se vio previamente.

Este esquema ha sido empleado para definir, en muchos casos, programas presupuestales, conforme a la metodología establecida por el Ministerio de Economía y Finanzas.

5.3. Representación de una cadena de valor enfocada en el entorno

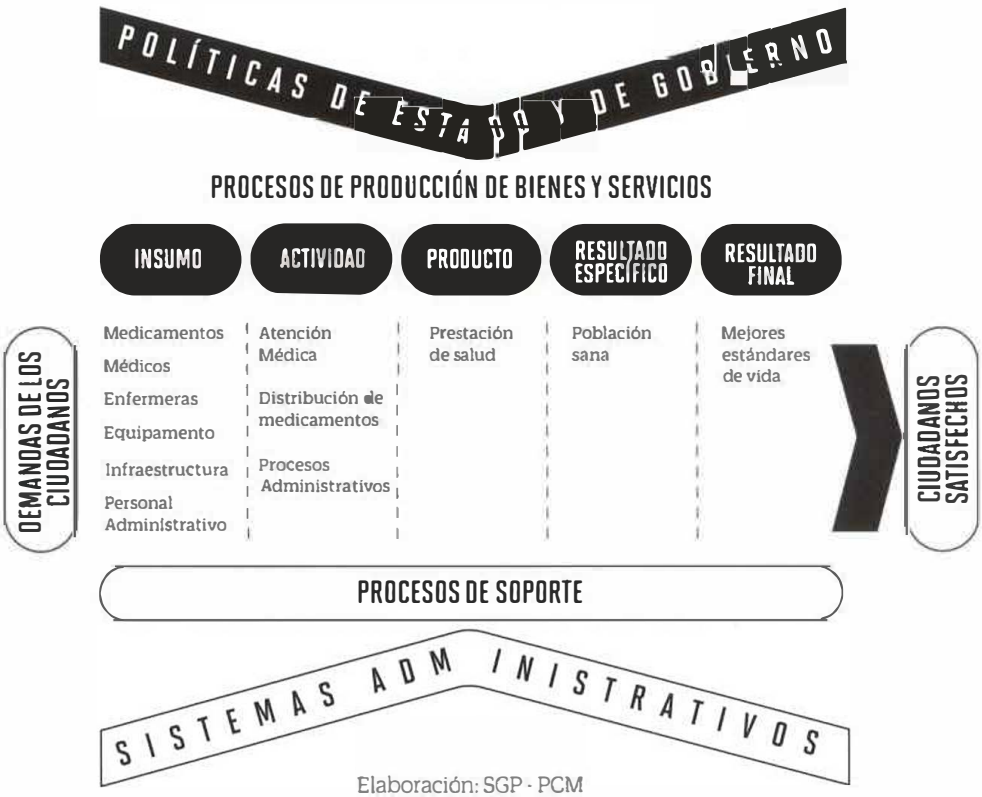
La política nacional de modernización de la gestión pública nos ha presentado una cadena de valor enfocada el contexto autorizante, a saber:

Una cadena de valor enfocada en el entorno autorizante hace énfasis en las capacidades con las cuales cuenta la entidad para conseguir la colaboración intergubernamental que le permita alcanzar sus metas. El planteamiento inicial corresponde a insumos que son exclusivamente determinados por las

demandas de la ciudadanía (en el lado del input) y, del otro lado, "ciudadanos satisfechos" como corolario de la cadena de valor.

Debe enfatizarse que en este tipo de enfoque no se toma tampoco en consideración el rol preponderante de los socios y coproductores, los cuales resulta vitales para la interpretación del contexto autorizante y para lograr expandir la capacidad operativa.

Diagrama N° 6: Cadena de Valor enfocada en el entorno autorizante



Elaboración: SGP - PCM

5.4. Representación de una cadena de valor enfocada en el valor público

A continuación presentamos una cadena de valor enfocada en la propuesta de generación de valor publico para los ciudadanos, considerando los principales elementos del contexto autorizante y la capacidad operacional expandida al incorporar socios y coproductores al proceso.

Tales socios y coproductores tienen relevancia cuando existen varias entidades u otro tipo de actores donde la responsable de la cadena de valor requiere trabajar de manera colaborativa para que el servicio pueda ser provisto a los ciudadanos.

Conforme se describió previamente, a diferencia de las empresas privadas, en donde la capacidad operacional es igual a su capacidad organizacional, en el sector público la capacidad operacional también considera otros actores públicos o privados con los que la entidad debe trabajar de manera articulada para que el servicio llegue al ciudadano.

En servicios sociales provistos por el sector público, el principal aspecto a considerar (problemas de atribución)

Diagrama N° 6: Cadena de Valor enfocada en el entorno autorizante



Elaboración: propia en base a Moore[20]

resulta en la necesidad sinérgica de garantizar la interdependencia de esfuerzos de varias entidades públicas respecto a un mismo resultado o impacto en particular.

En determinados casos, esta relación sinérgica se vuelve más necesaria para el proceso mismo de producción de bienes o servicios, dado que los indicadores de resultado, de proceso o de producto podrían encontrarse a cargo de diferentes entidades.

El nivel de complejidad en la gestión de la cadena de valor del bien o servicio resulta en un esfuerzo sinérgico por parte del Estado para garantizar determinados niveles de calidad, cobertura u oportunidad de los servicios. Son parte integrante de los procesos y procedimientos ligados al servicio prestado, necesitando que sean dimensionados de esta manera.

6. APROXIMACIONES A LA APLICACIÓN DEL VALOR PÚBLICO EN LA ACTUALIDAD

6.1. Valor público y presupuesto público

Conforme al marco antedicho, el valor público resulta un concepto fundamental para la comprensión de la dinámica de la Administración Pública. A este entender, no podemos dejar de evidenciar que la generación de valor público en las actividades del Estado debería constituir una condición indispensable para la existencia de las operaciones en el sector público. Lo anterior se sustenta en que la finalidad pública perseguida será satisfecha con la generación de valor público para el ciudadano.

Consecuentemente, consideramos que este elemento resulta ser el punto de conexión con los sistemas administrativos, en general, y con el sistema nacional de presupuesto público, en particular.

Debe precisarse que el valor público -en la mayoría de los casos- se expresa de forma cualitativa. Para aproximarnos de forma cuantitativa a dicho concepto sería preciso verificar la magnitud de los recursos que se encuentran asociados a determinados tipos de acciones.

De esta forma, la cuantificación del costo de oportunidad de la Administración Pública está directamente relacionada al valor público generado en el proceso de prestación de los servicios públicos. Este concepto de costo de

[20] Moore, M. (1995). Creating Public Value: strategic management in government. Cambridge: Harvard University Press.

oportunidad -para el caso particular del presupuesto público- permite valorar monetariamente la importancia relativa de una actividad o proceso de generación de bienes o servicio dentro de la estructura presupuestal del Estado peruano.

A este respecto, la definición del valor público es indispensable como etapa previa a la formulación de un presupuesto orientado a resultados. Definitivamente, los modelos de gestión para resultados, por objetivos, orientados al ciudadano, entre otras dimensiones de la Nueva Gestión Pública, se encuentran enfocados en vincular de la manera más directa posible la prestación de servicios a los beneficiarios directos.

A manera de ejemplificar lo anterior, citaremos algunos casos en los cuales se debiera aplicar el enfoque de valor público a la prestación de servicios hacia los beneficiarios de los mismos: presupuesto por resultados, Plan de incentivos para los gobiernos locales y presupuesto participativo.

De un lado, el presupuesto por resultados, desde el punto de vista de los programas presupuestales se construye -o debería hacerse- en base a evidencia. Con "evidencia" nos referimos a estudios o investigaciones que demuestren que los medios establecidos permiten alcanzar la finalidad prevista. De igual forma permiten construir modelos operacionales que contribuyan a implementar adecuadamente las acciones necesarias para alcanzar los resultados previstos. Cabe anotar entonces que la formulación de políticas públicas o la determinación específica de los procesos asociados a la producción de bienes o servicios públicos requieren la definición concreta (definición operacional) de la cadena de valor específica para cada intervención del Estado.

De otro lado, tenemos el caso del Plan de Incentivos a la mejora de la gestión y modernización municipal, el cual responde a la lógica de una transferencia condicionada: si el gobierno nacional verifica que el gobierno local ha cumplido con determinada acción previamente requerida se transferirá presupuesto a la respectiva Municipalidad. Vale decir, el financiamiento se otorga por el cumplimiento de metas establecidas por entes rectores de sistemas o entidades del gobierno nacional. Tales metas se establecen en función a políticas nacionales o sectoriales, estándares de cumplimiento normativo general, cambios conductuales impulsados desde diferentes estamentos de la Administración Pública, entre otros. Consecuentemente, la determinación del valor público, si bien es ejecutado por el nivel de gobierno local (cuya competencia constitucional ampara el despliegue territorial) la definición, contenido y proceso de prestación de bienes y servicios públicos son establecidos a nivel nacional.

De esta manera, el proceso de establecimiento de valor público para el caso de los incentivos otorgados a Municipalidades de todo el territorio peruano, se realiza de forma agregada, considerando intereses concentrados y difusos, así como prioridades gubernamentales de diferente ámbito temporal de aplicación.

Un tercer ejemplo está enfocado en el presupuesto participativo. En este escenario, nos encontramos ante una situación en la cual parte del proceso de definición de valor público requiere involucrar directamente a grupos de ciudadanos organizados para contribuir a la mejora de su distrito, provincia o departamento. Tales grupos de ciudadanos -que requieren cumplir una serie de requisitos para su funcionamiento- permiten expresar de forma más cercana a la realidad, las necesidades particulares de un sector de la población que considera a la acción del Estado como necesaria bien sea en función a un ideal de "bondad" o "justicia".

Considerando lo anterior, es importante precisar que si bien las competencias de cada nivel de gobierno se encuentran constitucionalmente definidas, existen numerosas zonas grises en las cuales la implementación de acciones de un nivel de gobierno podría duplicar la realización de acciones de otro. Por esta razón, la coordinación interinstitucional resulta sumamente importante para garantizar la adecuada creación de

valor público

Podemos evidenciar, entonces, que si bien el presupuesto público no define por sí mismo el valor de las intervenciones (ergo, no genera valor público el mero ejercicio de presupuestación), sí termina por expresar de manera tangible y monetaria las diferentes preferencias que tienen los diferentes niveles de gobierno con relación a la implementación de políticas públicas.

En función a lo anterior, podemos concluir que el presupuesto constituye una herramienta que permite medir la contribución de un grupo de actividades, procesos o entidades con la generación de valor público, sin que ello le asigne la responsabilidad de tal definición al sistema nacional de presupuesto público.

6.2. Valor Público y abastecimiento público

El sistema de contratación del Estado ha venido siendo comprendido muchas veces como simple mecanismo para conseguir que la entidad contrate bienes, servicios u obras con la mejor relación de calidad/precio. Si bien es cierto que lo anterior resulta innegable, ello no agota la comprensión del fenomeno en toda su extensión, dado que resultaria contraproducente construir todo un andamiaje institucional que soporte la operacion de un sistema únicamente para conseguir bienes y servicios a bajo costo.

No obstante ello, conforme a la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el abastecimiento es una de las materias respecto a las cuales se aprueban sistemas administrativos. Conforme a lo anterior, la comprensión integral de la relacion entre el Estado y los ciudadanos en lo que se refiere al abastecimiento público no inicia con el requerimiento ni culmina con la conformidad, sino que supone la determinación coherente de los ámbitos concretos de aplicación respecto a los cuales la entidad pública contará con los medios materiales necesarios para alcanzar un cometido público.
Dicho cometido público podrá estar basado en (i) el cumplimiento de una norma de alcance general, (ii) alcanzar un estándar de actuacion por parte de la entidad (iii) dar cobertura a una necesidad pública. En todos los casos, se requiere que la contratación realizada satisfaga o contribuya a satisfacer la necesidad intrinseca del Estado crear valor público. Esta parte de la ecuación es aquella que usualmente, es menos comprendida y hasta olvidada por los gestores responsables de operar los sistemas administrativos relacionados con el abastecimiento público.

En las lineas precedentes se han esbozado someramente los elementos teóricos que subyacen a la importancia de conceptualizar el valor público como eje central de la realizacion de acciones programáticas en los diferentes niveles de la Administración Pública.

Consecuentemente, según se ha visto previamente, el aislamiento de una parte del sistema de abastecimiento ha contribuido a generar incentivos perversos que impiden la consolidación de esfuerzos orientados a dotar al sistema de transparencia y la posibilidad de generación de valor público para el ciudadano.

Es importante acotar que la forma en la cual cada entidad pública instrumentaliza sus procesos internos, determinándolos a alcanzar sus metas, objetivos y resultados de forma eficaz y eficiente, constituye uno de los medios más importantes para garantizar una gestión pública que demuestre resultados concretos a la ciudadanía.

Debe precisarse que esta posición es compartida ampliamente en la literatura especializada, básicamente por la contundencia de la evidencia respecto de la necesidad de que la gestión operativa se encuentre alineada o al servicio efectivo de las funciones sustantivas de la Entidad. En esta linea de pensamiento, como señalan Celle, Sotomarino y Ugarte:

"La capacidad de gestión operativa de las organizaciones de la administración está en la base de muchas de las limitaciones que, en el Perú, tienen tanto los gobernantes como los

gestores para realizar sus tareas. A pesar de que se ha dado algunas iniciativas en este sentido, como el Presupuesto por Resultados (PpR) o la recién iniciada reforma del servicio civil, el Estado no ha podido generar una respuesta sistémica e integral para resolver este problema"[21]

Coherentemente con el planteamiento antedicho, un elemento importante del problema evidenciado tiene su origen en la práctica generalizada de que cada sistema administrativo formula, dicta y da cumplimiento a una serie de normas particulares que tienen como objetivo abarcar el funcionamiento operativo de todas las entidades públicas, regulando el uso de los recursos públicos

Como correspondería a una lógica sistémica e integrada de gestión en el Estado, los sistemas administrativos debieran estar conectados entre sí, compartiendo información y permitiendo garantizar que se encuentre disponible para fines públicos. Lamentablemente, en buena parte de los sistemas administrativos sucede exactamente lo contrario dado que la información del sistema sirve casi exclusivamente al sistema: no se estandarizan formatos, materias, campos, formas de medición o metodologías En ocasiones, inclusive un mismo término puede ser usado de formas distintas en dos sistemas diferentes.

Enfocando la observación inicial hacia el sentido antedicho, es muy difícil –y por eso los buenos gerentes públicos de alto nivel son escasos en el mercado público peruano-que una persona pueda gestionar los sistemas administrativos construyendo, generando, recopilando o clasificando información recibida a través de distintas fuentes

Con dicha información el Titular de la entidad podrá conocer de forma un poco más cercana los principales resultados de su gestión, recomendándose que se elabore una herramienta de gestión integral (cercana a un Cuadro de Mando) a fin de que su estrategia política y/o institucional descanse sobre una operación eficiente en todos los niveles y etapas del proceso de creación de valor público

Lo anterior, de forma general, tiene una explicación clara: la ausencia de confianza en la labor que pueden desempeñar los funcionarios a cargo de la gestión de los recursos públicos Consecuentemente, los sistemas administrativos están diseñados bajo la premisa que el funcionario público tendrá una tendencia "natural" hacia la realización de actos reñidos con la finalidad pública que ostenta la entidad.

A este entender, los sistemas administrativos buscan limitar su capacidad autónoma para poder organizar su trabajo Como resulta evidente los gestores públicos también tienen un incentivo perverso para mantener el sistema como está: son protegidos por las mismas normas frente a los organismos respecto de quienes deben rendir cuentas (organismos de control burocrático o político) Ello ocurre porque en caso cumplan con todas las normas del sistema, cualquier ineficiencia o incorrección no les será imputable Esta posición hace inviable la generación de una gestión que permita dar soluciones innovadoras y adecuadas a las necesidades de la población, impidiendo la generación de valor público de manera coherente con los cometidos públicos involucrados[22]

La contratación pública no escapa al diagnóstico esbozado en las líneas precedentes, dadas las características y aspectos subyacentes al modelo implementado en el Perú. Bajo estas consideraciones, el sistema administrativo de contratación del Estado –como parte de la materia de abastecimiento que lo incluye dentro de los Sistemas Administrativos contenidos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo- resulta haberse

[21] Celle, M. L. Sotomarino, N. & Ugarte, M. (2011). Medidas para mejorar la gestión Operativa de las entidades públicas ¿Cómo pasar de un marco Normativo rígido de cumplimiento flexible a un marco flexible de cumplimiento obligatorio? Recuperado de Proyecto Elecciones Perú 2011: encuentro el debate electoral. Lima: CIES.

implementado de manera más próxima a un organismo de control que a un aliado para la ejecución oportuna que permita alcanzar valor público.

A este entender, el sistema de contratación pública debiera estar orientado a generar incentivos que permitan al Estado (i) abastecerse de los bienes o servicios necesarios para garantiza su óptimo funcionamiento en beneficio de sus ciudadanos (ii) obtener precios competitivos y acceder a mecanismos que le generen ahorro, en las contrataciones que así lo permitan y bajo condiciones de mercado, (iii) generar información que pueda ser útil para contribuir a la mejora en la gestión del Estado.

Con esta lógica, los procesos, procedimientos, etapas y formalidades del sistema debieran estar orientadas a garantizar que dichos incentivos cumplan con la finalidad para la cual fueron concebidos, teniendo en consecuencia la declaración teleológica constitucional respecto sobre el desarrollo de la persona humana.

Cabe precisar que sin perjuicio de lo revisado anteriormente, en numerosas ocasiones las normas del sistema administrativo de contratación pública parecieran orientadas a establecer formalidades engorrosas y trámites burocráticos que hagan muy difícil a sus operadores (i) comprender el sistema de forma integral; y, (ii) buscar la eficiencia en las compras pública ya que están demasiado ocupados siguiendo la norma "letra por letra" para evitar incurrir en una falta administrativa o, inclusive, civil o penal.

Lo mencionado líneas arriba hace patente la relevancia de revisar constantemente la finalidad del sistema, la misma que se debiera encontrar alejada de la burocratización excesiva de los procedimientos: brindar bienes y servicios que permitan soportar adecuadamente la estrategia institucional definida por la autoridad de la entidad alcanzando valor púbico para el ciudadano.

No obstante, dadas las condiciones del sistema, manteniendo funcionanos con esquemas de planeamiento escasos, sin marcos normativos claros, con escasa motivación y sin incentivos a la innovación resultará muy difícil generar impactos positivos para que el sistema contribuya a la realización de una gestión publica moderna y, sobre todo, enfocada en la creacion de valor publico.

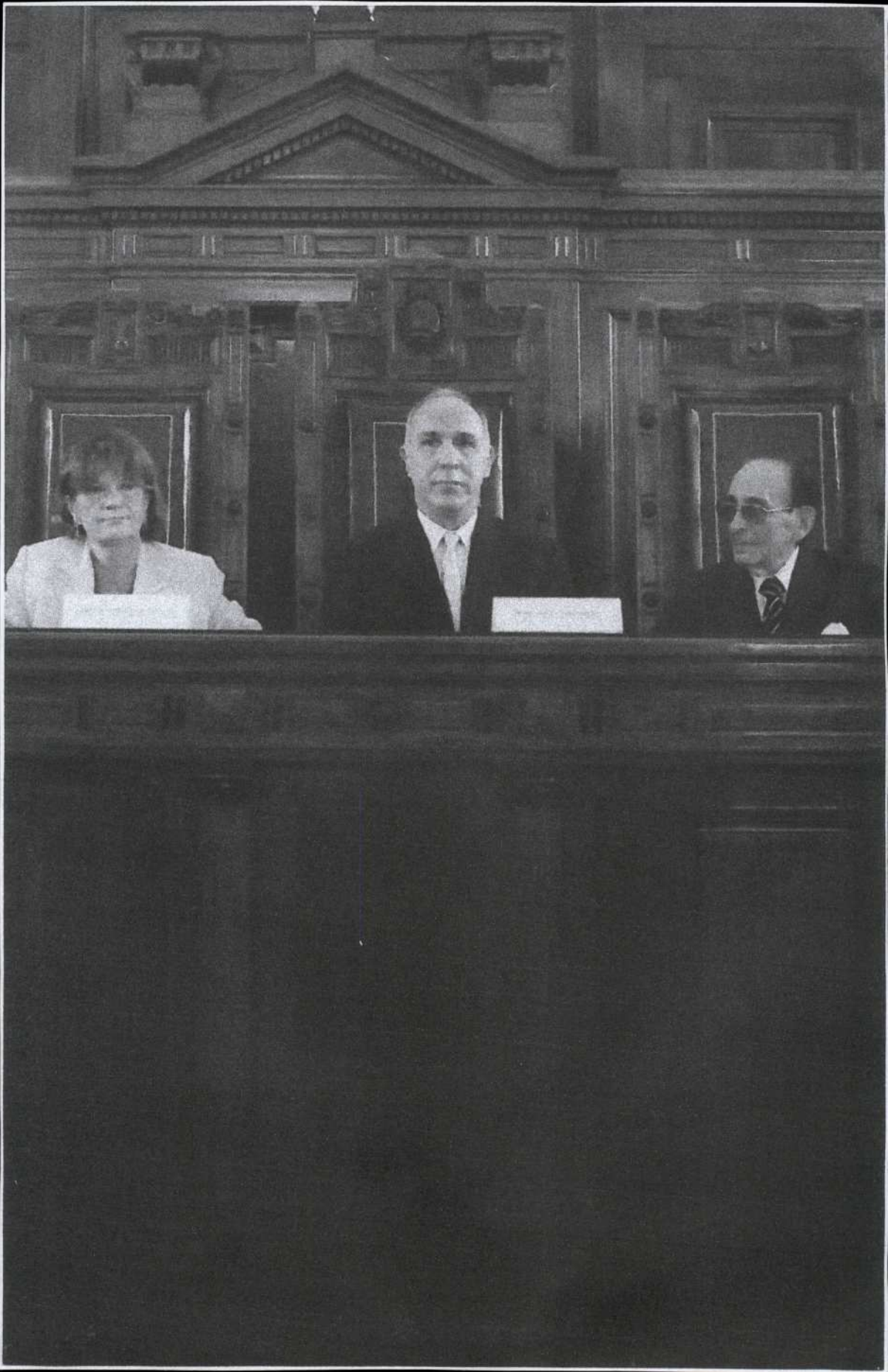
Si bien el presente artículo no ha agotado todos los temas vinculados a la creación de valor público, si ha pretendido mostrar un breve resumen de los diferentes elementos teóricos así como su aplicación concreta a situaciones en las cuales pareciera que los servidores públicos pierden la ruta por preferir la forma respecto al fondo: el procedimiento antes que el resultado; la letra de la directiva sin norte en lugar de crear valor público para el ciudadano.

Como dijo nuestro poeta César Vallejo hace cada vez mas años

"Hay, hermanos, muchísimo que hacer".

Calificación registral de documentos administrativos: Precedentes de observancia obligatoria, hemos avanzado. Corte suprema, hemos retrocedido.

JORGE ORTIZ PASCO



ART. 07

Calificación registral de documentos administrativos: Precedentes de observancia obligatoria, hemos avanzado. Corte suprema, hemos retrocedido.

JORGE ORTIZ PASCO

Abogado Consejero del Estudio Luis Echecopar Profesor de la Facultad en Derecho y de la Especialidad de post grado en Derecho Registral de la PUCP, la misma que coordina desde su creación Profesor de la Maestria en Derecho de la Empresa de la Universidad de Piura. Es autor del libro Apuntes de Derecho Registral Es miembro del Comite Consultivo en temas de Derecho Registral de la revista Actualidad Civil Ha sido investigador Principal del Instituto del Perú- USMP a cargo de Richard Webb Duarte Ha sido coordinador del Marco Legal e Institucional del Proyecto Derechos de Propiedad Urbana COFOPRI. Ha sido asesor del Colegio de Notarios de Lima. Ha sido Superintendente Nacional Adjunto de la SUNARP

SUMARIO

1. Antecedentes. 2. Pleno Quinto. Precedente Segundo. 2.1 Resolución 200-98 ORLC/TR. 2.2. 60 99-ORLC/TR. 2.3 338-2002-ORLC/TR. 3. Comentario (aparte) sobre la vigencia del precedente de observancia obligatoria materia del presente análisis 4 Pleno nonagesimo tercero. Precedente Segundo. 4.1. 014-2007-SUNARP-TR-T. 4.2. 019-2008-SUNARP-TR-T. 4.3 155 2006-SUNARP-TR-T 4.4 048-2005-TR-T. 4.5. 094-2005-SUNARP-TR-T 5 Pleno Centésimo Precedente Unico 5.1. 1591-2012-SUNARP-TR-L. 6. Pleno Centésimo Quinto Segundo Precedente. 6.1. 611 2011 SUNARP TR-A. 6.2. 416-2005 SUNARP-TR-L. 6.3. 408C 2006-SUNARP TR-L 6.4. 102-2007-SUNARP-TR-T 6.5 019-2008-SUNARP-TR-T 66 672 2008-SUNARP-TR-L. 7. Calificación regis tral de documentos administrativos desde una Casación. 8. Seguridad jurídica y registro desde la casación 9. En general y a manera de conclusión: La función administrativa ha venido siendo desmerecida

PALABRAS CLAVES

Control Difuso, Constitución, Código Civil, Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, Tribunal Registral, derecho registral, derecho administrativo precedente de observancia obligatoria, funcion administrativa

1. ANTECEDENTES

La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos cuenta desde su creación con vocación regulatoria (que data y tiene fundamento en el articulo 2009[1] del Código Civil y ha sido ratificada por el artículo 9° de la Ley N° 29566 - Ley que Modifica Diversas Disposiciones con el Objeto de Mejorar el Clima de Inversión y Facilitar el Cumplimiento de Obligaciones Tributarias)[2]. Dicha vocación, se deberia hacer efectiva a través del Reglamento General de los Registros Públicos donde, a

[1] Artículo 2009.- "Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este código, a sus Ley N°os y reglamentos especiales."

[2] Ley N° 29566 llamada de Mejor clima para las Inversiones. Artículo 9.- Precisión acerca de la función registral. "La función registral de calificación se encuentra sujeta a los dispuesto en el artículo 2011 del Código Civil, así como a las reglas y límites establecidos en los reglamentos y directivas aprobados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)."

[3] En el Reglamento para la Ejecución de la Ley N° Hipotecaria Española encontramos un artículo expreso para la calificación de documentos administrativos. Artículo 99. "La calificación registral de documentos administrativos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular y a los obstáculos que surjan del registro."

la fecha, no existe un artículo expreso para la calificación de un documento administrativo[3]. No obstante, si existe un artículo sobre el contenido del asiento de inscripción cuando el título que lo genera es de origen administrativo.[4]

El Tribunal Registral tiene por razón de ser, sentido objetivo y finalidad el de calificar y (tan importante como calificar) generar precedentes de observancia obligatoria[5]. En dicha facultad, el Tribunal no se ha quedado cruzado de brazos, mejor aún, ha aportado al derecho registral peruano líneas directrices necesarias para la calificación de documentos administrativos.

2. PLENO QUINTO. PRECEDENTE SEGUNDO

"Para la inscripción de resoluciones administrativas que impliquen la declaración, modificación o extinción del derecho de propiedad sobre bienes, se requiere acreditar que aquellas han quedado firmes"

Resoluciones que lo sustentan: 200-98-ORLC/TR, 60-99-ORLC/TR y 338-2002-ORLC/TR.

Resolución 200-98-ORLC/TR,

Nos encontramos ante una compra venta, independización y acumulación celebrada entre Juan Alejandro Iza Farje y su cónyuge y la Asociación Casa Huerta Magisterial Santa Rosa de Lima. El registrador David Percy Quispe Salsavilca observo solicitando los documentos técnicos necesarios para calificar la independización y acumulación del predio, omitiendo, que los partes notariales que contenían los actos inscribibles eran dos uno, en el que se pactaron los tres actos inscribibles y, otro, en el que se dejaron sin efecto los actos inscribibles acumulación y subdivisión, pactando que el bien materia de la venta era uno solo. Por lo expresado la observación antes invocada carece de sustento. No obstante ello, también se había planteado una segunda observación indicando que en la partida registral del predio se publicitaba la inscripción de la Resolución Ministerial 0335-97-AG que declaró la caducidad del derecho de propiedad del vendedor Juan Alejandro Iza Farje y la reversión del mismo al Estado.

La antes mencionada Resolución Ministerial que deja sin efecto el derecho de propiedad del señor Iza Farje y además dispone la reversión del mismo a favor del Estado, no fue registrada en el rubro títulos de dominio sino en el de cargas y gravámenes (tal y como consta en la solicitud que el director ejecutivo del Programa Especial de Titulación de Tierras – PETT).

El Tribunal Registral considera en su análisis que al no haberse registrado la Resolución Ministerial en el rubro títulos de dominio el señor Iza Farje no ha perdido su dominio y, por lo tanto, dispone se registre la compra venta a favor de la Asociación Casa Huerta Magisterial Santa Rosa de Lima.

El argumento del Tribunal Registral se encuentra soportado en que el comprador asume el riesgo de la adquisición, ya que de solicitarse por el Estado (Ministerio de Agricultura) la inscripción de la reversión (desde el título archivado) este tendrá preferencia registral teniendo en cuenta que la caducidad y reversión ya se encontraban registradas.

Creo que dejar en manos del comprador el riesgo es justamente ello, muy riesgoso. Si el Tribunal Registral, sabía que la prioridad le favorece a al Estado (Ministerio de Agricultura) debió confirmar la observación del registrador Quispe Salsavilca e invocar la incompatibilidad en el acceso al registro de la compra venta desde lo dispuesto por el principio registral de prioridad excluyente.

El Tribunal resuelve revocar la denegatoria de inscripción.

Resolución 60-99-ORLC/TR.

Se presenta al registro de la propiedad inmueble (hoy registro de predios) la solicitud de una primera inscripción de dominio a favor del Ministerio de Agricultura. El registrador Yuri Omar Zelayarán Melgar observa el título solicitando el plano perimétrico o catastral y la memoria descriptiva debidamente

[4] Artículo 52. El asiento de inscripción extendido en mérito de una resolución administrativa comprenderá además de los requisitos establecidos en el artículo 50 la indicación del órgano administrativo que haya dictado la resolución y la fecha de ésta. Cuando la normativa vigente así lo exija, se indicará la circunstancia de haberse agotado la vía administrativa.

visados por el funcionario de la Municipalidad de Punta Negra con la finalidad de poder determinar si el predio se encuentra en una zona urbana o no. El Tribunal Registral (con lo que me encuentro de acuerdo) expresa su línea de calificación, no solamente po los aspectos técnicos del acto inscribible (solicitar planos y memoria descriptiva), sino por el título, (la resolución directoral ejecutiva 06-96-AG-PETT) expresando que el acto a ser inscrito se encuentra en la misma y, por tanto, lo que también debió ser solicitado al usuario, es que acredite la firmeza (haber quedado consentida) de la resolución administrativa.

El Tribunal resuelve revocar la observación y considera el acto inscribible, siempre que, se subsane la deficiencia advertida.

Resolución 338-2002-ORLC/TR.

Se solicita al registro de la propiedad inmueble (hoy registro de predios) la cancelación del asiento de reversión a favor del Estado sobre el inmueble ubicado en la esquina de la avenida La Punta con la futura vía Cabo Blanco en La Molina, en virtud de la Resolución 024-2002/SBN-GO-JAR expedida por el jefe de recuperaciones de la Superintendencia de Bienes Nacionales.

El registrador, Manuel Edmundo Mejía Zamalloa, observó que la resolución administrativa presentada contiene la transferencia de propiedad a favor de Ernesto Paredes Arana y Oscar Napoleón Salazar Saavedra, sin que la parte resolutiva de la misma lo señale expresamente.

Los señores Paredes y Salazar, fueron adjudicatarios del Estado y registraron su dominio en el asiento 2-c de la ficha N° 252317. Posteriormente, el Estado aplicó la cláusula de reversión registrándose en el asiento 3-c. Contra la decisión del Estado plantearon recursos de reconsideración, los cuales fueron declarados fundados y, por tanto, dejaron sin efecto la reversión que afectó su derecho de propiedad.

El Tribunal Registral consideró que al haberse declarado fundados los recursos de reconsideración planteados por los señores Paredes y Salazar, lo que corresponde es solicitar que los mismos acrediten que la resolución administrativa, favorable para ellos, había quedado firme (consentida).

El Tribunal resuelve revocar la observación y considera el acto inscribible, siempre que se subsane la deficiencia advertida.

3. COMENTARIO (APARTE) SOBRE LA VIGENCIA DEL PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA MATERIA DEL PRESENTE ANÁLISIS.

En los reglamentos de inscripciones del registro de predios de los años 2008 y 2013, respectivamente existe el artículo 10° referido a inscripción en mérito de acto administrativo. En el tercer párrafo de ambos reglamentos existió y existe la misma norma: "Tratándose de acto modificatorio de titularidad dominial, en caso de no acreditarse que la resolución ha quedado firme, se extenderá además una anotación, en el rubro de cargas y gravámenes en la que se dejará constancia de dicha circunstancia".
Al tener en cuenta que ambos reglamentos de inscripciones (2008 y 2010) son posteriores al precedente de observancia obligatoria (2003) cabe preguntarse: ¿el segundo precedente de observancia obligatoria aprobado en el quinto pleno del tribunal registral se encuentra vigente?

Creo que, siendo el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios una norma posterior al precedente de observancia obligatoria, este no se encuentra vigente solamente cuando el acto inscribible verse sobre una modificación al derecho de propiedad. No obstante ello, considero que el precedente de observancia obligatoria se mantiene vigente cuando se trate de una declaración o una extinción del derecho de propiedad, actos a los cuales el reglamento de inscripciones del registro de predios no ha hecho referencia. Por lo expresado, nos encontramos ante una derogatoria parcial del precedente de observancia obligatoria.

4. PLENO NONAGÉSIMO TERCERO. PRECEDENTE SEGUNDO.

"En la calificación de actos administrativos, el registrador verificará la competencia del funcionario, la formalidad de la decisión

administrativa, el carácter inscribible del acto o derecho y la adecuación del título con los antecedentes registrales. No podrá evaluar los fundamentos de hecho o derecho que ha tenido la Administración para emitir el acto administrativo y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado".

Resoluciones que lo sustentan: 014-2007 - SUNARP-TR-T, 019-2008-SUNARP-TR-T, 155-2006-S U NARP-TR-T, 048-2005-TR-T y 094-2005-SUNARP-TR-T.

Resolución 014-2007-S U NARP-TR-T.

La registradora Karla Maria Zagaceta Azcárate observo la solicitud de inscripción de la declaratoria de fábrica del predio signado como lote 9, manzana b, urbanizacion UPAO II, Trujillo. La observación se refirió a los siguientes puntos: 1) No se indicaron los datos del representante legal de la sociedad propietaria del inmueble y, 2) En el formulario único oficial (FUO) se han omitido ambientes en el primer piso y cuarto piso, que si aparecen graficados en el plano.

Los argumentos del Tribunal son:

Desde el artículo 9° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General existe la presunción de validez del acto administrativo.

Entiende que el formulario que contiene la declaratoria de fábrica, representa un acto administrativo sobre el cual existe una presunción de validez y, por tanto, correspondía al Municipio de Trujillo verificar si quien represento a la sociedad en el procedimiento de finalización de la obra y declaratoria de fábrica tenia la facultad para dicho acto.

Por tanto, el Tribunal Registral considera que la registradora Zagaceta Azcárate no tiene facultad para exigir la acreditación la representación porque, de hacerlo, estaría realizando un control ex post.

También procede a revocar la segunda observación invocando los principios de razonabilidad y la proporcionalidad que son recogidos en el artículo IV numeral 1.4 de dicha Ley. Posteriormente, el Tribunal Registral analiza en el caso concreto si razonablemente es posible advertir que el defecto observado por la registradora (no haber descrito en el FUO dos ambientes de la edificación) es solo aparente. Es por ello, que el tribunal concluye que: "Si la documentación gráfica (el conjunto de planos) pro porciona una idea más cabal de la reali dad edificatoria de un predio, es evidente que dicha información se complementa con la mera descripcion literal de dicha realidad contenida en el FUO. (...) A la luz de estas ideas, resulta razonable concluir que, en el caso del título apelado, las omisiones contenidas en el FUO resultaban complementadas o subsanadas por la información del plano de distribución presentado (...)".

El tribunal resuelve revocar la observación.

Resolución 019-2008-SUNARP-TR-T.

El registrador Jorge Salomón Reyes tachó la solicitud de rectificación del estado civil del titular del predio quien manifestó que lo había adquirido de la dirección general de reforma agraria en su condición de soltero y, no, como aparece registrado en calidad de bien conyugal.

La tacha del registrador Salomón Reyes estuvo soportada en lo dispuesto en el artículo 2013° del Código Civil es decir, en la presunción de legitimidad de lo inscrito y que la misma, solo puede ser dejada sin efecto por orden judicial.

Los argumentos del Tribunal Registral son:

"Las condiciones de la adjudicación eran materia de control y evaluación por parte de la DGRA, la que emitia una resolución de adjudicación (en este caso la Resolución Directoral 404-87-AG-DR-I-T emitida por la región agraria I – Tumbes) La adjudicación es, pues, un acto de atribución de un procedimiento administrativo".

"Todo acto administrativo está premunido

"La resolución del tribunal registral no dice "sociedad propietaria", dice empresa propietaria". Creemos que dicha denominación responde a un error teniendo en cuenta que no existe la persona jurídica llamada "empresa". La empresa representa el desarrollo de una actividad.

de una presunción de validez a tenor de lo que dispone el artículo 9° de la Ley N° 27444, que sólo puede ser enervada por la misma administración(.)"

"(...) la tesis del registrador Salomón en el sentido que la nulidad de una inscripción sólo puede tener su causa en una decisión judicial contraviene frontalmente la institución de la nulidad de los actos administrativos declarada por la propia Administración que los dictó(...). De lo contrario, se llegaría al absurdo de generar inexactitudes registrales al publicar como válidos y vigentes derechos que han sido declarados ineficaces o inválidos extra registralmente".

El Tribunal resuelve revocar la tacha.

Resolución 155-2006-SUNARP-TR-T.

El registrador Enrique Fernando Monsalve Arróspide tachó la solicitud de inscripción de la regularización de declaratoria de fábrica de la edificación levantada sobre el terreno signado con los números 189 y 193 del jirón Huallaga, Cercado de Lima, de propiedad de la congregación de las hermanas de la Santa Cruz en el Perú.

La tacha del registrador Monsalve expresó lo siguiente:

"(. .) teniendo en cuenta que la Ley N° 27580, prohíbe sin excepción alguna, conceder autorización en vía de regularización bajo responsabilidad penal a todo funcionario (en este caso, la Municipalidad Metropolitana de Lima), que autorice la regularización de aquellos inmuebles considerados como patrimonio cultural de la nación, hecho que debe haber sido verificado anteriormente por dicho funcionario competente de la Municipalidad Metropolitana de Lima que expide la Resolución 065 2006-MML-GDU- SAU) (...)".

El Tribunal Registral se plantea la siguiente inquietud: "(...) corresponde determinar si las instancias registrales pueden cuestionar aspectos del acto administrativo que ya han sido evaluados por el funcionario que instruyó el procedimiento correspondiente".

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"(...) el Estado ha establecido una presunción de validez de los actos administrativos recogida por el artículo 9° de la Ley N° 27444 (...)"

"En materia de calificación de títulos administrativos el autor español Roca Sastre, citado por Manzano Solano, sostiene que las decisiones de las autoridades administrativas, dictadas en asuntos de su competencia y en forma legal, tiene la misma fuerza que las decisiones jurisdiccionales, por lo que les son aplicables las mismas restricciones de calificación, fundamentalmente aquella referida a la imposibilidad de calificar la adecuación del fundamento de la decisión con el ordenamiento legal o con el material probatorio aportado (...)"

"Culminada dicha evaluación, y habiendo encontrado conforme la documentación presentada, la municipalidad emitió el acto administrativo constituido por la Resolución 065-2006-MML-GDU-SAU del 17 de febrero de 2006, aprobando la ampliación de la declaratoria de fábrica, acto de la administración municipal que en aplicación del artículo 9° de la Ley N° 27444 se presume válido sin que pueda cuestionarse ninguno de sus aspectos procedimentales(. .)"

"(...) las instancias registrales no pueden realizar una nueva evaluación de los mismos aspectos, pues ello supondría no solo invadir la esfera de competencia municipal(...) sino también cuestionar la validez del acto administrativa municipal contraviniendo de ese modo el artículo 9° de la Ley N° 27444(. .)"

El Tribunal resuelve revocar la tacha.

Resolución 048-2005-SUNARP-TR-T.

El registrador Robert Zavaleta Neyra, ante el pedido del señor Flores para registrar la subdivisión y acumulación del predio ubicado en la esquina de las calles Huayna Cápac y Lloque Yupanqui de la ciudad de Trujillo, procedió a observar indicando que la acumulación de un predio se realiza a través de una solicitud simple con la firma del propietario debidamente certificada por un notario y, por tanto, el título presentado, la resolución directoral general 428-2004-MPT-DGDU de fecha 07 de setiembre de 2004, no es un título válido

para registrar la acumulación.

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"En el presente caso se sometió a conocimiento de la Municipalidad Provincial de Trujillo una acumulación de predios por constituir el antecedente lógico y jurídico de la subdivisión que pretendían los administrados. Es decir, la autorización para la acumulación predial no ha sido requerida como un acto administrativo municipal independiente, sino que está vinculado estrechamente con otro acto administrativo cuya competencia le corresponde definitivamente a la municipalidad, por mandato del numeral II.XIII.5 del reglamento nacional de construcciones (...) correspondía a la municipalidad, entonces, emitir pronunciamiento de fondo sobre la petición formulada por los administrados acerca de la viabilidad de la acumulación solicitada en sede administrativa municipal"

"La validez de un acto administrativo está determinada, entre otros elementos, por el hecho de haber sido expedido por la autoridad competente(...)"

"Por lo expuesto, este colegiado estima que no encuentra sustento legal en la observación formulada por el registrador Zavaleta Neyra, pues ello supone desconocer la presunción de validez y legitimidad de la adecuación de la Administración Pública a que se refiere el ya citado artículo 9° de la Ley N° 27444 (...)"

El Tribunal resuelve revocar la observación.

Resolución 094-2005-SUNARP-TR-T.

El registrador Jorge Salomón Reyes tacha el título constituido por las Resoluciones Municipales 008-009-035 y 036 todas del año 2004 y emitidas por la Municipalidad de Contralmirante Villar en Tumbes, mediante las cuales declararon rescindidos los contratos de adjudicación de predios y consecuente reversión al dominio del Estado a favor de Cecilia Manucci de Alfonso, César Vittor Barcino Elsa Estrada Benitez y Eduardo Alcócer Espinoza. La tacha formulada por el registrador Salomón Reyes tuvo como sustento el hecho de que en las partidas registrales de los predios hoy aparecen como titulares registrales terceros ajenos a la resolución y posterior reversión por tanto, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2014° del Código Civil, dichos terceros se encuentran protegidos por la fe pública de lo inscrito.

Los argumentos del Tribunal registral son los siguientes:

"Frente al principio de buena fe registral[6] se opone el de publicidad legal, por el cual se presume que las normas son conocidas por todos sin que sea posible alegar desconocimiento o ignorancia de la misma. En consecuencia, los supuestos terceros registrales tenían conocimiento de las condiciones de reversión y rescisión de los terrenos municipales"[7].

"(...) como enseña Dromi, la cláusula de rescisión (resolución en realidad) es una prerrogativa administrativa más que un derecho o facultad contractual emergente que se impone en todo contrato administrativo. Es una virtual, que puede ejercerse o invocarse por parte de la administración aunque no esté prevista expresamente en el texto del contrato".

"Las resoluciones que aprobaron las adjudicaciones sometían la eficacia temporal de la adjudicación al cumplimiento de ciertas condiciones, consistentes en ejecutar el proyecto (que se habían comprometido a realizar los adjudicatarios) dentro del plazo de tres años. La sanción por el incumplimiento era la rescisión o resolución del contrato, y la reversión del predio al dominio municipal (...)"

"(...) este colegiado considera que cuando una norma legal contemple causales

[6] El nombre correcto del principio es fe pública registral.

[7] Es más, el día de hoy no podrían alegar desconocimiento, teniendo en cuenta el nuevo alcance del artículo 2014, modificado por la Ley N° 30313 y que obliga a los adquirentes a verificar en los títulos archivados causales de rescisión, resolución, anulabilidad y cancelación del asiento registral (desde la falsedad documental o la suplantación del titular en el instrumento público).

de resolución, rescisión o reversión de los predios al dominio de la entidad adjudicante en los contratos estatales de adjudicación de tierras, estas causales serán oponibles frente a terceros, aunque no se encuentren inscritas (...)"

"De otro lado no debe perderse de vista un aspecto fundamental en la calificación de títulos administrativos: los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad y validez, conforme a lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 27444 (...)"

"En aras de esa búsqueda de legitimación social y jurídica, la ley dispone que los actos administrativo serán reputados válidos en tanto su invalidez no sea declarada por la misma administración o por el poder judicial (...)"

El Tribunal resuelve revocar la tacha.

5. PLENO CENTÉSIMO. PRECEDENTE ÚNICO.

"La falta de regulación o precisión en el TUPA del silencio al que está sometido un procedimiento administrativo, no impide la aplicación del silencio administrativo positivo contemplado en el la Ley N° 29060".

Resolución que lo sustenta: 1591-2012-SUNARP-TR-L.

Resolución 1591-2012-SUNARP-TR-L.

La registradora pública Jessy Isabel Martínez Calderón observó la compraventa de 1.35 Ha, que forman parte de un predio de mayor extensión, dicha transferencia fue celebrada entre la comunidad campesina de Jicamarca y el señor Jorge Segundo Zegarra Reategui. La mencionada observación, entre otros temas (catastral y de representación de la comunidad campesina) verso sobre el hecho de no haber presentado (acreditado) la constancia de inexistencia de propiedad informal de acuerdo con lo dispuesto en la segunda disposición complementaria de la Ley N° 29320[I]. Debemos analizar que la registradora cuenta dentro de sus facultades de calificación con la que le permite calificar la legalidad; es decir que el acto a ser inscrito debe cumplir con lo que el ordenamiento legal le exige. El comprador ejerciendo su derecho a la defensa y, al no estar de acuerdo con la observación de la registradora procedió apelar ante el tribunal registral.

El Tribunal revocó la observación expresando que el apelante puede acogerse al silencio administrativo positivo.

El artículo 39.1 del TUO de la Ley N° 27444 establece [II] claramente que la administración solo puede exigir a los administrados el cumplimiento de requisitos siempre que, se cumplan las siguientes condiciones a) cuando existe una norma legal y, b) cuando el procedimiento se encuentre regulado en el TUPA.

Con la finalidad de poder analizar si se cumplieron los dos requisitos exigidos por lo dispuesto en el artículo 39.1 antes mencionado, corresponde hacer dos preguntas:

¿Cuándo se calificó la compraventa con independización del predio, existía norma legal que exigiera la constancia de inexistencia de posesiones informales en el predio materia de la transferencia? La respuesta es muy sencilla. Si existía la segunda disposición complementaria de la Ley N° 29320.

¿Cuándo se calificó la compraventa con independización del predio, se encontraba regulada en el TUPA de la SUNARP la

---

[I] "Para la inscripción en el registro de predios de los actos de disposición efectuados por las comunidades campesinas respecto de partes materiales de sus tierras, así como para la inscripción de las adjudicaciones en división y partición en los casos en que se hubiera dispuesto de cuotas ideales, los registradores públicos deben requerir que se acredite, mediante constancia expedida por el ente competente para la formalización de la propiedad informal, que dichos actos no comprenden tierras ocupadas por posesión informal alguna, en los términos dispuestos en la primera disposición complementaria".

[II] "Los procedimientos administrativos, requisitos y costos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por ordenanza regional, ordenanza municipal, por la decisión del titular de los organismos constitucionalmente autónomos. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el texto único de procedimientos administrativos aprobados por cada entidad, en el cual no se pueden crear procedimientos ni establecer nuevos requisitos, salvo lo relativo a la determinación de las tasas que sean aplicables."

exigencia del certificado de inexistencia de posesiones informales expedido por COFOPRI? La respuesta es muy sencilla No estaba regulado dicho procedimiento y peor aún, desde el año 2004 el TUPA de SUNARP no ha sido actualizado [12]

Por lo expresado, no correspondia que la registradora solicite el cumplimiento del antes mencionado requisito, ya que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.7° del TUO de la Ley N° 27444[13], en el caso de "modificación de los requisitos aplicables a los procedimientos administrativos las entidades de la administración se encuentran obligadas a modificar su TUPA", situación que como hemos expresado desde el año 2004 la SUNARP no ha hecho efectiva

Peor aún, la administración (en este caso la registradora) no solo exigió un requisito que no podia exigir por no encontrase regulado en el TUPA de la SUNARP, sino que, además inobservó lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Ley N° 27444[14], que hace responsable a la autoridad que exige el cumplimiento de requisitos no previstos (regulados) en el TUPA.

No podemos dejar de expresar que exigirle a un administrado el cumplimiento de requisitos no regulados en el TUPA, da lugar a la aparición de una barrera burocrática de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° numeral 3 del Decreto Legislativo N° 1256[15]

Corresponde también analizar la observación de la registradora Martinez Calderón desde COFOPRI. Al momento de presentar el título de compra venta e independización y luego de la apelación ante el tribunal registral (en ambos casos - año 2012) COFOPRI no tenia regulado el trámite de la constancia de inexistencia de posesiones informales en el TUPA. Entonces, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.1° numeral 1 del TUO de la Ley N° 27444[16] los administrados no se encontraban obligados a tramitar dicha constancia.

Pero, además de lo expresado el Tribunal Registral carece de facultad por tratarse de un procedimiento de competencia de otra entidad de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31° del TUO de la LPAG[17].

El precedente de observancia obligatoria se aprueba en un pleno ampliado del tribunal registral cuya sesión se dio entre los días 06 y 07 de diciembre de 2012 y, en fecha posterior, (enero de 2013) recién COFOPRI incorpora el procedimiento en el TUPA.

¿Cuál ha sido la justificación (porque no es una razón) para que Tribunal Registral prefiera el silencio administrativo positivo, no obstante, ser un procedimiento a cargo de otra entidad (COFOPRI)??

El Tribunal Registral ha expresado que el usuario no puede ser perjudicado por la falta de regulación del silencio, no obstante como ya fue expresado líneas arriba a quien correspondia regular el silencio administrativo positivo era a COFOPRI tal y como lo dispone el artículo 31° del TUO de la LPAG.

Da la impresión de que el Tribunal Registral aplicó el control difuso que hoy no se encuentra dentro de las facultades de ningún tribunal administrativo

Asimismo, dicho órgano colegiado justifica su decisión en la existencia de un vacio normativo, olvidando que no es competente para regular ningún tipo de silencio, que además no puede exigir el

---

[12] Incluso hasta el día de hoy 02 de Julio de 2018, sigue sin ser actualizado.

[13] "En los casos en que por Ley N°, decreto legislativo y demás normas de alcance general, se establezcan o se modifiquen los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos, las entidades de la Administración Pública están obligadas a realizar las modificaciones correspondientes en sus respectivos textos únicos de procedimientos administrativos en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la norma que establece o modifica los requisitos, plazo o silencio administrativo aplicables a los procedimientos administrativos."

[14] "Las entidades solamente exigirán a los administrados el cumplimiento de procedimientos, la presentación de documentos, el suministro de información o el pago de derechos de tramitación, siempre que cumplan con los requisitos previstos en el numeral anterior. Incurre en responsabilidad la autoridad que procede de modo diferente, realizando exigencias a los administrados fuera de estos casos".

[15] "Exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad."

[16] Cuando una entidad no cumpla con publicar su TUPA, o lo publique omitiendo procedimientos, los administrados, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora, quedan sujetos al siguiente régimen: 1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente o que se encuentran sujetos a silencio administrativo positivo, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa."

[17] "Todos los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su TUPA, siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento".

cumplimiento de un trámite o requisito que no se encuentra regulado en el TUPA y, por tanto, el administrado encontrarse liberado de cumplir con lo que el TUPA no exige, como ya fue comentado líneas arriba.

Con respecto al vacío normativo expresado por el Tribunal Registral, considero importante citar el siguiente fundamento: "En el presente caso, no se ha configurado ningún vacío normativo relacionado con la falta de regulación del silencio aplicable a un procedimiento, en razón de que si no está regulado el silencio es porque el procedimiento no se encuentra identificado, aprobado, ni compendiado y sistematizado en el TUPA, supuesto para el cual la normatividad legal es clara y concisa: i) la administración se encuentra prohibida de exigir el cumplimiento del procedimiento y ii) el administrado liberado de iniciar el procedimiento"[18].

También creemos que se debió dejar sin efecto la observación teniendo en cuenta la falta de regulación en el TUPA tanto de SUNARP como de COFOPRI y, no entrar en un espacio donde no era, ni es competente (regular silencio administrativo).

El Tribunal Constitucional ha expresado que: "frente a la inactividad u omisión de la administración para resolver la petición de un administrado la ley sustituye esa voluntad a través de la figura de jurídica del silencio administrativo, concediéndole determinadas consecuencias jurídicas constituyendo un privilegio del administrado frente a la administración para protegerlo ante la eventual mora de esta en resolver su petición"[19].

Resulta preocupante que el Tribunal Registral en una resolución[20] anterior al precedente de observancia obligatoria, haya expresado lo contrario diciendo que: "(...) encuentra sustento en el hecho de que el silencio administrativo surge como un mecanismo reaccional a favor del administrado, frente a la inactividad de la administración en el marco de un procedimiento administrativo (...)".

En la misma resolución, el Tribunal Registral también expresó: "Teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo es el conjunto de actos y diligencias conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables, es posible sostener que el silencio administrativo positivo, solo puede ser aplicado en aquellos casos en los que en el marco de un procedimiento administrativo, la administración no cumpla con emitir su pronunciamiento dentro del plazo legal establecido para ello".

"Asimismo la aplicación del silencio administrativo positivo está condicionada al cumplimiento del requisito de aprobación previa del procedimiento, así como ser comprendido y sistematizado en el TUPA[21]. La carencia de esta solemnidad impide la aplicación del silencio administrativo positivo razón por la cual el Tribunal Constitucional tiene establecido que el silencio administrativo positivo es aplicable solo en el caso de que el procedimiento este reconocido en el TUPA de la entidad"[22].

El precedente de observancia obligatoria ha perdido carácter de vinculante por cuanto, COFOPRI ha incorporado en el TUPA (desde enero de 2013) que al trámite de constancia de inexistencia de posesiones informales le corresponde el silencio administrativo negativo. Lo grave se da, porque en forma posterior al precedente de observancia obligatoria el tribunal registrado ha tomado un acuerdo plenario[23] (sesión CV de fecha 04 y 05 de abril de 2013) que establece lo siguiente:

"Se considerará cumplido el requisito de la presentación de constancia de inexistencia de posesiones informales, cuando se obtuvo dicha constancia en virtud a silencio administrativo positivo con anterioridad a la vigencia del TUPA de COFOPRI aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2012-VIVIENDA".

En pocas palabras el acuerdo plenario ratifica y convalida lo ilegal.

6. PLENO CENTÉSIMO QUINTO. SEGUNDO PRECEDENTE.

[18] Tal y como ya fue expresado tantas veces.
[19] Sentencias del tribunal constitucional, expedientes 0815 y 4077-2004-AA/TC fundamentos 2 y 1.
[20] Resolución 174-2010-SUNARP-TR-A de fecha 14 de mayo de 2010.
[21] Larico Apaza, Joel Arnold. El tribunal registral puede o no aplicar el silencio positivo administrativo sin que exista mandato expreso del mismo. Revista Actualidad Civil. Enero 2018. Número 43. Página 312. Instituto Pacífico. Lima, Perú.
[22] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 2753-2004-AC/TC. Considerando 3.
[23] Los acuerdos plenarios no son precedentes de observancia obligatoria porque no cuentan con el número de votos para ser tal, pero obligan a sus miembros como pacto vinculante.

"La resolución administrativa que declara la nulidad de un acto administrativo inscrito es título suficiente para extender el correspondiente asiento de cancelación".

Resoluciones que los sustentan: 611-2011-SUNARP-TR-A, 416-2005-SUNARP-TR-L, 408C-2006-SUNARP-TR-L, 102-2007-SUNARP-TR-T, 019-2008-SUNARP-TR-T y 672-2008-SUNARP-TR-L.

Resolución 611-2011-SUNARP-TR-A.

El registrador público Carlos Butrón Fuentes observa la Resolución de Alcaldía 767 de fecha 15 de julio de 2010 emitida por la municipalidad provincial de Arequipa mediante la cual se declararon nulos los artículos 1 al 4 de la Resolución Gerencial 1487-2009-MPA. El registrador Butrón Fuentes indica que en la partida registral del predio se encuentra inscrita la Resolución Gerencial 1487-2009-MPA que recibe las obras de habilitación urbana. A continuación, también expresa el registrador, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2013° del Código Civil el contenido de la inscripción se presume válido y, que la única forma de declarar invalido un asiento, es a través de una orden judicial. Negando con ello, la posibilidad de que la resolución de alcaldía deje sin efecto a la resolución de gerencia y como consecuencia de ello también deje sin efecto el asiento registral.

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"El artículo 9° de la Ley N° 27444 consagra la presunción de validez del acto administrativo mientras su nulidad no sea declarada judicial o administrativamente".

"En este caso, se ha declarado nulo un acto administrativo (mediante Resolución de Gerencia 1487 - 2009 - MPA/GDU) porque contraviene la ley que regula la protección del patrimonio de la Nación, supuesto previsto por el artículo 10.1° de la Ley N° 27444".

"Los artículos 9° y 11.2° de la Ley N° 27444 admiten que la nulidad de un acto administrativo sea declarada por la propia entidad que lo emitió administrativamente, esta declaración enerva la presunción de validez del acto administrativo prevista por el citado artículo 9°, y registralmente justifica la extensión del correspondiente asiento de cancelación (...)".

"Siendo que dicha presunción (se refiriere a la presunción del principio de legitimación contenido en el artículo 2013° del Código Civil) admite prueba en contrario, esta viene constituida por el acto administrativo que declara nulo uno anteriormente emitido por la propia entidad".

"En el caso del título apelado, mediante la Resolución 1487-2009-MPA/GDU (...) se recibieron las obras de habilitación urbana del predio inscrito (...) y se estableció como carga la obligación del propietario de recabar del Instituto Nacional de Cultura la autorización para ejecutar cualquier modificación sobre el terreno (...)".

El Tribunal revoca la observación.

Resolución 416-2005-SUNARP-TR-L.

La registradora Jenny Ivonne Valencia Vargas tacha el título la Resolución de Alcaldía 125-2004 de fecha 17 de febrero de 2004 expedida por el alcalde de la Municipalidad de La Molina que dejo sin efecto las Resoluciones Directorales 774-2002 y 783-2002, ambas MDLM-DDU. Indica la registradora que: "(...) debemos precisar que el acto contenido en la resolución de alcaldía presentada para su inscripcion no se enmarca dentro de alguno de los supuestos contenidos en el artículo 2019° del Código Civil ni en las normas administrativas razón por la cual resulta improcedente su inscripción, máxime si a través de dicha resolución se pretende cancelar el asiento 8 (modificación habilitacion urbana) al disponerse dejar sin efecto las resoluciones directorales que sustentan la inscripcion de dicho asiento, el cual únicamente puede ser cancelado a mérito de resolucion judicial que declare su nulidad(...)".

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"(...) el Reglamento General de los Registros Públicos regula situaciones como la indicada (...) al establecer que procede la cancelacion total de las inscripciones cuando se extingue totalmente el derecho inscrito, lo que encuentra sustento en la finalidad que tiene el registro de publicitar

derechos para efectos de su oponibilidad(...)".

"Sin perjuicio de lo expuesto, la cancelación del asiento 8 de la partida P02205128 del registro de predios de Lima al amparo del artículo 94° inciso a del reglamento general de los registros públicos procederá si se presenta el documento que acredite la extinción del derecho inscrito, siendo el documento idóneo la resolución expedida por la comisión de formalización de la propiedad informal que deje sin efecto o declare la nulidad de las resoluciones (..)

El Tribunal revoco la tacha

Resolución 408C-2006-SUNARP-TR-L

La registradora pública Giovanna Torrecilla observo la Resolución Ministerial 158-92-VC de fecha 13 de abril de 1992 por la cual se declara la nulidad de la Resolución Directoral 090-91-VC-5600 DPI de fecha 12 de junio de 1991.reiterando su observación anterior en el siguiente sentido: "(..) por cuanto la cancelación de las inscripciones contenidas en los asientos 2C y 2D de la ficha 379941 solo puede ser efectuada a mérito de la sentencia consentida o ejecutoriada que así lo ordene, habida cuenta que la invalidez de las inscripciones es competencia del órgano jurisdiccional.".

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"El 94 del Reglamento General de los Registros Públicos establece los supuestos de cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas, señalando los siguientes (...)b) Cuando se declara la nulidad del título en cuya virtud se hayan extendido"

"De otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General regula en su capítulo II sobre la nulidad de los actos administrativos. El artículo 11.2° establece que la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto(..)"

"El artículo 9° de dicha ley establece que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, segun corresponda"

"Al respecto, sostiene García de Enterría que: "(..) los contratos civiles suponen esencialmente la existencia de los contratos en pie de igualdad mientras que en los contratos administrativos las partes se reconocen desigualdades en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interes"

"Sin embargo, se aprecia de la documentación presentada al registro, que no se ha acreditado que la Resolución 158-92-VC-5600 del 13 de abril de 1992 haya quedado firme, requisito exigido respecto de los actos administrativos cuyo contenido suponga, como en el presente caso, la extinción del derecho de propiedad sobre un bien".

El Tribunal revoco la observación.

Resolución 672-2008-SUNARP-TR-L.

El registrador público Marlon Linares Sánchez observo la Resolución 437-2007-MPH/A d fecha 20 de julio de 2007 mediante la cual se declaró la nulidad de la Resolución 819-2006-MPH/A, así como la nulidad de oficio de las Resoluciones de Alcaldía 299-2005-MPH/A y 450-2006-MPH/A, procediendo con ello a la cancelación de la afectación en uso anotada.

Los argumentos del Tribunal son los siguientes:

"El artículo 94° del precitado reglamento[24] establece los supuestos de cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventiva, señalando los siguientes, literal b) cuando se declara la nulidad del título en cuya virtud se hayan extendido".

"En estos casos, se entiende que la declaración de nulidad debe ser efectuada por la autoridad o funcionario competente, así como constar en título que revista la formalidad requerida por la normativa aplicable, conforme a lo preceptuado por el Reglamento General de los Registros Públicos".

"La Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General regula en su capítulo II sobre la nulidad de los actos administrativos. El artículo 11.2° establece que la nulidad será conocida y declarada

[24] Se refiere al reglamento general de los registros públicos.

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"

"El artículo 9° de dicha ley establece que todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda"

"En tal sentido la resolución administrativa firme es título suficiente para extender el asiento de cancelación respectivo"

El tribunal revocó la observación, salvo en el punto de haber adjuntado un documento idóneo (es decir, copia auténtica de la resolución administrativa)

Hasta aquí, creemos haber descrito que está sucediendo y cual es el marco legal de la calificación registral de los documentos administrativos en Perú. Como habrá podido apreciarse, la regulación de la calificación registral de documentos administrativos en nuestro país la ha venido ejerciendo el Tribunal Registral a través de los precedentes de observancia obligatoria, ante la inexistencia de norma reglamentaria alguna[25].

7. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS DESDE UNA CASACIÓN[26].

Por lo acabado de expresar líneas arriba diera la impresión que se nos acaba el tema. Pero, como el derecho en general es inagotable y, por tanto, una fuente rica de exploración, análisis y discusión (estado que debemos fomentar y practicar desde las aulas universitarias) nuestro común amigo y poder del Estado, el Poder Judicial ha decidido participar del "big bang", la explosión y el crecimiento económico del país a través de la calificación de documentos administrativos. Nos referimos a la sentencia en casación 34 2010-La Libertad[27].

La mencionada casación permite plantear una vez más la interrogante del presente ¿Hacia dónde vamos?

Es importante analizar una casación que podría generar la inestabilidad, que el derecho administrativo y el derecho registral, durante los últimos 20 años, se han preocupado por construir.

En el considerando séptimo de la casación se expresa:

"Que, igualmente debe ampararse la denuncia de interpretación errónea del artículo 2011° del Código Civil"

que establece: Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos (debió decir de los asientos) de los registros públicos y que ello no se aplica bajo responsabilidad del registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción, pues la recurrida entiende que tal norma al interpretarse en concordancia con el artículo 9° de la Ley N° 27444 determina que no pueda analizarse la validez del acto administrativo[28], ni del procedimiento que lo origina pues se vulneraría la competencia de la autoridad administrativa o jurisdiccional, quienes son los únicos que pueden declarar la nulidad, sin embargo, tal comprensión de la Sala Superior resulta inadecuada pues la norma denunciada no establece restricciones a la facultad de calificación integral de los títulos emitidos en el ámbito administrativo, excepto en el caso exclusivo de las resoluciones judiciales[29], no pudiendo la presunción de validez de las resoluciones administrativas contenidas en el artículo 9° constituir un óbice para que el registrador

[25] Nos estamos refiriendo al reglamento general de los registros públicos.

[26] El siguiente tema ha sido publicado en un artículo de mayor extensión y sobre otros temas relacionados con el presente en el Anuario de Derecho Registral Iberoamericanos y en la revista del Círculo de Derecho Administrativo de la PUCP.

[27] Casación publicada en el diario El Peruano el día 30 de enero de 2014 en la página 48135 del suplemento de casaciones.

[28] Artículo 9 de la Ley N° 27444: "Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda".

[29] Comentario del autor: creemos que incluso no solamente se equivoca la casación cuando analiza el tema de la especialidad de la Ley N° sino también en lo referido a la calificación de documentos judiciales. Para tal efecto se puede consultar los trabajos sobre dicho tema realizados por Luis Moisset de Espanés en su libro la Publicidad Registral publicado por Palestra editores, página 235 en adelante, Lima Perú, Marzo de 2004, Martha Silva Díaz en el artículo publicado en la revista Actualidad Jurídica, Tomo 157 Lima Perú, Diciembre de 2006 página 54 en adelante, Jorge Ortiz Pasco en el libro Apuntes de Derecho Registral publicado por Dante Antonioli, páginas 19 en adelante y 39 en adelante, Lima Perú, Septiembre de 2005.

efectúe la calificación de la validez del acto pues así lo ha determinado expresamente el artículo 2011° del Código Civil denunciado, norma que a diferencia de la contenida en la Ley N° 27444 es específica en lo atenciente al derecho registral"

Vamos a empezar nuestro comentario desde el final de la resolución

¿Cuál es la norma especial? Resulta interesante retroceder en algo elemental y, que nos invita una vez más, hacer la propuesta que en cuanto evento académico y como no en clases, siempre me permito recomendar. Hago referencia al dictado del curso Introducción al Derecho, que por lo menos, en la parte que corresponde a la interpretación y a la aplicación de la norma en el tiempo, debe ser dictado en el último año de estudios en la facultad. Cuando nos enseñan dicho tema, no tenemos ni la menor idea de si queremos o no ser abogados y ello nos lleva lamentablemente a no aprender un tema fundamental para nuestra formación y para el futuro ejercicio profesional. La primacía de la norma especial sobre la norma general.

Donde me voy a detener, es en la propuesta de la Corte Suprema. Esto, ya que diera la impresión que la misma no reconoce todo lo escrito en la primera parte del presente y me refiero a lo dispuesto en el artículo 2009° del Código Civil[3] el artículo 9° de la Ley N° 29566 y en el artículo 31° del Reglamento del Tribunal Registral[4] ni mucho menos en los precedentes de observancia obligatoria

Parece que el derecho, conjuntamente con la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre son entendidas como una ciencia aislada cuando la corte opina sobre temas registrales

El análisis practicado en la casación se restringe a lo eminentemente legalista, cuando textualmente expresa "(..) pues la norma denunciada no establece restricciones a la facultad de calificación integral de los títulos emitidos en el ámbito administrativo, excepto en el caso exclusivo de las resoluciones judiciales(..)"

En el derecho registral y dentro de la calificación registral existen formas de calificación dependiendo del documento que se somete a la misma. Por tanto, como lo hemos analizando existe la calificación de documentos judiciales, los emanados de la justicia de paz y los administrativos. La misma, no es una clasificación inventada es reflejo de lo construido por la doctrina. Esta, es fuente de derecho y que como tal debemos buscar conocer, mas tarde confrontar y, por último, aplicar en la construcción del derecho no de la ley)

Se equivoca la Corte porque el artículo 9° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General contempla lo que el registro no puede decidir. La validez (presunción legal) del acto administrativo. El registro puede decidir respecto de la forma documental, para ello en nuestro ordenamiento civil contamos con el artículo 2010°[5], que exige la forma documental pública para llegar al registro, y por excepción legal, la forma de un documento privado[6]. Esta es la forma por la que nuestro registro se inclina la forma documental. Pero, intentar ingresar al mundo de lo dispuesto por una autoridad expresamente facultada para dictar los requisitos de formalización de un acto, no es un espacio para el derecho registral en Perú[7]

¿Qué ha hecho la Corte en la casación comentada? Simplemente, desordenar lo caminado y, ver donde incluso, legalmente no se puede ver. Ha entendido que la 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General que regula el acto administrativo, debe ser pospuesta por la regla de calificación registral, sin tener en cuenta lo que significa el límite de la calificación registral. Es decir "hasta dónde puede llegar el registrador cuando califica un documento administrativo"

También olvida la Corte que una resolución administrativa es consecuencia

---

[3] "Los registros públicos se rigen por lo dispuesto en este código, a sus Ley N°es y reglamento especiales"

[4] Aprobado por resolución de superintendencia 065-2016-SUNARP/SN

[5] "La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria"

[6] El artículo 14 de la Ley N° general de sociedades (actas)

[7] El tribunal registral se ha pronunciado al respecto en varias oportunidades
La resolución 094-2005-SUNARP-TR-T de fecha 03 de Junio de 2005 estableció "No es calificable en sede registral los fundamentos o motivaciones asumidas por la autoridad administrativa para expedir un acto administrativo"
La resolución 307-2005-SUNARP-TR-L de fecha 27 de Mayo de 2005 estableció "No es facultad del registrador ni del tribunal registral cuestionar el fondo ni la motivación de la declaración notarial de prescripción, siendo que en todo caso, es el notario quien asume responsabilidad respecto de la comprobación de los hechos y adecuación a la Ley N° del procedimiento no contencioso. Sin embargo si es función del registrador el verificar que dicho título sea compatible con las inscripciones de la partida registral"

de un procedimiento previo generador de la misma y, en la que solamente, participan el Estado y las partes que la generan.

El registrador no participa, ni de procedimiento administrativo, ni del acto que el mismo genera.

Es importante tener en cuenta lo dispuesto en la Resolución 094-2005-SUNARP-TR-T[35].

La mencionada resolución establece en uno de sus fundamentos (análisis 8): "De otro lado, no debe perderse de vista un aspecto fundamental en la calificación de títulos administrativos:

Los actos administrativos gozan de una presunción de legitimidad y validez, conforme a lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 27444. Ello supone, que todos los requisitos de validez del acto administrativo regulados por el artículo 3° de la citada ley[36] han sido satisfechos, entre ellos el de regularidad del procedimiento, por lo cual no es viable calificar dicho aspecto, pues ello significaría convertir al registro en una supra instancia administrativa".

Como lo ha sostenido la sala trujillana reiteradamente, la calificación registral es ajena a aquellos aspectos que supongan análisis de la validez del acto administrativo, a excepción de la competencia de la autoridad administrativa, por cuanto este constituye un aspecto calificable a tenor del literal "e" del artículo 32° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos[37].

Continúa la resolución en otro de sus fundamentos (análisis 9): "Considera este colegiado que el ejercicio de la potestad administrativa, en cualquier ámbito de cosas, se desarrolla siempre bajo el principio de legalidad. La necesidad que tiene el Estado de legitimar su actuación frente a la ciudadanía se ha llevado a consagrar la presunción de validez a que se refiere el artículo 9° de la Ley N° 27444, de modo tal que se genere confianza en la actuación de la Administración Pública. En aras de esa búsqueda de legitimación social y jurídica, la ley dispone que los actos administrativos serán reputados válidos en tanto su invalidez no sea declarada por la misma administración o por el poder judicial. No obstante, es claro que el carácter iuris tantum de la presunción anotada puede conducir a que la administración actúe apartada o enfrentada al ordenamiento jurídico y ese acto ilegal puede provocar daño a los administrados o a los terceros.

El ordenamiento, entonces, hace responsable a la administración por los perjuicios, como lo prevé el artículo 238° de la Ley N° 27444(...)"[38].

En el análisis de la casación, no debemos dejar pasar el considerando cuarto: "Que respecto, de la pretensión subordinada, la recurrida también emite un fallo desestimatorio señalando que el artículo 142° del Reglamento General de los Registros Públicos[39] que determina que no procede interponer recurso de apelación contra los asientos de inscripción, ni en segunda apelación dentro del mismo procedimiento registral, debe concordarse con la Ley N° 27444 en su artículo 206.2[40] que prescribe que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el

[35] Resolución emitida por el tribunal registral de Trujillo con fecha 03 de Junio de 2005 y que representa una de las cinco (05) resoluciones que soportan el precedente de observancia obligatoria sobre calificación de documentos administrativos aprobado en el pleno XCIII del tribunal registral.

[36] Son requisitos de validez de los actos administrativos: Competencia, Objeto o contenido, Finalidad Pública, Motivación y Procedimiento regular.

[37] Artículo 32 Literal "e": Verificar la competencia del funcionario administrativo o Notario que autorice o certifique el título.

[38] El mencionado artículo se refiere a distintas Disposiciones General como por ejemplo: La indemnización a la que tiene derecho un administrado cuando es lesionado o perjudicado por el funcionamiento de la administración.

[39] Artículo 142: "No procede interponer recurso de apelación contra las inscripciones".

[40] Artículo 206.2: "Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo".

procedimiento o produzcan indefensión y que la contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso se interponga contra el acto administrativo, siendo que en el caso de autos no se estaría buscando una segunda revisión".

Creemos que el tema era más sencillo. Resulta que el artículo 142° del Reglamento General de los Registros Públicos fue derogado por aplicación de la quinta disposición transitoria y final [42] de la Ley N° 27444, por lo que, resulta posible interponer un segundo recurso de apelación en el mismo procedimiento administrativo.

Lo que debe entenderse, es que no procede un segundo recurso de apelación en sede administrativa registral, cuando la denegatoria de inscripción es la misma, pero, si nos encontramos frente a una nueva denegatoria y, por tanto distinta, de la que fue apelada primigeniamente, entonces, cabe una segunda apelación[43].

8. SEGURIDAD JURÍDICA Y REGISTRO DESDE LA CASACIÓN.

En nuestra Constitución no se encuentra regulado el principio de seguridad jurídica[44], no obstante en el ordenamiento constitucional peruano aparece regulado en una sentencia del Tribunal Constitucional[45].

La doctrina a través Mezquita del Cacho[46] nos instruye expresando que las notas de seguridad jurídica son dos:

"La certeza o certidumbre o ausencia de duda, que permita una predictibilidad del interesado sobre las reglas de juego existentes.-

Certeza sobre las fuentes, publicidad normativa, tipicidad penal, derecho transitorio, derechos adquiridos. Aplicada esta certeza a la seguridad jurídica inmobiliaria, es necesario que quienes adquieran derechos lo hagan sobre bases de certidumbre y esto se manifiesta en los diferentes principios hipotecarios, fundamenta los que señalan requisitos de la inscripción, y entre ellos, de forma más directa en los siguientes en el tracto sucesivo, pues de la certeza que supone el apoyo en un titular anterior que ofrece preexistencia del derecho, en la especialidad que da claridad sobre el historial de la finca y de los derechos; en el de calificación o legalidad, que da certeza sobre sobre el cumplimiento de los requisitos legales de la adquisición, en el principio de negocio causal, pues con la expresión de la causa se manifiesta la función controladora y clarificadora de la misma para la validez de los negocios".

"La confianza o ausencia de temor se señala como segunda nota de la seguridad jurídica en general.-

Aplicada al derecho inmobiliario, se manifiesta en la ausencia de temor y en la confianza en los asientos registrales. A esa confianza van encaminados fundamentalmente los principios que señalan los efectos de las inscripciones especialmente las presunciones de exactitud de la legitimación y fe pública registral, pues el legislador da protección sea provisional (legitimación) o definitiva (fe pública registral) a quien confía y se apoya en los asientos registrales".

A la casación le falto saber que la calificación registral desde la doctrina tiene una relación directa con la seguridad jurídica (¡ojo la doctrina es fuente de derecho, otra cosa es que no esté de moda, porque cada día se lee menos!)

---

[42] Quinta Disposición Transitoria y Final. Esta Ley N° es de orden público y deroga todas las disposiciones legales o administrativas de igual o inferior rango que se le opongan o contradigan, regulando procedimientos administrativos de índole general, aquellas cuya especialidad no resulte justificada por la materia que rijan, así como por absorción aquellas disposiciones que presentan idéntico contenido que algún precepto de esta Ley N°"

[43] Resolución 024-2005-SUNARP-TR-T y Resolucion 783-2014 SUNARP-TR-L.

[44] Marcial Rubio Correa en su libro La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional ha escrito en la página 282: "El principio de seguridad jurídica no está escrito específicamente en la Constitución ni como derecho, ni como norma, ni como principio propiamente dicho".

[45] Expediente 016-2002/AI-TC que expresa: "El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas(es especial la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que contenida la interdicción de la arbitrariedad".

[46] En el artículo denominado La función registral y la seguridad de tráfico inmobiliario escrito por José Manuel García García y publicado en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Número 625, Año 1994, Página 2243.

La casación desconoce que existen normas (también legales) especiales como la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General y el precedente de observancia obligatoria.

Roca Sastre dice[47]: "(...) que en principio, la calificación de documentos administrativos debe tratarse como la de los documentos judiciales. Las decisiones de los tribunales y autoridades administrativas tienen la misma fuerza que la de los tribunales ordinarios, siéndoles, por tanto, aplicables las mismas reglas de calificación. No obstante, tiene el registrador una mayor amplitud en el enjuiciamiento, a efectos registrales, de la documentación administrativa, especialmente si se trata del examen de los trámites del procedimiento administrativo"

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de España ha marcado los siguientes criterios generales para la calificación registral de documentos administrativos:

1) No puede accederse a la inscripción si el documento presentado es tan escueto que no permite al registrador ejercer su potestad calificadora".

2) "En la calificación, el registrador deberá ceñirse a los datos resultantes del título presentado y de los asientos registrales sin que pueda tener en cuenta cualquier otro elemento a cuyo conocimiento acceda por vías distintas a las especificadas".

3) "La calificación no puede extenderse a los criterios de fondo del acto administrativo".

4) "El registrador debe calificar todos aquellos aspectos que puedan afectar a la validez de los actos dispositivos cuya inscripción se pretende".

El tribunal registral Peruano cuando se trata de la calificación de documentos administrativos, ha fijado criterios en cuanto a los límites y alcances que no pueden ser desconocidos por la casación.

A continuación transcribimos cinco ejemplos de lo expresado:

"Los pronunciamientos fictos de los órganos de la Administración Pública, debe ser entendidos como la sustitución de la expresion concreta del órgano administrativo por la manifestación abstracta prevenida de la ley, estableciendo una presunción a favor del administrado, en cuya virtud transcurrido un determinado plazo se deriva una manifestación de voluntad estatal con efectos jurídicos en determinado sentido, estimatorio o desestimatorio"[48]. (Alcance)

"No obstante no haber una limitacion respecto de los alcances de la calificación en las resoluciones administrativas, no corresponde al registro observar aspectos evaluados por las municipalidades en el ejercicio de sus funciones en tanto no cumple un rol fiscalizador respecto de estas"[49]. (Limite)

"No es obstáculo para inscribir la numeración de un predio el que en el documento administrativo se consigne como titular al anterior propietario"[50] (Alcance)

"En el caso de compra venta directa no es necesario que se acredite la publi cacion en los diarios o en la página web de la solicitud de venta directa". Para la inscripción de la compra venta de predios de dominio privado estatal se requiere insertar en la escritura pública o adjuntar copia certificada de la resolución de aprobación de la venta del predio específico a que se refiere la rogatoria, emitida por el titular del pliego"[51]. (Límite y Alcance)

"No procede cuestionar la aprobación del proyecto de habilitación urbana de un predio, cuando el mismo abarca parte de la faja marginal de un río, porque previamente debería existir pronunciamiento de la Autoridad Nacional del Agua, ya que no forma parte de los requisitos establecidos

[47] Citado en el libro Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario por los autores Antonio Manzano Solano y María del Mar Manzano Fernández. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, España. 2008. Página 226.
[48] Citado por Jesús Remón Peñalver en su artículo El documento administrativo y el registro en la obra La Calificación Registral, edición a cargo de Francisco Javier Gómez Gallig. Editorial Thomson Civitas España. 2008. Tomo II. Páginas 1268 y 1269.
[49] Resolucion 581-2004-SUNARP-TR-L.
[50] Resolución 676-A-2004-SUNARP-TR-L.
[51] Resolución 1286-2008-SUNARP-TR-L.
[52] Resolución 1653-2013-SUNARP-TR-L.

en la Ley N° 29090 y su reglamento y porque no cabe en sede registral cuestionar los fundamentos de hecho o derecho que ha tenido la autoridad municipal para aprobar la habilitación urbana y la regularidad interna del procedimiento administrativo en el cual se ha dictado"[52] (Limite)

9. EN GENERAL Y A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA FUNCION ADMINISTRATIVA HA VENIDO SIENDO DESMERECIDA.

"Regla sustancial[53]: Todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución y, por tanto, no aplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos a) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, b) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución".

Lo transcrito en el párrafo anterior es la representación constitucional del Control Difuso, que es la posibilidad de no aplicar una ley inconstitucional.

Como lo expresa Alfredo Bullard Gonzales[54] "Decir lo contrario significaba obligar a los órganos de la Administración Pública a incumplir la Constitución y resolver algo a sabiendas que luego su decisión sería dejada sin efecto por inconstitucional"[55].

Pero, aunque no lo podamos creer, el mencionado control difuso que fuera extendido y entregado a los tribunales administrativos ha sido dejado sin efecto por una sentencia del tribunal constitucional.

[52] Resolución 454-2014-SUNARP-TR-L. Criterio y contenido parecido sobre el mismo tema (faja marginal y autoridad autónoma del agua) lo encontramos también en las resoluciones 969-2013-SUNARP-TR-L y 691-2013-SUNARP-TR-L.
[53] Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 3741-2004-AA/TC. Ramón Hernando Salazar Yarlenque. La mencionada sentencia vino a traer la institución del Control Difuso.
[54] Artículo denominado ¿La constitución o la ley? Esquizofrenia, publicado en el diario El Comercio el Sábado 19 de Abril de 2014.
[55] Expediente 4293-2012-PA/TC. Consorcio Requena.

La reforma del poder judicial : Una necesidad impostergable

ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI



ART. 08

La reforma del poder judicial : Una necesidad impostergable.

ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI

Abogado por la Universidad de Lima Posgrado en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Buenos Aires Docente en la Universidad de Lima, UPSJB, UNIFÉ y la Academia de la Magistratura. Ha laborado en el Tribunal Constitucional por más de 10 años, habiendo asumido cargos como asesor de despacho, secretario general entre otros. Asimismo ha sido juez en juzgados civiles y de familia de las Cortes Superiores de Justicia de Lima, Callao y Cono Norte Fue representante del Estado peruano ante el Consejo de Europa en la sede de Etrasburgo (Francia)

SUMARIO

1.Introducción 2.¿Cómo abordar entonces una autentica reforma del poder judicial en nuestro país? 3. La academia de la magistratura: piedra angular de la reforma del poder judicial

PALABRAS CLAVES

Reforma, Consejo Nacional de la Magistratura, Corte Suprema, Fiscalia, Derecho, Academia de la Magistratura, Poder Judicial, Derecho Constitucional

1. INTRODUCCIÓN

La designación de los jueces en un sistema político cualquiera ha sido siempre motivo de preocupación y estudio. La denominada carrera judicial no solo es una cuestión jurídica, sino que tiene un componente político ya que el rol del juez en un estado de derecho es fundamental para la sociedad y puede frenar los abusos del Estado frente a los ciudadanos. Además, puede ejercer el control difuso sobre las normas legales emitidas por el Congreso, así como también, a los decretos supremos expedidos por el Poder Ejecutivo Por ende, dependerá mucho del sistema de designación de magistrados para que una sociedad tenga un Poder Judicial que reúna los estándares mínimos de eficiencia, probidad y capacidad, tan útiles para poder tener el Poder Judicial merecido por la sociedad.

Los sistemas judiciales occidentales, han recorrido desde un modelo técnico-burocrático a uno llamado modelo democrático. El primero, consiste en que se recluta a los candidatos a ocupar puestos judiciales a través de una selección previo concurso, habiendo cursado estudios especializados. La idea de este sistema es que para ser juez no basta con haber obtenido el título de abogado El segundo denominado modelo democrático concebía a un juez imbuido en su entorno social, complementando al lado puramente técnico del anterior modelo En este modelo, participan organismos del Estado y de la sociedad para seleccionar, nombrar, ascender y ratificar a los jueces de todas las instancias a través del denominado Consejo de la Magistratura.

No existe sin duda un sistema perfecto y en nuestro país hemos pasado de la designación a cargo del Presidente de la República a propuesta ternas presentadas por el Ministerio de Justicia previa a su elaboración por parte del propio Poder Judicial, a la creación de un ente autónomo en la designación denominado Consejo Nacional de Justicia —creado por el Gobierno del General Velazco Alvarado

PEÑA GONZALES Carlos. Sobre la Carrera Judicial y el Sistema de Nombramientos. Academia de la Magistratura. Lima. N°1. enero 1998. p.10. LEX FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA 162

en el año 1968— y por último, el Consejo Nacional de la Magistratura reconocido por la Constitución Política de 1979 que evaluaba a los candidatos y proponía igualmente ternas para que el Presidente de la República designe a los jueces y, en el caso de los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia de la República, el nombramiento debía ser ratificado por el Senado. Hoy contamos con el Consejo Nacional de la Magistratura consagrado por la Constitución de 1993, que en virtud de lo establecido por la Ley N° 30833 ha sido declarado en emergencia por nueve meses y cesado sus miembros a raíz de escandalosos audios difundidos por el Instituto de Defensa Legal a través de los medios de comunicación y que han puesto sobre el tapete la necesidad de una reforma integral del Poder Judicial, siendo el caso señalar que lo que este artículo pretende es coadyuvar al debate con un planteamiento distinto en lo referente al sistema de ingreso al Poder Judicial en nuestro país.

Por ello, los sistemas de ingreso a la judicatura es motivo de gran preocupación y estudio por parte de académicos y personas que tienen que ver con el quehacer judicial. Cabe entonces señalar que dependiendo del sistema que se adopte se tendrá el Poder Judicial que uno quiere. Por ello, es de vital importancia tener un adecuado sistema que despolitice los nombramientos y nos garantice el ingreso de una judicatura honesta, competente comprometida con la realidad de su país y con profunda mística.

Una sociedad que no tenga un Poder Judicial acorde con sus expectativas de justicia rápida, oportuna y honesta comenzará a descomponerse ya que no podrá lograr la tan ansiada paz social por la cual históricamente surgió dicho Poder. Mas bien el desánimo, la sospecha y la duda asaltaran a los ciudadanos y, por ende, no van a creer ni en la justicia ni en las instituciones que la imparten. Por lo que se vuelve a una situación de desorden o caos social en donde puedo hacer la justicia por mano propia o lo que los jueces resuelvan no es acatado, incluso por el propio Estado. En cuanto a los sistemas de selección de jueces en el Derecho Comparado, debemos señalar que existen prioritariamente los denominados sistemas simples en los que es un órgano estatal quien selecciona a los jueces y, complejos, cuando en la designación intervienen dos o más órganos. Pero además según el profesor[2] Néstor Pedro Sagués existe la selección de los jueces por particulares, tal es el caso de la adquisición onerosa del cargo, como ocurría en Francia antes de la revolución de 1789, en donde se permitía incluso que el cargo sea heredado; la designación de jueces árbitros y la recusación como selección "A través del mecanismo de la recusación, las partes y sus letrados pueden excluir al magistrado del entendimiento de una causa, y en su consecuencia, transportarla hacia otro".

Dentro de los sistemas simples tenemos

1. **Elección popular:** Tuvo su aparición en los albores de la Revolución Francesa, por aplicación estricta del principio de división de poderes. Según Jiménez Asenjo[3] siendo el pueblo quien elige a los autores de la ley, es razonable que elija, asimismo, a quienes deban interpretarla y aplicarla.

2. **El Poder Ejecutivo:** La transferencia de los poderes de las antiguas monarquías en los Estados contemporáneos ha hecho que quedara en manos de algunos jefes de Estado la selección exclusiva de ciertos magistrados como, por ejemplo, los de la Corte Suprema.

3. **El Poder Legislativo:** Se establece que sean los respectivos parlamentos de los Estados la tarea de seleccionar y nombrar a los jueces. Este sistema es el que más detractores tiene ya que, las manipulaciones políticas que pueden ocurrir en la designación de los jueces nos permiten concluir con que el Poder Judicial no sería independiente. Y cuando el poder político ingresa por la puerta del Judicial, la justicia sale por la ventana.

4. **La cooptación:** Consiste en la selección de los jueces por el propio Poder Judicial, específicamente la Corte Suprema abona en su contra el hecho que se puede constituir una casta judicial llena de prebendas y favores, lo que tampoco contribuye con la reclamada independencia del Poder Judicial.

---

[2] SAGUES NESTOR PEDRO. "Reforma Judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, pag. 31 -35.

[3] JIMENEZ ASENJO ENRIQUE. "Organización Judicial Española. Revista de derecho privado. Pag. 227. Comisión internacional de juristas. El imperio de la ley en las sociedades libres. Ginebra 1959.

5. El Consejo Superior de la Magistratura: Como señala el profesor Néstor Pedro Sagues[4]: en el año 1947, la Constitución italiana introdujo algunos cambios fundamentales en la mecanica de nominación de magistrados Por un lado, declaró que estos serian designados por concurso (art. 106). Por otro lado, instituyó un Consejo Superior de la Magistratura al que corresponde segun las normas de organización judicial, "los nombramientos, las asignaciones, los traslados, los ascensos y las medidas disciplinarias relativas a los magistrados (art. 105°).

La Constitución colombiana, en el inc. 2 del Artículo 256° prescribe como una de las atribuciones del Consejo Superior de la Judicatura: "elaborar las listas de candidatos para la designacion de funcionar ios judiciales y enviarlas a la entidad que debe hacerla"[5]

En el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en Mexico, entre el 25 y 30 de agosto de 1975, se aprobó una sexta recomendación a la propuesta del jurista mexicano Héctor Fix – Zamudio, con el siguiente tenor: En la reorganización del aparato judicial latinoamencano, resulta conveniente la introducción del Consejo Judicial o de la Magistratura el que deberá ser organizado teniendo en cuenta las peculiares caracteristicas de la realidad constitucional latinoamericana. Debe estar integrado mayoritariamente por funcionanos judiciales cuya designación provenga de los mismos jueces, sin perjuicio de la representacion de otros poderes y organizaciones, con el objeto de evitar que el organismo judicial se transforme en un cuerpo cerrado y estratificado. Su función será la de vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales, especialmente el nombramiento promocion y responsabilidad de los jueces y el establecimiento de verdaderas carreras politicas judiciales[6]

El proceso de seleccion nonnal de los jueces se denva así a un cuerpo particular, en cuya integración confluyen distintos sectores (Podei Ejecutivo, jueces, legisladores, docentes universitanos, etcetera)
6. La Escuela Judicial o Academia de la Magistratura: Este organismo autónomo e independiente se encarga de seleccionar, capacitar y designar a los jueces para que den inicio a la denominada carrera judicial cerrada. El análisis de este concepto se efectuará más adelante.
En cuanto a los sistemas complejos de designación de jueces, intervienen dos o más órganos de seleccion, siendo el caso que uno de ellos pueda actuar como órgano de designación. Asi por ejemplo, nombra el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Legislativo o viceversa; o nombra el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo de la Magistratura; o nombra el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Judicial; o nombra el Poder Ejecutivo a propuesta del Colegio de Abogados; o nombra el Poder Ejecutivo a propuesta de las Municipalidades o nombran las legislaturas locales a propuesta del congreso federal, o participan los Colegios de Magistrados en la seleccion de jueces como lo estableció la

"(...)la Constitución de la República de Viet Nam del Sur , de 1967, que en su artículo 80, relativo a la Corte Suprema indicaba que incluía de nueve a quince jueces, elegidos por la Asamblea Nacional y nombrados por el Presidente, de una lista preparada por la Asociación de Jueces , la Asociación de Fiscales y la Asociación de Abogados"; tal como lo expresa el profesor Nestor Pedro Sagues[7]

En nuestro pais, como hemos señalado brevemente paso por una evolución y el resultado lo estamos viviendo. Tenemos el Poder Judicial que podemos y no el que merecemos. El sistema de elección de jueces establecido en la Constitución de 1993 fue un intento claro de despolitizar el nombramiento de la judicatura y lograr una magistratura independiente y eficiente introduciendo instituciones que como

[4] SAGUES NESTOR PE... TIRO. "Reforma Judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado". Editorial Astrea. Buenos Aires. Argentina. 1978. pág. 44- 45.
[5] PEREYRA MONSALVE, Luis César. Constitución Politica de Colombia. Poligráficas. Medellín. 1998.
[6] PLANAS, Pedro. "El Consejo de la Magistratura en América Latina. Anotaciones para un estudio comparativo", en: Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima. Año LXXXVI N° 2 Junio-Diciembre 1998. p. 43.
[7] SAGUES NESTOR PEDRO. Obcit. pág. 45 - 66.

bien sabemos son el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) con mayores atribuciones la Academia de la Magistratura (AMAG), instaurándose, con ello, un nuevo sistema de selección, nombramiento formación y capacitación de magistrados, por primera vez en el país

Nuestra Constitución Política del Estado otorga al Consejo Nacional de la Magistratura las facultades de seleccionar, nombrar, promover y destituir a los magistrados de todos los niveles del Poder Judicial y del Ministerio Público, excluyendo de toda participación, en estas funciones, a los órganos políticos quienes tampoco intervienen en la designación o composición de los miembros del Consejo. De otro lado, la Academia de la Magistratura es la encargada de la formación y capacitacion de jueces y fiscales en todos sus niveles a efectos de su selección Siendo necesario indicar que es requisito para el ascenso, la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia (artículo 151 de la Constitución Política del Estado)

La aparición de la figura del Consejo Nacional de la Magistratura en nuestro país no es nueva, como se ha dicho, se tuvo un Consejo Nacional de Justicia establecido en la dictadura militar e igualmente un órgano del mismo nombre en la Constitucion de 1979, se recogió la experiencia europea que buscaba dar solucion a la preocupacion de cómo efectuar una adecuada selección y designacion de los jueces de Poder Judicial, con el fin de superar la injerencia política (Gobierno y Parlamento) en la función del órgano judicial, que lo lleve a la falta de independencia, politización y partidarización. Conviene tener en cuenta que, actualmente, en Latinoamérica, no existe un criterio uniforme sobre el órgano adecuado o la forma más acorde para la selección y designación de jueces en el Poder Judicial Por ello encontramos ejemplos de copamiento político de las instancias judiciales como en Venezuela o Argentina en el gobierno de Cristina Fernandez de Kirchner

En tal sentido, mucho depende de la tradición y experiencia política en los distintos países para resolver el sistema de designación de jueces En consecuencia, podemos ubicar tres opciones para buscar solucionar este problema:

En primer lugar, estarían los ordenamientos donde el gobierno y la administración del Poder Judicial, son ejercidos por la instancia de mayor jerarquía, es decir la Corte Suprema, como en Argentina, Bolivia, Ecuador Guatemala, Honduras, Méjico, Nicaragua, Panama, Paraguay y Uruguay En segundo lugar, se encuentran los sistemas donde se crean órganos especializados anexos a la Corte Suprema, con relativa autonomía; como en Chile y Costa Rica.

En tercer lugar, se encuentran los sistemas que cuentan con Consejos de la Magistratura, como órganos especializados y autónomos.

Su origen se encuentra en la experiencia europea de la postguerra, los más claros ejemplos de esta institución son: El Consejo Superior de la Magistratura de Francia (1946), el Consejo Superior de la Magistratura de Italia (1948) y el Consejo General del Poder Judicial de España (1978). Los principales antecedentes en Latinoamérica los podemos hallar en la experiencia de algunas provincias argentinas y en el Consejo Nacional de Justicia que creó, en el Perú, el gobierno militar a fines del año de 1969 como hemos dicho. ¿Qué se busca con la creación de los Consejos de la Magistratura? a) Que no haya injerencia política de partido alguno en las instituciones judiciales b) La existencia de la meritocracia, es decir que el ingreso y ascenso en la carrera judicial se basen en los méritos del candidato c) Que el acceso a las plazas judiciales se gane "por derecho propio". d) Reclutar en la carrera judicial a los mejores sin discriminación, con igualdad de oportunidades e) Fortalecer la autonomía de la judicatura frente a los otros poderes del Estado

Las competencias y funciones de los Consejos de la Magistratura no son uniformes en el Derecho Comparado pero básicamente se encargan de: a) Selección, nombramiento y promoción del juez b) Remocion y destitución de los jueces c) Administración y gobierno del Poder Judicial d) Inspeccion y control e) Potestad normativa y reglamentaria.

En nuestro país la Constitución de 1933 disponía que los Vocales y Fiscales de la Corte Suprema fuesen designados por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo. A su vez, disponía que los magistrados de las Cortes Superiores (segunda instancia) fuesen nombrados

por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema. Los jueces y agentes fiscales (primera instancia) eran designados también por el Poder Ejecutivo pero a propuesta (en terna doble) de las respectivas Cortes Superiores. Por último, los Jueces de Paz Letrados y No Letrados eran directamente nombrados por cada Corte Superior.

En diciembre de 1969, el gobierno militar encabezado por el General Juan Velasco Alvarado creó el Consejo Nacional de Justicia, órgano que estaba compuesto por dos delegados del Poder Ejecutivo, dos del Congreso (cuyas funciones ejercía el propio Ejecutivo), dos delegados del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, uno del Colegio de Abogados de Lima y otros dos designados por las Facultades de Derecho nacionales más antiguas. El Consejo efectuaba la designación de jueces, siendo propuestos los candidatos por el Poder Judicial, la Federación Nacional de Colegio de Abogados y el Colegio de Abogados respectivo. Los candidatos eran sometidos a evaluación y entrevista personal. El Consejo Nacional de Justicia logró, posteriormente, ampliar algunas de sus atribuciones en la designación de jueces; siendo el caso que solo elevaba al Ejecutivo la propuesta de un candidato para cada cargo, consiguiendo siempre el respectivo nombramiento.

Esta práctica se rompió en 1976, cuando el Gobierno descartó la propuesta del Consejo, nombrando como Vocal de la Corte Suprema a otra persona que no había participado en el concurso, por lo que el Presidente y el Vicepresidente del Consejo, renunciaron. Con lo cual vemos que un país que no aprende de las lecciones de su historia está condenado a repetirlas.

Con el advenimiento de la democracia, dejando de lado la etapa oscura de los gobiernos militares de la década del setenta, la Asamblea Constituyente elegida en el año 1978 redactó y aprobó, la Constitución Política del Perú promulgada en 1979, quizás la más avanzada en cuanto a incorporar nuevas instituciones (Tribunal de Garantías Constitucionales, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura) y consagrar y regular la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos (artículo segundo de la misma); también estableció, en el Capítulo X del Título IV, la existencia, composición y funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, en sus Artículos 245°, 246° y 247°.

La Carta de 1979 sólo otorgaba competencia al Consejo de la Magistratura en materia de formulación de propuestas para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y Cortes Superiores cuya designación continuaba en manos del Presidente de la República, conforme al Reglamento de los Consejos de la Magistratura, publicado el 26 de mayo de 1991 en cumplimiento de la Resolución N° 018-91-CNM.

El nombramiento presidencial de los jueces de la Corte Suprema quedaba sometido a la ratificación del Senado en donde el candidato electo debía obtener más de treinta y un votos para que pueda juramentar posteriormente como Juez Supremo.

Las propuestas para el nombramiento presidencial de los magistrados de primera instancia y cargos inferiores se encomendaban a los Consejos Distritales de la Magistratura. Se establecía que las propuestas debían efectuarse previo concurso de méritos y evaluación personal de candidatos.

En cuanto a su composición, el Consejo Nacional de la Magistratura, según la Constitución de 1979 estaba integrado por siete miembros: el Fiscal de la Nación, quien lo presidía, dos representantes de la Corte Suprema, un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú, otro del Colegio de Abogados de Lima, y dos representantes de las Facultades de Derecho del país. El mandato de cada uno de ellos tenía una duración de tres años. Por su parte, los Consejos Distritales de la Magistratura estaban presididos por el Fiscal Decano del Distrito e integrados por dos magistrados más antiguos de la Corte Superior y por dos representantes del Colegio de Abogados de la jurisdicción. Cabe anotar que las potestades de investigar la conducta funcional de los jueces y de imponer sanciones disciplinarias estaban a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la República y no al Consejo Nacional de la Magistratura.

Se estableció que el Consejo Nacional de la Magistratura recibiera las denuncias que se presentaban por la actuación de los, llamados en ese entonces, Vocales de la

Corte Suprema, calificandolas y remitiendolas al Fiscal de la Nación, si hubiera la presunción de la comisión de algún delito, o a la propia Corte Suprema, para la imposición de sanciones disciplinarias.

La Constitución Política de 1993 que nos rige, introdujo cambios importantes en cuanto a las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura que, en relación con sus funciones, el artículo 154° establece que estas son: a) Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo aquellos que provienen de elección popular. Dicho nombramiento requiere el voto conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros. b) Ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años; dicho proceso de ratificación es independiente de las medidas disciplinarias. Los magistrados no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial o al Ministerio Público. c) Aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolucion final motivada, y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable. d) Extender a los jueces y fiscales el titulo oficial que los acredita.

En cuanto a la composición del Consejo Nacional de la Magistratura, el artículo 155° establece que sus miembros son los siguientes: 1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena. 2. Uno elegido, en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos. 3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del País en votación secreta, convocada por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, según la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 06-99-CNM de 19 de noviembre de 1999, publicada en el diario "El Peruano" el 23 de noviembre de ese mismo año. 4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás colegios profesionales del país, conforme a ley, convocada por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, según la Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 06-99-CNM de 19 de noviembre de 1999, publicada en el diario El Peruano el 23 de noviembre de ese mismo año. 5. Uno elegido, en votacion secreta por los rectores de las universidades nacionales. 6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares. El mismo articulo contempla la posibilidad de que el número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pase de siete a nueve, siendo los dos adicionales elegidos por el propio Consejo, en votación secreta, de las listas propuestas por instituciones representativas de los sectores laborales y empresariales.

Es importante señalar que, en la Constitución de 1993, a diferencia de lo establecido en la Constitución Politica de 1979, la Presidencia del Consejo no recae necesariamente en el Fiscal de la Nacion ya que ahora se esta blece que el Presidente del Consejo será elegido por los Consejeros, en votacion secreta, por la mitad más uno del pleno su cargo dura un año con la posibilidad de la reelección inmediata por una sola vez.

Si bien mantiene la exclusión de toda participación de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en la eleccion de representantes como integrantes del Consejo, cabe destacar que se introducen algunas modificaciones en la composición de dicho órgano como el hecho que puedan integrarlo personas ajenas a la profesion de abogados, es decir los dos consejeros elegidos por los otros colegios profesionales. Similar posibilidad podria darse en caso de adoptarse la participación de consejeros provenientes de organizaciones laborales y empresariales cuyos representantes no necesariamente tendrían que provenir de la profesion juridica. La intención pudo haber sido buena pero en la práctica ha sido nefasta ya que se ha tenido como consejeros a enfermeros, sin ninguna formación juridica. Para ser miembro del Consejo Nacional de la Magis tratura, se debe cumplir con los requisitos exigidos para ser Vocal de la Corte Suprema, es decir ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cuarenta y cinco años y haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años o haber ejercido la abogacia o la cátedra universitaria en materia uridica durante quince años. Su nombramiento es por un periodo de cinco años eligiéndose simultaneamente a los miembros titulares y a sus suplentes. No cabe la reeleccion inmediata de los Consejeros. Los miembros del Consejo no están sujetos a mandato imperativo ante las instituciones que los eligen, pueden ser removidos de su cargo por causa grave mediante acuerdo del Congreso, adoptado con el voto de los dos tercios del número legal de sus miembros, según lo establece

el Artículo 157° de la Constitución Política del Estado.

Si bien es cierto que, el Consejo de la Magistratura es ya una institución propia del derecho constitucional latinoamericano, cuya progresiva introducción alcanza a diez Constituciones Venezuela (1961), Perú (1993), El Salvador (1983) Brasil (1988) Colombia (1991) Ecuador (1992), Paraguay (1992) Argentina (1994), Bolivia (1994) y México (1994) También están vigentes dispositivos legales que introdujeron el Consejo la Judicatura como en Panamá, en 1987 (en su Código Judicial, aunque como órgano consultivo de la Corte Suprema) y en Costa Rica, en 1993 (vía su Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque como órgano dependiente de la Corte Suprema), en nuestro país, la realidad es otra y dicho organismo está declarado en emergencia y cesados sus consejeros por graves casos de corrupción.

2. ¿CÓMO ABORDAR ENTONCES UNA AUTENTICA REFORMA DEL PODER JUDICIAL EN NUESTRO PAÍS?

Es cierto que no solo es un tema de instituciones o sistemas sino de personas, pero creemos que es importante efectuar una reforma radical en el sistema de selección, ingreso y ascenso a los cargos judiciales, es por eso que nos permitimos proponer en este trabajo un sistema denominado por la doctrina como simple y que consiste en que mediante la Academia de la Magistratura se accede de manera exclusiva al Poder Judicial y se hace una carrera judicial cerrada, como ocurre cuando uno ingresa al servicio diplomático (Academia Diplomatica del Perú) o a las Fuerzas Armadas (Escuela de Oficiales). Uno inicia entonces una verdadera carrera con mística, vocación, sin injerencia política con independencia. El análisis detallado de esta propuesta de reforma judicial lo haremos a continuación.

El derecho es el reflejo de la sociedad. Los antiguos romanos ya lo decían: "Donde hay sociedad hay derecho; por ende, el derecho se transforma, cambia evoluciona a medida que la sociedad lo hace". Las instituciones y las categorías jurídicas no son inmutables, cambian a medida que el mundo evoluciona y la sociedad espera respuestas del Derecho acordes con dicha evolución o cambio.

Una vez más contemplamos como una institución tan importante para el estado de derecho y el sistema democrático como es el Poder Judicial es presa de la corrupción y el descrédito público. No ha evolucionado ni está acorde con los tiempos actuales.

A lo largo de nuestra vida republicana han existido innumerables reformas, purgas y modificaciones en los sistemas de selección y nombramiento y, como vemos, no se ha logrado nada. Urge entonces efectuar una Reforma Constitucional del Poder Judicial que nazca del acuerdo entre los partidos políticos los organos que tienen que ver con la justicia en nuestro país (Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Poder Judicial y Ministerio Público), las Facultades de Derecho de las Universidades del país, los Colegios de Abogados y la sociedad en su conjunto, en puntos esenciales que a continuación se detallan, para poder lograr un Poder Judicial idóneo, autonomo y moderno.

Lograr esta Reforma Constitucional del Poder Judicial, que por cierto no es lo único que hay que reformar, permitiría que nuestra Constitución llegue a ser, en palabras de Ricardo Haro[8]

"(...) el gran proyecto de vida de una comunidad (...) el programa constitucional de un país (...) la decisión que establece "el modo y la forma de ser de un grupo humano".

Se debe consagrar constitucionalmente lo siguiente:

1) Plena autonomía de la Academia de la Magistratura y modificación en su composición y atribuciones.

2) Consagración de la carrera judicial parcialmente cerrada.

3) Consagración de un órgano de control externo al Poder Judicial cuyos integrantes deben ser ajenos al Poder Judicial que se encargue de tramitar las quejas o denuncias por inconductas de los jueces con capacidad de sanción. Debe desaparecer el Consejo Nacional de la Magistratura, toda vez que esta institución no es la adecuada para poder efectuar una autentica reforma judicial.

[8] FIGUEROA BERNARDINI, ERNESTO. "Escuela de jueces hacia la reforma del Poder Judicial" Editorial Inkari 1999. Lima Perú. p. 29

3. LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA: PIE-DRA ANGULAR DE LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL:

Para algunos tratadistas del derecho constitucional entre ellos Néstor Pedro Sagues ,a Escuela Judicial, como así la denomina, "En su acepción restringida refiere a una sene de organismos (casi siempre de post grado) diseminados en diversos países ocupados preferentemente del entrenamiento formación y preseleccion de futuros jueces o funcionarios judiciales y secundanamente del mejoramiento de los actuales cuadros de la Magistratura o del Ministerio Público. En sentido amplio, el concepto de Escuela Judicial cubre tanto a las entidades ya señaladas como a otras ocupadas casi con exclusividad de la actualización y perfeccionamientc de magistrados y funcionanos de justicia"[1]
Los fundamentos para la existencia de una Academia de la Magistratura o Escuela Judicial como la doctrina denominan a esta institución, los podemos resumir en los siguientes

a) Deficiencia en la formación universitana. En la Universidad no se forma al alumno para ser Juez más bien se le da al alumno una formación "universal" o "enciclopédica". Es decir, se dan los conocimientos básicos sobre las diversas especialidades o ramas del derecho, las cuales aumentan con el desarrollo del tiempo. Se dictan entonces asignaturas que se privilegian de acuerdo con la orientación de cada Universidad así hay Facultades de Derecho con marcada tendencia al derecho penal, civil o corporativo. Con esto se busca formar un Abogado que tenga un conocimiento integral del derecho, pero sin ser un especialista en determinada materia.

Debemos tener en cuenta que, la masificación de estudiantes en las diversas Facultades de Derecho del país, aunada a la carencia de un profesorado capaz e idóneo en algunos casos y a universidades sin los estándares mínimos para ser consideradas como tales, contribuye a una deficiente preparación del alumno y futuro profesional en derecho.
Así mismo, debemos tener en cuenta que quienes enseñan en las Facultades de Derecho son en su mayoría abogados y no jueces, lo que hace que en la mayoría de los casos el alumno salga con una idea preestablecida de lo que es el Poder Judicial, casi siempre negativa. La vieja concepcion francesa que establecía que el Juez era un mero aplicador de la ley cambio, el juez debe estar a tono con los cambios sociales debe ser un profesional especializado en la difícil tarea de administrar justicia debe tener vocación, mística, ello solo se consigue a través de la Academia de la Magistratura que imparte cursos adecuados para poder ejercer la función judicial, desde cómo administrar el despacho judicial hasta técnicas en argumentación judicial.

b) Necesidad de especialización en las diversas áreas del derecho: Esto tiene que ver con lo anterior deben ingresar al poder judicial especialistas en administración de justicia y además por cierto en las diversas ramas del derecho en las que se ejerce labor judicial: penal, laboral, civil familia, contencioso administrativo, comercial constitucional tributario.

c) Hay que profesionalizar la administración de justicia: El juez formado en una Academia o Escuela Judicial garantiza que va a resolver los conflictos sociales a los que se les someten conforme a las normas jurídicas primando la dimensión técnica sobre el vinculo comunitario.

d) Igualdad de oportunidades para el acceso a la carrera judicial: Con la implementacion de una Academia o Escuela Judicial se democratiza el acceso a la carrera judicial ya que los postulantes al igual que para el ingreso a una universidad concursan en igualdad de condiciones, sin que exista ninguna injerencia política, vinculación afectiva o favoritismo.

c) Capacitación permanente de los actuales jueces. Esto es importante porque de esa manera como en la actualidad se hace, hay cursos para el ascenso, lo que permite una justicia actualizada y dinámica a tono con los cambios sociales.

f) Se consagra el principio de la importancia del poder discrecional del juez. Hay quienes piensan que la

[1] SAGUES NESTOR PEDRO Obra. pág. 146

administración de justicia es burocrática, mecánica, no creativa. Para que el poder discrecional del juez exista y se cultive, este organismo judicial permite que los jueces no sean meros aplicadores de la ley o de los caprichos de los gobernantes de turno, sino que deben preferir la justicia que es un valor por encima de la voluntad de los hombres.

g) Necesidad de la independencia psicológica del Juez como garantía de una justa administración de justicia. El juez debe estar psicológicamente apto para ingresar a ocupar algún cargo en el Poder Judicial, a través de un examen psicológico y vocacional.

La Academia de la Magistratura debe ser un organismo constitucionalmente autónomo, con un Director elegido por concurso público organizado por un organismo internacional o en todo caso por las Facultades de Derecho de las universidades más importantes del país, un cuerpo consultivo integrado por representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Colegios de Abogados y Facultades de Derecho de las diversas Universidades del país y, una plana docente conformada por especialistas previo concurso público.

¿Cómo sería el sistema de ingreso al Poder Judicial que proponemos para lograr la tan ansiada reforma de este? Desdoblamos este punto en lo siguiente: ¿Cómo se ingresa a la Academia de la Magistratura? y ¿Cómo se asciende dentro del Poder Judicial?

En cuanto al ingreso, éste se realiza a través de un concurso de admisión, que sirve para seleccionar a los aspirantes a la carrera judicial y se convoca conforme a las necesidades de personal judicial a nivel nacional. El postulante deberá inscribirse en la especialidad que desee ejercer dentro de la magistratura.

Con relación a los exámenes se rendirán de la siguiente manera a) Examen oral público, el cual versará sobre algún punto del temario que previamente el postulante ha estudiado b) Un examen escrito, que consistirá en analizar un precepto legal respuestas a preguntas sobre doctrina y comentar alguna jurisprudencia relevante de la especialidad a la que postula c-) Un examen público con ocasión de sustentarse un expediente dentro de la especialidad a la que postula en donde deberá dar la solución a través de una sentencia al caso propuesto, y, d-) Un examen psicológico y entrevista personal con el postulante.
Se ingresará al Poder Judicial por orden de puntuación en estricto orden de mérito y de acuerdo con el número de vacantes.

El ingresante al Poder Judicial recibirá sueldo del estado, correspondiente a la escala más baja en las remuneraciones de los miembros de la magistratura.
Con relación al ascenso dentro del Poder Judicial será la propia Academia de la Magistratura la que igualmente evaluará a los postulantes, previa aprobación por parte de estos, a través de un curso para el ascenso dictado en dicha institución.

Con relación al concurso para las plazas de Jueces Supremos consideramos que deben reservarse algunas, para que ingresen abogados distinguidos o maestros universitarios, de reconocida versación y probidad. Así se permitiría que el Poder Judicial se "oxigene", e ingresen profesionales con nuevas ideas, existiendo un equilibrio positivo entre jueces y abogados, que lleven los destinos del Poder Judicial por buen camino, habida cuenta que ingresarían a la Corte Suprema que es la cúspide de la administración de justicia.

No pretendemos hacer un análisis exhaustivo sobre los cursos o materias que se deben dictar en la Academia de la Magistratura, pero la duración de los mismos debe abarcar cuatro semestres o dos años. No pueden repetirse los cursos dictados en la Universidad y, deben ser orientados a la preparación y formación en la especialidad para los futuros aspirantes a jueces.

Culminados los estudios en la Academia de la Magistratura, luego de haber aprobado satisfactoriamente todos los cursos, egresan de la misma los alumnos ocupando de inmediato las vacantes existentes en el Poder Judicial objeto de la convocatoria de admisión, a nivel nacional, siendo el caso señalar que iniciarán su carrera judicial como Jueces de Paz Letrados.

Esta forma de ingreso a la judicatura así como el ascenso dentro de la misma y la consagración constitucional de la carrera judicial cerrada consideramos es un aporte para la reforma en el ingreso al Poder Judicial, lo que compromete al futuro y a las nuevas generaciones unido a un organismo externo de control del

poder judicial que evalúe las inconductas funcionales de los jueces con capacidad de sanción y destitución inmediatas, siendo el caso que sus miembros deberían ser elegidos en las elecciones nacionales por un período de cinco años por los electores, al igual como se eligen a los parlamentarios andinos.

"Dormí y soñé que la vida era belleza, pero desperté y comprendí que la vida era el deber", decía Kant, y ese deber de los hombres de derecho consiste en lograr la independencia interna, externa y psicológica del Poder Judicial; la idoneidad de nuestros jueces y la optimización de este. De esta forma, conseguiremos que nuestro Poder Judicial se configure como el guardián de la legalidad y el sistema democrático, ya que como dijo Ellauri, célebre constituyente uruguayo, al referirse a la administración de justicia. "Si en este ramo el más difícil y complicado sin duda, podemos algún día conseguir la perfección, no quedará nada que desear para ver afianzada la libertad", esa palabra tan fácil de pronunciar pero tan difícil de hacerla realidad en nuestros días[10].

[10] FIGUEROA BERNARDINI ERNESTO Obcit Pág 100 -101

Los "puntos ciegos" de la jurisprudencia y la doctrina sobre los actos de disposición de bienes sociales (apuntes críticos en torno al artículo 315° del Código Civil).

FORT NINAMANCCO CÓRDOVA



Los "puntos ciegos" de la jurisprudencia y la doctrina sobre los actos de disposición de bienes sociales (apuntes críticos en torno al artículo 315° del Código Civil).

FORT NINAMANCCO CÓROOVA

Abogado y Magister en Derec ho, con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Profesor de Derecho Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad San Ignacio de Loyola. Amicus curiae de las Salas Civiles Reunidas de la Corte Suprema de Justicia. Miembro del Consejo Editorial de la revista "Gaceta Civil & Procesal Civil".

SUMARIO

1. Introducción 2. La casuística jurisprudencial 3. Los planteamientos doctrinales 4. Los planteamientos jurisprudenciales 5.Análisis crítico: los "puntos ciegos" de la jurisprudencia y la doctrina que se ha ocupado del artículo 315 del Código Civil. 5.1 Actuación en nombre ajeno y actuación en nombre propio. 5.2. La representación necesaria de la sociedad de gananciales y la expectativa sobre una necesaria interpretación sistemática. 5.3. La aplicación de la regulación de la venta de bien ajeno

PALABRAS CLAVES

Jurisprudencia, actuación en nombre propio, actuación en nombre ajeno, nulidad, anulabilidad, eficacia ineficacia, venta de bien ajeno, indemnización, responsabilidad extracontractual, responsabilidad contractual.

1. INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XVII, el físico y químico francés Edme Mariotte descubrió que una parte importante de nuestras retinas carece de células fotorreceptoras. Es decir, que en determinadas áreas de nuestros ojos podemos encontrar puntos comúnmente conocidos como "ciegos". Dado que estos 'puntos ciegos' son distintos en cada ojo y no se solapan, la gente no suele percatarse de su presencia; sin embargo, esta última circunstancia no hace irrelevante al "punto ciego". En efecto, resulta por demás inexacto, puesto que saber que hay puntos ciegos, permite un estudio más acertado de los procesos de percepción y de los trastornos de la visión.

Estoy convencido de que la jurisprudencia y la doctrina sobre los actos de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge tienen, como los seres humanos, un par de "puntos ciegos", de los cuales jueces y estudiosos no parecen ser conscientes. Es decir, se estudia y aplica el artículo 315 del Código Civil prescindiendo de una diferenciación conceptual de suma importancia. En este caso, se trata de una distinción que permite comprender adecuadamente el supuesto de hecho normado en dicho artículo y también su consecuencia jurídica, lo que permite apreciar el par de "puntos ciegos" a los que me refiero. Y es que, lo digo con respeto por supuesto, lo

[1] PEÑA GONZALES, Carlos. Sobre la Carrera Judicial y el Sistema de Nombramientos. Academia de la Magistratura. Lima. N° 1. enero 1998. p.10. LEX FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA 162.

que la jurisprudencia y doctrina han venido diciendo en torno al citado artículo resulta no poco impreciso. Como se verá dentro de poco, el real alcance del artículo 315° es muy distinto de lo que la gran mayoría piensa.

2. LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL

Cuando un solo cónyuge dispone de un bien social, sin que el otro cónyuge intervenga en tal acto de disposición sin vacilar se invoca la primera parte del artículo 315° del Código Civil, misma que preceptúa lo siguiente:

"Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro (...)".

Ahora veamos cómo se presenta la casuística, para lo cual expondré algunos casos resueltos en nuestra máxima instancia judicial. Advierto que, en este apartado, me centraré sólo en los hechos, puesto que, primordialmente, me interesa presentar el punto ciego de la doctrina y jurisprudencia sobre el supuesto de hecho del citado artículo 315°.

I. Monnsy de Fátima Chong tenía un bien inmueble inscrito a su nombre en los registros públicos, donde se consignaba que su estado civil era soltera. Así, se presenta como única titular del bien y soltera ante el Banco Santander Central Hispano (hoy Banco de Crédito del Perú), para constituir una garantía hipotecaria sobre tal bien. Es el caso, sin embargo, que el esposo de Monnsy de Fátima, Aldo Antonio Zeballos, interpone una demanda de nulidad de acto jurídico contra la constitución de la garantía real, alegando que el banco sabía que, en realidad, Monnsy era casada. Al respecto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia en casación N° 111-2006-Lambayeque, relata lo siguiente en su considerando quinto:

"(...) en la celebración del contrato de constitución de garantía hipotecaria, la demandada doña Monnsy de Fátima Chong Arrunátegui se presentó ante el banco demandado como única propietaria del bien inmueble y además declarando su calidad de soltera."(...)".

II. Nicanor Rolin Cáceres tenía un bien inmueble inscrito a su nombre en los registros públicos, donde se consignaba también que su estado civil era soltero. Así, se presenta ante el Banco Continental y constituye una garant a hipotecana sobre este bien. Luego, Luzmila Montes, esposa de Nicanor, demanda la nulidad de la constitución de la garantía real aseverando que se trata de un bien social, ya que si bien el inmueble está solo a nombre de su esposo, se puede apreciar de la información registral que la fábrica del inmueble pertenece a la sociedad de gananciales. A propósito de este caso, la Sentencia en Casación N° 0336-2006-Lima, expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, precisa lo siguiente en su considerando octavo:

"(...) que aun cuando el terreno o la fábrica o ambos hayan sido de propiedad de una sociedad conyugal, si en los registros públicos aparece inscrito sólo a nombre de unos de los cónyuges con estado civil soltero, el adquirente de algún derecho respecto del referido bien o bienes de parte de la referida persona, conserva su derecho una vez que se inscriba éste, así se anule, rescinda o resuelva el del otorgante."

III. Hernán Castro le gana un proceso judicial al Ministerio de Economía y Finanzas, por lo que este quedó obligado a abonarle una suma de dinero. Al momento de efectuarse el pago correspondiente, el Ministerio consigue que Hernán firme una renuncia a los intereses devengados. Tiempo después, Dora Castillo, esposa

de Hernán, interpone demanda de nulidad de acto jurídico, cuestionando el acto de renuncia a los intereses. Sobre este caso, el considerando primero de la Sentencia en Casación N° 2235-2003-Lima, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, indica esto

"Que, de autos fluye que Dora Castillo de Castro interpuso demanda contra su cónyuge Hernán Castro Moreno y el Ministerio de Economía y Finanzas, a efectos de que se declare la nulidad del acto jurídico contenido en la renuncia de pago de intereses efectuada por su cónyuge, sin contar con su consentimiento, argumentando que lesiona el derecho de la recurrente, pues al tratarse de un acto de disposición que afecta el patrimonio de la sociedad conyugal, se requiere la participación de ambos cónyuges, por lo que es nulo de pleno derecho, al no haber participado la actora en él".

Hay que resaltar que Hernán celebró el acto de renuncia a los intereses de modo personal, sin pretender nunca ostentar alguna autorización o poder de representación de su esposa. La Sentencia en Casación hace esta precisión en su sexto considerando:

"Que, en el caso de autos, los magistrados de mérito han establecido que la renuncia al pago de intereses lo realizó el cónyuge de la accionante sin su intervención, siendo que necesariamente la demandante tenía que participar en tal acto de disposición, puesto que al tratarse de bienes sociales, forzosamente se requiere la intervención de ambos cónyuges, o en su defecto, cualquiera pudo realizarla siempre que hubiese contado con poder especial del otro, tal como lo establece el artículo 315 del Código Civil, circunstancia que no se advierte de autos (...)".

IV. Enrique Arrieta vende un bien inmueble, no registrado, ubicado en el Cercado de Lima, a los esposos Clemente Blas y Lucía Aquiliana Curi; para esto, el primero se presentó como único dueño y soltero. Sin embargo resulta relevante mencionar que el vendedor les comentó que tuvo una conviviente, la cual había fallecido tiempo atrás.

Posteriormente, Nora Victoria Mora, quien alegaba ser la cónyuge del señor Arrieta, interpuso una demanda de nulidad de acto jurídico en contra de dicha venta, alegando que la misma se hizo sin su autorización y, debido a que el bien involucrado era un bien social, su intervención devenía en necesaria. En otras palabras, Enrique no mantenía la calidad de soltero y su esposa estaba "bien" viva.

Es así que la Sentencia en Casación N° 2893-2013-Lima, en el segundo apartado de su cuarto considerando, se refiere al caso en estos términos:

"(...) ha quedado acreditado que, a través del contrato de compraventa de fecha veinticuatro de marzo de dos mil uno, el codemandado Enrique Arrieta Flores transfirió, sin autorización de su cónyuge (la demandante), la propiedad del bien social (...)".

V. Cuando Tadea Toledo y Caciano Velásquez se casaron, se afiliaron a una cooperativa de vivienda, la cual les adjudicó un lote de terreno sobre el cual construyeron el hogar conyugal. Años

después. Tadea avandonó su hogar por problemas personales con su marido. Caciano, luego de haberse separado de su cónyuge, se dispuso a transferir la titularidad del inmueble a los hermanos Paulina y Raúl Tipula, para lo cual celebraron un contrato de compraventa. Con el objetivo de no crear mayores inconvenientes, Caciano presenta una solicitud de renuncia a la cooperativa, en la cual indicó que los hermanos Tipula tomarían su lugar y que, a partir de ese momento, se les considería los nuevos titulares del inmueble. La cooperativa accede y gestiona la emisión de la respectiva escritura pública de adjudicación, la cual se inscribe otorgando así la titularidad en favor de los hermanos Tipula.

Tiempo después, al tomar conocimiento de los actos jurídicos celebrados por su aún esposo , Tadea demanda la nulidad de la venta, de la escritura pública y de la inscripción de la adjudicación. Es menester anotar que, Caciano actuó en nombre propio y como soltero ante los hermanos Tipula al momento de concluir referido contrato.
Al respecto, la Sentencia en Casación N° 835-2014-Lima Norte, en su décimo tercero y décimo cuarto considerando, describe al caso del siguiente modo:

"Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal "(...) el codemandado Caciano Velásquez Libón transfiere en compraventa el inmueble ubicado en la manzana E, lote 20 de la Cooperativa de Vivienda Sinchi Roca Limitada en Liquidación, distrito de Comas, Provincia y Departamento de Lima, con un área de ciento veintiséis punto cuarenta metros cuadrados (126.40 m2) que comprende una edificación de material noble en un área de ciento diez metros cuadrados (110 m2), a favor de los codemandados Paulina Tipula Tipula de Cora y Raúl Tipula Tipula, por el precio de trece mil dólares americanos ($ 13 000.00). (...) el mencionado vendedor se encontraba casado con la demandante (...)". facultad, si tiene poder especial del otro (...)".

Es importante resaltar que Monnsy, Nicanor, Hernán, Enrique y Caciano celebraron los actos o negocios jurídicos de disposición obrando en nombre propio. Es decir, ninguno de los cuatro pretendió ostentar poder de representación de sus respectivos cónyuges,los cinco actuaron como si fuesen los titulares exclusivos de los derechos materia de tales negocios

3.LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES.

Ante casos como los reseñados en el apartado anterior, la doctrina ha respondido de manera parcialmente uniforme. Es decir, no se preocupan por analizar con detalle el supuesto de hecho contemplado en la primera parte del artículo 315 del Código Civil. Se asume, casi inconscientemente que está clarísimo cuándo nos hallamos ante un acto de disposición de bienes sociales que un cónyuge celebra sin la "intervención" del otro, de manera que el asunto no merecería mayor discusión. Por lo tanto, los autores sólo se dedican a analizar la consecuencia o efecto jurídico de este acto de disposición.

Hay que decir que la doctrina clásica sobre el derecho de familia no expreso mucha preocupación tampoco por el efecto jurídico en cuestión[1]. Así, sólo se exponía la evolución de nuestro Derecho Civil en este tema; por ejemplo, el Código Civil de 1852 estipulaba que el marido podía disponer de los bienes sociales sin ninguna necesidad de la intervención de su esposa. Por otro lado, el Código Civil de 1936 dio un paso adelante en favor de la igualdad de género, estableciendo que la mujer debía intervenir si el esposo pretendía disponer de bienes sociales a título gratuito. Sin embargo, a igualdad plena llegaría recién el 30 de setiembre 1969, con la dación del Decreto Ley N° 17838, que modificó el Código Civil de 1936

"en el sentido de que, para disponer de bienes comunes o gravarlos, el marido necesitaba la intervención de la mujer".

Pero el insigne autor que acabo de citar no deja expresa su opinión sobre la manera de entender el supuesto de hecho. En efecto, sugiere que si, por ejemplo, el marido vende un bien inmueble social sin la intervención de la mujer, podría decirse que estamos ante un caso de venta de bien ajeno.

No obstante, hay que recordar que el maestro sanmarquino dijo esto cuando comentaba la redacción original del artículo 188° del Código Civil de 1936, cuya redacción es sustancialmente distinta al artículo 315° del vigente Código Civil[2].

"El marido es el administrador de los bienes comunes, y además de las facultades que tiene como tal, puede disponer de ellos a título oneroso".

A inicios de la década pasada, se postuló que el acto de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge debía considerarse ineficaz, no nulo ¿Por qué? Pues por razones económicas. Dado que la nulidad no estaba consagrada expresamente para estos casos, debía adoptarse una interpretación que facilitara la circulación de bienes. Esta, sería la que indica que el acto de disposición de bienes sociales que celebra solo uno de los esposos es válido entre las partes que lo celebran, pero ineficaz frente al cónyuge que no ha intervenido sin perjuicio de aplicar las normas de protección de la apariencia, es decir que el estado civil no sería oponible a la parte que no pudo conocerlo. Así, se consigue ahorrar, abaratar el costo de las transacciones, puesto que no tendría que tomarme el trabajo de comprobar el verdadero estado civil de la persona con la cual voy a celebrar un negocio jurídico de disposición. De igual manera, celebrado el negocio por un solo cónyuge, habría una eficacia obligatoria entre las partes, pero una no eficacia traslativa o real, la cual dependerá de la efectiva intervención del otro cónyuge. En efecto, si celebro la venta de un bien social con una persona casada que se presenta como soltera, el contrato no me haría propietario (puesto que no intervino el otro cónyuge), pero la persona vendedora quedaría obligada a transferirme la propiedad[3].

"Considerar la legitimación como un requisito de eficacia supone admitir la validez del contrato traslativo, pero supone también su ineficacia ante la falta de legitimación del agente (ineficacia funcional del contrato). Debe advertirse que la legitimación constituye un requisito de la eficacia traslativa, lo que significa que el contrato traslativo puede generar una relación obligatoria pero no genera el efecto traslativo".

En tal sentido, para evitar encarecer los costos de la circulación, esta interpretación contribuiría a evitar que se fuerce "a los adquirentes a informarse sobre la real titularidad del bien para no ver frustrada su adquisición"[4].

Por consiguiente, se concluye que:

"(...) el artículo 315 del Código Civil debe ser interpretado apreciando la proyección externa de la sociedad de gananciales, por tanto, tomando en consideración las reglas del tráfico. Esto permite afirmar que la disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro

[2] Héctor Cornejo Chávez. Op. cit. 275 donde el autor transcribe sus comentarios al citado texto original: "Bien es cierto que tratándose de bienes comunes y no pudiendo el marido vender lo que no es suyo, podría considerarse a la mujer como covendedora a los efectos de transquear la acción rescisoria por lesión" (el resaltado es agregado). Nótese la alusión a la figura de la venta de bien ajeno.
[3] Luciano Barchi Velaochaga. La disposición de un bien social por un cónyuge sin la intervención del otro. Derecho Civil Patrimonial Vs Derecho de Familia. En: Actualidad Jurídica. T. 90. Lima: Gaceta Jurídica, mayo de 2001, pp. 9-22.
[4] Luciano Barchi Velaochaga. Op. cit. p. 13.

es un contrato válido. La eficacia de dicho tomará en consideración las normas de protección de la apariencia. Con esta solución reducimos los costos de información facilitando la circulación de los bienes"[5].

Un par de años después se postuló que el acto de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge se podría considerar como un negocio jurídico nulo, por configurarse la causal prevista en el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil. Por lo tanto, si uno de los cónyuges efectúa un acto de disposición de bienes sociales en solitario, sin contar con la manifestación de voluntad del otro, ocasionaría la nulidad de pleno derecho. No obstante, esta solución es criticada, ya que, en casos como este, el único interés afectado sería el del cónyuge que no participó en el negocio jurídico dispositivo, no intereses generales, de manera que la solución correcta sería aplicar la anulabilidad. La idea era planteada de la siguiente manera:

"(...) la voluntad concorde de los cónyuges se requiere como elemento constitutivo necesario para la validez del acto. Siendo así, el acto practicado sin intervención de uno de ellos y, aun, sin la autorización supletoria judicial, es nulo por falta de manifestación de voluntad: ésta se configura con la intervención de ambos cónyuges (artículo 219, inciso 1, del Código Civil) [...] Pero, como el interés afectado no es otro que el del cónyuge que no interviene para controlar el poder dispositivo de bienes sociales y puede suceder, por el contrario, que, aun sin su consentimiento, no tenga nada que oponer al acto realizado, que tal vez estime ventajoso, o bien que prefiera proteger su interés de algún otro modo, de acuerdo con su consorte, no parece adecuado caracterizar esta situación como una acción de nulidad radical e insalvable, sino más bien como una acción de anulabilidad, cuyo ejercicio depende del arbitrio del cónyuge no interviniente"[6].

Luego se retomó la idea de la aplicación de las reglas de venta de bien ajeno para estos casos; vale decir, si un solo cónyuge dispone de un bien social, pues está disponiendo de un bien que no le pertenece. En principio, sólo tenemos legitimación para disponer de los bienes que son nuestros, de manera que si intentamos disponer de bienes que no forman parte de nuestro patrimonio pues estaríamos ante un supuesto de defecto de legitimación lo que según nuestro Código Civil provoca la ineficacia, no la nulidad. Veamos algunos de los términos originales de la idea que, como se comprenderá, resulta ser una nueva, pero mas acabada o pulida, exposición de lo dicho décadas antes por Héctor Cornejo.

"El contrato que celebra un cónyuge sin el asentimiento del otro cónyuge es perfectamente válido porque no hay ninguna causal de invalidez pero si existe un problema en los efectos jurídicos del contrato que es la ausencia de legitimación. La legitimación lo ostenta la sociedad de gananciales en su calidad de patrimonio

[5] Luciano Barchi Velaochaga. Op. cit. p. 22.

[6] Alex Plácido Vilcachagua. Disposición de bienes sociales. En: Aavv. Código Civil Comentado. T. II. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 375.

[7] Rómulo Morales Hervias. Estudios sobre teoría general del contrato. Lima: Grijley, 2006, p. 500 "(...) la legitimación es la competencia que tiene la parte de disponer o de transferir de las posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Se requiere la presencia del instituto de la legitimación como requisito de las partes contratantes a fin de que el contrato pueda surtir efectos jurídicos. La consecuencia jurídica en el caso de que falte legitimación será la ineficacia y no la invalidez."

autónomo conforme lo establece el artículo 65 del Código Procesal Civil. Así, los cónyuges tienen un interés común respecto de los bienes que conforman dicho patrimonio social, sin constituir una persona jurídica. El artículo 315 es una norma que regula la titularidad de los bienes de la sociedad de gananciales. Pero la legitimación nada tiene que ver con la falta de manifestación de voluntad de uno de los cónyuges. Al contrario, el cónyuge culpable manifiesta su voluntad frente al tercero pero carece de legitimación (...) El régimen aplicable al primer párrafo del artículo 315 del Código Civil es la compraventa de bien ajeno mediante la aplicación del concepto de legitimación y sus consecuencias jurídicas"[8].

En el año 2011, un sector de la doctrina propuso entender que la infracción del artículo 315° del Código Civil implica un supuesto de representación defectuosa o insuficiente. Es decir, si un solo cónyuge dispone de un bien social, pues esta realizando un negocio jurídico sin el poder de representacion necesario o suficiente; por ende cuando un solo cónyuge dispone de un bien social, debe entenderse que le hace falta el poder especial que debería haber otorgado el otro. Según esta doctrina, cuando un cónyuge celebra un negocio jurídico de disposición de bienes sociales, está actuando en interés propio y, al mismo tiempo, en interés ajeno. Dado que al cónyuge que celebra el negocio no deja de tener "titularidad" sobre los bienes que integran el patrimonio social, no puede decirse que está obrando totalmente en interés ajeno. No obstante, tampoco tiene la "titularidad" absoluta o plena sobre dichos bienes, por ello no puede decirse que esté obrando estrictamente en interes propio. En este orden de ideas se dice:

> "Podríamos afirmar que de nuestra normativa positiva (específicamente de lo dispuesto por los artículos 313 y 315 del CC) se desprende que por recaer sobre los bienes comunes derechos de los que ambos cónyuges son titulares, corresponde a ellos de manera conjunta, en principio, administrar y disponer de estos, de forma tal que el acto practicado sobre los bienes comunes sin que ambos cónyuges concurran con su consentimiento a la concertacion de este resultará, en principio, ineficaz.
> ( ) en lo que respecta a la gestión de bienes comunes el regimen de comunidad de gananciales permite a los cónyuges que en ejercicio de su autonomia privada puedan conferirse, recíproca mente, poderes tanto para la administracion como para la disposición de dichos bienes arts. 313 y 315 del CC) (...) por una parte, el cónyuge gestor actuara en interes propio, toda vez que a él también corresponde la titularidad de los bienes que integran el patrimonio común; y, por otra, actuara en representación del otro cónyuge es decir, en interes de este por ser, del mismo modo, titular del patrimonio común"[9]

Por último, recientemente se ha pronunciado una opinión que ha hecho suya la tesis de la ineficacia en virtud de falta de poder de representación y legitimación. Esta apreciación se expresa del siguiente modo:

"Esta teoría es la más aceptada a fin de permitir la subsanación de la ausencia de intervención del cónyuge no interviniente en la celebración del acto jurídico familiar. Acorde con la seguridad del tráfico jurídico permite una manifestación a posteriori de voluntad del cónyuge que no participó

[8] Rómulo Morales Hervias, op. cit., pp. 510-513.
[9] Moisés Arata Solis. La sociedad de gananciales. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, pp. 244 y 245.

en la celebración del acto jurídico de disposición. Para ello se apoya en el artículo 161 del Código.

(…)

Consideramos que esta teoría es la más adecuada para la determinación de los efectos jurídicos de aquellos actos de disposición de bienes sociales por obra de un solo cónyuge. En efecto, en estos supuestos entendemos que el cónyuge que celebra tales actos manifiesta su voluntad frente al tercero careciendo de legitimación"[10].

Hace poco, en su perfil público de Facebook, un distinguido autor ha sostenido que la infracción al artículo 315 del Código Civil implica un supuesto que versa sobre representación defectuosa. En otros términos, la violación del artículo 315 del Código Civil provoca la ineficacia del acto de disposición. Veamos este parecer:

"En nuestra opinión, en este sentido se debería comprender a la norma del art. 315, por cuanto la sociedad de gananciales está representada por ambos cónyuges, careciendo uno solo de ellos de legitimación para disponer o gravar los bienes que lo integran. El contrato de disposición o gravamen de bienes sociales realizado por uno de los cónyuges es inoponible al otro (ineficacia relativa), quien puede ratificarlo. Se confirma un acto jurídico en cual se ha sido parte en su celebración, y se ratifica un acto en el cual no se ha intervenido, como es el caso del cónyuge que no ha participado en la celebración del contrato de disposición del bien social"[11].

4. LOS PLANTEAMIENTOS JURISPRUDENCIALES.

La Sentencia en Casación N° 111-2006-Lambayeque recoge la opinión de la ineficacia por ausencia de poder de representación suficiente. Así es, basta revisar los considerandos tercero, cuarto y quinto de esta sentencia, los cuales dicen lo siguiente:

"(…) el supuesto previsto en la referida norma [artículo 315 del Código Civil] no recoge un supuesto de nulidad de acto jurídico, sino uno de ineficacia, el mismo que origina que el acto jurídico cuestionado no sea oponible al patrimonio de la sociedad de gananciales (…) la sociedad conyugal se encuentra representada por los dos cónyuges, la misma que además debe ser ejercitada de manera conjunta; atendiendo a ello, el artículo 315 en mención establece que, para disponer o gravar un bien social se requiere la intervención de ambos conyuges, supuesto que no descarta la posibilidad de que uno de ellos pueda otorgar poder al otro, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315 como en el artículo 292 del Código Civil, lo cual lleva a concluir que, la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar.

(…) la intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica el poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica (Massimo Bianca. Diritto Civile. Tomo tres. Il Contratto. Giuffré Editore. Milán, mil novecientos noventaiocho. Páginas sesenta y cinco y sesenta y seis). Tal supuesto resulta reconocido en nuestro sistema jurídico, ya que el mismo puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el

[10] Enrique Varsi Rospigliosi. Tratado de Derecho de Familia. T III. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 205 y 206.

[11] Aníbal Torres Vásquez. Inoponibilidad de los actos de disposición o gravamen de los bienes de la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges. En: https://www.facebook.com/notes/an%C3%ADbal-torres-v%C3%A1squez/inoponibilidad-de-los-actos-de-disposici%C3%B3n-o-gravamen-de-los-bienes-de-la-socied/923811711029622 (consultado el 15 de diciembre de 2015).

denominado falsus procurator". La Sentencia en Casación Nº 0336-2006-Lima, en su cuarto considerando, hace suya la tesis de la nulidad cuando, sostiene que

"(...) en tal virtud, para disponer de bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al oro para ese efecto, de acuerdo al artículos trescientos quince del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmueble o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges, de modo tal que si contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurriría en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículos doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que interesan al orden público según el artículo V del Título Preliminar del Código Civil".

La Sentencia en Casación N° 2235-2003-Lima resuelve no casar la sentencia de vista, misma que acoge la tesis de la nulidad invocando la causal de falta de manifestación de voluntad, precisando en su sexto considerando que

"(...) al tratarse de bienes sociales forzosamente se requiere la intervención de ambos cónyuges, o en su defecto, cualquiera pudo realizarla siempre que hubiese contado con poder especial del otro tal como lo establece el artículo 315 del Código Civil, circunstancia que no se advierte de autos, no pudiéndose considerar manifestación tácita de la actora conforme alega el recurrente, tanto más si el artículo 141 del Código Civil precisa que cuando la ley exige una declaración expresa como lo señala el citado artículo 315 la manifestación tiene que darse con la intervención personal del otro cónyuge o mediante poder expreso".

La tesis de la ineficacia, en cambio, es acogida por la Sentencia en Casación N° 2893-21013-Lima, la cual consigna siguiente en el quinto apartado considerando:

> En el caso del artículo 315 del Código Civil es evidente que el acto jurídico cuenta con los elementos constitutivos de validez, pues ambas partes han manifestado su voluntad de celebrar el acto jurídico son agentes capaces, existe un fin lícito y un objeto jurídicamente posible porque se procura la transferencia de la propiedad de un bien sobre el cual el vendedor tambien ostenta derechos reales (como parte de la sociedad de gananciales que conforma) aunque no exclusivos, y, finalmente, tratándose de un contrato de compraventa es netamente consensual por lo que no existe solemnidad que deba ser respetada. Por tanto, el acto jurídico de disposición cuenta con todos los elementos de constitución que lo hacen válido.
>
> Sin embargo, el acto jurídico debidamente constituido presenta un defecto extrínseco relevante, eso es, a ausencia de legitimación para contratar que ostenta el conyuge celebrante respecto al bien social, porque la legitimación para disponer

> del bien es de la sociedad de ganancia les como patrimonio autonomo y no de determinado cónyuge (...) es evidente que si uno de los cónyuges celebra un acto de disposición sin autorización del otro carecerá de facultades de representación expresas respecto al titular del bien, que es la sociedad de gananciales Ergo al celebrar el acto el cónyuge culpable se atribuye una falsa representación"

Por último, la tesis de la nulidad es acogida en la Sentencia en Casación N° 835-2014-Lima Norte cuyo considerando décimo cuarto afirma que:

"(...) teniendo en cuenta que el mencionado vendedor se encontraba casado con la demandante desde el 17 de setiembre de 1970, conforme se verifica del certificado de matrimonio de fojas tres, el acto jurídico cuestionado deviene en nulo, por la falta de intervención de la demandante en su celebración, pues el citado bien inmueble pertenecía a la sociedad conyugal conformada por la demandante Tadea Toledo Oviedo de Velásquez y el codemandado Caciano Velásquez Libón, es decir, se trataba de un bien social que sólo podía ser enajenado con la intervención de ambos cónyuges; por lo tanto, al no haberse celebrado el contrato privado de compraventa de fecha 16.5.2000 con la intervención de ambos cónyuges, conforme lo dispone el art. 315 del Código civil, dicho acto jurídico es nulo".

5. ANÁLISIS CRÍTICO: LOS "PUNTOS CIEGOS" DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA QUE SE HA OCUPADO DEL ARTÍCULO 315 DEL CÓDIGO CIVIL.

Las opiniones doctrinales y jurisprudenciales expuestas como ya lo he dicho, tienen un par de puntos ciegos que las hacen susceptibles de una fundada crítica. Por un lado, se ha obviado la distinción, innegable hoy en día en la doctrina del derecho civil, entre actuación en nombre propio y actuación en nombre ajeno. Por otro lado, tal distinción tiene una repercusión trascendental para entender la consecuencia jurídica del acto de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge. En efecto, si el cónyuge obra en nombre propio, su actuación no tiene idénticas consecuencias a si obrase en nombre ajeno. Repárese en que tal distinción no es advertida en ninguna de las opiniones reseñadas.

Si el cónyuge celebrante actua irrogándose poder especial del otro, que en realidad no tiene ciertamente estamos ante un supuesto de representación defectuosa. En cambio, si el cónyuge celebrante actúa en nombre propio, el caso es diferente nada tiene que hacer la representación aquí, sino las reglas de contratos sobre bienes ajenos. El primer supuesto se somete a lo estipulado en el artículo 315° del Codigo Civil precepto que regula la representacion conjunta de la sociedad de gananciales. El segundo supuesto, en cambio, no guarda relación con esta norma, ya que no implica representación de ninguna clase. El primer supuesto produce ineficacia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 161 del Código Civil. El segundo supuesto produce también ineficacia, pero por aplicacion del llamado principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1363° del Código Civil al resultar un contrato indistinto para la sociedad de gananciales. Asi como lo lee amable lector, ninguno de los casos desarrollados en el punto dos tiene vinculación con el artículo 315° del Código Civil porque los cinco conyuges celebrantes actuaron en nombre propio en todo momento.

He ahí los "puntos ciegos" que aquejan a nuestra doctrina y jurisprudencia. Estos han estado allí en todo momento solo había que analizar con un poquito más de cuidado el asunto para percatarse de su presencia. Considerando lo anteriormente expuesto,

es menester estudiar dichos "puntos ciegos" a mayor detalle.

5.1. Actuación en nombre ajeno y actuación en nombre propio.

La representación regulada en el Título III (artículos 145° a 167°) del Libro II del Código Civil es la denominada representación directa, la cual necesariamente implica una actuación en nombre ajeno. El representante tiene que indicar que actúa en nombre de su representado tal como lo ordena el artículo 164° del Código Civil.

La doctrina ha discutido ampliamente si la actuación en nombre ajeno es un elemento realmente distintivo de la representación. Empero, estas discusiones se plantean a propósito de la representación en general, que pretende abarcar a la representación "indirecta", no en relación a la denominada representación directa. Sobre esta, un autorizado autor ha sentenciado:

"La representación propiamente dicha, o directa, o perfecta o propia, presupone y exige, a más del poder o legitimación, que el representante obre a nombre y por cuenta del representado y que así lo declare (contemplatio domini), o que ello resulte inequívocamente del contexto de la actuación"[13].

La doctrina europea mas ilustre ha indicado que la contemplatio domini encuentra su fundamento en la tutela debida a los terceros, quienes tienen interés en saber para quien se celebra en realidad el negocio, y derecho a saberlo. Si se lo solicitan, el representante tiene el deber de justificar sus poderes ante el tercero, y si los mismos resultan de un acto escrito, debería pues entregar una copia de éste de ser necesario[14].

Una distinguida doctrina, por su parte, resalta que la contemplatio domini al significar que el representante actúa mencionando al sujeto en cuya esfera jurídica habrán de recaer los efectos del negocio representativo, es una necesidad imperiosa. Así también lo entienden las cortes italianas[15].

Por consiguiente, si no se actúa en nombre ajeno, mal puede aplicarse la regulación referida a la representación directa. Debe asumirse, por el contrario, que el acto o negocio jurídico es celebrado directamente por el propio interesado, de tal manera que los efectos derivados del acto están destinados a recaer sobre la esfera jurídica del mismo celebrante. Esto es, actuación en nombre propio.

"Lo usual es que sea el propio interesado quien actúe directamente y celebre el negocio jurídico por sí mismo y, además, en nombre propio y para sí"[16]. Un insigne autor afirma que lo normal es que "el sujeto del negocio-la parte en sentido formal-coincida con el sujeto del interés que por el negocio se regula, o sea, con el interesado (que alguno, no acertadamente, designa con el equívoco calificativo de parte en sentido sustancial). Es posible, en efecto, que una persona que no sea aquella a quien corresponden los intereses en juego, ponga

[13] Luis Díez Picazo. La representación en el Derecho Privado. Madrid: Civitas, 1992, pp. 33 y 34.
[14] Fernando Hinestrosa Forero. La representación. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 110.
[15] Renato Scognamiglio. Teoría general del contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa Forero. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 80 y 81. En el mismo sentido, Werner Flume. El negocio jurídico. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 891.
[16] Rodolfo Sacco y Giorgio de Nova. Il contratto. T. II. Turín: UTET, 1993, p. 178.
[16] Fernando Hinestrosa Forero. Op. cit., p. 31.

su propia actividad al servicios de tales intereses, realizando, en orden a ellos, un negocio por cuenta de aquella persona a quien pertenecen"[17]

Así las cosas, cuando se obra en nombre propio, se pretende que los efectos del acto alcancen al propio celebrante, no a otros que no participan directamente en la celebración del mismo. No es difícil notar, por consiguiente, que Monnsy, Nicanor, Hernán, Enrique y Caciano no actuaron como representantes de nadie, sino en nombre propio. Una actuación en nombre ajeno no se aprecia en ninguno de los cinco casos, razón por la cual no resulta pertinente aplicar la regulación de la representacion a ninguno de estos casos.

Precisamente por ello la doctrina y jurisprudencia que considera aplicable a estos casos el artículo 315 del Código Civil se equivoca. Esta norma, como lo suele admitir la gran mayoría de escritores y jueces segun lo visto en los apartados anteriores, regula representación directa conjunta, por lo que presupone una actuación en nombre ajeno.

¿Donde esta la similitud (no identidad) que ha provocado que los "puntos ciegos" pasen desapercibidos? Pues en la ausencia de llamada legitimación para disponer: es por esto, que quien obra en nombre ajeno, como representante está celebrando un negocio juridico sobre derechos que no le pertenecen Esto último es lo que sucede con Monnsy, Nicanor, Hernán, Enrique y Caciano, quienes están disponiendo de derechos que no pertenecen a sus respectivos patrimonios Empero, la similitud que pueda existir entre la representación y la disposición de bienes ajenos, no hace que estamos ante casos iguales. Hay una diferencia innegable que tiene una incidencia en los efectos jurídicos. Definitivamente, según lo establecido por nuestro Código Civil, no es lo mismo que una persona se irrogue un poder de representacion que no pene, que una persona obre en nombre propio y pretenda disponer de un derecho que no le pertenece.

5.2. La representación necesaria de la sociedad de gananciales y la expectativa: sobre una necesaria interpretación sistemática.

El artículo 315° del Código Civil no resulta ocioso reiterarlo, regula la representación de la sociedad de gananciales. Así mismo hay que recordar que, según lo instituye el artículo 65° del Código Procesal Civil, la sociedad de gananciales es un sujeto de derecho Sobre el particular, una acreditada doctrina asegura que "la sociedad conyugal, así como la union de hecho, son otros centros de imputación de derechos y deberes. El art 65° del Código Procesal Civil, los defines, a mi modo de ver, equivocadamente, como patrimonios autónomos, seguramente porque son patrimonios distintos de los que corresponden (ordinariamente) a sus titulares Estos patrimonios autónomos, en realidad, corresponde a otros colectividades unificadas, rectius sujetos de derecho, distintos de aquellos que (individualmente) los integran"[18] Es obvio, por lo tanto que este sujeto de derecho requiere de un representante para hacer viable su participación en la vida social Se trata de un caso de lo que en doctrina se llama " representación necesaria", la cual se presenta cuando el sujeto de derecho se encuentra imposibilitado de realizar por si mismo, actos o negocios juridicos[19].

La sociedad de gananciales, en tanto patrimonio autonomo, no puede por si misma celebrar negocios juridicos, razón por la cual requiere "representantes necesarios", los cónyuges Estos son los representantes naturales, y ejercen la representacion de forma conjunta, dada la igualdad o paridad de posiciones que ambos esposos ostentan de cara al manejo del patrimonio de la sociedad que conforman Por esta razón el artículo 315° del Código Civil hace expresa referencia a un "poder especial" que un conyuge puede conferir al otro para

[17] Juan Espinoza Espinoza Derecho de las personas 6ª edición Lima: Gaceta Jurídica, 2012, pp. 3 y 4.

[18] Francesco Galgano y Giovanna Visintini. Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da dichiarare. Bolonia - Roma: Zanichelli, 1993, p. 181.

realizar actos de disposición; en otras palabras, se están regulando poderes de representación.

Es cierto que el artículo 315° del Código Civil es genérico cuando utiliza la palabra "intervención". Sin embargo, esta falta de precisión se supera fácilmente si tomamos en cuenta la regulación de la representación, así como la regulación de la sociedad de gananciales. O sea, una interpretación sistemática de dicho artículo con la normativa de la representación, así como con las normas que regulan la sociedad de gananciales.

¿Qué son los cónyuges frente a la sociedad de gananciales? Fácil, son representantes, no pueden ser otra cosa. En consecuencia, se tendrá genuina infracción al artículo 315° del Código Civil cuando un conyuge se irrogue un poder especial de representación, que no ha sido otorgado por el otro. Por el contrario, si uno de los representantes dispone indebidamente de un bien social, como lo hemos visto, no lo hace alegando ostentar un poder especial, lo hace obrando en nombre propio. Así las cosas, debe resultar sorprendente que uno de los artículos más polémicos del Código Civil, realmente aplique a muy pocos casos.

Por ello, me parece que se equivoca la doctrina que considera que el artículo 315° del Código Civil hace referencia a la legitimación para disponer, de tal manera que si un solo cónyuge dispone en nombre propio inclusive, de un bien social, este acto es ineficaz, por aplicación del artículo cuestionado. Pues no. El artículo 315 del Código Civil, no me cansaré de repetirlo, sólo es aplicable cuando estemos ante supuesto de actuacion en nombre ajeno.

Ahora bien, en tanto la sociedad de gananciales no se liquide, los cónyuges no tienen más que expectativas sobre el "patrimonio autónomo" que conforma tal sociedad. Es decir, los derechos de la sociedad de gananciales no pertenecen al patrimonio de ninguno de los cónyuges, Monnsy, Nicanor, Hernán, Enrique y Caciano no intentaron disponer de derechos propios o parcialmente propios, sino de derecho ajenos totalmente. Muy distinto hubiese sido que estas personas hubiesen pretendido disponer de sus expectativas sobre los bienes de sus correspondientes sociedades de gananciales, pero no fue así.

En torno a la expectativa, la mejor doctrina ha dicho que "es la posición de quien no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo, un derecho subjetivo), pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento"[20]. Otros autores, también distinguidos, han dicho que "ella se caractenza como una posición de interés inicial (o, si se prefiere, in fieri), juridicamente reconocido como tal, pero con miras a su evolución postenor hacia una situación final (derecho subjetivo). Así se perfila la existencia de una situación típica de ventaja, cuya nota peculiar consiste en, sin embargo, la inactividad esencial y que, a diferencia del derecho subjetivo, no le permite al titular la realización del interés presupuesto por medio de un comportamiento propio exclusivo o, como en el crédito, con la mediación de un comportamiento ajeno. Su satisfacción depende de un evento (futuro y eventualmente incierto en cuanto al si o al cuándo de su ocurrencia, o a lo uno y a lo otro) que- consista en un hecho natural o en uno humano (o, en últimas, en un comportamiento del propio titular de la expectativa)- es siempre un factor externo con respecto a la estructura interna de la situación"[21].

No es difícil inferir, por consiguiente, que los cónyuges sólo tienen expectativas de adquirir cada uno de los bienes que conformar la sociedad de gananciales, la adquisición efectiva dependerá de los términos de la futura liquidación de los bienes sociales. En este sentido, Monnsy, Nicanor, Hernán, Enrique y Caciano no eran titulares de los derechos materia de sus respectivos actos o negocio jurídicos, ellos no obraron en interés ajeno y en interés propio al mismo tiempo, como

[20] Vincenzo Roppo. Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas. En: Aavv. Derecho de las relaciones obligatorias. Traducción y selección de Leysser León. Lima: Jurista editores, 2007, p. 50.

[21] Umbreto Breccia, Luna Bigliazzi Geri, Ugo Natoli y Francesco Donato Busnelli. Derecho Civil. T. I. Vol. I. Traducción de Fernando Hinestrosa. Foreo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 421.

sugiere una de las opiniones arriba reseñadas. Por el contrario, los cinco solo tenían expectativas de adquisición sobre los derechos materia de los actos de disposición, pero no eran titulares de los mismos, ya que la titularidad correspondía a un sujeto de derecho diferente: la sociedad de gananciales.

Si un solo cónyuge se irroga poder especial del otro, sin tenerlo en realidad, para disponer de un bien social, pues tal acto de disposición es ineficaz, conforme a lo previsto en el artículo 161° del Código Civil[32].

5.3. La aplicación de la regulación de la venta de bien ajeno.

Cuando se obra en nombre propio y se busca disponer de un derecho ajeno se tiene un contrato sobre bien ajeno en lo que nuestro asunto concierne, la compraventa es el contrato más usual para ejecutar dicha disposición. Sobre el particular, una atenta doctrina afirma que "compraventa de bien ajeno puede ser definida como el contrato de atribución patrimonial (función traslativa) que tiene por objeto un derecho cuya titularidad corresponde a un sujeto distinto del vendedor y donde éste actúa en nombre propio (agere nomine proprio)"[33].

El supuesto más usual de acto de disposición de bienes sociales por un solo cónyuge es la compraventa. Por ende, lo más recurrente en estos casos es la compraventa de bien ajeno, misma que es perfectamente posible acorde a lo preceptuado en el inciso 2 del artículo 1409° y en artículo 1539° del Código Civil. Sobre el primer dispositivo se dice que "permite afirmar que los contratos con función traslativa pueden versar sobre bienes ajenos. En tal sentido, queda totalmente descartado que pueda considerarse que la compraventa de bien ajeno importa un imposible jurídico"[34].

Cabe preguntarse si hay necesidad de establecer una posición en torno al sistema de transferencia de propiedad para entender la admisión de la compraventa de bien ajeno en nuestro Código Civil. La respuesta negativa es incontestable. Sea cual sea la postura que se adopte en torno a las reglas generales de la transferencia de la propiedad en nuestro país, de todos modos siempre será viable la admisión de la compraventa de bien ajeno. Nuestro Código reconoce tal viabilidad en el ya citado artículo 1539°, el cual establece que la venta de bien ajeno es rescindible si es que el comprador desconocía la ajenidad del bien. Por tanto, si dicho desconocimiento no está presente en este particular contrato, el mismo será válido y eficaz.

Tanto Monnsy, Nicanor, Hernán Enrique como Caciano celebraron contratos sobre derechos ajenos y, en principio, estos acuerdos fueron válidos y eficaces entre las partes celebrantes solamente. En otras palabras, no afectaban a la sociedad de gananciales, que es la verdadera titular de los derechos materia de tales contratos. Ahora, es evidente que el verdadero titular del derecho no experimenta los efectos del contrato sobre derechos ajenos, pues para él tal contrato resulta res inter alios acta o "La cosa entre otros actúa". Claro, en el supuesto típico, la venta de bien ajeno es eficaz, pero no produce efecto sobre el dueño genuino del bien, la sociedad de gananciales en este caso.

Resulta conveniente recordar que conforme al denominado principio de relatividad contractual, las partes no pueden imponer obligaciones sobre el verdadero dueño del bien[35], de tal suerte que luego de celebrada esta singular compraventa, el verdadero dueño no tiene ninguna obligación de transferir su propiedad en favor del comprador. De acuerdo al mentado principio, el comprador y el vendedor tampoco pueden sustraer el derecho de propiedad al genuino dueño del bien. Ejemplificando esto último, un destacado autor dice que la venta de bien ajeno "en ningún caso produce por sí sola el efecto de transmitir el bien al

---

[32] Al respecto permítaseme remitir a Fort Ninamancco Córdova. Lo cuestionable de lo evidente. Notas sobre la nulidad del acto del gerente sin poder y la representación orgánica. En Diálogo con la jurisprudencia N° 147. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre de 2010, pp. 165 y ss.

[33] Luciano Barchi Velaochaga. Nada es lo que parece: la compraventa de bien ajeno en el Código Civil y en la jurisprudencia peruana. En Aavv. Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez. T. II. Lima: IDEMSA, 2011, p. 283.

[34] Luciano Barchi Velaochaga. Nada es lo que parece: la compraventa de bien ajeno en el Código Civil y en la jurisprudencia peruana. Op. cit. pp. 283 y 284.

[35] Vincenzo Roppo. El contrato. Traducción de Nélvar Carreteros Torres. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 526.

adquirente, sustrayéndolo del tercero"[26]

En este contexto, puede afirmarse que cuando un cónyuge dispone actuando en nombre propio, de un bien social sin la intervención del otro, pues tal acto de disposición es ineficaz en relación a la sociedad de gananciales. En los casos más recurrentes de compraventa, si la otra parte celebrante desconocía de esta circunstancia puede peticionar la rescisión del contrato según lo permite el artículo 1539° del Código Civil. Sin embargo, si se quiere perfeccionar la transferencia, bastará el consentimiento del otro cónyuge, el cual puede ser otorgado de forma libre. Recuérdese que la compraventa es un contrato de forma libre y no estamos ante un supuesto de representación para sugerir la necesidad de una formalidad propia de los poderes especiales para celebrar actos de disposición artículo 156° del Código Civil. El conyuge vendedor tiene la obligación de hacer que su comprador adquiera la propiedad del bien social, no se olvide que el contrato es eficaz entre las partes. Muy distinto, aunque raro, es el caso en el que el cónyuge se irroga indebidamente un poder especial del otro para disponer de un bien social. En este caso, se estaría infringiendo el artículo 315° del Código Civil, siendo el acto ineficaz para la sociedad de gananciales. Si se quiere perfeccionar la respectiva transferencia será necesario un acto de ratificación que tendría que ser suscrito por el conyuge no interviniente cuanto menos, siguiendo lo establecido en el artículo 162° del Código Civil. Si no sucede la ratificación, el cónyuge celebrante tiene que asumir la "indemnización que corresponda", según manda este último artículo. Creo que mal podría hablarse de obligaciones a cargo del cónyuge puesto que este nunca obró en nombre propio. No sería correcto, en consecuencia, sostener que la otra parte puede exigirle al cónyuge celebrante la ejecución del contrato, sino tan solo la indemnización producto de la ineficacia del contrato celebrado. Nada menos que un supuesto de la llamada responsabilidad pre contractual por ineficacia, que debe regularse por las reglas de la responsabilidad civil extracontractual[27]. Repárese en que esta clase de responsabilidad no se presenta cuando el cónyuge actúa en nombre propio, ya que al ser eficaz el contrato entre las partes el regimen aplicable es el de la llamada responsabilidad contractual.

Como se comprenderá, nada tiene que hacer aquí la regulación de la invalidez. La nulidad y la anulabilidad no tienen lugar en estos casos. Los supuestos de representación defectuosa no generan invalidez (salvo el caso del acto o negocio jurídico consigo mismo) y la contratación sobre derechos ajenos tampoco.

He cumplido con mostrar la existencia de los "puntos ciegos" a los que me refería al inicio de este trabajo. No he pretendido ser exhaustivo en estos apuntes, pero sí he podido contribuir un poco al esclarecimiento de los temas involucrados, me doy por satisfecho. En próximas publicaciones espero poder ahondar más sobre estos "puntos ciegos".

[26] Vincenzo Roppo. Op. cit. p. 526.

[27] Freddy Escobar Rozas. Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual (el caso del artículo 207 del Código Civil peruano). En: Themis N° 49. Lima: Asociación Civil Themis, 2004. p. 154. "La teoría de la responsabilidad pre contractual nace para tutelar la confianza contractual que, por sus propias características, puede quedar lesionada como consecuencia (...) de la ineficacia (permanente o temporal) del contrato celebrado (...) El Código Civil peruano recoge la teoría de la responsabilidad pre-contractual, al establecer que las partes deben actuar de buena fe en todas las etapas del iter contractual". Se justifica la aplicación de la regulación de la responsabilidad civil extracontractual diciendo, entre otras cosas, lo siguiente: "El deber de actuar de buena fe en la etapa de las tratativas no es otra cosa que una manifestación específica del deber genérico de no causar daño, pues siendo exigible a todos los que intenten celebrar un contrato (o que efectivamente consigan su objetivo), tiene como finalidad mantener indemne la esfera de los protagonistas, de modo que éstos no sufran daños injustos como consecuencia de haber invertido recursos y tiempo en tratativas no serias, de haber celebrado un contrato ineficaz etc." (Freddy Escobar Rozas. Op. cit. p. 160).

Expropiación para la ejecución de proyectos de infraestructura: ¿Cuándo y por qué expropiamos y cómo definimos al sujeto pasivo?

FRANCO SORIA PALACIOS


LIEBHERR

ART. 09

Expropiacion para la ejecución de proyectos de infraestructura: ¿Cuándo y por qué expropiamos y como definimos al sujeto pasivo?

FRANCO SORIA PALACIOS

Socio del Área Inmobiliaria Adquisición y Saneamiento de Tierras de CMS Grau Abogados Profesor del Curso de Derecho de Propiedad en la Universidad privada de Ciencias Aplicadas –UPC Las opiniones vertidas en el presente articulo son estrictamente personales

SUMARIO

1.Introducción 2. Derecho de propiedad 2.1 Desde el derecho constitucional 2.2 Desde el análisis económico del derecho 3. Proyectos de infraestructura 4 Expropiación. 4.1 En la doctrina y el Tribunal Constitucional Peruano. 4.2.- La expropiación en las Constituciones de 1979 y 1993. 4 3 La expropiacion en los Decretos. 4.3.1 - Definición de expropiacion. 4. 3.2. Objeto de la expropiación 4.4 Las causales de expropiación. 4 4 1 ¿En que momento se debe dictar a ley? 4 4.2. ¿Es necesario que la Ley identifique todos los bienes y propietarios afectados o solo debe mencionar el proyecto? 4.4 3 - ¿La ejecucion de toda obra pública genera un supuesto de expropiación? 4.4.4 -¿Se puede expropiar para beneficiar a un grupo especifico o necesariamente se debe beneficiar a la colectividad en general? 5. Definición de sujeto pasivo. 5.1.- En bienes inscritos. 5.2 - En bienes sin inscripción 5.3. Poseedores y mejoras 5.4. - Problemática para la definición del sujeto pasivo. 6 Saneamiento de la propiedad predial y su vinculación con la expropiación y los retrasos para la ejecución de proyectos de infraestructura. 6.1.- Sobre la oponibilidad de la información registral 6.2 - Sobre la identificación del propietario.6.3. Algunos problemas de saneamiento predial. 6.4 -Sobre la dispersa normativa de saneamiento de la propiedad estatal. 7. - Conclusiones y propuestas de mejora

PALABRAS CLAVES

Propiedad, Propietario. Sujeto pasivo, brecha de infraestructura, servicio público, Demora, Transferencia, Oponibilidad. Exclusión. Tasación, Saneamiento, Seguridad jurídica.

RESUMEN

La expropiación en el Perú se encuentra regulada en el articulo 70° de la Constitución Politica de 1993 y en los Decretos Legislativos N° 1192 1330 y 1366. De acuerdo con la Constitución, el Estado solamente puede expropiar por causales de: i) Necesidad pública y/ o ii) interes social, razón por la cual conviene analizar la aplicación practica de ambos supuestos a efectos de verificar el cumplimiento de los parámetros constitucionales en los procesos que se vienen ejecutando.

El autor también analiza la regulación legal y los mecanismos materiales para definir al sujeto pasivo de la expropiación, y con ello verificar si hay una efectiva protección al propietario afectado con la expropiación. Concluye que parte importante de la problemática en la definición del sujeto pasivo se da por deficiencias de saneamiento de la propiedad predial

De tal forma que busca ayudar a responder dos preguntas: i) ¿En que supuestos cabe expropiar? y ii) ¿Como defino a quien expropiar? En esa linea, establece algunas propuestas para optimizar los procedimientos desde un punto de vista jurídico y práctico

1. INTRODUCCIÓN

El 23 de agosto del 2015 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1192 que aprueba la Ley Marco de Adquisición y expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura Deroga una serie de normativa dispersa que a dicha fecha se encontraban vigentes

- Ley N° 27117: Ley General de Expropiaciones Derogada con excepción de su Única Disposición Modificatoria.
- Ley N° 27628: Ley que facilita la ejecución de obras públicas viales
- Ley N° 30025: Ley que facilita la adquisición, expropiación y posesión de bienes inmuebles para obras de infraestructura y declara de necesidad pública la adquisición o expropiación de bienes inmuebles afectados para la ejecución de diversas obras de infraestructura
- Ley N° 30327: Ley de Promoción de las Inversiones para el Crecimiento Económico y el Desarrollo Sostenible

Posteriormente, el 6 de enero del 2017 se publicó el Decreto Legislativo N° 1330 que establece algunas modificaciones al Decreto Legislativo N° 1192, buscando facilitar y agilizar las adquisiciones y expropiaciones Las principales modificaciones fueron

a. Relacionadas con la Identificación y características del bien: i) Se regula la anotación preventivaen todas las partidas registrales de los predios que abarcan el íntegro del Proyecto de infraestructura por un plazo de 60 meses. Se establece la obligación de la SUNARP de efectuar dicha inscripción en un plazo máximo de 60 días hábiles ii) Luego de efectuada la anotación y para no alterar valor de predios, se prohíbe que cualquier entidad pública otorgue cambios de zonificación, habilitaciones urbanas, licencias de obra u otras autorizaciones. Sin embargo, pese a la prohibición, en caso se efectúen no serán consideradas en la valorización. iii) El sujeto activo debe notificar a Municipios Distrital y Provincial sobre la inscripción de anotación preventiva para que la condición de que el predio se encuentra afectado a la ejecución de un proyecto de infraestructura se incorpore a planes municipales.

b. Relacionadas con valorización del bien: i) Mediante una tasación efectuada por la Dirección de Construcción de la Dirección General de Políticas de Regulación en Construcción y Saneamiento del Ministerio de Vivienda se fijará el valor del inmueble de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Nacional de Tasaciones. ii) La tasación debe comprender: el valor comercial del inmueble y la indemnización por el eventual perjuicio que de corresponder incluya el daño emergente y el lucro cesante iii) Se incrementa el valor del incentivo a la adquisición de los inmuebles, por el monto adicional equivalente al 20% de su valor comercial y en caso el titular del predio acepte el trato directo

c. Relacionadas con la Toma de Posesión del Bien: i) El Estado podrá adquirir y tomar posesión inmediata del inmueble, a pesar de que exista un litigio judicial, arbitral o extrajudicial sobre su titularidad (ya sea por duplicidad de partidas, concurrencia de títulos de distinta naturaleza, entre otros). La norma privilegia la toma de posesión del predio para el inicio de las obras de infraestructura sin perjuicio de que prosiga la discusión respecto a la titularidad del bien y/o al valor de tasación a ser pagado. ii) Previa entrega anticipada de la posesión del inmueble por parte del sujeto pasivo las partes pueden acordar someterse al arbitraje para cuestionar el monto de la tasación ofrecida. Si no se entrega el bien, no se podría discutir en arbitraje el valor. iii) Efectuado el pago o consignación correspondiente, el sujeto pasivo debe desocupar y entregar el bien inmueble afectado en el plazo máximo de diez días hábiles para predios libres y treinta días hábiles para inmuebles ocupados Si no se cumple con desocupación, el sujeto activo tiene la potestad de ejecutar coactivamente la desocupación del predio

[1] Derogada, excepto la Quinta Disposición Complementaria Final y las Disposiciones Complementarias Modificatorias. La Quinta Disposición Complementaria y Final es una norma clave para el presente análisis dado que allí se mencionan 148 proyectos priorizados y de necesidad pública, susceptibles de expropiación

d. Relacionadas con la liberación de interferencias: i) La entidad pública o quien ejecute la obra de infraestructura revisara el cronograma y presupuesto de la liberación de interferencias, pudiendo establecer observaciones ii) La empresa prestadora de servicio público o el titular de la interferencia tendrá 15 días hábiles para levantar observaciones Podra enviar un cronograma y presupuesto actualizado. iii) En caso no haya acuerdo y para acelerar la liberación de interferencias el Organismo Regulador correspondiente iniciará un procedimiento de mandato para definir el cronograma y presupuestodefinitivo, que deberán ser cumplidos obligatoriamente por la empresa prestadora de servicios publicos o el titular de la interferencia

o serán sancionados Por lo tanto y en caso no exista acuerdo, corresponderá al Organismo Regulador definir costos y plazos razonables para proceder a la liberación

El 23 de julio del 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1366[2] que establece las siguientes modificaciones al Decreto Legislativo N° 1192

a. Sobre el beneficiario de la expropiación. i) Se establece que las empresas prestadoras de servicio de saneamiento públicas de accionariado estatal o municipal podrán ser beneficianas de la expropiación

b. Sobre la identificación del inmueble afectado i) En caso el proyecto de infraestructura afecte solo parte de un predio se podrá solicitar la expropiación o adquisición total, solo hasta el momento de la oferta de adquisición y siempre que. exista una desvalonzación significativa o resulte inútil para los fines que estaba destinado. ii) A efectos de identificar los inmuebles materia de adquisición –expropiación, el sujeto activo debe solicitar a la SUNARP la emisión del respectivo certificado de búsqueda catastral, el cual debe ser emitido en un plazo máximo de 15 días hábiles. La novedad de la norma radica en que al certificado se debe anexar informacion gráfica y digital[3] correspondiente iii) Efectuada la inscripción de la anotación preventiva sobre todas las partidas registrales afectadas en el proyecto de infraestructura SUNARP debera entregar el gráfico del área objeto de la anotación[4] iv) Cualquier permiso o autonización otorgada luego de la anotación preventiva, respecto de los predios afectados y que aumente su valor (como habilitación urbana, edificación, zonificación, etc.) es nulo de pleno derecho

c. Sobre el sujeto pasivo: i) Se establecen criterios adicionales a los establecidos en el artículo 245° del Código Procesal Civil para considerar un documento de fecha cierta. Con ello se busca facilitar la posibilidad de reconocer al sujeto pasivo. ii) Se establecen criterios adicionales para considerar a una sucesión como sujeto pasivo en caso de predios inscritos y ello a efectos de hacer mas flexible dicho reconocimiento En caso la sucesión se encuentre inscrita en el Registros de Sucesiones se le reconocerá como sujeto pasivo La transferencia de propiedad del beneficiario se efectuara sin exigir la previa inscripción de la sucesion (Nueva excepción al principio registral de tracto sucesivo). iii) En caso exista proceso judicial o arbitral en donde se discuta la propiedad de un bien inscrito en Registros Publicos, el sujeto activo efectuará la consignación del valor de tasación a nombre de la autoridad jurisdiccional correspondiente quien a su vez deberá definir la entrega de la consignación a quien corresponda

d. Sobre la tasación: i) Una vez identificados los predios afectados por el proyecto de infraestructura, el sujeto activo tendrá un plazo de cuatro meses[5] para remitir el expediente de tasación al órgano encargado de elaborar la misma y el cual tiene un plazo de diez dias para calificarlo (y verificar si ha umplido todos los requisitos) y de ser el caso observarlo, otorgando un plazo

---

[1] La segunda modificación de la norma en menos de 3 años de vigencia nos hace ver i) Que el tema es de la expropiación y de la ejecución de infraestructura es de gran trascendencia y de permanente discusión ii) Que se encuentra en proceso de busqueda y definición a efectos de superar los múltiples obstáculos y retrasos en la ejecución de proyectos

[2] La entrega de la información digital (entendiendo ello como los planos inscritos de los predios afectados en formato digital) por parte de SUNARP es fundamental para facilitar el saneamiento del proyecto de infraestructura

[3] No se hace referencia a que la SUNARP deba entregar la información digital, lo cual si se indica para la emisión del certificado de búsqueda catastral.

[4] Tratándose de APPs el plazo es de tres meses

de diez días para subsanar ii) Se establece que la tasación debe efectuarse en un plazo no mayor a treinta días hábiles contados desde la designación del perito. Asimismo, se precisa que para efectuar la tasación se debe incluir de corresponder, el plano de zonificación vigente iii) Se establecen precisiones a los conceptos que pueden formar parte del valor comercial del inmueble iv) Se establecen criterios para la definición del daño emergente y lucro cesante v) La SUNARP deberá emitir el Certificado Registral inmobiliaria en un plazo no mayor a dos días hábiles[7].

e. Sobre la posibilidad de Adquisición: El sujeto activo mantendrá la posibilidad de suscribir los acuerdos de adquisición que incluye el pago del incentivo del 20% adicional al valor de tasación incluso cuando ya se agotó la etapa de adquisición y el proceso se encuentre en etapa de expropiación o incluso de ejecución coactiva[8] siempre que se produzca la entrega de la posesión

f. Sobre la transferencia de bienes del Estado i) Se establece que procede la transferencia de bienes de dominio privado como de dominio público[9] del Estado y de propiedad de empresas del Estado de derecho público y de derecho privado. ii) En procesos judiciales en donde se discuta propiedad del Estado, el Juez debe pedir opinión a la SBN

g. Sobre el pago de Mejoras. i) Las normas previas ya establecían la posibilidad de que en la etapa de adquisición (negociación) se pueda efectuar el pago de mejoras encontradas en inmueble y reconocer el gasto de traslado de los ocupantes que no cumplen los requisitos para ser reconocido como sujeto pasivo y ello con la finalidad de obtener la liberación de los inmuebles. Esta posibilidad tambien se reconoce en la etapa de expropiación y en la transferencia de propiedad estatal. El pago de las mejoras se podrá impugnar en un plazo de diez[10] días hábiles.

h. Normas especiales i) Se establecen normas y procedimientos especiales para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y para las empresas prestadoras de servicios de saneamiento públicas de accionariado estatal o municipal. ii) Se dispone la aprobación, en un plazo de 120 días hábiles, de un Texto Único Ordenando del Decreto Legislativo N° 1192.

Los Decreto Legislativos N° 1192, 1330 y 1366 (en adelante los "Decretos") regulan todo el proceso de adquisición y saneamiento de predios vinculados a la ejecución de los proyectos de infraestructura, con lo cual exceden el ámbito propio de la expropiación Se establecen los siguientes procedimientos i) Definición de sujeto pasivo. ii) Tasación iii) Adquisición iv) Expropiación v) Procedimiento de ejecución coactiva[11] vi) Transferencia de propiedad del Estado vii) Liberación de interferencias[12]. Asimismo, buscan ordenar de manera integral todo el procedimiento necesario para poner a disposición y de ser el caso inscrito a favor de la entidad pública beneficiaria de la expropiación, todos los predios necesarios para la ejecución del proyecto.

Desde la identificación de los propietarios afectados con el proyecto hasta el saneamientode todos los predios a favor del beneficiario de la expropiación, pudiendo pasar en dicho proceso por la liberación de interferencia, la ejecución coactiva para la toma de posesión del predio, entre otras situaciones.

Asimismo, buscan enfrentar con mayor o menor éxito, los principales problemas que se tienen para agilizar los procesos de

[7] Se reduce el plazo dado que anteriormente era de dos meses

[8] Antes era de cinco días

[9] La norma busca incentivar la negociación e incluso posibilitar su uso y el pago del 20% adicional sobre el valor comercial incluso estando ya en etapa de expropiación o ejecución coactiva. Se podría generar un efecto perverso i) que el sujeto pasivo no negocie en la etapa de adquisición y presione y espere hasta el último momento antes de la desocupación para aceptar el trato directo

[10] En esa línea se permite la transferencia de aportes reglamentarios vías y otras áreas otorgadas a favor del Estado en procesos de habilitación urbana

[11] Antes el plazo era de 15 días

[12] El cual por ejemplo permite que el Estado tome posesión de predio expropiado y proceda al lanzamiento de los ocupantes aun cuando el propietario no esté de acuerdo con la valorización

[13] De acuerdo al artículo 47 de El Decreto serán interferencias "Las instalaciones existentes a cargo de empresas o entidades prestadoras de servicios públicos y otras instalaciones o bienes que se encuentren dentro del área del derecho de vía o de ejecución de Obras de Infraestructura. Incluyen de manera no limitativa a los bienes muebles e inmuebles que sirven para la prestación directa e indirecta del servicio público, los postes, canales, paraderos, señalización, semáforos"

adquisición y expropiación relacionados a la ejecución de proyectos de infraestructura. Consideramos que los principales problemas serían los siguientes:

- Dificultad para definir los sujetos pasivos.

- Deficiencias en el saneamiento de propiedad predial y con ello dificultad para definir las propiedades afectadas para la ejecución del proyecto.

- Demora en tomar posesión y poder utilizar predios afectados. Por complicaciones para la entrega o desocupación de bienes. Lo cual a su vez genera el retraso en el inicio de las obras y la ejecución de los proyectos y en ocasiones el incumplimiento en los contratos de concesión o en las iniciativas privadas.

- Retraso en la ejecución de los procesos de adquisición y expropiación. Entre otros factores debido a lo engorroso de los procesos en sí mismos o a desidia o falta de decisión del sujeto activo.
- Demora en la liberación de interferencias. Por falta de información o de voluntad de los prestadores de servicios.

- Definición de valor comercial. Tema de vital importancia para proteger el derecho de propiedad del afectado. Es fundamental compensar adecuadamente a los propietarios. La expropiación no puede ser utilizada como un mecanismo para que el Estado obtenga predios a bajo precio.

En el presente artículo, principalmente, buscaremos desarrollar desde una perspectiva teórica y práctica la problemática vinculada a la identificación del sujeto pasivo, la cual consideramos está vinculada con las deficiencias en el saneamiento de la propiedad predial en el Perú.

2. DERECHO DE PROPIEDAD

Existe abundante literatura que analiza desde distintas perspectivas al derecho de propiedad. Sin perjuicio de ello, buscaremos establecer de manera preliminar un acercamiento desde el derecho constitucional y el análisis económico del derecho.

2.1. La Propiedad desde el derecho constitucional.

El derecho de propiedad es de tal importancia que ha sido reconocido desde el momento mismo de la aparición de documentos constitucionales. Así tenemos que:

El artículo 2° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[13] reconoce que: "(...) los derechos a "la libertad, la propiedad, seguridad y de resistencia a la opresión". A su vez, el artículo 17° de dicha Declaración establece que: "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, a nadie puede privarse de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige evidentemente, y bajo la condición de una justa y previa indemnización".

Asimismo, la Quinta Enmienda de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica promulgada el 15 de diciembre de 1791 establece que: "(...) A nadie se le privará de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal, ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización." (Subrayado nuestro).

Como puede apreciarse, dichos documentos de fines del siglo XVIII reconocen el carácter fundamental de la propiedad, estableciendo parámetros fundamentales para su protección, los cuales todos, y con mayor razón el Estado, deben cumplir en la organización de una sociedad:

- Que es un derecho inviolable y sagrado.[14]
- Que no puede ser materia de privación, salvo necesidad pública y previo pago de indemnización justa.
- Que cualquier privación a la propiedad debe generarse con un debido proceso legal.

[13] Norma que da origen a la Constitución Francesa de 1791.
[14] Ello en el marco del espíritu libertario imperante luego de la Revolución francesa. Con el tiempo se hace manifiestamente claro que la propiedad como todos los derechos fundamentales tiene una serie de límites.

Ya en el siglo XX, los documentos constitucionales profundizan la configuración del derecho de propiedad Así tenemos que: La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 2° que: "Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad" y, en su artículo 17.1 que: "Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente".

El artículo 1° del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 establece respecto a la protección de la propiedad que: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de adoptar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interes general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas".

El artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978 indica que: "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes La ley puede subordinar tal uso y goce al interes social 2 Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y segun las formas establecidas por la ley(...)".

De lo mencionado se puede afirmar que, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención Americana de Derechos Humanos reconocen la imposibilidad de los Estados de privar arbitrariamente el derecho de propiedad y con lo cual también reconocen la posibilidad de privación del deiecho en supuestos de interés público superior al interés privado del propietario

Entrando en legislación nacional, tenemos que la Constitucion Política del Peru de 1993 hace referencia al derecho de propiedad en 7 artículos, lo cual nos hace tener un indicio de la relevancia constitucional del derecho en la Constitución vigente Así tenemos

-Artículo 2°, numeral 8: "Toda persona tiene derecho (...) a la libertad de creación intelectual, artística técnica y ientifica, asi como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto".

-Artículo 2° numeral 16: "Toda persona tiene derecho (...) a la propiedad y la herencia".

-Artículo 60°: Se contemplan diversas formas de propiedad

-Artículo 70°: Define el derecho de propiedad, le atribuye a la ley su regulación, le fija como limite el bien común y consagra la expropiación.

-Artículo 71°: Establece una excepción al principio general, respecto a la propiedad de los extranjeros.

-Artículo 88°: Establece la propiedad comunal como una modalidad de propiedad de tierras y remite a la ley la fijación de límites en su extensión

-Artículo 89°: Regula la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas y nativas.

Finalmente cabe mencionar que el Tribunal Constitucional peruano, en diversas sentencias ha ido configurando el contenido del derecho de propiedad

- La sentencia N° 000048 2004-PI/TC, advierte que la propiedad tiene una doble dimensión, determinando que "(...) ademas del compromiso del Estado de proteger la propiedad privada y las actuaciones legítimas que de ella se deriven, pueda exigir también un conjunto de deberes y obligaciones concernientes a su ejercicio, en atención a los intereses colectivos de la Nación.

- Laa sentencia N° 00043 2007 AA/TC, establece que: "El derecho de propiedad privada (...) constituye un derecho fundamental cuyo ámbito de protección o contenido garantiza las facultades de uso, usufructo y la libre disposición del bien. Pero la comprensión constitucional de la propiedad es más amplia y, prima facie, comprende además la garantía de indemnidad o conservación de la integridad del patrimonio de la

[8] Cabe preciar que la causal de interés social no es recogida en la Constitución de 1993

persona (...) el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohibe la indebida detracción del mismo".

- En la sentencia del N° 05614-2007-PA/TC, desde la función social de la propiedad se establece que: "Resulta válido afirmar que el constituyente al haber establecido la función social del derecho de propiedad, ha querido que la propiedad privada como institución jurídica y como derecho subjetivo no satisfaga únicamente los intereses privados de sus titulares, sino que al propio tiempo satisfaga los intereses sociales o colectivos que resulten involucrados en el uso y disfrute de cada tipo de bien".

- En la sentencia N° 03410-2010-PC/TC: "(...) Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata en efecto, de un "instituto" constitucionalmente garantizado. Sin embargo, (...) el derecho a la propiedad no es ni puede ser en modo alguno absoluto, debido a que, al igual que otros derechos y libertades que dignifican ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por e interés general".

- La sentencia N° 03881-2012-PA/TC establece que "El derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda una estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado social y democrático de derecho. (...) En consecuencia el goce y ejercicio del derecho de propiedad solo puede verse restringido en los siguientes supuestos: a) estar establecidas por ley; b) ser necesarias, c) ser proporcionales, y d) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democratica. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser matena de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitucion"

En gran conclusión, de la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, podemos identificar el carácter dual de derecho, que:

Tiene un fuerte contenido individual que permite a su titular entre otras cosas, satisfacer su interés a partir del uso, disfrute, disposición y, a partir de ello, hacer suyos todos los beneficios y también daños que se generen. Siendo la propiedad el derecho real principal, al generar el mayor número de facultades, no es un derecho ilimitado, sino se encuentra regulado por el bien común y el interés público. Así como, tiene una función social que conforme a lo antes indicado se manifiesta con el ejercicio del derecho en armonía con el bien común y que puede ser privado en aras del interés público, en los supuestos expropiatorios.

2.2. La Propiedad desde el Análisis Económico del Derecho.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho[14], el derecho de propiedad surge como un mecanismo que permite la asignación de titularidades respecto de bienes escasos. Para Cooter y Ulen[15]:

"La propiedad es un conjunto de derechos, los cuales describen lo que los individuos pueden o no hacer con los recursos de su propiedad: la medida en que pueden poseer, usar, transformar,

[14] Recomendamos revisar: POSNER, Richard A. Análisis Económico del Derecho. 1988. México DF: Fondo de Cultura Económica. 1ra. Edición.
[15] COOTER, Rober y ULEN Thomas. Derecho y Economía. 1998. Fondo de Cultura Económica. p. 104.

trasferir o excluir a otros de su propiedad".

Consideramos que desde el análisis económico del derecho, la propiedad debe cumplir los siguientes roles

- Internalizar externalidades. De tal forma que el propietario de un bien haga suyos los beneficios y perjuicios

- Crear incentivos para la producción de bienes y servicios. A traves de la asignación de titularidades claras y que deben ser cumplidas en el sistema

- Establecer mecanismos de exclusión [18]. Para que el titular de un bien pueda excluir y hacer oponible su derecho A partir de ello, promueve la inversión privada

- Promueve uso racional de los bienes y con ello evita la sobre explotación.

En la linea de los criterios establecidos, Alchian[19] sostiene que los derechos de propiedad ejercen una influencia determinante sobre el comportamiento de los agentes económicos y, en consecuencia, influyen—positivamente o negativamente— sobre la eficiente asignación de los recursos las formas y los tipos de derecho de propiedad reconocidos en un determinado contexto social definen o identifican los tipos de competencia, discriminación o comportamiento característicos de dicha sociedad Para lo cual, los derechos de propiedad cumplen dos funciones En primer lugar, constituyen un modo de resolver los conflictos de intereses entre los miembros de una sociedad caracterizada por la escasez de los recursos (función de regulacion de la competencia social); en segundo lugar, incentivan o desincentivan comportamiento orientados a la maximización del beneficio

A su vez, Demsetz ampliando esa doble funcionalidad de la propiedad, señala que "la primera función consistiria en favorecer la adquisicion de informaciones confiables acerca del valor de los recursos, es decir definir los costos y beneficios reales de las decisiones económica y la segunda función consistirá favorecer la internalización de las externalidades"[20].

Por lo tanto, consideramos que el análisis económico del derecho analiza la propiedad sobre la base de conceptos tales como: Exclusión, oponibilidad y eficiencia cuya aplicacion resulta esencial para el adecuado funcionamiento del derecho Concluimos este rapido repaso plateando que la propiedad puede ser analizada desde múltiples perspectivas, sin embargo, es fundamental tener en cuenta su importancia como factor fundamental para el régimen económico de un pais

3.PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

De acuerdo a lo establecido en el articulo 4° numeral 8 de los Decretos se entiende que las obras de infraestructura "(...) comprenden la ejecucion de proyectos de inversión pública, asociaciones público privadas y aquellos mecanismos de promoción de la inversión privada creados o por crearse".

Doctrinalmente el concepto de infraestructura hace referencia a la existencia de una "red" estructurada para la prestación de servicios públicos, por lo que dicho concepto comprende tanto a las obras públicas como a los servicios asociados a dichas obras y necesarios para una adecuada prestación del servicio público[21]. Con lo cual tenemos que el concepto está fuertemente vinculado con la adecuada prestación de servicios públicos a favor del ciudadano y con la ejecución de obras para que ello suceda Es harto conocida la existencia de un gran déficit de infraestructura en el Perú, lo cual genera servicios públicos ineficientes Necesitamos una urgente e intensiva construcción de carreteras, hospitales, colegios, puertos, puentes, redes de telecomunicaciones y energia para que el ciudadano cuente con mejores y en muchos casos empiece a contar con servicios

[18] Al respecto recomendamos revisar: Baird y Jackson, "Information, Uncertainty and transfer of property" En https://it.libuwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=economicsceapr_el_wp

[19] Armen A.chian, Some Economics of Property Rigths, 1965, p. 128.

[20] Harold Demsetz, The Exchange and Enforcement of Property Rights, 1964, pp. 11-26

[21] Externalidades: entendidas como cualquier situación en la que el sujeto percibe algunos beneficios sin asumir los costos correspondientes, sea porque disfruta de las ventajas incidentales de las actividades de los demás, sea porque impone a terceros los costos generados como consecuencia de determinadas actividades suyas.

[22] JOSÉ CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ Y JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ, La Iniciativa Privada en las Concesiones de Infraestructura y Servicios Públicos, Revista Digital de Derecho Administrativo N° 3, Segundo Semestre/2009, PP85-154

[23] A pesar del crecimiento económico que hemos tenido en los último 20 años aún existen extensas zonas del país que carecen de luz, agua, carreteras, colegios, etc.

En el documento Plan Nacional de Infraestructura 2016 — 2025[4] elaborado por la Asociación para el Fomento a la Infraestructura Nacional y la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico y publicado en octubre del 2015 se calcula el déficit de infraestructura existente en el Perú al 2016 y proyectado hasta el 2025:

Perú, brecha según tipo de infraestructura 2016-2025 (Escenario base). (Millones de us$)

AGUA Y SANEAMIENTO		**12.2**
1	ACCESO A AGUA POTABLE	2.62
2	ACCESO A SANEAMIENTO	9.62
TELECOMUNICACIONES		**27.0**
3	SUSCRIPTORES A TELEFONÍA MÓVIL	6.88
4	SUSCRIPTORES DE BANDA ANCHA	20.1
TRANSPORTE		**57.4**
5	KILÓMETROS DE VÍA FÉRREA	16.9
6	KILÓMETROS DE VÍA PAVIMENTADA	31.8
7	AEROPUERTOS	2.37
8	PUERTOS	6.28
ENERGÍA		**30.7**
9	ELECTRICIDAD	30.7
SALUD		**18.9**
10	CAMAS DE HOSPITAL	18.9
EDUCACIÓN 2/		**4.56**
11	MATRÍCULA INICIAL	1.62
12	MATRÍCULA PRIMARIA	274
13	MATRÍCULA SECUNDARIA	2.67
HIDRÁULICA		**8.47**
14	TIERRA IRRIGADA	8.47
TOTAL		**159**

Se entiende entonces que hacia fines del 2015 se estimaba que para salir de la brecha en infraestructura se requería invertir aproximadamente 160 mil millones de dólares. Dicho documento establece que "El cierre de la brecha de infraestructura para el periodo 2016-2025 implicaría una inversión promedio anual del 8.27% del PBI (es decir, US$ 15,955 millones anual). En particular, en un contexto de mediano plazo (2016-2020) la inversión requerida para cerrar la brecha como porcentaje del PBI representa un promedio anual de 8.37% del PBI, mientras que en el largo plazo (2021-2025), de 8.17% del PBI".

[4] Recomendamos revisar POSNER, Richard A. Análisis Económico de Derecho. 1988. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica. 1ra Edición. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. 1998. Fondo de Cultura Económica. p. 104.

En enero del 2018 y nuevamente según cálculos de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional - AFIN[25], la brecha en infraestructura superaría los US$165.000 millones, sin contar los US$6.400 millones que representaron los daños ocurridos tras "El Niño Costero" del año 2017. Con ello tendríamos un total que supera los 171 mil millones de dolares. Hay una clara tendencia hacia el permanente crecimiento del déficit lo cual nos hace ver que el Estado e incluso los particulares seguimos siendo ineficientes para enfrentar este problema.

En los ultimos 20 años hemos tenido, con algunos vaivenes, un casi permanente crecimiento macroeconomico, el cual lamentablemente no ha ido acompañado de un necesario crecimiento institucional ni tampoco de la ejecucion de proyectos de infraestructura que ayuden a mejorar la cobertura y calidad de los servicios públicos. Teniendo en cuenta el gran déficit en infraestructura, es claro que el Estado no está en capacidad de asumir directamente su ejecución. Por ello, mecanismos como iniciativas privadas, obras por impuesto y concesiones son muy utiles para la generación de infraestructura. Ello de la mano con i) adecuados mecanismos de control que protejan a todas las partes y ii) con procedimientos expeditivos que permitan el acceso a la propiedad predial necesaria para la ejecución de los proyectos. En esa línea, las normas de expropiación tienen entre otros objetivos coadyuvar a revertir la brecha de infraestructura y de servicios públicos.

Consideramos que hay una relación clara relación entre el desarrollo de infraestructura con: i) Mejora de servicios públicos, ii) Crecimiento de la inversión pública y privada, iii) Mejora de la productividad entre otros factores. Al respecto la Comisión Económica para America Latina y el Caribe - CEPAL (ONU) señala que "Una mayor disponibilidad y calidad de los servicios de infraestructura contribuyen a incrementar la productividad de los factores y reducen los costos de producción, favoreciendo de este modo, la competitividad de las firmas e incentivando la inversión y el crecimiento económico, el cual a su vez, genera un aumento de la demanda por servicios de infraestructura, completándose el circulo virtuoso"[26].

Asimismo, la Corporación Andina de Fomento — CAF establece que "Si bien es cierto que la inversión en infraestructuras no garantiza por sí misma el crecimiento económico y regional, la provisión eficiente de los servicios de infraestructura constituye uno de los aspectos más importantes y necesarios de las políticas de desarrollo. Se ha demostrado empíricamente que el progreso en infraestructuras ejerce un impulso muy importante sobre las economías, promoviendo una mejora de la productividad, de la competitividad internacional y del bienestar social. Por otro lado, las redes de infraestructuras constituyen un elemento vertebrador de la estructura económica de los países y de sus mercados"[27].

Por ello, es fundamental promover el desarrollo de infraestructura para coadyuvar al crecimiento del país y en esa labor el procedimiento expropiatorio es un actor fundamental.

4. SOBRE LA EXPROPIACIÓN

Consolidar la naturaleza jurídica de la expropiación, tanto a nivel legislativo, jurisprudencial y/o doctrinario, no ha sido una labor fácil. Anteriormente se discutía respecto a considerar a la expropiación como una "transferencia forzosa" o como una "potestad del Estado". Al día de hoy, esta discusión se encuentra superada ya que la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia acepta que la expropiación presenta ambos caracteres. A continuación efectuaremos un breve acercamiento.

4.1. La expropiación en la Doctrina y el Tribunal Constitucional Peruano.

Roberto Dromi refiere que la expropiación es "( ) el instituto de derecho publico mediante el cual el Estado, para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, privacoactivamente de la propiedad de un bien a su titular siguiendo determinado procedimiento y pagando una indemnizacion previa en dinero, integralmente justa y única"[28]. En esa misma línea nuestro Tribunal Constitucional señala en la Sentencia

[25] Ver: https://elcomercio.pe/economia/dia-1/brecha-infraestructura-millones-ano-noticia-485713

[26] CEPAL. Boletin FAL. N° 276, agosto 2009. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36100/FAL-276-WEB_es.pdf?sequence=1

[27] CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO - CAF. Asociación Público Privada en America Latina. Aprendiendo de la experiencia. Colombia. Julio 2015.

[28] Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Gaceta Jurídica. Tomo II. Edición peruana. Lima, 2005. p. 822.

N° 00031-2004-PI que la expropiación "(...) consiste en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello es preciso que el Poder Legislativo lo declare mediante Ley sobre la base de la existencia de un causa real y apremiante de seguridad o necesidad nacional. Estando a lo dicho la privación del derecho de propiedad como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiatoria del Estado no es una limitación en el ejercicio de éste, sino su sacrificio, su anulación. Lo señalado es relevante toda vez que la expropiación a diferencia de una limitación, afecta el núcleo dominical de la propiedad teniendo como efecto la indemnización, motivo por el cual su eficacia está condicionada al pago previo en efectivo de la indemnización correspondiente".

Por su parte García de Enterría y Fernández[29] califican la expropiación como: "(...) sacrificio de las situaciones patrimoniales de los administrados (...) La expropiación se condiciona a "un sistema de garantías" (...) y "necesidad pública evidente (...); constatación por la Ley de ese caso límite; indemnización, que además de ser justa en su cuantía, ha de ser hecha efectiva precisamente de manera previa, como condición misma del desapoderamiento". En esa misma línea, según Víctor Manteca, "la potestad expropiatoria es la prerrogativa exorbitante que permite a la Administración Pública privar coactivamente del derecho de propiedad a los administrados"[30]

A su vez, Ramón Parada señala que "(...) la expropiación es una de las instituciones administrativas más intensas y extrañas, en virtud de la cual se concreta la privación de un derecho o de un interés patrimonial" - "La expropiación consiste en una potestad que se concretiza en un acto de derecho público por el cual el Estado priva coactivamente a un particular, o a un grupo de ellos, de la titularidad de un determinado bien. Para ello, es preciso que el Poder Legislativo lo declare, mediante ley, y sobre la base de la existencia de una causa real y apremiante de seguridad nacional o necesidad pública".

Dado que la expropiación compromete seriamente la titularidad de la propiedad de bien, la Constitución ha establecido una serie de garantías para que se lleve a cabo el ejercicio de esta potestad. En esa línea la Sentencia N° 0864-2009-PA/TC establece que "Del derecho a la propiedad se deriva la garantía provista por la Constitución para impedir que se le prive arbitrariamente de la misma sino sólo por causa de seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada. Esto es lo que se llama expropiación, la cual consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, Regiones o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio (...)"

Por lo tanto, un acercamiento desde el derecho administrativo y constitucional permite reconocer a la expropiación como: i) privación coactiva del derecho de propiedad privada ii) Prevalencia del interés público sobre el privado iii) Prerrogativa exorbitante de la administración.

4.2. La expropiación y su regulación en las Constituciones de 1979 y 1993.

La Constitución Política de 1979 se promulgó en un contexto político a la salida del gobierno militar de Francisco Morales Bermúdez como un paso necesario para el retorno a la democracia y en un contexto económico en donde se tomaba como premisa la necesaria intervención del Estado como promotor de la actividad económica, de tal forma que la Constitución configuró un régimen económico con: i) Participación activa

[29] García de Enterría, Eduardo, Tomás Ramón, Fernández G. "Curso de Derecho Administrativo". Editorial Thompson Civitas. Tomo II.
[30] Manteca, Víctor. "La potestad expropiatoria de las Administraciones Públicas". Actualidad Administrativa. N° 1. Tomo I enero Madrid. La ley. 2012.
[31] PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Parte General. Tomo I. Novena Edición. 1996. p. 610.

del Estado. Ello se manifiesta con una creciente actividad empresarial del Estado en la actividad económica ii) Un Estado promotor y responsable de la generación y circulación de riqueza iii) Las dos condiciones anteriores generan que los mecanismos de garantía y protección al derecho de propiedad privada no sean tan intensivos y ello justamente en un contexto que privilegia la actividad estatal.

Así tenemos que el artículo 124° de la Constitución de 1979 establecía que:

"La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad".

A su vez el artículo 125° señalaba que "La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa."

Dichos artículos nos permiten concluir que la Constitución de 1979 a pesar de establecer que el derecho de propiedad debe ser protegido a nivel constitucional, este no era un derecho absoluto, sino que:

- El ejercicio del derecho de propiedad debe efectuarse en armonía con el interés social.

- Mediante ley se podrán establecer limitaciones al derecho de propiedad.

- Se reconocen los siguientes supuestos de expropiación: i) necesidad y utilidad pública y ii) interés social.

Respecto al concepto de interés social, don Jorge Avendaño Valdez señala:

"(...) que es cualquier forma de interés prevaleciente al individual y que descarta la generación de una utilidad en beneficio de todos, sino que tan solo se refiere a la satisfacción de necesidades de un grupo social en particular"[32].

Por su lado Guillermo García Montufar señala que "(...) Sin embargo el interés social que no es sino una constante aspiración de la colectividad a la concreción de determinados valores carece de poder o aptitud suficiente para, por sí mismo, subordinar el interés individual del propietario a la realización de dichos valores. En un estado social de derecho, aquellos valores que la colectividad concibe como necesarios de conservación son aprehendidos por los órganos del Estado que, conforme con el mandato constitucional, ostentan competencia para la formación y promulgación de normas jurídicas resultando incorporados a estas como ratio de la regulación de las conductas que las personas deberán observar en el ámbito de las relaciones sociales regidas por el derecho, así como, también, como ratio de las sanciones que se impondrán en caso de inobservancia de la conducta prescrita. De este modo, la subordinación del interés individual del propietario al interés social se posibilita a través de normas jurídicas, las que informadas de los valores que interesa conservar a la colectividad, regulan la forma de establecimiento de limitaciones al uso, prohibiciones, cargas etc.)"[33].

De lo citado podemos afirmar que, no existe en realidad un concepto unívoco sobre el interés social siendo lo más aceptado por la mayor parte de la doctrina su contraposición al interés privado. En la práctica los más claros ejemplos de procesos de expropiación que se han dado en nuestro país el siglo XX, sustentados por el interés social son: i) La reforma agraria y ii) Expropiaciones a favor de asentamientos humanos que invadían y/o ocupaban propiedad privada. Entonces el interés social es un concepto muy gaseoso. Cualquier interés mayor al individual puede ser considerado interés social y con ello habilitar una expropiación, lo cual genera una propiedad privada

[32] Avendaño Valdez, Jorge. "El derecho de propiedad en la Constitución". En: Themis. Revista de Derecho 30. 1994. p. 121.

[33] García Montufar, Guillermo. "Compatibilizando intereses públicos: una especial referencia a la zonificación y al servicio público de electricidad". Revista Círculo de Derecho Administrativo. p. 31.

desprotegida al ser posible de ser privada por el Estado casi por cualquier motivo (de mayor sustento que el interés individual).

Teniendo en cuenta ello, durante la discusión de la Constitución de 1993[34] se sostuvo "( ) que el interés social había permitido expropiar por cualquier causa y a favor de cualquier grupo social, generando abuso y desincentivo para los propietarios". Finalmente, la Constitución Política de 1993 se aprobó en un contexto social y económico en el cual: i) La actividad empresarial del Estado era percibida como ineficiente, ii) se consideraba que la actividad privada era y debía ser el principal promotor de riqueza, y iii) para generar riqueza era fundamental establecer adecuados mecanismos de protección al derecho de propiedad privada.

En la línea antes descrita el artículo 70° de la Constitución vigente establece: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio".

La Constitución del 93° buscaba promover el desarrollo de un sistema económico basado en el mercado y para ello considera necesario tener un derecho de propiedad mucho más protegido, y ello debido a que no era posible generar inversión si no se garantizaba la propiedad privada, así como la obtención de beneficios económicos a favor del titular de la actividad económica. Siendo un régimen garantista a la propiedad privada establece los siguientes principios:

-Ejercicio de la propiedad: En armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.

-Reserva de ley: Únicamente puede ser aprobada por Ley del Congreso. No por Decreto Legislativo ni Decreto de Urgencia. Ello debido que se considera que el debate congresal garantiza una mayor y mejor protección del derecho de propiedad[35] más aun teniendo en cuenta la legitimidad de los representantes del Congreso que son elegidos por el voto popular.

-Causales expresamente establecidos: Solo se puede expropiar por necesidad pública y seguridad nacional[36]. Más adelante analizaremos la aplicación de las causales.

-Pago previo de indemnización: Que incluya: i) Valor comercial del inmueble e ii) indemnización por el eventual perjuicio que incluya en caso corresponda, el daño emergente y el lucro cesante. La expropiación no debe servir como mecanismo para adquirir inmuebles a bajo precio[37].

-Procedimiento formal: Actualmente en el Perú la expropiación se ejecuta mediante un procedimiento administrativo. Se puede discutir en sede judicial o arbitral la valorización del predio y de conformidad con el artículo 34° de los Decretos.

Ahora bien, respecto de las causales para habilitar la expropiación tenemos que:

-La seguridad nacional: es un concepto que está relacionado a una situación de seguridad del Estado y la nación en su conjunto frente a: i) conflictos o amenazas exteriores (con otros países o fuerzas extranjera). Y ii) Conflictos o amenazas internas. Por ejemplo, por un reavivamiento de la delincuencia terrorista. Para Víctor García[38] toma es: "El fin primario y elemental del Estado

---

[34] Diario de Debates del Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional 1993 (Comisión de Constitución y de Reglamento). Edición Oficial. Tomo IV. Lima, 2001. pp. 1951-1963.

[35] Acreditando la validez general del principio, en el caso peruano la gran pobreza de nuestros recientes Congresos nos plantea el cuestionamiento sobre la eficacia práctica de la discusión congresal. Sin embargo, más allá de coyunturas negativas, consideramos pertinente que la privación del derecho de propiedad se discuta y solo pueda ser aprobada por Ley del Congreso.

[36] El artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1192 establece que "en la ley que se expida en cada caso debe señalarse la razón de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la Expropiación".

[37] En el Perú esta situación se dio en los procesos de expropiación por Reforma Agraria en donde en muchos casos no se pagó a los propietarios y en otros se pagó con bonos que tenían un valor bajísimo razón por la cual el pago de justiprecio se sigue discutiendo hasta la fecha (casi 50 años después).

[38] GARCIA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993. Tomo II. p. 140.

Alude a una situación en la cual el cuerpo político logra el control de la pluralidad de influencias atentatorias contra los objetos de preservacion, desarrollo y continuidad de la nación peruana"

-Respecto de la necesidad pública, Enrique Bernales Ballesteros[39] señala que: "(...) la necesidad pública es un concepto que tiene relación con la indispensabilidad para la sociedad en su conjunto de hacer o no hacer determinada cosa, en otras palabras, por razones que beneficien a toda la comunidad en general".

-A su vez Victor Garcia Toma señala que: "(...) la necesidad pública es el conjunto de medidas que redunden en beneficio, ventaja o utilidad a favor de la ciudadania, por ejemplo, la realización de obras públicas En puridad, en este especifico aspecto hace referencia a las acciones que el Estado realiza en el campo de la construccion de infraestructura que luego pone al servicio de la población".

-Con lo cual existe una general aceptación de que la necesidad pública esta vinculada a la ejecución de obra pública y por ello los ejemplos tipicos de expropiacion por necesidad publica son construcción de carreteras, colegios, hospitales, ampliación de un aeropuerto, etc

Reconocemos que ambas causales son conceptos abstractos, indeterminados e históricos[40], cuya definición puede ir variando a lo largo del tiempo y de acuerdo a nuevos requerimientos sociales, culturales o económicos, conforme ha ocurrido con el derecho de propiedad. Al respecto, basta recordar que hace menos de 180 años los esclavos eran objetos materia de propiedad y se podian comprar y vender.

4.3. La expropiación en Los Decretos.

Los Decretos están fuertemente pensados para acelerar la ejecución de los proyectos de infraestructura y en esa línea establece una serie de ideas generales: i) Busca facilitar la toma de posesión de los predios afectados ii) Incentiva el proceso de adquisición negociación. iii) La existencia de conflicto por determinacion del propietario no debe afectar la ejecución del proyecto iv) Establece plazos cortos para elaboracion de certificado de búsqueda catastral elaboración de tasación, etc

4.3.1. Definición

El articulo 4.4 establece: "Es la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada sustentada en causa de seguridad nacional o necesidad pública, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso de la República a favor del Estado, a iniciativa del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales y previo pago en efectivo de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio conforme al artículo 70° de la Constitución Política del Perú y las reglas establecidas en el presente Decreto Legislativo".

Los Decretos reconocen a la expropiación como un mecanismo de transferencia forzosa del derecho de propiedad dado que si se da la decisión del Estado de expropiar y la misma está sustentada en causales seguridad nacional o necesidad pública el propietario solo tendría la posibilidad de discutir el valor que debe recibir en pago, ya que necesariamente se va a producir la trasferencia de propiedad a favor del Estado.

El procedimiento de expropiación tiene las siguientes caracteristicas:

- Propiamente se activa luego de identificadas y tasadas las propiedades afectadas, definidos los sujetos pasivos y agotado el proceso de adquisición (Negociación)

- Para iniciar la expropiación sí se requiere tener previamente la ley autoritativa que habilita la ejecución del procedimiento.

- Una vez expedida la ley que autoriza la expropiación el inicio

[39] Enrique Bernales Ballesteros La Constitución de 1993. Análisis comparado. Editorial Rao, Quinta Edición, setiembre 1999. Lima. pág. 46.

[40] Al respecto recomendamos revisar: García de Enterría, Eduardo; Tomás Ramón, Fernández G. "Curso de Derecho Administrativo" Editorial Thompson-Civitas, Tomo II p. 235.

del procedimiento en sí mismo se da mediante la expedición de las resoluciones administrativas de expropiación las cuales disponen i) Aprobar la expropiación ii) Aprobar la valorización del bien a ser expropiado. iii) Disponer la consignación del valor a ser pagado por el bien. iv) Aprobar la transferencia de propiedad a favor del beneficiario v) Disponer la entrega del bien bajo apercibimiento de ejecución coactiva

- El procedimiento de expropiación es administrativo [41] Solo se discutirá judicial o arbitralmente el valor del predio.

4.3.2. Sobre el Objeto de la Expropiación:

La regulación de los bienes objeto de expropiación se encuentra en los artículos 9° 10° y 11°[42] de los Decretos Al respecto podemos efectuar las siguientes precisiones:

-En estricto la expropiación se refiere a la privación de cualquier bien de propiedad privada con lo cual podría incluir tanto bienes muebles como inmuebles.

- Los Decretos solo regulan expresamente la expropiación respecto de bienes inmuebles. Sin embargo, es importante tener en cuenta, que el artículo 21° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que todos los bienes se encuentran sujetos al interés general y por lo tanto podrían ser afectados por la expropiación.

- Procede la expropiación respecto del suelo, subsuelo y sobre suelo obviamente previo pago de indemnización justipreciada

- En caso se expropie (o se pretenda adquirir) solo parte del bien, el propietario podría solicitar hasta el momento de la aceptación de la oferta de adquisición, la afectación total del bien sustentando dicho pedido en: i) La existencia de una desvalorización significativa o ii) En la pérdida de utilidad de la parte no afectada. Corresponderá al sujeto activo evaluar la pertinencia del pedido de expropiación total y la efectiva acreditación de los supuestos antes indicados En caso se considere viable la expropiación del íntegro del predio, el Estado tendrá que pagar por una parte del precio que no es necesaria para a ejecución del proyecto de infraestructura.

- En caso el proyecto de infraestructura requiera solo del subsuelo del inmueble y, a su vez no existan construcciones o no se hubiere dado otro fin (al subsuelo), se podría imponer servidumbres forzosas legales gratuitas[43], salvo que el propietario acredite afectación a la superficie o a su utilidad actual o inmediata, caso

---

[41] Antes el proceso de expropiación se tramitaba en la vía del Proceso Judicial Abreviado

[42] Artículo 9.- Bienes objeto de Adquisición y Expropiación

9.1. Son objeto de Adquisición y Expropiación todos los bienes inmuebles de dominio privado.

9.2. El tratamiento de los locales y bienes de las misiones diplomáticas, oficinas consulares y organizaciones internacionales está sujeto a lo dispuesto por los tratados de los que el Perú es parte y otras normas de derecho internacional que puedan ser aplicables al Estado peruano. Cuando corresponda, se considerará también respecto de dichos locales y bienes el principio de reciprocidad.

Artículo 10.- Subsuelo y sobresuelo

10.1. El ejercicio del derecho de propiedad relativa al uso del subsuelo y sobresuelo, se ejerce dentro de los límites establecidos en el Código Civil, el presente Decreto Legislativo, leyes aplicables y las disposiciones reglamentarias que se emitan, asegurando su utilización en favor del interés público.

10.2. La propiedad sobre el subsuelo y sobresuelo se extiende hasta donde sea útil al propietario del bien inmueble el ejercicio de su derecho conforme a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones en concordancia con el Código Civil y normatividad sectorial.

10.3. La propiedad del subsuelo y sobresuelo pueden ser materia de Adquisición y Expropiación independientemente de la suerte de la, sin perjuicio de lo señalado en la Sexta Disposición Complementaria Final.

10.4. Solo en el caso que por el hecho de la Adquisición, Expropiación o Servidumbre, la propiedad del inmueble no pueda ser usada o explotada parcial o totalmente, o que el valor o rentabilidad de la propiedad del suelo se deprecie significativamente, el Sujeto Activo puede optar por expropiar todo el inmueble. Artículo 11.- Adquisición o Expropiación total

El Sujeto Pasivo podrá solicitar la Adquisición o Expropiación total cuando el remanente del bien inmueble que no es afectado sufra una desvalorización significativa o resultare inútil para los fines que estaba destinado con anterioridad a la Adquisición o Expropiación parcial. La solicitud de adquisición del área remanente deberá ser presentada hasta el momento de la aceptación de la oferta de adquisición, tramitándose en expedientes separados, siguiéndose el procedimiento regulado en el Título III del presente Decreto Legislativo.

[43] Se hace difícil pensar en la ejecución de un proyecto de infraestructura que se ejecute en el subsuelo y que no afecte al propietario de la superficie. Sin embargo, ello es técnica y legalmente posible. En el caso peruano la Línea 2 del Metro (Metro subterráneo) que unirá Ate Vitarte con el Callao se está ejecutando con la expropiación de subterráneos (superficiales).

en el cual procede a valorizarse la afectación acreditada. Y en caso si presente construcciones, se procede con el proceso de adquisición o expropiación.

4.4. Sobre las Causales de expropiación.

Conforme se ha indicado anteriormente, respecto de la expropiación existe una reserva de ley, es decir, necesariamente debe ser aprobada por Ley del Congreso. Sobre ello y las causales, planteamos algunas interrogantes:

4.4.1. ¿En qué momento se debe dictar ley?

Consideramos que la Ley necesariamente debe emitirse luego de agotado el proceso de adquisición – negociación, el cual se da luego de la identificación de los predios, de los sujetos pasivos y de efectuada la tasación de los predios. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los sujetos pasivos para proceder a la transferencia del bien[41] se debe proceder a la expropiación y para ello se requiere la Ley autoritativa. La necesidad de la Ley recién luego de agotada el proceso de adquisición tiene adicionalmente un sustento lógico y práctico:

- De conformidad con el artículo 33° de los Decretos, la Ley de expropiación tendrá una vigencia de 5 años para ejecutar todo el procedimiento y luego de lo cual caduca de pleno derecho, salvo que por otra ley se amplíe su vigencia. Por ello, teniendo en cuenta que la definición del bien a ser expropiado, del sujeto pasivo y la valorización puede demorar varios meses u años, no es razonable ni legal exigir la dación de la Ley sino hasta el efectivo inicio de la expropiación.

4.4.2. ¿Es necesario que la Ley identifique todos los bienes y propietarios afectados o solo debe mencionar el proyecto?

- La ejecución de proyectos de infraestructura implica (en la mayoría de casos) la afectación por adquisición o expropiación de cientos de miles de metros cuadrados de propiedad predios y de cientos de propietarios privados. De hecho, en la práctica muchas veces las áreas inicialmente definidas para la ejecución del proyecto se van modificando por situaciones técnico, legales o económicas[42]. A veces, debido a que el costo de expropiar un bien específico es muy alto, conviene modificar el área a ser afectada (Muchas veces por ello las carreteras no necesariamente son completamente rectas), con lo cual el área necesaria para la ejecución del proyecto sufre variaciones a lo largo del tiempo.

Por ello, si bien es cierto desde un punto de vista formal se podría considerar que para garantizar el derecho de propiedad privada, corresponde al congreso expedir la ley de expropiación que identifique i) Toda el área a ser expropiada y ii) Todos los propietarios afectados, en la práctica ello no es posible dado que reiteramos el área exacta a ser afectada sufre variaciones a lo largo de la ejecución del proyecto. Dicha situación no constituye una infracción constitucional ni una afectación al derecho de propiedad privada sino una necesaria prevalencia del interés público para la ejecución del proyecto. Al respecto, conforme hemos indicado anteriormente la Quinta Disposición Complementaria y Final de la Ley 30025 menciona 148 proyectos priorizados y de necesidad pública susceptibles de expropiación.

4.4.3. ¿La ejecución de toda obra pública genera un supuesto de expropiación?

Conforme se ha indicado anteriormente, la mayoría de la

[41] Hasta la adquisición se puede llegar solo en estricta aplicación de Los Decretos. Imaginemos el caso de una obra de infraestructura en donde fue posible negociar y adquirir todas las propiedades privadas pagando el incentivo del 20% sobre el valor comercial. En dicho supuesto ya no será necesario expropiar, por lo que no es necesaria la emisión de una Ley.

[42] Por ejemplo, por que el costo de expropiar un bien específico es muy alto por lo que conviene modificar el área a ser afectada (Muchas veces por ello las carreteras no necesariamente son completamente rectas).

doctrina acepta que será necesidad pública aquel supuesto en que el Estado debe ejecutar alguna actividad de impostergable necesidad, de extremada urgencia y que beneficie directa o potencialmente a la colectividad en general. Por lo tanto, se suele considerar que toda obra pública satisface una necesidad pública y por ello, puede sustentar una expropiación. Sin embargo, consideramos que no siempre es así. Lamentablemente en el Perú existe una permanente ejecución de obras públicas absurdas y carentes de utilidad[46] y por ello, resulta difícil de sostener qué para la ejecución del monumento a la maca a la ojota, al puma o al arbitro de futbol se pudiera hacer uso de la expropiación.

Teniendo en cuenta que la Constitución de 1993 establece un marco protector a la propiedad privada como un mecanismo fundamental para garantizar la inversión y la economía social de mercado, es necesario analizar cada supuesto de expropiación para cumplir la regulación constitucional. La necesidad pública es un concepto que evoluciona y se modifica en el tiempo, sin embargo, no puede ser entendido como un cajón de sastre que permite sustentar cualquier proyecto como beneficiario de la expropiación. Proyectos como el monumento a la maca o a la ojota no deberían sustentar una expropiación. Por lo tanto, consideramos que i) La necesidad pública no se agota en la ejecución de una obra pública y ii) No toda obra pública debe ser considerada como de necesidad pública.

4.4.4. ¿Se puede expropiar para beneficiar a un grupo específico o necesariamente se debe beneficiar a la colectividad en general?

Al ser la necesidad pública un concepto sin un contenido específico y/o claramente determinado, siempre existe el nesgo de que se pretenda hacer pasar como necesidad pública un supuesto que no lo sea[47] y con lo cual, se incumple la garantía de protección al derecho de propiedad que establece la Constitución. Por ello, conviene analizar algunos supuestos que pued e generar discusión respecto a la existencia o no de necesidad pública.

La mayor parte de la doctrina acepta que necesidad pública es aquel supuesto que beneficia a la colectividad en general por ejemplo: La construcción de una carretera, un colegio, un hospital, un aeropuerto. Puede ser que jamás se utilice la nueva carretera que se va a construir, pero potencialmente se podría utilizar. Con lo cual esa potencialidad de usar ese servicio público genera, en teoría, un beneficio para toda la colectividad. Por eso es que normalmente se aceptan esos supuestos de expropiación. El cuestionamiento se plantea respecto a la posibilidad de que se dé un proceso de expropiación beneficie a un grupo específico y/o determinado, con lo cual no se daría el beneficio general. Al respecto creo que el supuesto de necesidad pública busca la satisfacción de un interés general sin embargo, esto tiene una serie de matices.

-¿Se puede expropiar a favor de damnificados del niño costero?

Como sabemos, el Fenomeno de Niño Costero es una anomalía climática que en el año 2017 genero lluvias torrenciales, desbordes de ríos, entre otras situaciones que afectaron amplias zonas del país y en el especial a la Costa Norte. Como consecuencia de los daños generados por el Fenómeno del Niño Costero, miles de personas han visto destruidas sus viviendas, colegios. Parte de la explicación de estos daños radica en la construcción de inmuebles en zonas inviables para dichos usos (en cauces de ríos, en fajas

[46] https://peru21.pe/lima/fotos-monumentos-ridiculez-112425

[47] Podemos considerar razonable que no es un supuesto de necesidad pública promover una expropiación para construir un bar y discoteca para los funcionarios públicos que trabajan en el Congreso.

marginales, etc). Hacia abril de 2017[18] las dramáticas cifras eran las siguientes.

- La cantidad de viviendas afectadas era de 205.640.

- Existían 34.500 viviendas que a dicha fecha no se podían habitar De la cuales 8.269 viviendas colapsadas es decir que ya no podían ser utilizadas y 16.315 casas inhabitables que podrían ser utilizadas previas labores de mejoramiento.

Por ello, existió y se mantiene la necesidad y urgencia de acelerar el proceso de reconstrucción en el norte del país por lo que se dictó la Ley N° 30556. Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios Dicha Ley busca agilizar y dinamizar el proceso de reconstrucción lo cual luego de más de año de ocurrido el desastre, no se ha logrado.

Para el proceso de reconstrucción se va a requenr el uso de suelo para por ejemplo reubicar las viviendas inutilizables. Parte de ese suelo necesario serán predios de propiedad privada por lo que cabe preguntarse si: ¿corresponde aprobar la expropiación para construir una urbanización o programa de vivienda que permita reubicar a los damnificados que han perdido sus viviendas?
Yo creo que siendo discutible la respuesta considero que sí procedería la expropiación ya que se configura el supuesto de necesidad pública, porque el fenómeno ha sido de tal trascendencia, ha generado tal dimensión de daños y nos ha afectado directa o indirectamente a gran parte de la nación que coadyuvar solucionar el problema de vivienda de los afectados que se quedaron sin vivienda es un tema que claramente trasciende a los directamente agraviados y se convierte en un tema de interés general.
Al respecto la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30556 establece: "Para la ejecución de los programas y proyectos a que se refiere la presente Ley, es aplicable el Decreto Legislativo N° 1192, Decreto Legislativo que Aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de Inmuebles, Transferencia de Inmuebles de Propiedad del Estado, Liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura" Dicha norma permite expresamente que en cualquier proyecto vinculado a la reconstrucción se apliquen los Decretos para la identificación del sujeto pasivo, identificación del predio afectado, valonzación y negociación. Si no es factible la negociación, necesariamente se tendría que evaluarse la emisión de la Ley expropiatoria.

4.4.2. ¿Se puede expropiar a favor de Asentamientos Humanos?

Los Asentamientos Humanos y su formalización es una problemática que ha sido asumida por el Estado con mucho mayor énfasis con la creación del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI, entidad que se encarga principalmente del saneamiento y titulación de Asentamientos Humanos ubicados en propiedad estatal Sin embargo, también existían y existen muchos Asentamientos Humanos que ocupan propiedad privada, situación que obviamente no puede ser formalizada por COFOPRI[19].

Ante la problemática de los Asentamientos Humanos que ocupan propiedad privada se promulgó la Ley N° 29230 publicada en febrero del 2009 y que declara de necesidad pública la expropiación y posterior titulación, por parte de las Municipalidades, en beneficio de los pobladores de los

[18] Ver https://diariocorreo.pe/peru/nino-costero-deja-34-mil-casas-colapsadas-o-inhabitables-740882/
[19] Salvo promoviendo un proceso de negociación y conciliación con el propietario privado o tramitando un procedimiento administrativo de prescripción adquisitiva de dominio en los casos que corresponda

terrenos ocupados por posesiones informales al 31 de diciembre de 2004 y que permite la expropiación a favor de Asentamientos Humanos que se encuentren ocupando propiedad privada.

Dicha ley generó una interesante discusión respecto a la constitucionalidad y/o validez de la norma dado que mayoritariamente se considera que la Ley recoge un supuesto expropiatorio de interés social que ya no es permitido por la Constitución vigente. Así tenemos que respecto al uso del concepto de necesidad pública para promover la expropiación a favor de Asentamientos Humanos, Martín Mejorada sostiene que: "(...) la expropiación prevista en la Ley 29320 intenta resolver un problema de un grupo (es un típico caso de interés social, tal como se le entendía en la Constitución de 1979), pero su trascendencia ni por asomo satisface el interés de toda la colectividad. Por el contrario, la medida premia conductas ofensivas para cualquier pueblo: la invasión deliberada de bienes ajenos. No olvidemos que las invasiones no son producto de una urgencia repentina, sino una acción planificada donde participan una serie de personajes que comercian la posesión ilegítima. La pobreza y las necesidades extremas no atenúan lo ilícito de la ocupación. El costo de tocar las fibras más íntimas de la propiedad privada es, en el caso de la Ley 29320, infinitamente más alto que el beneficio inmediato que perciben los invasores y que el ahorro de no desalojarlos. Los invasores son parte de la población que reclama recursos para satisfacer sus necesidades. Paradojas de la vida: ellos terminan generando una excepción al plan económico que precisamente busca la satisfacción ordenada y lícita de sus requerimientos"[50].

Al respecto Gunther Gonzales Barrón[51] plantea una opinión diferente y considera que la ley es adecuada y constitucional basado. A nuestro entender sus principales argumentos son: i) La necesidad pública es un concepto dinámico por lo que evoluciona de acuerdo a los requerimientos sociales. ii) No se debe ser literal en la interpretación del interés social ni en la interpretación constitucional. iii) La formalización de Asentamientos Humanos es un asunto de relevancia nacional. iv) La expropiación sustentada en interés social está recogida en la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica, ratificada por el Estado peruano y que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Siendo ambas opiniones muy relevantes y sustentadas, consideramos que:

- La expropiación a favor de Asentamientos Humanos no puede ser convalidada con la posible expropiación a favor de damnificados del Niño Costero. En un caso se origina por la invasión a propiedad privada y la otra por un desastre natural.

- Reconocemos que la formalización de Asentamientos Humanos se ha convertido en un tema de transcendencia nacional dado los beneficios directos e indirectos que genera. Sin embargo, su origen a partir normalmente de una invasión y la inacción del sistema ante ello: i) Procesos judiciales lentos. ii) Gran dificultad o casi imposibilidad para proceder a la desocupación del predio genera una situación muy problemática para el propietario. Ante ello creo que hay dos análisis del tema: i) Desde el punto de vista jurídico formal consideramos que la Ley no cumpliría el supuesto de necesidad pública[52]. ii) Desde el punto de vista práctico consideramos que probablemente la expropiación pueda ser el único camino para que el propietario obtenga alguna

[50] MEJORADA CHAUCA, Martín. "La necesidad de expropiar a propósito de la Ley 29320". Revista Ius Et Veritas. Lima, pág. 78.
[51] GONZALES BARRÓN, Gunther. "En defensa de la Ley 29320, sobre expropiación para titulación de posesiones informales". En Revista Foro Jurídico. 2010. N° 10.
[52] Pese a tener elementos comunes con la posible expropiación por el fenómeno del niño.

compensación por el uso de su propiedad. Finalmente, lo cierto es que la ley sigue vigente a la fecha.

5. SOBRE LA DEFINICIÓN DE SUJETO PASIVO

La definición del sujeto pasivo es uno de los temas más complicados de establecer y que muchas veces genera demora en la ejecución de los proyectos. Los Decretos establecen los siguientes criterios y procedimientos:

5.1. Para el caso de bienes inmuebles inscritos[53].

5.1.1. Un primer supuesto ideal es que el sujeto pasivo tenga su propiedad inscrita y no se haya producido transferencia de propiedad (vía acuerdo de voluntad) ni prescripción adquisitiva de dominio. Es decir, la información registral concuerde con la realidad, supuesto en el cual, no habría mayor problema dado que el afectado cuenta con su derecho inscrito.

5.1.2. Un supuesto que se da con frecuencia es que la propiedad predial se encuentra inscrita pero el propietario registral ya no es el propietario real por lo que la información que publicita Registros Públicos no concuerda con la realidad. En el Perú se es propietario de inmuebles sin necesidad de tener el derecho inscrito en Registros Públicos[54].

En este supuesto los Decretos permiten reconocer como sujeto pasivo a aquel propietario que acredite su derecho mediante documento de fecha cierta y de acuerdo al tracto sucesivo del propietario registral. Sobre esto algunos comentarios:

---

[53] El artículo 6 establece: "Para los procesos de Adquisición y Expropiación, se considera como Sujeto Pasivo a quien cumpla uno de los siguientes supuestos:
6.1 Su derecho de propiedad se encuentra inscrito en el Registro de Predios de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Sunarp, salvo la existencia de poseedor quien adquirió por prescripción declarada judicial o notarialmente con título no inscrito.
Cuando el sujeto pasivo sea una sucesión, bastará que la misma conste inscrita definitivamente en el Registro de sucesiones.
De no existir sucesión inscrita en el Registro de sucesiones, se considera al titular registral como sujeto pasivo, no requiriéndose efectuar a éste la comunicación de la afectación y de la intención de adquisición, iniciándose el procedimiento de expropiación una vez recibida la tasación.
El Registrador procede a inscribir el inmueble a favor del Beneficiario por el sólo mérito del formulario registral o la Resolución que apruebe la Expropiación. No es exigible la previa inscripción de la sucesión.
6.2 Su derecho de propiedad se acredita mediante documento de fecha cierta y de acuerdo al tracto sucesivo respecto del titular registral.
En este supuesto el Sujeto Activo publica un aviso por dos veces con intervalos de tres días calendario en el diario oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional. El aviso contiene:
i. Nombre del Sujeto Activo y su domicilio legal.
ii. La ubicación exacta del inmueble, incluyendo su partida registral.
iii. Nombre del titular registral del bien inmueble.
iv. Nombre del propietario que acredite su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta y el respectivo tracto sucesivo del titular registral.
v. El plazo que tendrán los terceros interesados para cuestionar la propiedad y presentarse ante el Sujeto Activo es de diez días hábiles contados a partir de la última publicación. En este caso, el tercero interesado debe presentar un documento de fecha cierta que acredite su derecho de propiedad y el tracto sucesivo respecto del titular registral.
Cuando no se presenten terceros interesados dentro del plazo señalado, el propietario que acredite mediante documento de fecha cierta, su propiedad y el tracto sucesivo respecto del titular registral, es considerado Sujeto Pasivo de la Adquisición y Expropiación.
En el supuesto regulado en el párrafo precedente, el Sujeto Activo solicita la inscripción a favor del Beneficiario. El registrador procede a inscribir el inmueble a favor del Beneficiario por el sólo mérito del Formulario Registral suscrito por el Sujeto Pasivo y el Beneficiario. En estos casos, el registrador debe realizar la inscripción, bajo responsabilidad, sin necesidad de inscribir la titularidad del propietario con derecho no inscrito que acredita propiedad con documento de fecha cierta.
Cuando se presente uno o más de un tercero interesado durante el plazo establecido, se inicia el proceso de Expropiación considerando como Sujeto Pasivo al titular registral. Si se presenta uno o más terceros interesados incluso fuera del plazo previsto, éstos pueden iniciar las acciones legales correspondientes únicamente contra el Sujeto Pasivo, al cual el Sujeto Activo pague el valor de la Tasación.
6.3 Tratándose de bienes de dominio privado del Estado, el Sujeto Pasivo es el poseedor con más de diez años de antigüedad que tenga título de posesión inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o mediante certificado, constancia o documento que acredite la posesión emitido por la autoridad competente de conformidad con las leyes de la materia. En estos casos, el poseedor adjunta documentación en calidad de prueba complementaria.
6.4 Si existe un proceso judicial o arbitral donde se discute la propiedad del bien, conformarán al Sujeto Pasivo quienes consten en el registro respectivo y sean partes del litigio. Podrá seguirse con el proceso regulado en el Título III, en lo que corresponda, por lo que la adquisición del bien podrá celebrarse con los sujetos en litigio si existe mutuo acuerdo. A falta de acuerdo o de darse alguna otra causal que impida la adquisición, se procederá con lo regulado en el Título IV del presente decreto legislativo.
Para cualquiera de los supuestos mencionados en el párrafo anterior, el Sujeto Activo debe realizar en la vía judicial o arbitral, según corresponda, la consignación del valor total de la tasación a nombre de la autoridad jurisdiccional correspondiente. Dicha consignación solo es entregada al legítimo propietario cuando se defina la propiedad del bien expropiado en la vía judicial, arbitral, previa comunicación al Sujeto Activo."
6.5 En cualquiera de los casos referidos en los numerales precedentes, el Sujeto Activo está obligado a notificar a los ocupantes del bien inmueble.
6.6 Para los inmuebles aportados o que formen parte de un fideicomiso, el Sujeto Pasivo estará constituido por el titular del dominio fiduciario y por el titular registral del bien, con quienes se deberá suscribir los acuerdos de adquisición o con quienes se llevará adelante el proceso de expropiación."

[54] Artículo 949: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario."

• Se establecen exigencias mayores a las reguladas por el Código Civil para el reconocimiento de la propiedad y con ello de la condición de sujeto pasivo. Es necesario acreditar la propiedad con documento de fecha cierta y que se derive del propietario registral. Con ello se excluye de la posibilidad de ser reconocido como sujeto pasivo a: i) Propietario que sustente su derecho en documento sin fecha cierta. Ii) Propietario que sustente su derecho con documento de fecha cierta pero que no se derive del propietario registral sino del adquirente del propietario registral o de uno posterior. Por ello, si existe un segundo o tercer adquirente y todos cuenten con documentos de fecha cierta y se acredite indubitablemente la cadena de transferencias, los Decretos no permiten su reconocimiento.

• A efectos de facilitar la transferencia de propiedad a favor del beneficiario de la expropiación, se plantea una excepción al principio de tracto sucesivo[35], con lo cual se permite inscribir la trasferencia de propiedad efectuada por el sujeto pasivo que cuenta con documento de fecha cierta y cuyo derecho se derive del propietario registral sin que previamente hay inscrito su derecho.

- Los Decretos son conservadores para reconocer la calidad de sujetos pasivos a personas que de acuerdo al Código Civil si tienen la calidad de propietarios. Dicha situación es razonable desde el punto de vista del sujeto activo que busca tener el mayor nivel de certeza posible para reconocer al sujeto pasivo y es por ello que establece exigencias mayores para su reconocimiento. En estos supuestos ante la falta de reconocimiento del sujeto pasivo, se consignará el monto de la valorización sin identificar al sujeto pasivo y corresponderá al Juez o al árbitro determinarlo.

- La falta de reconocimiento como sujeto pasivo a aquel propietario que sustenta su derecho en i) Documento privado o en ii) Documento de fecha cierta pero que no se deriva del propietario registral le genera una gran problemática debido a que: i) No será reconocido como sujeto pasivo ii) No podría negociar con sujeto activo y recibir el incentivo del 20% por encima del valor comercial iii)Se consignará el monto de la valorización y un juez o árbitro tendrá que determinar a quien le corresponde cobrar dicho monto. Iv) Se podría llegar al caso extremo de que este propietario que no es reconocido cono sujeto pasivo pierda la posesión del bien vía la ejecución coactiva, sin tener la posibilidad de cobrar la valorización del bien hasta que el juez o árbitro lo determine.

- En caso se presenten varias personas exigiendo que se le reconozca como propietarios, la norma prevé que el sujeto activo no verá perjudicado ni retrasada la ejecución del proceso de expropiación por el conflicto existente en torno a la propiedad del bien. Simplemente deberá consignar el monto de la valorización a nombre del órgano jurisdiccional correspondiente[36] y será este o el árbitro que determine quién debe ser reconocido como sujeto pasivo y por consiguiente poder cobrar.

5.1.3. Para el caso de poseedores de bienes de dominio privado del Estado y que tengan más de 10 años de posesión y que acredite dicha condición serán considerados sujetos pasivos. Con ello en realidad se les considera propietarios en virtud a la

[35] Artículo 2015º del Código Civil: "Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane".

[36] Artículo 2015º del Código Civil: "Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane".

prescripción adquisitiva de dominio que los Decretos entenderían como factible en bienes de dominio privado del Estado. Es pertinente precisar que mediante Ley 29618 publicada en noviembre del 2010 se declaró la imprescriptibilidad de los bienes de dominio privado del Estado[57]. En virtud a ello se entendería que los Decretos establecen una excepción a la Ley 29618 y permite reconocer la prescripción sobre bienes de dominio privado del Estado, independientemente de la fecha en que se cumple el plazo de 10 años de posesión y en tanto estén afectados con la ejecucion de proyectos de infraestructura

5.2. Para el caso de Bienes inmuebles no inscritos[58].

Dado que en el Perú la propiedad inmobiliaria se transfiere por el solo consenso, por el acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor: se puede transferir propiedad incluso con un acuerdo verbal[59] y También mediante un contrato simple sin firmas legalizadas Obviamente en ambos supuestos se tendra un derecho de propiedad con dificultad para ser acreditado y que podría decaer ante un posterior derecho inscrito[60].

Ante la carencia de inscripción del bien se debe adoptar las medidas pertinentes para identificar al sujeto pasivo. Para ello los Decretos prevén la adopción de mecanismos de publicidad que permitan la identificación del propietario (Publicación en diarios e incluso en el predio a ser expropiado y un plazo establecido para solicitar el reconocimiento como s ujeto pasivo) Al respecto se establece:

- Para ser reconocido como sujeto pasivo el derecho de propiedad debe ser acreditado con documento de fecha cierta o con declaración de prescripción adquisitiva de dominio notarial o judicial

- También cabe el reconocimiento como sujeto pasivo al poseedor con más de diez años de antigüedad (para lo cual deberia cumplir los requisitos para adquirir propiedad por prescripción adquisitiva de dominio)

- Al igual que en la propiedad inscrita, de existir conflicto judicial o arbitral para definir propiedad del bien se consignará el monto de la valonzación y el árbitro o juez determinará quien debe cobrar.

- Si no se llega a identificar o reconocer propietario privado, se considerara que el predio es del Estado y por lo tanto se seguirá el procedimiento de transferencia ante la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.

---

[57] El Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil 2016 ha concluido que "Puede declararse la prescripción adquisitiva de dominio sobre bienes de dominio privado del Estado si es que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29618 el poseedor ya ha cumplido con los requisitos necesarios para acceder a la prescripción"

[58] El artículo 7 establece lo siguiente:

"7.1. Cuando el inmueble no se encuentre inscrito, el Sujeto Activo publica un aviso por dos veces con intervalos de tres días calendario en el diario oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional. El referido aviso debe contener:

i. El Sujeto Activo y su domicilio legal.

ii. La ubicación exacta del inmueble.

iii. El plazo que tienen los interesados para presentarse, que es de diez días hábiles contados a partir de la última publicación.

Antes de la última publicación a la que se refiere el numeral 7.1., el aviso se notifica a los ocupantes del bien inmueble.

Cuando se presente un tercero que acredite su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta o que adquiere por prescripción declarada judicial o notarialmente, es considerado Sujeto Pasivo de la Adquisición y Expropiación.

Cuando se presente más de un tercero interesado durante el plazo establecido, se inicia el proceso de Expropiación considerando como Sujeto Pasivo al titular que acredite su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta más reciente, con excepción del supuesto regulado en el artículo 1135 del Código Civil, en cuyo caso es considerado como Sujeto Pasivo al titular que acredite su derecho de propiedad mediante documento de fecha cierta más antiguo. Si se presentan terceros interesados incluso fuera del plazo previsto, estos pueden iniciar las acciones legales correspondientes contra el Sujeto Pasivo, al cual el Sujeto Activo pague el valor de la Tasación.

Cuando no se presente ningún interesado, la presunción establecida en el artículo 912 del Código Civil no es oponible al Sujeto Activo.

7.2. El Sujeto Pasivo es el poseedor con más de diez años de antigüedad que tenga título de posesión inscrito, o cuya posesión se haya originado en mérito a resolución judicial o administrativa, o mediante certificado, constancia o documento que acredite la posesión emitido por la autoridad competente de conformidad con las leyes de la materia. En estos casos, el poseedor adjunta documentación en calidad de prueba complementaria.

7.3. En los casos que exista proceso judicial o arbitral que discuta la propiedad del bien a expropiarse, se entenderá como Sujeto Pasivo a las partes en litigio, en cuyo caso se consigna el pago del monto de la indemnización justipreciada, hasta que por proceso arbitral o judicial debidamente consentido y ejecutoriado, se determine el mejor derecho de propiedad.

7.4. Cuando no se presente algún tercero interesado o los que se presentan no acreditan su derecho de propiedad, se presume que el bien inmueble es del Estado, sin perjuicio del derecho de cobro por el valor de la Tasación que puede ejercer el propietario."

[59] Obviamente no es la forma más recomendable de adquirir un inmueble al tener grandes problemas de acreditación y de lograr la oponibilidad y exclusión necesaria en un derecho real.

[60] Con lo cual la propiedad inmobiliaria que se sustenta solo en un contrato podría ser considerada una propiedad imperfecta o relativa ya que, en caso de concurrencia de acreedores, decaerá ante la propiedad inscrita.

5.3. Poseedores y Mejoras.

Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1366 ya se establecía que el sujeto activo hasta la etapa de adquisición, podrá reconocer las mejoras encontradas en el inmueble y los gastos de traslado a los ocupantes o poseedores que no cumplan con los requisitos para ser reconocidos como sujetos pasivos. Ello a fin de obtener la liberación del inmueble y previa disponibilidad presupuestal respectiva, Para que procedan los pagos anteriores, el Sujeto Activo publicará un aviso por dos veces con intervalos de tres días calendario en el diario oficial El Peruano y en un diario de circulación nacional. Al respecto es importante tener en cuenta que: i) Se pagan mejoras y gastos de traslado a poseedores de buena o mala fe que no eran propietarios (o en todo caso no podían ser reconocidos como sujetos pasivos). ii) Se genera una especie de nueva excepción al principio de accesión[61], adicional a la propiedad exclusiva y común y al derecho de superficie. iii) El reconocimiento y pago solo podía ser efectuado hasta la etapa de adquisición. Iniciada la expropiación ya no se podía efectuar el pago.

- Con la dación del Decreto Legislativo N° 1366 se reconoce la posibilidad de pago de mejoras también en la etapa de expropiación[62] y en la transferencia de propiedad estatal. Se establece que el pago de las mejoras se podrá impugnar en un plazo de diez[63] días hábiles.

- De tal forma que la norma de expropiación reconoce expresamente la posibilidad de efectuar pagos por las mejoras (construcciones) efectuadas por un tercero distinto al propietario del suelo. Es decir, nos encontramos en el supuesto de construcción en propiedad ajena[64] y los Decretos plantean una solución que difiere en parte de lo regulado en el Código Civil (sobre todo de existir mala fe) y que permite el pago de las mejoras a favor del poseedor y ello obviamente con la finalidad de lograr la desocupación del predio.

5.4. Problemática para la definición del sujeto pasivo.

Según lo indicado la definición del sujeto pasivo es un proceso complicado en el que muchas veces no se cuenta con información suficiente y por lo genera ocasiona muchas demoras al sujeto activo. Algunos puntos que consideramos importante tener en cuenta:

• El punto de partida en el proceso de identificación del sujeto pasivo debe ser la recopilación de información registral. Es por ello que, os Decretos establecen el proceso de anotación preventiva el cual se da al inicio del procedimiento y que permite que el sujeto activo inscriba en todas las partidas de los predios afectadas el inicio del procedimiento de saneamiento y expropiación. Para ello solo requiere remitir el plano del área afectada y la norma autoritativa. De manera razonable se traslada a las Oficinas Registrales el trabajo de identificar a todas las partidas involucradas para proceder a la inscripción de la anotación preventiva. En teoría con la inscripción de la anotación preventiva se debería tener identificadas a todas las partidas registrales, lamentablemente y conforme desarrollaremos luego, no necesariamente es así.

• Adicionalmente a la anotación preventiva, la norma prevé la solicitud de consultas catastrales[65] respecto de los predios afectados. Esto

---

[61] Que establece que el propietario del suelo es propietario de las construcciones existentes en el subsuelo o sobre su fundo. Aquí se desdobla dado que el propietario no del suelo se le paga el valor del suelo y al poseedor el valor de las mejoras.

[62] También se podría generar un efecto negativo al generarse un incentivo para que el poseedor espere hasta el momento de la expropiación para desocupar el predio.

[63] Antes el plazo era de 15 días.

[64] Artículo 941°.- Edificación de buena fe en terreno ajeno "Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno".

Artículo 943°.- Edificación de mala fe en terreno ajeno "Cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor".

[65] Documento administrativo que acredita si un determinado predio se encuentra inmatriculado o si forma parte de un predio ya inscrito. También acredita la existencia o superposición o no de áreas. Lamentablemente no genera la certeza

supone la presentación de un plano que identifique el predio materia de consulta y mediante el informe catastral se debería identificar todos los predios involucrados. Lamentablemente por múltiples motivos, alguno de los cuales desarrollaremos posteriormente, los informes catastrales no llegan a ser absolutamente precisos ni definitivos en la identificación de predios registrados y ello evidentemente genera graves complicaciones para la identificación del sujeto pasivo.

- Se debe efectuar un riguroso trabajo de campo que, de ser posible, permita identificar en cada predio: i) A los poseedores. Ii) A los propietarios. De no concordar con la situación registral, solicitar los documentos que acrediten la transferencia de propiedad. Iii) Solicitar información predial municipal. Consideramos que en tanto se acredite el supuesto expropiatorio, los Municipios deberian facilitar dicha información.

Todo ello para identificar al propietario que cumpla las condiciones para ser reconocido sujeto pasivo.

6. SOBRE EL SANEAMIENTO DE LA PROPIEDAD PREDIAL Y SU VINCULACIÓN CON LA EXPROPIACIÓN Y LOS RETRASOS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA.

El saneamiento de la propiedad predial es un tema complejo y que retrasa la culminación de los procesos de adquisición y exp ropiación. Al respecto, la Contraloría General de la República ha realizado un estudio denominado "Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú"[66] en el cual se establece que una de las causas recurrentes que generan retrasos y renegociación de los contratos de concesión es el referido al saneamiento y disposición de las áreas de terrenos comprendidas en la concesión. Dicho estudio indica que "el incumplimiento de plazos para el saneamiento legal de terrenos constituyó otra de las causas principales de renegociaciones contractuales, originada por el establecimiento de plazos poco prudentes por parte del concedente para la entrega de los terrenos. lo cual generó costos adicionales al Estado que inciden en la rentabilidad del proyecto, generando además descontento social por la demora en el uso de la infraestructura por parte de los usuarios" [67].

Por ello cada vez se hace más clara la necesidad de definir la situación técnico – legal de los predios involucrados en la ejecución de proyectos de infraestructura como una variable fundamental para definir todo el proceso de ejecución del proyecto. En muchos casos la ausencia de un adecuado diagnóstico técnico legal de los predios involucrados en los proyectos ha generado que el Estado negocie plazos de entrega del suelo, sin conocer las complejidades que pudieran existir para tener a disposición el suelo.

A continuación, buscaremos establecer algunos criterios que permitan definir cuando nos encontramos ante una propiedad predial saneada.

Por ello cada vez se hace más clara la necesidad de definir la situación técnico – legal de los predios involucrados en la ejecución de proyectos de infraestructura como una variable fundamental para definir todo el proceso de ejecución del proyecto. En muchos casos la ausencia de un adecuado diagnóstico técnico legal de los predios involucrados en los proyectos ha generado que el Estado negocie plazos de entrega del suelo, sin conocer las complejidades que pudieran existir para tener a disposición el suelo.

A continuación, buscaremos establecer algunos criterios que permitan definir cuando nos encontramos ante una propiedad predial saneada.

6.1. Sobre la oponibilidad de la información registral.

Conviene citar dos articulos del libro de Registros Públicos del Código Civil; el articulo 2012° que establece: "Se presume sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones". A su vez, el artículo 2013°: "El contenido del asiento

[66] CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. "Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las Asociaciones Público - Privadas en el Perú. Lima 2015. http://doc.contraloria.gob.pe/estudiosespeciales/estudio/2015/Estudio_renegociaciones_contractuales_APP_pdf

[67] Ibid. Pag. 301

registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme. El asiento registral debe ser cancelado en sede administrativa cuando se acredite la suplantación de identidad o falsedad documentaria y los supuestos así establecidos con arreglo a las disposiciones vigentes. La inscripción no convalida los actos que sean nulos o anulables con arreglo a las disposiciones vigentes".

En gran síntesis, Ambos artículos establecen: i) la oponibilidad absoluta del contenido de las inscripciones registrales. Ii) La presunción de validez del contenido de las inscripciones con lo cual, bajo ciertas condiciones (principalmente la exigencia de buena fe) se presumirán válidos los actos celebrados con el titular registral. Por lo tanto, en teoría el tener un predio inscrito en Registros Públicos debería general el máximo y absoluto nivel de oponibilidad y exclusión y con ello considerar que la sola inscripción de un predio en Registros Públicos debería considerar como condición suficiente para considerar un predio como saneado. Sin embargo, no siempre es así.

El ideal de un predio saneado es aquel en donde: i) el propietario registral concuerda con el propietario real. Ii) El área, perímetro y linderos del predio inscrito concuerda con su situación real. Iii) El predio cuenta con plano inscrito con coordenadas (para definir con exactitud su ubicación) y no tienen duplicidad registral. Conforme veremos a continuación este ideal esta lejos de lograrse en un gran número de predios inscritos.

6.2. Sobre la identificación del propietario.

En el Perú, la inscripción de la propiedad inmobiliaria es facultativa. El Registro genera un mayor nivel de oponibilidad y seguridad jurídica pero no es obligatorio. Se es propietario de un inmueble por el solo acuerdo de voluntades, por la firma de un contrato. Por ello, se dan muchos casos en donde la información del propietario predial que figura en Registros no concuerda con la realidad dado que ya se ha producido transferencia de propiedad y el nuevo titular no ha inscrito su derecho en Registros Públicos, al no ser obligatorio. Por lo tanto, la labor de identificar al propietario de un predio no siempre es labor sencilla y para ello la información registral es muy importante pero no determinante.

6.3. Algunos problemas de saneamiento predial.

Incluso en el caso de predios inscritos, muchas veces no es posible identificar con exactitud la ubicación, el área, linderos y/o perímetros del predio. Así tenemos una múltiple problemática:

- Propiedades inscritas en Registros Públicos pero que al carecer de planos o ser croquis o planos sin coordenadas no se puede determinar el área, ubicación, perímetro y/o extensión del predio. Se debe tener en cuenta que mediante Ley del 02 de enero de 1888 se crea el Registro de Propiedad Inmueble y desde esa fecha (hace casi130 años) se inscriben predios en Registros Públicos. Obviamente al inicio las inscripciones se efectuaban sin planos, con meras descripciones o croquis.

- Existen predios inscritos, incluso con coordenadas, en donde la ubicación registral no concuerda con la real ubicación física. Ello obedece a varios factores, como error en la elaboración de planos, error en la ocupación. En la práctica ello general que el propietario registral ocupe solo una parte de su propiedad registral y también ocupe área fuera de su propiedad registral.

- Existen predios inscritos, pero en los que existe duplicidad o triplicidad registral. Es decir, el mismo suelo está inscrito a nombre de dos o más personas. Ello se genera por falta de adecuada identificación de los predios inscritos, lo cual genera la inscripción de derechos contrapuestos. Esta situación es una de las anomalías más graves del sistema registral y genera mucha distorsión e inseguridad jurídica. El procedimiento de cierre de partida por duplicidad registral se encuentra regulado en el artículo 60 del Texto Único Ordenado del

Reglamento de Registros Públicos.

- Existencia de complicaciones técnicas por el uso de distintos sistemas en el manejo de coordenadas como PSAD 56 (Datum sudamericano provisorio del año 1956) y WGS 84 (Sistema geodésico mundial del año 1984). Incluso a la fecha, dependiendo de la entidad pública ante la que se efectúe el trámite se solicitará la elaboración de la documentación técnica en uno u otro sistema de coordenadas o en ambos. Adicionalmente no se aplica un sistema oficial de conversión de coordenadas entre uno u otro sistema.

Al no se obligatoria la inscripción de inmuebles para ser considerado propietario es perfectamente legal y válido (no necesariamente lo más recomendable) ser propietario privado de un predio que no goza de inscripción registral. Lograr que ese predio no inscrito tenga acceso a Registros no necesariamente es un proceso simple ni pacifico. Y ello también debido a la insuficiente e inexacta información registral que no permite determinar con exactitud las áreas que se encuentran inscritas o no[68].

> -En caso el predio no se encuentre inscrito y no exista propiedad privada ni propiedad de comunidad campesina o nativa se considera la existencia de propiedad estatal. Será el Estado el que se encargue de efectuar las gestiones pertinentes hasta la inmatriculación. Hasta la fecha y sin duda el Estado al efectuar inmatriculaciones en algunos casos genera duplicidades registrales.

Por lo antes indicado, no siempre un predio inscrito genera exclusión y oponibilidad efectiva, lo cual es un grave problema. Para los efectos del presente artículo, solo hemos efectuado una lista con los principales problemas que dificultan el saneamiento predial. Existen muchas situaciones adicionales que deben ser enfrentadas para llegar al ideal de tener una propiedad saneada.

6.4. Sobre la dispersa Normativa de saneamiento de la propiedad estatal.

Solo a manera referencial, un claro indicador respecto a la problemática de saneamiento de la propiedad es la amplia y dispersa normativa que existía respecto al saneamiento de la propiedad estatal. Así tenemos:

- Ley 26512. La cual declara de necesidad y utilidad pública el saneamiento legal de los inmuebles de propiedad de los Sectores Educación y Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.

- Ley N° 27493 –"Saneamiento Físico Legal de Bienes Inmuebles de las Entidades del Sector Público".

- Ley N° 29151 - "Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales".

- Decreto de Urgencia N° 071-2001-EF "Declaran de interés nacional el saneamiento técnico, legal y contable de los inmuebles de propiedad de las entidades públicas".

- Decreto Supremo N° 130-2001-EF "Dictan medidas reglamentarias para que las entidades públicas puedan realizar acciones de saneamiento técnico, legal y contable de inmuebles de propiedad estatal".

- Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA - Reglamento de la Ley N° 29151.

- Ley N° 30230 que entre otras materias regula pprocedimientos especiales de saneamiento físico legal para Proyectos de Inversión. Una norma fundamental y muy reveladora, aplicable solo a proyectos de inversión, es el artículo 45 de la Ley que establece que. "La información de catastro SUNARP será REFERENCIAL si se basa en planos sin coordenadas ni georreferenciación". Si bien es cierto la norma relativiza la información de los títulos archivados obrantes en Registros Públicos busca obtener información predial de mayor precisión y calidad a efectos de hacer concordar la situación registral con la realidad del predio. En esa linea, los artículos 46 y 47 estableces que

[68] Al respecto es fundamental revisar la Resolución 1100-2018-SUNARP-TR-L que lamentablemente reconoce la relatividad y falta de certeza del certificado de busqueda catastral. Por lo tanto dicho documento no otorga certeza.

la información levantada en campo prevalece sobre la registral en los siguientes casos:

- T.A. con planos sin coordenadas y/o georreferenciación.

- T.A. sin planos.

- Cuando existan superposiciones gráficas por desplazamiento de coordenadas.

- Cuando el predio tenga discrepancias de datos técnicos. Dentro de tolerancias.

- Si medida del área no está expresada en sistema métrico decimal.

Finalmente, con fecha 21 de julio de 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1358 que modifica la Ley 29151, deroga el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 071-2001, la Ley N° 26512 y la Ley N° 27493. y busca optimizar la regulación del saneamiento físico legal de los inmuebles estatales destinados a servicios públicos y otros usos del Estado y dicta medidas que faciliten el otorgamiento de derechos para la inversión pública y privada. Esperemos la pronta aprobación del Reglamento para tener mayor claridad sobre la política de saneamiento a ser implementada la cual esperamos genere la posibilidad de inscribir la propiedad estatal sin problemas de saneamiento.

7. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.

7.1. La Constitución Política de 1993 busca promover inversión y proteger la propiedad en un régimen de economía social de mercado. En ese contexto debería ser interpretado el alcance del derecho de propiedad, obviamente sin olvidar su función social y su ejercicio en armonía con el bien común.

7.2. La expropiación aparece como un mecanismo de garantía a la propiedad privada dado que establece dos únicos supuestos para su aplicación: i) Necesidad pública y ii) Seguridad nacional. Se aplica en supuestos en donde el interés público debe prevalecer sobre el privado. Asimismo, considero que hubo una clara intención del Constituyente al excluir el interés social como causal expropiatoria.

7.3. La necesidad pública no es un concepto indisolublemente unido a la ejecución de obra pública. No toda obra pública es de necesidad pública y el concepto de necesidad pública no se agota en la ejecución de una obra al ser más amplio.

7.4. Se debe analizar rigurosamente cada ley de expropiación para garantizar el cumplimiento del régimen protector a la propiedad privada establecido en la Constitución: Solo procede expropiar por necesidad pública o seguridad nacional. Obviamente, ello de la mano con la función social que debe cumplir el derecho y el interés público que prevalece sobre el privado.

7.5. Definir el área o bien materia de expropiación es un proceso que puede ir variando en el tiempo. El ejemplo más claro de ello es el diseño de una carretera que inicialmente tiende a ser recta pero que con la ejecución del proyecto puede ir variando su trazo por diversos motivos: i) Alto valor del bien a expropiar. ii) circunstancias de la naturaleza, etc. Por ello no es necesario definir con exactitud el área a ser expropiada en la Ley. Basta la indicación del proyecto.

7.6. Definir el sujeto pasivo es un tema muy complejo y que históricamente ha generado retrasos en la ejecución de los proyectos de infraestructura. Ello debido a las deficiencias en el proceso de saneamiento de la propiedad predial en el Perú, lo cual entre otras cosas se refleja en la insuficiencia de la información, inclusive de los predios inscritos en Registros Públicos.

7.7. La definición que establecen los Decretos del sujeto pasivo, afecta de alguna forma los derechos del propietario que no cumplen dichos requisitos (por ejemplo, los que sustentan su derecho en un contrato sin firmas legalizadas). Dicha situación es razonable ante la falta de certeza en la sustentación del derecho, pero se deberían promover procedimientos muy expeditivos que permita al propietario el cobro de la valorización y eventualmente otorgarle la posibilidad de que pueda acogerse al

procedimiento de adquisición y con ello acogerse al incentivo del 20% por encima del valor de tasación. (Obviamente con los mecanismos de seguridad pertinente a favor del sujeto activo).

7.8. Es necesario efectuar un exhaustivo trabajo de campo que permita identificar poseedores y propietarios de los predios. La identificación de poseedores que tienen derecho al pago de mejoras también suele ser un elemento que retrasa la ejecución del proyecto.

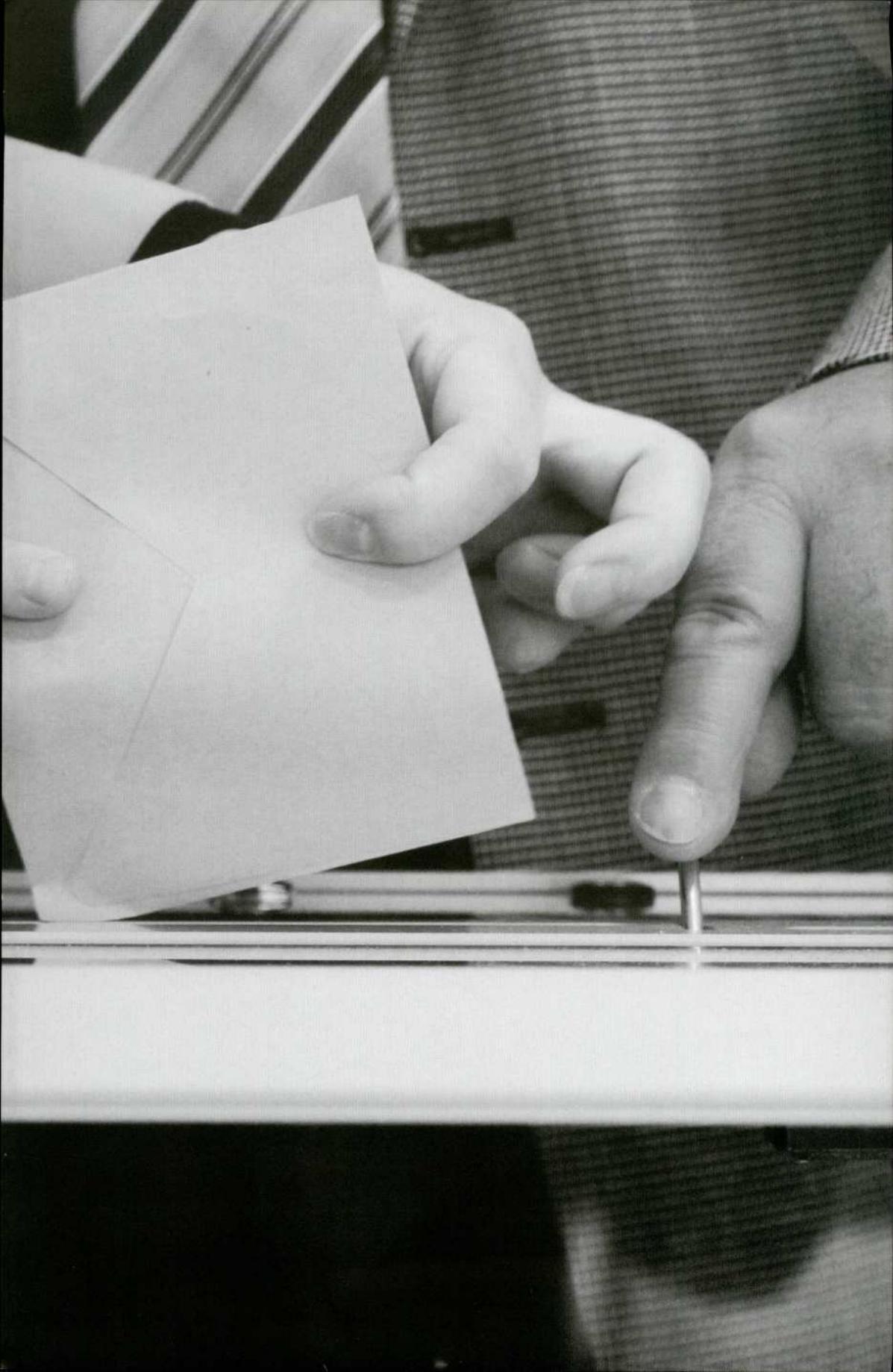
7.9. Es fundamental tener en cuenta el estado del saneamiento de la propiedad de los predios que forman parte del proyecto de infraestructura antes del otorgamiento de la concesión. Ello para establecer plazos adecuados para la entrega de los terrenos y no generar penalidades por el incumplimiento. Otra posibilidad es trasladar al concesionario todo el proceso de saneamiento de los predios.

7.10. Un elemento fundamental para mejorar la problemática del saneamiento de propiedad es establecer una labor permanente que busque identificar con exactitud la ubicación, área perímetro y lindero de todos los predios inscritos en Registros Públicos. La definición clara de los derechos de propiedad del Estado resulta imprescindible para una correcta asignacion de derechos prediales y reducir los costos de transacción para la ejecución de proyectos de infraestructura. La existencia de duplicidades registrales desvirtúa el sistema.

7.11. Es fundamental la cooperación interinstitucional en el Estado. En ese sentido. I) Registros Públicos, en la práctica, debe facilitar con rapidez toda la información registral (sobre todo las bases gráficas oficiales) de todos los predios involucrado en los proyectos de infraestructura para definir a los sujetos pasivos, de la misma forma La SBN debe facilitar toda la información de propiedades del Estado.

Reforma electoral peruana: Es necesario fortalecer a los partidos políticos

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA



Reforma electoral peruana: Es necesario fortalecer a los partidos políticos

ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Decano de la Facultad de Derecho USMP. Ex Presidente del Tribunal Constitucional Peruano. Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Político en la Universidad de Navarra.

SUMARIO

Introducción 2. ¿Por qué es constitucionalmente relevante la democracia? 3. Sobre el fortalecimiento de las agrupaciones políticas y el perfil del candidato 4. Sobre la democracia interna en los partidos políticos 5. Sobre la credibilidad en las agrupaciones políticas y las posibles reformas 6. Ideas finales respecto al debilitamiento de los partidos 7. Conclusiones

PALABRAS CLAVES

Constitución, Partidos Políticos, Experiencia, Democracia, Fortalecimiento, Jurado Nacional de Elecciones, Estado Democrático.

1. INTRODUCCIÓN

En varios aspectos el poder es antagónico a la política la cual es una actividad que intermedia intereses y tendencias para concretarlos en las esferas de decisión, vía debate, negociación y acuerdo. Lo anterior no desconoce las innumerables contradicciones entre los grupos que componen una sociedad, haciendo imposible que una persona o partido logre aspirar a representar a la totalidad de los intereses y tendencias que solo pueden lograr la convivencia pacífica por medio de la política.

De allí se desprende que la representación política supone la credibilidad de los electores de un representante, en función a que este los pueda representar en los espacios donde se decida la victoria o derrota de sus intereses y tendencias. Existirá mejor representación en las sociedades donde haya más espacios para la política.

Por ello, en el desarrollo de las siguientes líneas desarrollaremos desde el punto de vista constitucional los principales mecanismos de reforma electoral que a nuestro juicio deben de incorporarse para lograr una sociedad más democrática, haciendo incidencia en el fortalecimiento de los partidos políticos, así como la crítica a la democracia interna de los mismos.

2. ¿POR QUÉ ES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTE LA DEMOCRACIA?

La democracia es un principio jurídico fundamental que tiene muchas funciones y modos de validez simultáneos: actúa por un lado, como principio programático y por otro, como derecho positivo.

Es el fundamento de los derechos fundamentales, según refiere el artículo 3º de la Constitución, pues la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Tiene un reflejo en el plano institucional en la formación de partidos y tendencias políticas conscientes de los alcances y las limitaciones de la competencia

propiamente democrática al considerar que nadie puede colocarse por encima de la legalidad, en la que nadie puede pretender tener privilegios contra la mayoría, en la que, incluso, "las mayorías eventuales han de asumirse siempre como parte y no como todo, y en la que, por consiguiente deben respetarse plenamente los derechos de las minonas, incluido su derecho a volverse mayor"[1]

La instalación y consolidación de un sistema democrático obliga a una afirmación continua de los valores de la participación y la estabilidad, de la pluralidad y la paz del ejercicio de los derechos y la legalidad, del despliegue de los intereses propios y la autolimitación, de la contienda y la cooperación y de la tolerancia Un aprendizaje que lleva a reconocer derechos y obligaciones recíprocos, a asumir el valor de la pluralidad y la diversidad; y renunciar a dogmas.

Al respecto, el político, en el marco democrático, debe tomar decisiones complicadas en momentos de tensión, sujeto a la presión de multitud de factores

Por ello, se debe promover la incorpora ción de los jóvenes a los partidos políticos, donde se entenderán la necesidad de escalar posiciones en función a su capacidad de hacer política, sometido al escrutinio de sus adversarios, puliendo su carácter, educando sus reacciones, afinando su capacidad de hacer que las cosas sucedan, que es al final, la esencia de la actividad política: cumplir los objetivos de sus electores. Lo anterior es la forma más clara de consolidar la democracia actual.

3. SOBRE EL FORTALECIMIENTO DE LAS AGRUPACIONES POLÍTICAS Y EL PERFIL DEL CANDIDATO

En política, cuando se identifica a las agrupaciones políticas, estas pueden ser mediante un partido político o un movimiento político y se diferencian por su vocación de permanencia, una posición doctrinaria a la cual anclar los programas y la necesaria formación de dirigentes juveniles Ambas opciones presentan sus candidatos a los electores, pero mientras unos tienen la garantía de una marca reconocida en el mercado, los otros vienen con un brilloso empaque multicolor, bajo una denominación nueva y sin garantía. Los primeros han preparado a la mayoría de sus candidatos desde jóvenes, permitiendo que modelen su carácter mientras escalaban en la pirámide partidaria; los otros, invitan a cualquier persona cuya ocasional popularidad sume votos, aunque no compartan ideales ni objetivos en común.

Para lograr la democracia representativa se debe articular con el sistema electoral, siendo este un conjunto de mecanismos y procedimientos que permiten trasladar la voluntad popular a la conformación de los principales niveles de dirección del Estado. Ello requiere de transparencia absoluta en las reglas que condicionan la participación de los grupos políticos en el proceso electoral.

En la elección es necesario que consideramos que los electores no podrán pronunciarse por las personas de su predilección sino tan sólo por aquellas que sean propuestas por los grupos políticos; es decir, se otorga confianza al sistema de partidos políticos, pues la inmensa mayoría de ciudadanos no conoce de manera suficiente las virtudes y defectos de los candidatos por quiénes vota, y en principio confía en las propuestas por los partidos políticos

Sin embargo, en la política actual, seguimos prefiriendo, una y otra vez, al producto sin marca, guiados por la engañosa publicidad y la moda del momento Lo más lógico sería llevar nuestra experiencia de vida a la cámara secreta, donde decidimos no solo quién nos gobernará, sino qué visión de país preferimos, qué lista parlamentaria será coherente con sus ideas, qué oferta electoral tiene la garantía de un partido que seguirá existiendo cuando el gobierno haya concluido, o incluso cuando su líder haya fallecido.

Por eso, no nos debe llamar la atención que aquellos candidatos sin partido ni movimiento se refieran a los partidos que construyeron la democracia constitucional que hoy tenemos como viejos partidos, restando importancia a su eventual alianza en torno a un programa de gobierno.

De otro lado, nos encontramos ante el reiterado discurso de fortalecer las instituciones políticas, en específico a

[1] Woldenberg, J. (2003) Ética, Elecciones y Democracia. En Derecho y Cultura. Ética y democracia. Instituto de Investigaciones Jurídicas (pp 11-12) UNAM

los partidos políticos, pero las propuestas para lograrlo no son las adecuadas, más bien perjudican la precaria situación en la que actualmente se encuentran, tal como veremos más adelante.

Un punto que no puede perderse de vista es que los electores deben evaluar del perfil de los candidatos, aquello se expresa a través del derecho de sufragio activo, tal como se señala en el artículo 31° de la Constitución; y en el sistema electoral, serán necesarias las reformas que permitan la participación en la arena política de quiénes se encuentran debidamente preparados, aunado a fórmulas de integración que resten los márgenes de sub y sobre representación.

En tiempos electorales es natural que los actores políticos pongan en juego todas sus artes para ganar la voluntad de los ciudadanos. Sin embargo, la conducta ética reclama que el cumplimiento de la ley se vea acompañado por el principio de responsabilidad. Y eso vale para todos los actores: el candidato que promete cosas que sabe que no podrá realizar, el político que escandaliza con el único propósito de llamar la atención.

Todos ellos pervierten los fines de la lucha electoral, pues renuncian a poner en juego sus verdaderas posiciones, sus diagnósticos y propuestas, sus intereses, y, en esa medida, a recrear la pluralidad que nutre y da vida a la democracia[2].

En suma, se trata de perfilar al político con ideas que puedan generar una democracia fortalecida y con principios éticos que le prevengan del desencanto o el cinismo. En ese sentido, nos permitimos presentar algunos criterios que permitan informar los procesos de calificación de los candidatos y de dárselos consensos necesarios, las necesarias reformas constitucionales y legales. Las cuales las hemos repasado antes[3] pero que se hacen sumamente actuales para el debate que hoy presentamos.

a.Lealtad constitucional

Ninguna persona que aspire acceder al ejercicio de la función pública puede entender el Derecho como una mera suma de normas escritas capaces de dar respuesta por sí solas a las distintas controversias jurídicas. Los derechos fundamentales, los cuales se proyectan a todo el ordenamiento, son pretensiones éticas reconocidas jurídicamente. Ello lleva a que la norma constitucional sea la mejor expo nente de la fusión entre moralidad y juridicidad. Aquella moralidad puesta al servicio de la dignidad y aquella juridicidad que la hace socialmente exigible.

b. Experiencia en la política partidaria

El candidato debe tener un compromiso partidario para tener preparación adecuada, especialmente en la medida en que suministra una amplia comprensión de los temas políticos, además de dotar de un pensamiento eminentemente pragmático. Resulta altamente ponderable la elección de un representante de la clase política con sólidos anclajes en el mundo de los partidos políticos y con experiencia previa en otros cargos de representación popular.

Por consiguiente, se debe otorgar un carácter institucional de la campaña electoral. Es necesario afirmar el contraste entre las diversas opciones a través de la discusión y el debate que nos permita superar las formas de generación de confrontación, que únicamente buscan solapar la ausencia de líderes y programas. Solamente quienes se encuentren debidamente preparados en la política profesional se adecúan mucho más al esquema del debate que a la de la propaganda, que parece reposar antes en la idea del ciudadano a quien hay que informar que es al consumidor a quien se trata de manipular[4].

Con ello, es posible garantizar un estándar de calidad para el ingreso de individuos con vinculación directa con la política entendida como el espacio de

---

[2] Tajadura Tejada, J. (2003) La dimensión externa del principio de constitucionalidad de los partidos políticos en el ordenamiento jurídico español (pp. 12-13). UNED, Teoría y Realidad Constitucional.

[3] Álvarez Miranda, E. & Canales Cama, C. (2010) Representación política para el estado constitucional. Lima: Revista Peruana de Derecho Constitucional. Democracia Representativa y Derecho Electoral N° 3.

[4] Solozabal Echavarría, J. (1993) Una visión institucional del Proceso Electoral (pp. 65-66). Revista Española de Derecho Constitucional.

libertad que integra los diversos tipos de intereses y de tendencias que interactuan en la sociedad en grado de natural confrontación, pero en permanente búsqueda del entendimiento alcanzado en la negociación, no en la imposición.

c. Se debe tener experiencia en cargos políticos

Resulta impresionante constatar que, en nuestro pais, un individuo provisto de dinero, carisma y algo de fortuna puede llegar a obtener el favor popular y erigirse sin acreditar mérito previo alguno en el conductor de la sociedad y del Estado. De allí la necesidad de acreditar un perfil de desarrollo profesional y capacidad de gestión, ya sea en el ámbito público o privado. Al igual que no podría tentar la gerencia general de una empresa una persona sin formación universitaria o el liderazgo de un prestigioso estudio de abogados; con mayor razón, es necesario sincerar el sistema electoral que permite la participación de candidatos estableciendo la acreditación de haber desempeñado cargos de importancia y elevada decisión.

Podemos referir a manera de ejemplo, en el ámbito privado la conducción de una o varias empresas con una facturación anual importante; el desempeño de la dirigencia nacional de una federación sindical, la formación de organizaciones de iniciativa ciudadana a nivel nacional; el haber ocupado cargos nacionales en partidos políticos que en las dos últimas elecciones parlamentarias hayan superado el cinco (5) por ciento.

Es así que proponemos que la esencia de la reforma de fortalecer las instituciones políticas debe de generar candidatos formados en los valores de los partidos políticos que se proponen en el sistema democrático. Es mucho más valioso que supuestas medidas de mayor democracia interna, tal como veremos a continuación, vulneran la integridad de los partidos políticos.

4. SOBRE LA DEMOCRACIA INTERNA EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Como se sabe, de muy poco sirve ganar las elecciones internas si los dirigentes vencedores carecen de peso político propio, por muy elogiosa que sea su trayectoria partidaria. Ello ocurre porque una agrupación política, ante todo, es un grupo social que pretende obtener participación de calidad en los procesos de decisión política mediante la intermediación de intereses y tendencias entre sus electores y el Estado que tiene el poder de satisfacerlos. Es claro que la agrupación suele ubicarse en el espacio electoral mas coherente con su doctrina o perspectiva ideológica, adecuando su discurso político a las necesidades de su electorado potencial. No obstante en un pais donde se vota por las personas y no por sus ideas, lo fundamental es que el líder futuro candidato, imponga con su presencia notable en las encuestas y sondeos de opinión una fundada esperanza de ubicar a sus partidarios en los lugares donde se decide o se influye.

Por eso, las crisis de ambos partidos serían de liderazgo, no de programas ni de tendencias ideológicas. Por lo tanto, se resolverán tan pronto surjan sendos candidatos que ilusionen nuevamente a sus electores. En ese momento, se formarán las filas de dirigentes sonrientes y disciplinados para el saludo al gran cohesionador. Todo lo que ocurra antes, será tan solo una etapa de dolorosa transición.

La principal función que tienen las agrupaciones políticas, ya sean permanentes como los partidos políticos o temporales como los movimientos personalistas, es la de ofrecer candidatos a los electores. Pues, como ya identificamos, el ciudadano de a pie no tiene ninguna posibilidad de elegir a la persona que admira en su trabajo o espacios más cercanos, solo puede depositar su voto por uno de los candidatos propuestos por una agrupación política. Así, la democracia se sustenta en la calidad de esas propuestas. La teoría de mediados del siglo XX ha puesto excesivo énfasis en la democracia interna. Mejorarla en la legislación es un dogma, pareciera una cuestión de fe. Aparentemente, no puede existir ningún proyecto de reforma política sin que se recalque la necesidad de aumentar la democracia interna de las agrupaciones políticas. Posiblemente porque se cree que los candidatos así seleccionados tienen mayores posibilidades de ser mejores gestores de intereses públicos o quizás de tener mejores calidades personales.

Debemos recordar el proceso electoral de

1980, donde el ganador Fernando Belaúnde, era el líder indiscutido de Acción Popular, y si hubo votación en el Congreso partidario debió, haber sido simbólica. En cambio, en el rival, si hubo un durísimo proceso interno que provocó graves heridas y que, luego de la derrota, provocó una división partidaria. Lo más importante, la democracia interna no proclamó a quien hubiera sido mejor candidato, Andrés Townsend, sino al típico dirigente sacrificado, duro y mal comunicador, Armando Villanueva.

La realidad nos demuestra que en un partido político donde realmente se dispute la candidatura presidencial, no vencerá el mejor, el más preparado, el estadista, ni siquiera el más carismático o más capacitado para ganar las elecciones, sino que ganará quien tenga el control del padrón de afiliados, el dominio de la maquinaria interna, de las denominadas bases del partido que usualmente responden a valores y necesidades distintas a las del elector independiente. Cuando se tratar de un movimiento personalista temporal, las elecciones internas son un procedimiento formal cuyo resultado es absolutamente predecible, esto es así porque es un grupo social organizado entorno a un candidato natural, donde los escasos empadronados suelen ser amigos del líder.

Nuestra historia reciente nos demuestra que no existió democracia interna, la cual se reflejó en Cambio 90, cuando propuso como candidato a presidente y a senador a Alberto Fujimori, el grupo era él y un puñado de colegas. La candidatura de Toledo no fue distinta, su agrupación solo existió para llevarlo a la presidencia. García, aun cuando está referido a un partido organizado y estable, fue su líder natural en 2006, el procedimiento fue también meramente formal. No podríamos decir algo diferente en los casos de los candidatos Humala y Kuczynski, ambos líderes de pequeños movimientos temporales, donde la totalidad de empadronados son absolutamente conscientes de la finalidad del grupo.

Por tanto, la experiencia peruana nos demuestra que los procesos abiertos y competitivos de selección de candidaturas, antes que fortalecer a las organizaciones en un momento previo a la campaña presidencial, provocan un notorio debilitamiento de la unidad partidaria; al punto que podríamos afirmar que, en realidad, el tener que realizar la democracia interna constituye un síntoma de ausencia de un líder natural, una anomalía social y una notoria desventaja frente a las demás agrupaciones. Si la voluntad de la Constitución es fortalecer a los partidos políticos, deberíamos considerar la posibilidad de que la democracia interna no sea la mejor forma de seleccionar al afiliado más idóneo, capaz de ofrecer con éxito el programa político de la agrupación al electorado, sino que el método idóneo sea uno técnico y vinculado a las normas del marketing moderno, reservando la democracia interna a la elección de dirigentes.

5. SOBRE LA CREDIBILIDAD EN LAS AGRUPACIONES POLÍTICAS Y LAS POSIBLES REFORMAS

Para lograr un adecuado proceso de elaboración de proyectos para la reforma política y electoral se debe identificar las debilidades del escena no político. La posible respuesta sería la debilidad estructural del sistema de partidos, integrados esencialmente por agrupaciones electorales, desechables y temporales, que no convocan una determinada visión ideológica ni programática, no participan en la formación de líderes ni de corrientes de opinión, y solo son integradas por unos pocos amigos cercanos del líder.

Identificamos que la voluntad de la Constitución de 1993 coincide con la necesidad urgente de fortalecer a los pocos partidos existentes y promover que las actuales agrupaciones se fusionen y conviertan en partidos de verdad, para que los electores tengan una garantía en la marca partidaria, y los postulantes sean depurados por la respectiva maquinaria.

Tal como se ha venido analizando, aparece una primera pregunta: ¿es realmente importante la democracia interna para elegir candidatos tal como está la situación? En los partidos, las elecciones internas suelen ser motivo de divisiones profundas; en las agrupaciones temporales, son una broma, pues solo participan el estrecho círculo amical que goza de la condición de militante.

Podría ser acaso una buena idea para debilitar las cúpulas partidarias cuando los partidos se fortalezcan, pero no ahora. La mejor forma de elegir un candidato es apelando al focus group y encuestas. La necesidad de elecciones internas es apremiante para elegir a los dirigentes

nacionales, que son quienes deben asumir la responsabilidad de seleccionar bien o perder el cargo por ineficientes.
No debemos dejar de considerar que una campaña presidencial es sumamente costosa, por culpa del alto precio de la publicidad televisiva, entre otras. En lugar de incidir en la forma de financiamiento que no se va a poder controlar, se deben tomar medidas para limitar el gasto, aumentando la publicidad electoral en canales nacionales y limitando severamente la contratación privada.
Eso sí, no presentar el informe financiero debe ser motivo para la anulación del registro, pues la sociedad tiene el derecho de conocer al detalle la naturaleza de los aportes. Mientras que bajar la valla de las firmas o establecer más barreras para la participación electoral podría deslegitimar los futuros procesos, en los que se deberían mantener las actuales reglas de juego.
Se debe devolver la exclusividad a los partidos nacionales en los procesos regionales y locales. La experiencia ha indicado que es más fácil postular por una lista independiente sin rendir cuentas a nadie que, por un partido, se encuentre obligado a cumplir decenas de disposiciones. En parte, la corrupción de varios gobiernos regionales se debe a la ausencia de controles internos de un partido nacional. En esa línea, se debería otorgar autoridad para que el partido nacional fiscalice a sus gobernadores, alcaldes y regidores; y hasta denunciarlos ante el Ministerio Público y el Jurado Nacional de Elecciones en caso de corrupción para reemplazarlos por los accesitarios del mismo partido.
Finalmente, si se quiere devolver credibilidad y decencia a la política, se debe excluir a los candidatos con algún proceso penal abierto. Restringir el derecho a la participación es perfectamente proporcional y racional en una sociedad que necesita confiar en su clase dirigente.

6. IDEAS FINALES RESPECTO AL DEBILITAMIENTO DE LOS PARTIDOS

Es necesario recordar que en los años setentas surgió en Italia el concepto de partidocracia, porque los grandes temas no se decidían en la Cámara Parlamentaria, sino en los despachos de los líderes de partidos que conformaban una oligarquía fuera del ámbito del propio Estado. Los politólogos comenzaron a diseñar toda suerte de procedimientos para debilitar la estructura y disciplina de los partidos.

Algunas de esas recetas fueron aplicadas en el Perú, a veces con malicia, pues el voto preferencial de 1977 es adoptado por la dictadura para resquebrajar la autoridad de Haya de la Torre al interior del APRA; otras veces, con torpeza académica, al no sancionar el transfuguismo en el Congreso, no se puede fortalecer la democracia debilitando estructuras casi inexistentes y flexibilizando disciplina en organizaciones de coyuntura. Así, nuestra Ley de Partidos Políticos, impulsada por personas que jamás militaron en partido alguno, castiga la permanencia, la continuidad e incentiva el afán de aventura del movimiento utilitario y electoral.

Frente a ello es necesaria la reforma, pero no aquella que solo le interesa cumplir una agenda determinada, sino aquella que beneficie la democracia del país. Al contarse con más de 20 posibles candidatos presidenciales era imprescindible aumentar los requisitos para acceder al mercado electoral. Es racional y proporcional también, para evitar el refugio de los corruptos en la política, prohibir candidatear a los procesados y sentenciados por terrorismo, narcotráfico y lavado de activos, con la misma lógica con la que el docente procesado por pederasta es removido de las aulas y el sentenciado, aunque haya cumplido su condena, no puede regresar a ellas.

Nuestro Congreso actual podrá evaluar eliminar el voto preferencial, incentivar la participación de los partidos permanentes en las elecciones regionales y municipales, cumplir con el financiamiento público a los partidos, fiscalizar en forma efectiva el gasto durante las campañas electorales a todos por igual; partidos y movimientos, personalizando la responsabilidad. Sin embargo, parece que no es una prioridad en el debate.

Como se ha mencionado, los partidos políticos tienen el deber de proveer candidatos idóneos al electorado y contribuir a la formación de la decisión política intermediando los legítimos intereses y tendencias existentes en la sociedad. El que lo puedan hacer sin competir con aventureros y espontáneos sin reglas electorales y políticas ajenas a nuestra realidad, descansa la fórmula para

fortalecer nuestra aún débil democracia.

7. CONCLUSIONES

• El Tribunal Constitucional Peruano ha señalado que los partidos políticos tienen la función de "evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad, el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país (...) todos ellos son elementos vitales para la estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45 de la Constitución". Por tanto, cuando se analice cómo debe realizar se una adecuada reforma electoral, esta debe tener en cuenta que las medidas que se tomen deberán observar la situación actual de los partidos políticos.

• Tal como hemos señalado, nuestra democracia se caracterizó por una marcada debilidad institucional, por un Estado de Derecho de vigencia muy limitado y por una ciudadanía de baja intensidad. De ahí la importancia de avanzar, de manera apremiante y firme, en el fortalecimiento y perfeccionamiento de las instituciones representativas, legítimas y eficaces, así como también de los actores comprometidos con ella pero con medidas realmente eficientes. En otras palabras, tanto las instituciones como los liderazgos políticos importan y mucho, no sólo para la pervivencia de la democracia, sino para su calidad.

• La necesidad de partidos políticos de calidad parte de saber que en la elección los electores no podrán pronunciarse por las personas de su predilección, sino tan sólo por aquellas que sean propuestas por los grupos políticos, es decir, se otorga confianza al sistema de partidos políticos, pues la inmensa mayoría de ciudadanos no conoce de manera suficiente las virtudes y defectos de los candidatos por quiénes vota y en principio confía en las propuestas por los partidos políticos.

• Son los partidos políticos los que deben garantizar un estándar de calidad de los candidatos que proponen, por ello consideramos que deben de cumplir con un perfil que cuente con una lealtad constitucional, experiencia en la política partidaria y debe tener experiencia en cargos políticos; ya que no puede perderse de vista que los electores deben evaluar del perfil de los candidatos, aquello que se expresa a través del derecho de sufragio activo, tal como se señala en el artículo 31° de la Constitución. En el sistema electoral serán necesarias las reformas que permitan la participación en la arena política de quiénes se encuentran debidamente preparados.

• Por ello, se debe la participación de la juventud en los partidos políticos, donde aprenderán a escalar posiciones en función a su capacidad de hacer política, sometido al escrutinio de sus adversarios, puliendo su carácter, educando sus reacciones, afinando su capacidad de hacer que las cosas sucedan. Al final, la esencia de la actividad política es cumplir los objetivos de sus electores, lo anterior es la forma más clara de consolidar la democracia.

• Debemos observar que la experiencia peruana nos demuestra que los procesos abiertos y competitivos de selección de candidaturas, antes que fortalecer a las organizaciones en un momento previo a la campaña presidencial, provocan un notorio debilitamiento de la unidad partidaria, al punto que podríamos afirmar que, en realidad, el tener que realizar la democracia interna constituye un síntoma de ausencia de un líder natural: una anomalía social y una notoria desventaja frente a las demás agrupaciones.

• La mejor forma de elegir un candidato es apelando al focus group y encuestas. La necesidad de elecciones internas es apremiante, en todo caso, para elegir a los dirigentes nacionales, que son quienes deben asumir la responsabilidad, se debe seleccionar bien o perder el cargo por ineficiencia.

• Si se quiere devolver credibilidad y decencia a la política, se debe excluir a los candidatos con algún proceso penal abierto. Restringir el derecho a la participación es perfectamente proporcional y racional en una sociedad que necesita confiar en su clase dirigente.

• Finalmente, para lograr un adecuado proceso de elaboración de proyectos para la reforma política y electoral, se debe identificar las debilidades del escenario político. La posible respuesta sería la debilidadestructuraldelsistemadepartidos,

integrado esencialmente por agrupaciones electorales desechables y temporales que no convocan una determinada visión ideológica ni programática, no participan en la formación de líderes ni de corrientes de opinión, y solo son integradas por unos pocos amigos cercanos del líder lo cual no beneficia a la democracia.

Impreso en los talleres gráficos de LS Imagen & Color S.A.C.
T. 01 - 265 1101 • www.lsimagenycolor.com