







UNIVERSIDAD DE PIURA  
Facultad de Derecho

REVISTA DE DERECHO

Consejo de Redacción

Director:  
Dr. Álvaro Zegarra Mulánovich

Secretaria:  
Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

REVISTA DE DERECHO  
Vol. 21 Número especial, Año 2020

© UNIVERSIDAD DE PIURA. 2020  
Av. Ramón Mugica 131 - Urb. San Eduardo, Piura, Perú  
Apartado postal 353. Fax: 51-73-284510

Editado por:  
Universidad de Piura  
Av. Ramón Mugica 131, Urb. San Eduardo, Piura, Perú

Director de la revista:  
Álvaro Zegarra Mulánovich

Corrector de estilo:  
Luis Angel Martinez Ruíz

Artista gráfica:  
María José Salazar Silva

Revista de periodicidad anual  
Revista indizada en el sistema Latindex

ISSN: 1608-1714 (versión impresa)  
ISSN: 2664-3669 (En línea)

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2000-4208

La *Revista de Derecho* es una publicación de periodicidad anual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Tiene como objetivo incentivar la investigación jurídica y ser punto de referencia para investigadores, abogados y estudiantes de derecho tanto nacionales como internacionales en todas las ramas del derecho.

Revista arbitrada por el sistema de pares externos y miembros del Comité Editorial.

La revista no se identifica necesariamente con las opiniones emitidas por los autores de los artículos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta obra puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso expreso de los autores o de la Universidad de Piura.

Publicado en mayo de 2021

## Comité Editorial

- Dr. Antonio Abruña Puyol (Universidad de Piura)  
Dr. Jorge Basadre (Universidad de Piura) †  
Dr. Luis Fernando Castillo Córdova (Universidad de Piura)  
Dr. Krystian Complak (Universidad de Wrocław)  
Dr. Faustino Cordón Moreno (Universidad de Alcalá de Henares)  
Dr. Francisco Cuenca Boy (Universidad de Santander)  
Dra. Rosario de la Fuente Hontañón (Universidad de Piura)  
Dr. Manuel de la Puente (Universidad Católica) †  
Dr. Ramón Durán Rivacoba (Universidad de Oviedo)  
Dr. Percy García Cavero (Universidad de Piura)  
Dr. Jorge Luis García-Pita Lastres (Universidad de La Coruña)  
Dr. José Gonzáles López (Universidad de Piura)  
Dr. Carlos Hakansson Nieto (Universidad de Piura)  
Dr. José León Barandiarán Hart (Universidad de Lima) †  
Dra. Carolina Loayza Tamayo (Universidad de Lima)  
Dr. José Luís Martínez López-Muñiz (Universidad de Valladolid)  
Dr. Manuel Martínez Neira (Universidad Carlos III)  
Dr. Antonio Luis Martínez-Pujalte (Universidad Miguel Hernández de Alicante)  
Dr. Juan Monroy Gálvez (Universidad de Lima)  
Dra. Luz Pacheco Zerga (Universidad de Piura)  
Dr. Rafael Pastor (Universidad de Piura)  
Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela)  
Dr. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Universidad de Navarra)  
Dr. Antonio V. Sempere Navarro (Universidad Rey Juan Carlos)  
Dr. Pedro Serna Bermúdez (Universidad de La Coruña)  
Dr. Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra)  
Dr. Eugenio Simón Acosta (Universidad de Navarra)  
Dr. Fernando Vidal Ramírez (Universidad de Lima)  
Dr. Juan Zegarra Russo (Universidad de Piura) †



## ÍNDICE GENERAL

### HOMENAJE PÓSTUMO

JAVIER HERVADA, TEÓRICO DEL DERECHO NATURAL Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas.....	11
---	----

### DOCTRINA NACIONAL

REQUISITOS DE FORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES Por Ernesto Calderón Burneo.....	19
---	----

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL Por Carolina Castillo Pastor.....	59
---	----

OBJETIVIDAD JURÍDICA, ANTIRREALISMO E INTERPRETATIVISMO. LA VISIÓN REALISTA DE MICHAEL S. MOORE Por Paola García Rivera.....	89
---	----

DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: ¿CUÁLES SON SUS LÍMITES? UNA MIRADA A LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA Por Maricela Gonzales Pérez de Castro y Ana Sophía Delgado Martínez.....	115
---	-----

VACANCIA PRESIDENCIAL, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y OMISIONES CONSTITUCIONALES Por Carlos Hakansson Nieto.....	137
---	-----

DETERMINACIÓN Y DESIGNACIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A PROPÓSITO DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1384 Por Patricia Anahí Lescano Feria.....	155
--	-----

BIEN JURÍDICO, CORRUPCIÓN PÚBLICA, ABUSO, GESTIÓN Y OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ Por Ronald Vilchez Chinchayán.....	173
--	-----

ANÁLISIS DE LA ACUMULACIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO Por Karla Vilela Carbajal .....	191
--	-----

#### **DOCTRINA EXTRANJERA**

EFICACIA JURÍDICA DEL SIMPLE RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL Por Andrés Domínguez Luerlmo y Víctor Herrada Bazán.....	221
--	-----

DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL ESPAÑOL Por Carmen Sánchez Trigueros .....	247
---	-----

#### **RECENSIÓN**

EL EJEMPLO CONSTITUCIONAL DE INGLATERRA, DE ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT Por Guillermo Enrique Cevallos López .....	279
---	-----

LAS VINCULACIONES SINGULARES URBANÍSTICAS, DE FERNANDO LÓPEZ-RAMÓN Por Orlando Vignolo Cueva .....	283
---	-----



HOMENAJE PÓSTUMO

*JAVIER HERVADA, TEÓRICO DEL DERECHO NATURAL*

*Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*



Por:  
Renato Rabbi-Baldi  
Cabanillas\*

JAVIER HERVADA, TEÓRICO  
DEL DERECHO NATURAL

El pasado 11 de marzo del 2020 falleció en Pamplona, España, el catedrático de Derecho Natural de la Universidad de Navarra Javier Hervada Xiberta. Nacido en Barcelona en 1934, fue un notable investigador de la ciencia jurídica, dedicado docente y generoso maestro universitario que descolló en las áreas del derecho canónico, del derecho eclesiástico del Estado y, en cuanto concierne a mi experiencia personal, en la filosofía del derecho, en particular, en la teoría del derecho natural.

En este breve recordatorio de la extensa y prolífica producción académica de quien recibiera, entre otros reconocimientos, en 1999, la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo Peñafort que el Estado español discierne a las más relevantes figuras del derecho de ese país, me ceñiré a algunos de sus aportes sobre aquella teoría, a la que actualizó dotándola de una hondura reflexiva y de una consistencia y virtualidad prácticas que enlaza con los mejores aportes de esta dilatada tradición del pensamiento, desde Aristóteles y los juristas romanos, pasando por Tomás de Aquino, los clásicos españoles (especialmente, Francisco de Vitoria, Luis de Molina y Bartolomé de las Casas) y los autores racionalistas alemanes (sobretudo, Christian Wolff y Samuel Pufendorf).

Hervada, en efecto, cronológicamente, fue primero un historiador de las ideas sobre el derecho natural; forjó luego una completa sistemática de esa teoría para, finalmente, reflexionar desde esa plataforma sobre diversos supuestos prácticos, preponderantemente ligados a los complejos dilemas morales que ocupan a las sociedades contemporáneas.

En el campo de la historia, es coautor —con Miguel Sancho Izquierdo— de dos volúmenes (*Compendio de derecho natural*, 1981) que más tarde derivaron en su *Historia de la ciencia del derecho natural* (Pamplona: Eunsa, 1987, 339 pp.), en la que presenta una completa historia de la materia desde Grecia a la actualidad. Esa inicial labor historiográfica le permitió presentar, en ese mismo

---

\* Profesor titular de Teoría General y Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: rabbibaldicabanillas@gmail.com

Recibido: 29 de julio del 2020

Aceptado: 31 de julio del 2020

año de 1981, su *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona: Eunsa, 195 pp.) —sintética pero enjundiosa obra— en la que, con sucesivas ediciones, elabora sus principales tesis sobre el tema, las que giran en torno de la idea de que el derecho constituye una única realidad integrada por elementos o factores que proceden de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas, de un lado; y del convenio o acuerdo positivo, de otro, factores éstos que actúan de modo entrelazado en los ordenamientos normativos y en la jurisprudencia y que permiten considerar a lo jurídico como el “sistema racional de relaciones”.

Entre las sugerentes notas que caracterizan a esta obra verdaderamente bisagra en lo relativo a la comprensión y virtualidad práctica del “derecho natural”, menciono las siguientes:

- La clasificación de los derechos naturales (como originarios y subsiguientes), y el planteo en torno de la positivación y formalización tanto de estos como de los derechos positivos en el ordenamiento jurídico, lo que está llamado, expresa, a un constante perfeccionamiento en razón de las crecientes complejidades de la vida social.
- La distinción entre “validez” y “vigencia” de los derechos naturales que actúa como válvula de escape que permite la corrección de un sistema jurídico cuando este se muestra incompleto o arbitrario (por ejemplo, la no positivación de un derecho —su no “vigencia”— no entraña, afirma el autor, su “invalidéz”, como lo ha mostrado nuestra jurisprudencia respecto de los derechos no enumerados a que hace referencia el artículo 33 de la Constitución Nacional).
- La sofisticada distinción entre “títulos” y “medidas” naturales y “títulos” y “medidas” positivas, debiendo al respecto destacarse que dentro de las medidas mencionadas en primer término el autor distingue un conjunto de factores (“finalidad”, “relación”, “tiempo”, “cualidad” y “cantidad”) que, procedentes de la naturaleza de las cosas, contribuyen a “ajustar” de modo objetivo los acuerdos entre partes y, de paso, a delimitar las “medidas” positivas que puedan quebrar el equilibrio debido, sea por defecto legal o por imperio de las circunstancias de la vida (fenómenos inflacionarios; situaciones de emergencia, etc.).

- Precisamente esa atención a la realidad obliga a situar las exigencias básicas que proceden de la dignidad humana en el contexto del aquí y ahora, es decir, en la historia concreta de las sociedades. Pues bien, ¿qué aspectos de esa dignidad son susceptibles de ser “modulados” o “desarrollados” por tales contingencias? En este punto crucial, Hervada distingue entre el “fundamento” del derecho (que es la condición de persona propia de todo individuo), la “titularidad” de los derechos (que inhieren en la naturaleza humana de aquellos), la “modalidad” y la “eficacia”. Como tales derechos se practican o ejercen, mientras los dos primeros aspectos no pueden resultar afectados por la historia por cuanto ello traería aparejado el desconocimiento mismo de la personalidad humana, sí es posible que ello suceda con los dos restantes, los que, en razón de las contingencias de la vida, pueden quedar ya “anulados” o “suspendidos” (por ejemplo, la carencia de alimentos o de insumos para proteger la salud en determinados lugares y momentos) ya “develados” o “desarrollados” (por ejemplo, el progreso humano permite que la prueba sanguínea discierna con certidumbre científica la filiación antes admitida por indicios, o la prueba de ADN visibiliza con igual rigor científico el reconocimiento de la personalidad del embrión).

A partir de ese planteamiento de base, Hervada explora aspectos centrales de la teoría sobre los derechos humanos, tal el caso de la índole o naturaleza de esos derechos por parte de la semántica y de la sistemática que ofrecen los tratados internacionales sobre el punto, o el estudio de aspectos controversiales de la vida contemporánea (el tópico de los trasplantes de órganos, el del suministro o no de una terapia —por ejemplo, la transfusión de sangre si esta es objetada por razones religiosas o de conciencia—, el alcance y sentido del juramento hipocrático ante supuestos como la eutanasia, el aborto o la fertilidad asistida, etc.). Sobre esos —y otros temas— versa la sugerente colección de estudios reunidos en *Escritos de derecho natural* (Pamplona: Eunsa, 1986, 677 pp.).

Vinculado con lo recién expuesto, Hervada también ha destacado como compilador y comentador de las normas internacionales protectorias de los derechos humanos, como se advierte del relevante trabajo, en coautoría con José M. Zumaquero, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona: Eunsa,

1978, 1072 pp.), y más tarde —al asumir la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra—, con sus *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona: Eunsa, 655 pp).

Como se anticipó, la trayectoria hervadiana se completa con sus labores como divulgador y maestro universitario. En cuanto a lo primero —como divulgador—, tradujo y prohijó la traducción al castellano de diversos estudios que posibilitaron el conocimiento y debate en torno de ideas de relevancia para la asignatura. De entre ellos, destaco los *Précis de Philosophie du Droit* del antiguo catedrático de la Universidad de París, Michel Villey (*Compendio de filosofía del derecho*. I. Definiciones y fines del derecho y II. Los medios del derecho, Pamplona: Eunsa, 1979 y 1981). Asimismo, fue fundador en 1974 y primer director de *Persona y Derecho* (revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y de Derechos Humanos), órgano de publicación de dos volúmenes anuales y que concitó —merced a su impulso y amplitud de miras al propiciar un diálogo franco con las autoridades científicas de la época—, un amplio influjo en el ámbito de las lenguas latinas y que lleva a la fecha 81 números editados. Fue, asimismo, incansable introductor a la ciencia jurídica de jóvenes interesados, como se observa de su *¿Qué es el derecho?, La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al derecho* (Pamplona: Eunsa, 2002, 211 pp.).

En relación con lo segundo —como maestro— fue director de cerca de 70 tesis doctorales de investigadores procedentes de Europa (Italia, Francia, Alemania, desde luego España) y de América latina (Chile, Colombia, México y la Argentina), tanto sobre autores destacados de la ciencia jurídica del siglo XX (Kelsen, Villey, entre otros), como sobre temas nucleares de la materia (el concepto de persona; el positivismo conceptual y la fundamentación de los derechos humanos, el alcance y dimensión práctica de la libertad de conciencia y religiosa, etc.).

De esta amplia labor de enseñanza emerge como lógica consecuencia la influencia de su pensamiento no solo en quienes fueron dirigidos en sus respectivas tesis doctorales, sino en quienes se beneficiaron de sus trabajos y de sus diálogos, por los que, como se adelantó, siempre tuvo especial predisposición. En la Argentina, los trabajos de Carlos Massini (Mendoza); Rodolfo Vigo y Jorge Mosset Iturraspe (Santa Fe); Julio C. Castiglione (Santiago del Estero),

o Armando Andruet (Córdoba) testimonian su influencia. Personalmente, la dirección de la tesis doctoral entre 1986 y 1989 y su invitación a desempeñarme como profesor en la Universidad de Navarra entre 1991 y 1992 me legaron una enseñanza que he procurado —más allá de mis palpables imperfecciones— cultivar y, en lo posible, extender a quienes me acompañan desde hace ya años en las labores docentes y de investigación. En Alemania, se llama a los directores de tesis “Doktorvater” (padre doctor). Todo un símbolo de lo que constituye la labor de quienes guían a los doctorandos en sus primeros pasos investigativos —como es sabido, las tesis en los países europeos se realizan al inicio de la carrera universitaria—. Javier Hervada fue un padre cabal y, como tal, generoso y exigente a la vez —cierta vez me obsequió un libro de su autoría y me manifestó, infundiéndome una sana presión, “cuando concluya su tesis, se lo dedico”—. Su magisterio, perdurable en sus obras y en sus consejos —sobre los que nunca mi agradecimiento será bastante—, mitigan la ausencia que provocó su reciente partida.





REQUISITOS DE FORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTIL

*Por Ernesto Calderón Burneo*

APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL

*Por Carolina Castillo Pastor*

OBJETIVIDAD JURÍDICA, ANTIRREALISMO E INTERPRETATIVISMO. LA VISIÓN REALISTA DE MICHAEL S. MOORE

*Por Paola García Rivera*

DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS: ¿CUÁLES SON SUS LÍMITES? UNA MIRADA A LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

*Por Maricela Gonzales Pérez de Castro y Ana Sophía Delgado M.*

VACANCIA PRESIDENCIAL, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y OMISIONES CONSTITUCIONALES

*Por Carlos Hakansson Nieto*

DETERMINACIÓN Y DESIGNACIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A PROPÓSITO DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1384

*Por Patricia Anahí Lescano Feria*

BIEN JURÍDICO, CORRUPCIÓN PÚBLICA, ABUSO, GESTIÓN Y OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

*Por Ronald Vilchez Chinchayán*

ANÁLISIS DE LA ACUMULACIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

*Por Karla Vilela Carbajal*



Por:  
Ernesto Calderón  
Burneo\*

## REQUISITOS DE FORMA DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y TIPOS DE SOCIEDADES MERCANTILES

### Resumen

Este trabajo se ha ocupado del estudio de los requisitos de forma aplicables a los contratos de sociedad. Bajo este concepto se pueden identificar hasta dos grupos distintos de requisitos formales: aquellos aplicables al propio contrato y aquellos exigidos para acceder a cualquiera de los tipos societarios regulados por la LGS. A pesar de la estrecha relación que existe entre ambos grupos, su fundamento jurídico es distinto. En el primer caso son los principios de Derecho privado, entre ellos el de libertad de forma, los que regulan su régimen jurídico. En el segundo caso, en cambio, las exigencias proceden de un control público sobre las compañías, el cual se manifiesta en la necesidad de contar con una escritura pública, la cual debe inscribirse en el registro.

### Abstract

This paper has dealt with the study of the formal requirements applicable to partnership/company agreements. The concept of “formal requirements” refers to two different groups of formal requirements: those applicable to the partnership/company agreement itself and those required to access any of the corporate types regulated by the Peruvian Company Act. Despite the close relationship between the two groups, they show a different legal basis. In the first case, the principles of private law, including freedom of form, regulate its legal framework. However, in the second case, the requirements come from a public control over the companies, which is manifested in the need to have a public deed, which must be entered in the public registry.

**Palabras clave:** contrato de sociedad, requisitos de forma, sociedades mercantiles; sociedad anónima.

**Keywords:** company agreement; partnership agreement; company law; requirements of the company agreement; corporations.

---

\* Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: ernesto.calderon@udep.edu.pe.

Recibido: 12 de enero del 2021

Aceptado: 15 de enero del 2021

### Sumario

**I. Introducción. II. Autonomía privada y su relación con el negocio jurídico.** 1. *Excursus. Autonomía privada y libertad de forma.* 2. *Autonomía privada y su fundamento.* 3. *Autonomía privada, sus manifestaciones y sus límites.* 4. *Libertad de forma de los negocios jurídicos.* **III. La forma en el contrato de sociedad.** 1. *Exigencias formales aplicables al contrato de sociedad ¿forma ad solemnitatem o ad regularitatem?* **IV. Función de la forma en las sociedades mercantiles. Especial referencia a las sociedades de capital.** 1. *El sentido eminentemente configurador y constitutivo de las exigencias de escritura pública e inscripción en el Registro Público.* 2. *Del mercantilismo al capitalismo. El origen público-político de las sociedades de capital y el papel del Estado.* 3. *El movimiento pendular en la regulación estatal de las sociedades mercantiles.* **V. Conclusiones. VI. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN\*\*

En ocasiones, al abordar temas relacionados al contrato de sociedad, se han descrito los problemas (y las posibles soluciones) desde una perspectiva basada esencialmente en la regulación positiva de su régimen. En especial, cuando se explica la problemática que plantea la “forma del contrato de sociedad” se tiende a elaborar análisis que, sin dejar de ser rigurosos, enfocan el asunto desde un punto de vista hermético y meramente descriptivo como si el Derecho de sociedades estuviese formado por compartimentos estancos.

En este trabajo pretendo dar una visión un tanto amplia (asumiendo el riesgo de parecer, en algunos casos, poco exhaustivo) de un tema que *prima facie* pareciera estar suficientemente investigado, o al menos esa es la impresión que genera por la cantidad de veces en que los autores se refieren a la “forma del contrato de sociedad” o tal vez a las “sociedades irregulares”, nociones que, sin embargo, son utilizadas frecuentemente solo para estudiar aquellas situaciones

---

\*\* Debido a su uso extendido, en el presente trabajo he empleado las siguientes abreviaturas: LGS (Ley General de Sociedades peruana), RRS (Reglamento del Registro de Sociedades peruano), CC (Código Civil peruano) y CCom (Código de Comercio peruano).

anómalas producidas por el incumplimiento de las formalidades que han observarse al constituir una sociedad. Mi intención es la de recorrer el camino inverso —si cabe la expresión— valiéndome del concepto de “sociedad regular” para explicar las razones por las cuales la LGS establece determinados “requisitos de regularidad” al ocuparse de la constitución de las sociedades mercantiles.

Resulta razonable que las leyes exijan, por causas diversas, una forma determinada al contrato de sociedad. Curiosamente, el estudio de las razones por las cuales se han impuesto ciertos requisitos de forma permite resolver los eventuales problemas que presentan aquellas sociedades que nacen fuera del ámbito de estas formalidades, como es el caso de las sociedades irregulares, ampliamente estudiadas por la doctrina, y de las sociedades *per facta concludentia* que, lamentablemente, no han tenido la misma suerte. De esta manera, el estudio de aquellas sociedades que carecen de requisitos de constitución ayuda a entender mejor la razón de ser de aquellos que la ley impone con especial rigor.

Dentro del panorama de las sociedades mercantiles que ofrece el derecho peruano pueden encontrarse casos de regulación imperativa, como la S. A. o la S. R. L., caracterizadas por su sometimiento de una forma *ad solemnitatem* —en lo que a una tipología se refiere— y, también, situaciones en las que la ausencia de formalidades es notoria, como el poco estudiado condominio de buques o —también llamado— condominio naval, que representa un caso especial y típico de sociedad frecuentemente pactada a través de hechos concluyentes (artículo 602 del C. Com).

No pretendo, como adelanté, ahondar en los temas que tienen que ver con la forma del contrato de sociedad mercantil, mi propósito es dar una mirada amplia a las cuestiones que pueden surgir en relación sus exigencias formales, incidiendo por un lado en las causas que justifican su existencia y la especial intensidad e imperatividad con las que el legislador regula algunos de sus aspectos. En la primera de las dos partes que componen este trabajo, he procurado dar una visión esquemática de la relación que existe entre autonomía privada y la forma de los negocios en el ámbito del derecho privado. La segunda parte está dedicada principalmente a las sociedades de capital, en cual pongo

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

especial atención a “la forma” como elemento esencialmente configurador, basándome en la evolución que ha tenido la regulación de la S. A. y su relación de sujeción al poder estatal.

### II. AUTONOMÍA PRIVADA Y SU RELACIÓN CON EL NEGOCIO JURÍDICO

#### 1. *Excursus. Autonomía privada y libertad de forma*

Resulta un hecho innegable la vinculación que existe entre las disposiciones, de distinto rango, que reconocen, protegen y regulan el ejercicio de libertades individuales relacionadas con en el orden económico (libertad contractual, libertad de asociación, libertad de empresa, etc.) con aquellas normas que se ocupan de la forma de los negocios jurídicos (Vicent, 2004, p. 42). El ejercicio de estas libertades está reconocido y limitado, generalmente, en las constituciones de los Estados dentro de lo que ha sido catalogado como “Constitución económica”. La inclusión de estas disposiciones no son más que desmembraciones o, si se quiere, interpretaciones extensas y, en algunos casos, forzadas, del axioma de la autonomía privada, obra del liberalismo económico, que, después de años de pugna ideológica, parece haberse afianzado en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Es esta la importancia que tiene la autonomía privada para el derecho civil y, en especial, para el derecho mercantil, que es considerada, cuando menos, como “decisiva” (De Castro, 1985, p. 14). El CCom corrobora aquella apreciación al señalar en su artículo 2 que los actos de comercio “estén o no especificados por este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él”. Esta expresión esconde, como otras (artículo 1255 del CC), una interesante simbiosis entre “reconocimiento” y “limitación” y constituye el tema que desarrollaré en este breve primer apartado a modo de planteamiento inicial.

Según el esquema económico dominante en la actualidad (García-Pita y Lastres, 2003, p. 378 y ss.), son los individuos los que proveen la satisfacción de sus necesidades según su libre apreciación mediante el cambio de bienes o servicios, asociación de fuerzas, prestación de trabajo, préstamo o aportación común de capitales. Es la iniciativa privada el mecanismo motor de toda regulación recíproca de intereses privados (Betti, 2000, p. 45). La autonomía privada es, de esta manera, el principio de autoconfiguración de las relaciones

jurídicas por los particulares conforme a su voluntad (Flume, 2001, p. 23). Ahora bien, este poder de autodeterminación reconocido a los individuos requiere de un medio a través del cual pueda manifestarse y cumplir sus fines. El negocio jurídico es la típica expresión de la voluntad de los individuos dirigida a la consecución de los fines o intereses típicamente privados (Ferri, 2001, p. 30). A través de él se adquieren libremente derechos, se contraen obligaciones o se regulan<sup>1</sup> relaciones jurídicas.

El principio de autonomía privada posee (como mínimo) un doble aspecto: el de su fundamento y el de su esencia o contenido. En el primero, se contempla sobre qué basamentos se apoya este principio. En el segundo, se trata de determinar lo que este principio es y cuáles son sus manifestaciones, sus límites intrínsecos y sus eventuales restricciones externas (García-Pita y Lastres, 2003, p. 378).

## 2. Autonomía privada y su fundamento

Tal como está configurada la autonomía privada en la actualidad, se trata de un principio de orden económico que inspira el ordenamiento jurídico, cuyas consecuencias más importantes e inmediatas se relacionan con las reglas de libertad de mercado, libertad de empresa, libre concurrencia económica y libre contratación. Esto quiere decir que la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y servicios se realiza por los particulares de manera libre y espontánea (Diez-Picazo, 1996, p. 45). El reconocimiento constitucional a la “autarquía” del individuo no es más que una manifestación de los principios jurídicos sociales del “Liberalismo igualitario y democrático” que se impusieron

---

1 La autonomía privada consiste también en un poder de crear derecho, es decir, generar normas de alcance limitado teniendo en cuenta su fin último, que es el interés particular o privado. La norma general —estructurada en base al interés de la comunidad— habilita a los individuos para crear derecho objetivo. Se trata de una “autorización” —y no de una “delegación”— que permite al individuo concretar negocios particulares para la consecución de fines privados (véase Ferri, 2001, p. 23 y ss. en especial pp. 27, 28, 29 y 30). Esta no es una posición aceptada por toda la doctrina. En realidad este debate ha ocupado muchas páginas desde que Savigny denunciara que la “expresión plurívoca autonomía” ha contribuido mucho al “error” de entender que el individuo en el campo de vigencia del principio de autonomía privada crea derecho (véase Flume, 1998, p. 28).

en Europa durante el siglo XIX (García-Pita y Lastres, 2003, p. 379<sup>2</sup>). En el caso, por ejemplo, de nuestro país venía incluso reconocido por normas muy anteriores a la actual Constitución. Un rápido vistazo sobre las normas de carácter general y Constituciones anteriores a la de 1979 —que fue la primera en incluir un Título dedicado exclusivamente al régimen económico— demuestra ya algunos intentos iniciales por perfilar determinados principios relacionados con este asunto. Por ejemplo, en la Constitución de 1920 (artículo 37) se reconocía expresamente “la libertad de asociarse y la de contratar”, cuya naturaleza y condiciones —decía el texto— están regidas por la ley (García Belaúnde, 2006, p. 89). La Constitución de 1933 se expresaba en términos similares cuando en el artículo 27 mencionaba que el “Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley”.

La Constitución peruana reconoce en el artículo 59 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Esta implica libertad de creación de empresas y libertad en la dirección y gestión de las mismas. Este principio del artículo 59 se encuentra en muy estrecha relación con el reconocimiento de la iniciativa privada en la actividad económica (Diez-Picazo, 1996, p. 45 y ss; Aragón, 1996, p. 170).

### 3. Autonomía privada, sus manifestaciones y sus límites

El hecho de que la Constitución peruana haya incardinado a la libertad de empresa dentro de “el marco de economía de mercado” implica que el correcto funcionamiento del mercado exige la concurrencia de ciertos presupuestos institucionales que tradicionalmente han sido tipificados por el derecho privado, tales como la libre determinación de los factores productivos, la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, la libre competencia, la capacidad de autodeterminación y la gestión de la empresa, etc., pero, sobre todo —desde mi punto de vista— la libertad contractual, a cual hay que entender como *pars pro toto* de la autonomía privada.

---

2 Según otras interpretaciones de los hechos, el principio de autonomía privada sufrió un proceso de expansión de su ámbito gracias a que recién en los siglos XVIII y XIX se le reconoció la categoría de “valor” (véase Flume, 1998, p. 39 y ss.; De Castro, 1985, p. 14).



En ese sentido, la “libertad contractual” o “autonomía negocial mercantil” (más acorde con el tema que trato aquí) hace referencia a dos cuestiones distintas: por un lado está la cuestión relativa a su esencia como “verdadero derecho subjetivo”, lo que supone un señorío de la voluntad, al servicio de un interés legítimo que le confiere poderes de actuación personal o por representación, oponibles e imponibles a otros sujetos. Este derecho, por tanto, implica elegir entre varias alternativas, en la medida de que tales son libres y su ejercicio “no debería comportar ninguna consecuencia negativa, ni tampoco estar condicionado a carga alguna” (García-Pita y Lastres, 2003, p. 381). La segunda cuestión es la referida al contenido u objeto de esta clase de derecho. La libertad contractual se manifiesta y se reconoce respecto de todos y cada uno de los elementos y aspectos del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa; de su *iter formativo*, de su forma, etc.). Por lo tanto, existe una libertad reconocida al individuo para celebrar, o no, el contrato o negocio jurídico que se trate, la libertad de elegir a la contraparte, es decir, a la persona con quien se quiere contratar y una facultad de elegir la manera de cómo se manifestará el negocio.

Si a las ideas liberales de los siglos XVIII y XIX debemos la expansión y asentamiento en las legislaciones del principio de autonomía privada, también deberíamos imputarle al liberalismo muchas, o casi todas, las causas que han determinado que esta capacidad de autodeterminación sufra a lo largo del siglo XX una serie de embates, que, si bien no han empequeñecido su papel, lo han restringido considerablemente. Así, el modelo liberal se ha visto sujeto a hondas transformaciones, ya que se ha pasado de un esquema que contaba con un elevado número de agentes económicos de reducidas dimensiones (gobernados por la autonomía privada) a un mercado menos atomizado gracias al impulso de la gran industria y las instituciones financieras. Esto —junto a la limitación concertada de la competencia— se ha traducido en un número cada vez menor de operadores económicos, dando lugar a un correlativo aumento de su tamaño y potencial financiero. El inhibicionismo inicial del Estado liberal ha dado lugar a posiciones cada vez más beligerantes en aras de la corrección de las disfuncionalidades del sistema y de una más equitativa y justa distribución de la riqueza. Como consecuencia de ello, la intervención asistemática y ocasional del Estado ha revertido en una más continuada y reflexiva hasta configurarse

una tendencia en la cual el Estado asume la función de control y orientación de la economía (Fernández y Gallego, 1999, p. 57 y ss.; De Castro, 1982, p. 1052).

A pesar de los hechos, coincido con Flume (1998, p. 41) en que no puede hablarse de una “crisis” de autonomía privada, ya que ni siquiera en el siglo XIX pudo haberse entendido este principio como una autarquía del individuo que no claudicara ante las limitaciones derivadas del principio de justicia social. Y esto es así porque resulta más que evidente que esta autarquía no puede ejercerse sin límites, en la medida de que su uso legítimo se entiende solamente en y desde la delimitación efectuada por el ordenamiento jurídico. De hecho, según la Constitución peruana vigente (artículo 43), la república del Perú es “democrática, social, independiente y soberana”. Es así como el principio del Estado social contenido en este artículo 43 —y que se inserta dentro de todos los preceptos de la Constitución— limita, en su propia esencia, a aquellas libertades vinculadas al orden económico y que están reconocidas en los artículos 58, 59 y 62, concretamente la libertad de empresa, y como consecuencia de ella la “libertad de contratación” (García-Pita y Lastres, 2003, p. 385).

El descrito es el contexto en el cual debemos situar, explicar —y entender— a la autonomía contractual. Es por eso que la autonomía contractual de “nuestros días” está concebida, ante todo, como la libertad de elegir entre distintos tipos de contratos que, en principio, están previstos en la ley. Es también determinar, dentro de los límites puestos por la ley, el contenido del contrato, precio, condiciones, lugar, etc.; es, incluso, la libertad de pactar contratos no previstos en la ley o de usar contratos típicos para finalidades atípicas (Galgano, 1992, p. 67 y ss.), pero, en todos los casos, la licitud del acuerdo tendrá que ser contrastada según el criterio del artículo 1352 del CC: “[l]os contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deber observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad”.

#### **4. Libertad de forma de los negocios jurídicos**

Como ya había mencionado, autonomía privada, y por tanto “libertad contractual”, implican también libertad de las partes para elegir la forma de los contratos que celebren.

El derecho privado peruano no es la excepción. Tanto en el ámbito civil como (con más motivo) en el mercantil se reconoce el principio de libertad de forma (artículos 143 y 1352 del CC y artículo 51 del CCom). De esta manera, es necesario resaltar que tanto las normas civiles como las mercantiles coinciden en que solo por excepción deberán someterse los contratos a formalidades o solemnidades para su validez y eficacia (artículo 144 del CC y 52 del CCom) (Zegarra, 2012, p. 97)<sup>3</sup>.

Comúnmente se han clasificado los negocios en “formales” y “no formales”, lo cual no debe llevar a la creencia errónea que existan negocios que puedan prescindir de forma, ya que el negocio, como hecho, no puede ser socialmente reconocible para los demás sin una manifestación externa. Esta distinción parte del criterio de que el derecho puede o prescribir a la autonomía privada el modo del acto —es decir, limitarla—, considerando inoperante uno distinto, o bien dejarla en libertad de elegir los medios más adecuados, siempre que sean admisibles e idóneos para hacer el acto exteriormente reconocible (Betti, 2000, p. 110). Es aquí donde radica la conocida distinción entre la forma *ad probationem* y la forma *ab solemnitate*. En el primer caso la forma tiene un valor probatorio: se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios), mientras que en el segundo la forma tiene un valor integrativo, ya que se le considera un requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio (De Castro, 1985, p. 278). Si ella falta, el negocio sería nulo o ineficaz (*maior est enim defectus formae ac solemnitatis, quam substantiam*).

Sin embargo, y como ya se había adelantado, en materia contractual rige el principio de libertad de forma. Y esto es así porque en el derecho común peruano —y en especial en el derecho mercantil— sigue los parámetros del sistema espiritualista y consensualista en materia de conclusión de negocios jurídicos. Tanto el CC como el CCom son dos normas con clara inspiración liberal, ya

---

3 Sobre el alcance de la libertad de forma en los contratos, véase De Castro, 1985, p. 281 y ss.; Fajardo, 2003, p. 417 y Martínez de Aguirre et al., 2000, p. 336, quienes, además, añaden la regla general de la libertad de forma pertenece al ámbito de la libertad de los contratantes de emitir su consentimiento bajo el molde formal que tengan por conveniente (véase también Sánchez, 2000, p. 135; Paz-Ares, 2004, p. 220; Fernández y Sánchez, 1994, p. 270; Concepción, 2003, p. 31; Uría, 2002, p. 626).

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

que, además del artículo 143 del CC el artículo 51 del CCom, establece lo siguiente: “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera *que sean la forma el idioma en que se celebren [...] con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos*”. Es por eso que cualquier medio idóneo para transmitir válidamente la voluntad – incluso la declaración meramente verbal– es admitida por el derecho mercantil como forma de los contratos y eso en consonancia con el moderno derecho de obligaciones y con las exigencias de rapidez y flexibilidad propias del tráfico mercantil (García-Pita y Lastres, 2003, p. 487).

En el ámbito de lo mercantil, ocurre algo parecido a lo visto en algunos contratos civiles. A pesar de que el artículo 51 del CCom reconoce y sienta el principio de libertad de forma, hay casos en los cuales el propio CCom o leyes especiales, exigen a los contratantes el cumplimiento de ciertas formalidades, por lo que habrá que valorar en cada caso si la normativa en vigor considera a la forma como un elemento esencial del contrato –es el caso de los denominados “contratos solemnes o formales”– o si la exigencia tiene solo un alcance puramente probatorio (Sánchez, 2000, p. 135). Y es que –como una ineludible reiteración– pareciera ser que siempre la “norma habilitante” –en este caso el artículo 51 del CCom– reclama, por las razones ya expuestas, una regulación –limitación, para ser más preciso– que presenta una serie de excepciones que “merman su amplitud” (Uría, 2002, p. 626). Así, el artículo 52.1 del CCom declara exceptuados, por lo dispuesto en el artículo 51, los contratos que por disposición legal “deban reducirse a escritura pública o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia”.

### III. LA FORMA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD

#### 1. *Exigencias formales aplicables al contrato de sociedad: ¿forma ad solemnitatem o ad regularitatem?*

El debate académico sobre la naturaleza contractual de la sociedad ha sido uno de los temas clásicos preferidos por la doctrina y que ha ocupado a los estudiosos del tema durante buena parte del siglo XX. La abundancia de

argumentos y la complejidad del asunto ameritan un análisis detallado que aquí no abordaré.

A pesar de esto y aunque el régimen normativo de las sociedades mercantiles contenido en el CCom fue derogado hace mucho tiempo, me parece adecuado citarlo aquí como un elemento a evaluar —especialmente en análisis de la dicotomía contrato/sujeto—. El texto original de 1902 regulaba al “contrato de compañía” y sus particulares distinciones respecto a “la” compañía mercantil. El derogado artículo 125 señalaba lo siguiente: *“el contrato de compañía mercantil celebrado con los requisitos esenciales del derecho, será válido y obligatorio entre los que lo celebren, cualesquiera que sean la forma, condiciones y combinaciones lícitas y honestas con que lo constituyan, siempre que no están expresamente prohibidas en este Código”*. Este artículo no hace otra cosa que aplicar al caso específico del contrato de sociedad la norma general establecida por el ya mencionado artículo 51, que, claramente, admite como válidos los contratos mercantiles celebrados “cualquiera que sean su forma”. Como observamos, el CCom no pretendió convertir a las sociedades mercantiles en contratos formales, por lo que la forma —incluso la escrita— adquiere un matiz meramente probatorio (Sánchez, 1996, p. 106).

Sin embargo, el CCom regulaba no solo al “contrato de compañía” propiamente dicho sino también a la sociedad o compañía como sujeto. Una de las primeras menciones la podemos encontrar en el artículo 17. En dicho pasaje se establecía que “la inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los comerciantes particulares, y obligatoria para las sociedades que se constituyan con arreglo a este Código o a las leyes especiales, y para los buques”.

Algo parecido sucedió con el Texto Único Concordado de la Ley de Sociedades Mercantiles, el cual, en su versión original del año 1966, derogó las disposiciones del Libro II del CCom en la sección dedicada a las compañías mercantiles. La interpretación conjunta de los 7 primeros artículos de dicha ley deja clara la opción de legislador de mantener la distinción entre “contrato de sociedad” y “sociedad comerciante persona jurídica”. De hecho, el término “forma” fue empleado en el artículo 1 como una referencia directa a la tipología societaria, tal como explicaré posteriormente.

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

No obstante, muy peculiar es el panorama actual del Derecho peruano que evidencia la ausencia de legislación positiva sobre el llamado “contrato de sociedad”. El CC no incluye al contrato de sociedad en el listado de los contratos “típicos” y peculiar es, también, la opción legislativa de regular todas las sociedades, mercantiles y civiles, en una misma ley, dando la apariencia – solo eso– de ser un “derecho privado unificado” (García-Pita y Lastres, 2012, p. 30). Como punto de inicio, se podría mencionar que el artículo 1 de la LGS omite pronunciarse directamente sobre qué es la sociedad o, al menos, no atribuye ningún sustantivo que designe algún concepto fundamental del derecho, alejándose así de los propios antecedentes en la legislación peruana que expresamente calificaban a la sociedad como un contrato (García-Pita y Lastres, 2012, p. 48).

La interesante dicotomía entre el contrato de sociedad y “la sociedad” que parece preocupar más a la LGS no ha hecho más que esconder el verdadero sentido de la norma, ya que cuando el artículo 1 emplea fórmulas tales como “quienes constituyen la sociedad...”, o “...convienen en aportar bienes o servicios...”, está implícitamente reconociendo que el negocio fundacional es un contrato (García-Pita y Lastres, 2012, p. 48), con todas las consecuencias que de ello se derivan, incluida la aplicación de los principios relativos a la libertad de forma.

Ahora bien, el problema estriba, en el caso de las sociedades mercantiles, en determinar si es que la LGS o el RRS han previsto disposiciones contrarias para el caso de ellas o si la exigencia de escritura se establece solo como presupuesto para hacer posible el acceso al registro de sociedades<sup>4</sup>. Desde la perspectiva del negocio jurídico mercantil, no hay nada que diferencie al régimen del “contrato de sociedad mercantil” de aquel que establece el derecho común para los demás

---

4 Existen ordenamientos jurídicos, como el español, en donde la regulación diferenciada de las sociedades de capital y las sociedades de personas conduce, muchas veces, a conclusiones distintas, incluso asumiendo como válida la aplicación general de las normas sobre el contrato de sociedad que se encuentran en las normas de derecho civil. En este sentido, Girón véase Tena, 1976, p. 228 (y, del mismo autor, 1947, p. 58; 1951, p. 1330 y ss.), ideas posteriormente desarrolladas en Paz-Ares, 1992, p. 1338 y ss.; Pantaleón, 1997, p. 1380; Cabanas y Bonardell, 1997, p. 376 y ss.; García, 2000, p. 58 y ss.

contratos, es decir, el contrato será válido y producirán “obligación y acción en juicio” cualquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren.

Habría, entonces, que diferenciar los requisitos de forma del contrato de sociedad de los requisitos de regularidad de la sociedad (artículos 5 y 423 de la LGS) los cuales, como es sabido, son dos: escritura pública e inscripción en el registro. Estas exigencias están vinculadas a la “regularidad” de la sociedad descartándose, por eso, que tengan el carácter de forma “*ab solemnitate*” del contrato (Girón, 1976, p. 228) al no poderse predicar su esencialidad dado que su ausencia no implica, según la propia normativa de la LGS ni ninguna otra norma, la invalidez o la inexistencia del negocio<sup>5</sup>.

Todas estas razones son suficientes para entender que, en el caso de las sociedades reguladas en la LGS, el legislador ha querido establecer un régimen distinto tomando distancia del principio general de libertad de forma, imponiendo así la escritura pública y la inscripción como requisito *ad solemnitate* pero referido únicamente al acceso a la tipología societaria. La falta de cumplimiento de estos requisitos implica que el contrato de sociedad jamás podrá dar lugar a un ente corporativo<sup>6</sup>. Esta exigencia formal hace posible la correcta configuración del tipo en la medida de que admite como idónea y eficaz la declaración de los contratantes para poder constituir una sociedad mercantil. Así, tal imposición opera de manera efectiva en un plano distinto a la simple perfección del negocio, permitiendo en un “segundo grado” la correcta configuración del tipo elegido (sociedad anónima, colectiva o de responsabilidad limitada) sin que su incumplimiento afecte la validez del contrato.

En el derecho peruano los requisitos aplicables a todas las sociedades mercantiles implican que la escritura pública no hace más que marcar el inicio de un “proceso de fundación” (García-Cruces, 1996, p. 49)<sup>7</sup> que, de acuerdo

---

5 En ese sentido, véase Broseta, 2002, p. 276; Girón, 1976, p. 228 y ss.; y García-Pita, 2001, p. 39.

6 Para una visión general, véase Vicent, 2004, p. 280 y ss.; también Díez-Picazo y Gullón, 1992, p. 523; Santos, 1996, p. 309 y ss.; Sánchez, 1996, p. 104 y ss.

7 El autor lo llama “proceso de carácter gradual”, el cual se compone de dos grandes momentos (formalización del negocio en escritura pública e inscripción en registro). También,

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

con el mandato legal, concluye eficazmente con la inscripción de la sociedad en el registro. Esto es así debido a que la evolución de la regulación peruana en materia societaria ha mostrado una tendencia unívoca hacia el tratamiento consolidado de todos los tipos societarios, sin crear reglamentaciones paralelas entre sociedades de capital/corporaciones y sociedades de personas, tal como sucede en muchos ordenamientos jurídicos en los cuales los requisitos exigidos a esas últimas prescinden de elementos fundacionales, como escritura pública e inscripción en registro en la medida que la fundación de las sociedades de corte más personalista se caracteriza por ser instantánea o de *uno actu*.

Aquí radica la importancia de no pasar por alto que, si bien es cierto no puede hablarse de nulidad del contrato —ya sea la sociedad capitalista o personalista— la imposibilidad de acceder al registro (artículos 5 y 423 de la LGS y artículo 3 del RRS) determinaría la “irregularidad” de la sociedad<sup>8</sup>.

Al margen de la discusión relativa a las consecuencias externas e internas de las sociedades irregulares<sup>9</sup>, lo cierto es que tal vez lo más claro y evidente

---

dejan constancia de ello, en términos similares, Cabanas y Bonardell, 1997, p. 23 y ss.; Sáez, 2001, p. 23 y ss.; Farias, 2001, p. 76 y ss.

8 En ese sentido, véase Girón, 1951, p. 1327; Vicent, 1978, p. 857 y ss. El requisito de la escritura pública sería más que todo *ad irregularitatem*, es decir, un instrumento para la inscripción registral y la obtención de los beneficios de esta publicidad legal frente a terceros. Asimismo, véase Langle, 1950, p. 16 y ss.; Cabanas y Bonardell, 1997, p. 66 y ss.; Farias, 2001, p. 3.

A pesar de esto, y según Uría (2002, p. 174), el concepto de sociedad irregular fue elaborado *en consuno* por la jurisprudencia y la doctrina como un argumento para sostener que el contrato de sociedad mercantil no es un contrato solemne, posición de la cual discrepa —o al menos califica de “dudosa”— al señalar que el artículo 117 del CCom español no parece emplear el término “forma” para referirse a las formalidades externas del contrato, sino que habla de forma en el mismo sentido empleado por el artículo 122 del CCom cuando alude a los distintos tipos y formas que generalmente adoptan las compañías, en un sentido equivalente al que tenía el derogado artículo 130 del CCom peruano. Una interpretación distinta de los mismos presupuestos puede encontrarse en: Girón, 1947, p. 56 y ss.; Pino, 1999, p. 100 y ss.; Paz-Ares, 2004, p. 220.

9 Según la regulación societaria en el Perú, afirmar que una sociedad no inscrita pudiera tener personalidad jurídica plena o parcial es insostenible. En ordenamientos jurídicos como el español, la dualidad de regulaciones —con las normas civiles de por medio— han generado un intenso debate entre quienes sostienen la necesidad de inscripción para la adquisición de la personalidad jurídica y quiénes la niegan. Para una visión general, véase,



en la redacción del artículo 5 de la LGS es la intención de legislador de lograr que todas las sociedades se constituyan mediante escritura pública y obtengan la personalidad jurídica mediante la inscripción (Vicent, 2004, p. 280), ese constituye el supuesto normal y deseable, ya que la irregularidad aunque real y cotidiana (y por tanto no menos importante) no debería extralimitar su papel de supuesto excepcional, ya que es inevitable que una sociedad “no regular” sufra las limitaciones propias de esquema que se aparta de lo que pretende el ordenamiento jurídico (Sáez, 2001, p. 411), independientemente del tipo elegido por los contratantes.

Por todos estos motivos, y dado que la LGS exige inscripción en registro para todas las sociedades, es posible afirmar que el contrato de sociedad, para que sea plenamente válido, solo requiere ser concluido mediante cualquiera de las formas admitidas por el derecho de contratos. Esta contitularidad, de naturaleza obligacional, que vincula a los socios puede nacer, sin una documentación solemne, incluso verbalmente y aún por medio de “*facta concludentia*”, ya que los requisitos de forma no afectan *per se* al plano de la constitución de las sociedades, sino al plano de la regularidad/inscribibilidad, y es precisamente en estos casos en los cuales se presentan las consecuencias generadas por la falta de acceso de la sociedad al registro. Por tanto, tenemos que las exigencias de publicidad tienen una función establecida dentro de la idea que parece tener la LGS —y el CCom— de considerar a la sociedad como comerciante —es aquí donde radica la obligación de inscribirla— y por eso es posible de hablar de sociedades regularmente constituidas y sociedades irregulares —o en formación, de ser el caso—.

---

entre otros, Cabanas y Bonardell, 1997, p. 368; Pantaleón, 1997, p. 1381; De Eizaquirre, 1994, p. 451 y ss., Girón, 1951, p. 1331; Paz, 1992, p. 1358; Garrigues, 1974, p. 227 y ss.; Vicent, 1978, cit., p. 861 y ss.; Langle, 1950, p. 10; Martín, 2000, p. 104

#### IV. FUNCIÓN DE LA FORMA EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

##### 1. El sentido eminentemente configurador y constitutivo de las exigencias de escritura pública e inscripción en el Registro Público

###### A) *Premisa elemental: la necesaria distinción entre la “forma del contrato de sociedad” y la “forma de la sociedad”*

Partiendo, entonces, de todas las premisas antes señaladas, el enfoque correcto de la exigencia de escritura pública e inscripción, en el caso de las sociedades mercantiles en el derecho peruano, es que ambas no deben ser contempladas desde la perspectiva del contrato en sí, sino desde la del tipo societario en particular. La forma pública aparece vinculada a un índice tipológico (Cabanas y Bonardell, 1997, p. 22 y ss.) que sirve a la existencia de un determinado tipo societario y, con ello, a la aplicación de su específico régimen jurídico, pero no tiene mayor relación con la existencia de la sociedad como contrato.

El requisito de escritura pública y de la inscripción tiene carácter *ad solemnitatem*, en el sentido estricto del término, en la medida de que ante la ausencia de forma solemne el negocio no será nulo o ineficaz. Solo podrá afirmarse que es incapaz de fundar una S. A., una S. C. o una S. R. L., por lo que su inexistencia solo implica el truncamiento del fin perseguido. El efecto de esta exigencia se contrae, entonces, a la correcta formalización del negocio de constitución de las sociedades mercantiles como sociedades típicas incluidas en el catálogo legal y por esa razón a la plena eficacia de la declaración de las partes tiene que sumarse una correcta configuración del tipo elegido<sup>10</sup>.

---

10 Afirmar que la forma tiene valor integrativo significa que la misma se exige de manera exclusiva y con relación a la publicidad registral, para la constitución de una S. A., de tal manera que su ausencia no cabe hablar de tal sociedad, de la pretendida, pero de ello no se desprende que el acuerdo de voluntades sea nulo como negocio jurídico, esto es, que no existe ningún contrato de sociedad (Sánchez, 1996, p. 119). Por su parte Cabanas y Bonardell (1997, p. 23) concluyen que sin escritura no podrá haber S. A., pero no niegan que exista una sociedad (la habrá, otra cosa es cómo). La falta de forma pública impide que se pueda aplicar a ese contrato la normativa propia de la S. A. Las formalidades relativas a la fundación de las sociedades están vinculadas a otras situa-

Al respecto, conviene citar aquí las palabras de Girón (1976) sobre la fundación de las sociedades, respecto a lo cual afirmaba lo siguiente:

La fundación de una sociedad no siempre es la perfección del contrato: coinciden ambas nociones desde luego en la “societas” meramente obligacional, pero en los tipos legislativos en los que hay que distinguir las relaciones obligacionales y las de organización del ente, no ocurre así. El contrato es parte de la fundación, pero de esta pueden formar parte otros elementos y, por otro lado, en el mismo contrato, hay siempre una porción de su contenido que se refiere a la organización del ente que se trata de hacer nacer. Hay, pues, que escindir elementos de la fundación y elementos del negocio fundacional. (p. 180)

De este razonamiento, se pueden extraer dos conclusiones: la primera es que existe un elemento fundacional común a todos los tipos de societarios mercantiles, sin duda el más importante, que es el elemento jurídico-obligacional del contrato o negocio jurídico fundacional (Pino, 1999, p. 47 y ss.), y la segunda es que sobre el elemento fundacional se integra un exigencia aplicable a todos los tipos sociales, lo que constituye, propiamente, un elemento relacionado con “la fundación” de la sociedad que complementa la voluntad de los socios y que posibilita —en última instancia— la constitución válida un tipo específico de sociedad mercantil. Por ello, en el caso de las sociedades mercantiles reguladas en la LGS, un negocio fundacional —válido— pero que carece de las formalidades del tipo no es apto para asegurar una fijación del vínculo obligacional al régimen propio de la sociedad que se pretende fundar.

---

ciones como las sociedades irregulares, las sociedades de hecho, las sociedades en proceso de fundación, etc. Así, según Santos Morón (1996, p. 330) la omisión de la forma prescrita para tales contratos (los de sociedad) no determina su nulidad, pero, en la medida que impide la inscripción registral y el cumplimiento de los requisitos de publicidad, ocasiona, directamente, la irregularidad de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia Espina (2003, p. 523) cuando señala que la “irregularidad constitutiva no se refiere tampoco a la validez del negocio, sino a la oponibilidad de una forma social cuya concreta aplicación no hayan fijado las partes registralmente”.

Clara es también la postura de García-Pita y Lastres (2003, p. 490) cuando afirma que “en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, la ausencia de otorgamiento de escritura pública, determina la inexistencia de la Sociedad, como persona jurídica, y la inexistencia del “tipo” societario capitalista elegido”.

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

### B) Forma y publicidad en el ámbito de las sociedades mercantiles

Las exigencias formales relativas a la celebración de todo negocio jurídico tienen un sentido y alcance determinado. Respecto a la primera de las cuestiones, las exigencias formales se justifican en la medida de que la imposición de una forma obligatoria para la celebración del negocio jurídico mercantil. En este caso, el contrato de sociedad persigue esencialmente la protección del contratante contra su propia precipitación (García-Pita y Lastres, 2003, p. 489). La formalidad del contrato obliga a la parte a plantearse su consentimiento, incluso cuando aún no se encuentra vinculado por el contrato. Estas exigencias permiten a los contratantes una posibilidad de reflexionar sobre el contrato que pretenden celebrar por la grave trascendencia económica del mismo para que así puedan volverse atrás, sin por ello incurrir en el incumplimiento de una obligación.

Respecto al alcance de las exigencias formales, han sido tres los principios fundamentales que han inspirado al legislador mercantil a exigir determinados requisitos de forma a las sociedades mercantiles y cuyo incumplimiento han conllevado distintas consecuencias, según los diferentes supuestos y épocas históricas. En primer lugar, se pretende ofrecer una garantía de certeza al negocio jurídico y proporcionar seguridad tanto a los socios como a los terceros, básicamente a través de la impugnabilidad del acto escrito. En el caso de las sociedades capitalistas, se consigue por medio de tres vías: a) la elevación a escritura pública del contrato de sociedad, así como en su caso; b) su control administrativo o judicial y, finalmente, c) la publicidad registral del mismo (Pino, 1999, p. 29).

El segundo de los principios tenidos en cuenta es el de publicidad (Pino, 1999, p. 29). Esto implica que la forma escrita constituye un presupuesto para la necesaria publicidad *ad extra* o *ad tertios* del negocio. La forma representa una exigencia necesaria para proporcionar publicidad legal, que despliega su eficacia frente a terceros, ya que a pesar de la eficacia relativa *inter partes*, que es característica del contrato, negocios jurídicos como el contrato de sociedad generan intereses jurídicos dignos de protección.

Precisamente este tipo de contratos —los de sociedad—, en cuanto contratos de organización capaces de dar lugar a entes dotados de personalidad jurídica,

son acuerdos en los que se precisa facilitar su conocimiento, a cuyo efecto entra en juego el recurso técnico de la publicidad. Si fuera posible el conocimiento de terceros directamente, mediante notificación, no se precisarían otros procedimientos. Pero como aquella carga no puede generalizarse, se emplean otros instrumentos de los cuales el más perfecto es el registral: la inscripción permite un juego de imputabilidad del desconocimiento del negocio susceptible de inscribirse, de la cual arranca la “publicidad legal”.

Esa es otra razón por la cual es inadmisibles asumir que la forma del contrato social tenga que ser *ab substantiam*, porque, de ser así, su incumplimiento implicaría la inexistencia o nulidad de la sociedad, algo que está en contra de la finalidad que el legislador persigue con la imposición de los requisitos formales, que es la protección de los terceros de buena fe<sup>11</sup>. Esa es la función de la publicidad registral, en un registro de sujetos de tráfico, y no el ser condición a la que se sujete la validez o existencia del acto. En la disciplina del Registro Mercantil, la falta de inscripción tampoco lleva aparejada la sanción de multa, la no inscripción se contempla; por tanto, desde el ángulo de la publicidad, desde la perspectiva del tercero y su protección, y a esa idea van anudados sus efectos (García-Cruces, 1996, p. 30).

Precisamente, el efecto más importante del registro constituye el tercero de los principios tenidos en cuenta por el legislador al regular las exigencias formales, este principio es el de la oponibilidad. El efecto típico de todos los actos y contratos es el de su oponibilidad frente a terceros cuando son válidos y cumplen además con el requisito de su publicidad legal al posibilitar a aquellos su conocimiento (Pino, 1999, p. 31). En consecuencia, los documentos sujetos a inscripción son eficaces frente a terceras personas, aunque —de hecho— lo ignoren, y los documentos sujetos a inscripción y no inscritos no perjudican a terceros (García-Cruces, 1996, p. 31 y ss.).

---

11 La respuesta de la doctrina y, sobre todo, de la jurisprudencia a frente a esta siempre difícil situación fue la elaboración de la teoría de las sociedades de hecho (*sociétés de fait*), nacidas en el ámbito del derecho francés. La sociedad de hecho es una técnica que permite la liquidación de la sociedad de derecho cuya nulidad ha sido declarada por un tribunal. Su finalidad es evitar las consecuencias de la retroactividad de la nulidad de las sociedades. Por ejemplo, el CC francés en el artículo 1844-15 dispone que la nulidad de las sociedades no tiene efecto retroactivo (Jeantin, 1992, p. 97; Merle, 1996, p. 629).

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

Son, pues, la publicidad y la oponibilidad dos buenos pretextos que justifican este “enclave” del orden público dentro del derecho de sociedades, claramente exorbitante en el caso de las sociedades capitalistas. Es así como esta “hipertrofia” de las reglas de orden público viene motivada por dos grandes fines. Por un lado y, en primer lugar, la protección de los terceros, ya que estos cuando negocian con una sociedad deben conocer las garantías que les ofrece el tipo social y los poderes que ostentan sus órganos sociales y/o sus representantes (especialmente quienes asumen obligaciones a su nombre). Aquí la palabra “terceros” puede parecer hasta un término equívoco, es decir, hay terceros respecto de los socios y también los hay respecto de la sociedad. Frente a los primeros opera la técnica de la personalidad jurídica que produce una “partición afirmativa de bienes o activos” que hace posible la existencia de un acervo patrimonial propio del ente, estos bienes funcionan como una especie de garantía flotante a favor de sus acreedores. Respecto a los otros, la responsabilidad limitada produce una “partición defensiva” que reserva activos de los socios exclusivamente para sus acreedores personales<sup>12</sup>. Es por eso que las disposiciones relativas a la constitución de las sociedades no solo son simples “normas contractuales”, son —sobre todo— parte del “derecho de organización”, el cual, además, atribuye a la sociedad la titularidad sobre los bienes aportados (Morse, 1995, p. 14 y ss.), estableciendo así una suerte de blindaje sobre estos frente a posibles reclamaciones de los acreedores de los socios o de sus directivos, evitando incluso que los propios socios retiren bienes que forman parte del capital social.

Esto explica la fundada percepción de que algunas sociedades poseen un estatuto “flexible” (Hansmann y Kraakman, 2004, p. 8), como las Sociedad Colectiva o la Comandita Simple, ya que, como es sabido, en estas formas societarias los socios (todos o algunos según el caso) responden, personal e ilimitadamente —aunque subsidiariamente—, por el pasivo. Esta garantía es fundamental porque asegura suficientemente la protección de los acreedores.

---

12 En ese sentido, Hansmann y Kraakman (2004, p. 9), para el caso peruano, habría que considerar también a las sociedades personalistas comparten esta “partición afirmativa de activos”, producto de la clara intención de la LGS y del CCom de considerar como comerciantes a las sociedades y, por tanto, con un patrimonio separado del de los socios. Es un atributo parecido al que los autores antes citados atribuyen a la *Partnership* estadounidense (2000, p. 394); en el mismo sentido Ribstein (2004, p. 186).

Por el contrario, en el caso de la S. A. o de la S. R. L., los acreedores no pueden recurrir contra los socios por lo que el activo social es su única garantía, lo que justifica la imposición de un estatuto más apremiante caracterizado por ofrecer un espacio más reducido a la discrecionalidad de los contratantes.

La segunda de las razones que explica la intervención del orden público mediante exigencias formales es, también, una finalidad la protección, pero ya no de los terceros acreedores sino de los propios socios, no solo contra su propia precipitación como se mencionó antes, sino también contra el aislamiento y/o abuso de los fundadores o los directivos de la empresa garantizándoles una información y derechos mínimos, hecho que adquiere singular importancia sobre todo en aquellas sociedades que recurren al ahorro público. Visto de este modo, las exigencias formales forman parte de la función “reguladora” que tienen las normas que podríamos aglutinar bajo el rubro de “legislación societaria” y cuya finalidad es establecer las condiciones que han de ser cumplidas para lograr de forma correcta la constitución del ente corporativo además de todas aquellas otras que tienen que ver con la protección de los socios, acreedores y terceros de los peligros inherentes al funcionamiento de la sociedad en el mercado (Guyon, 2002, p. 23 y ss.).

En este panorama resulta lógico que las exigencias de documentación pública e inscripción registral sean establecidas con absoluta necesidad y estricto carácter constitutivo por la LGS. Solo el cumplimiento de ambos requisitos confiere a las sociedades la personalidad jurídica y, por tanto, el régimen de limitación de la responsabilidad de los socios y la autonomía del patrimonio social.

La doctrina de la personalidad jurídica es una construcción esencialmente funcional, en la medida que sirve para resolver problemas de índole práctica. Dado que la sociedad es algo más que la simple suma de los socios, la persona jurídica no es más que una forma o instrumento jurídico para lograr, de modo más adecuado, los fines sociales. Es un sistema de unificación de relaciones jurídicas, obtenida mediante la configuración de un nuevo sujeto detentador de derechos y con aptitud para contraer obligaciones, que tiene además plena capacidad jurídica, tanto en las relaciones internas como en las externas. Desde esta perspectiva, no es difícil, entonces, entender por qué la autonomía es tal vez

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

el rasgo más notorio que caracteriza a la persona jurídica, y lo es de tal manera que en el tráfico jurídico la sociedad es un tercero respecto a cada uno de sus propios socios, mantiene un patrimonio ajeno al de ellos y, en su condición de empresario, soporta todas las cargas propias de ese *status*, como llevar una contabilidad ordenada y adecuada al ejercicio de la empresa.

Es así como los requisitos legales referidos a un contenido extensivo de la documentación e inscripción primera de la sociedad atienden a la cuestión de una oportuna transparencia en la reglamentación del supuesto en cada caso aplicable, sin que pueda evitarse que sea la propia LGS la que completa la falta de previsión negocial. Tradicionalmente, las sociedades de capital han evidenciado una mayor prevención funcional, en el momento constitutivo, al estatuto del empresario y del Derecho público acaso aplicable. La regulación progresivamente intensiva e imperativa puede reducir así la posible particularidad añadida por las partes (Espina, 2003, p. 524).

### **2. Del mercantilismo al capitalismo. El origen público político de las sociedades de capital y el papel del Estado**

Parece claro, y concuerdo con esta apreciación, que la exigencia legal de la forma para el negocio fundacional de una S. A. (la sociedad capitalista por excelencia) tiene, sobre todo, un fundamento histórico-político, antes que dogmático, que hunde sus raíces en la propia historia de la figura. En todo caso, el factor común a lo largo del itinerario histórico de la S. A. ha sido que su constitución siempre se ha visto sometida a un control estatal de intensidad variable que ha ido desde el antiguo sistema de concesión, en el cual la sociedad se constituía mediante un acto discrecional y especial del poder público documentado en un octroi, hasta un sistema normativo como el actual, que determinó la aparición de un sistema registral de control (Sánchez, 1996, p. 116).

La decisiva intervención del poder público estuvo ligada a las primeras formas de sociedades por acciones, ya no solo en lo que a su constitución se refiere, sino, incluso, a su funcionamiento que, en algunos casos, estuvo expresamente regulado (Fernández, 1998, p. 37 y ss.). La naturaleza pública



subjetiva del acto constitutivo de aquellas primitivas sociedades se cimienta en el siguiente hecho: todas estas compañías compartían un origen real, una intervención del monarca en su funcionamiento y eran detentadoras de determinados privilegios concedidos por el mismo soberano. Y es que el momento constitutivo de un sujeto societario siempre ha sido considerado por los poderes públicos como un momento definitivo en la intervención pública que se articula sobre el nuevo ente, ya que supone el nacimiento de una persona jurídica que tiene la posibilidad de operar independientemente de los socios o accionistas que integren su capital (Fernández, 1998, p. 38 y ss.).

No le faltaba razón a Garrigues (1971, p. 214 y ss.) cuando afirmaba que la S. A. no ha nacido gracias al capitalismo sino gracias a la monarquía absoluta del siglo XVII. En todo caso, lo que sí ha hecho el capitalismo es convertir a la S. A. en institución privada y liberarla del Estado en su constitución y en su funcionamiento<sup>13</sup>. Obviamente esta “liberación” no ha sido absoluta ni mucho menos. Esta valiosa reflexión permite enfocar el fenómeno de la intervención reguladora del poder público en su dimensión real. Para eso hay que determinar, entonces, la dirección que ha seguido el iter evolutivo de las sociedades de capital y que ha determinado que hoy sean consideradas instituciones jurídico-privadas. Un buen punto de partida sería la respuesta que se dé a la siguiente interrogante: ¿dónde o a partir de qué se originaron las sociedades de capitales?

---

13 Quien también comentaba la actitud del legislador del siglo XIX, quien, amoldándose a las exigencias del capitalismo, utilizó una institución nacida como instrumento de la Monarquía absoluta (la S. A.) y la liberó del Estado en su constitución y funcionamiento con la intención de convertirla en una máquina de acumulación de capitales. En suma, aunque el capitalismo no ha creado las instituciones del Derecho mercantil, si las ha deformado y en casos concretos como el de la sociedad cambiando su sentido para llevarlas al límite de sus posibilidades al servicio de una nueva mística: la concepción fáustica del dinero como instrumento de señorío, de poder y de riqueza. De hecho, podría decirse que el capitalismo ha evolucionado y tenido gran desarrollo gracias a que ha existido un Derecho de sociedades, distinto según la época y el lugar, que proporcionó una “estructura legal formal” necesaria para el funcionamiento del sistema capitalista, tal como lo resume la frase de Hadden (1977, p. 3) cuando, tratando sobre el desarrollo del capitalismo, sostenía: “*Company Law is about capitalism*”.

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

En su origen, la S. A. fue un privilegio concedido por el Estado. Al parecer, la historia de la S. A. comienza en Holanda a principios del siglo XVII<sup>14</sup>. Los holandeses crearon una nueva forma jurídica en la cual se sustituyó la base personalista de las antiguas sociedades por una base capitalista. Sin embargo, lo curioso de todo esto es que inicialmente las acciones no se crearon con objetivos mercantiles, sino para empresas de descubrimientos geográficos y colonización dirigidas por el Estado. A estas primeras formas de compañías se les conoce como “compañías privilegiadas”, ya que no solo eran constituidas por mediante un “acto de privilegio” del soberano, sino que, además, detentaban una serie de especiales prerrogativas como un monopolio de naturaleza comercial, poderes en el orden militar y político en las colonias, exenciones tributarias, y otras más de diversa índole (Girón, 1976, p. 154).

Como puede apreciarse, las compañías privilegiadas tenían una total dependencia frente al Estado, ya que era el Estado el que creaba la sociedad, mediante un acto de incorporación por medio del cual la compañía adquiría también los privilegios de los que gozaba. Al frente de la compañía estaban los altos dignatarios del Estado, a través de ordenanzas reales se convocaban a juntas generales, se fijaban los dividendos y se establecían las aportaciones. Además, había otra nota característica de estas sociedades que era la desigualdad de los derechos sociales. Así, los grandes accionistas tenían derecho exclusivo a elegir a los miembros de los directorios, derecho a fijar los dividendos y, en general, derecho a decidir sobre los asuntos importantes de acuerdo con los directores de la compañía (Garrigues, 1971, p. 123).

---

14 No es mi intención detenerme y desarrollar las distintas teorías sobre el origen de la S. A. Por ello, me adhiero a la postura que goza aceptación entre la doctrina más autorizada. Puede hallar abundantes datos sobre este asunto en Garrigues (1971, p. 121 y ss.) y Girón (1976, p. 154). El lector interesado puede encontrar un documentado resumen de las posturas que sobre este tema se han elaborado en Hierro (1998, p. 31 y ss., en especial p. 46 y ss.). Sin embargo, es necesario mencionar que el “*joint stock system*” existía ya en Inglaterra en el siglo XVI, en el ámbito de las empresas dedicadas a la explotación minera, en donde por exigencias propias del negocio, era necesario una gran cantidad de capital inicial así, por ejemplo, *The Company of the Mines Royal* fundada en 1564 fue diseñada para empezar su funcionamiento con una base de “*joint stock*”, se vendieron para este propósito 24 participaciones a un precio promedio de 1 200 libras de la época (Hadden, 1977, p. 10).

La S. A. nació durante la era mercantilista como respuesta jurídica a la necesidad económica de una nueva institución que sirviera para la explotación comercial del capital procedente de los descubrimientos geográficos. El gran incremento de capitales llegados a Europa afectó a las economías de los nacientes Estados que optaron por una política económica orientada a la acumulación de metales preciosos, por eso es que los Estados procuraron incentivar las actividades productivas con la finalidad de multiplicar las reservas monetarias. Esta concepción económica a la que se conocería luego como “mercantilismo” se tradujo en una constante injerencia de los poderes públicos en el comercio, hasta entonces abandonado casi exclusivamente en manos de la iniciativa privada, para convertirlo en objeto de un inmoderado afán de protección (Hierro, 1998, p. 36 y ss.).

Este intervencionismo público estaba justificado incluso cuando, posteriormente, la dinámica de capitalismo moderno intervino decisivamente en la expansión de la S. A. hacia otros sectores de la economía, ya que, siendo la S. A. la máquina preferida del sistema capitalista, se convirtió pronto en un instrumento muy eficiente de acumulación de riqueza, cuya actuación ad extra preocupaba, y preocupa, mucho al Estado, en claro contraste con la escasa importancia que tradicionalmente se le ha dado a las sociedades personalistas como la comanditaria simple o la colectiva (Garrigues, 1971, p. 125). Es así como las sociedades por acciones lideraron el tránsito a un nuevo orden económico extendiéndose a las actividades industriales y bancarias, aunque su verdadero apogeo lo alcanzan en el siglo XIX a raíz del desarrollo generalizado del gran comercio ultramarino. A ello también contribuyó la progresiva desaparición de las excepcionalidades y monopolios propios de la naturaleza privilegiada de la compañía colonial cuya extinción se aceleró a raíz de la revolución industrial y sus nuevas exigencias de financiamiento. En todo caso, el papel de la S. A. como entidad acumuladora de capital, proveniente ahora de los particulares, y protagonista activo de la economía nacional determinó que el Estado no liberara del todo el régimen de constitución y de funcionamiento, a pesar de que las compañías comenzaron a ensanchar de manera inusitada la lista de “objetos sociales” que realizaban<sup>15</sup>.

---

15 Desaparecida la monarquía absoluta, tras la Revolución francesa, el anterior sistema de concesión real se sustituyó por el de autorización gubernativa revocable. El nuevo sistema

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

Bastante gráfico resulta el desarrollo de las primeras formas de S. A. y su particular relación con el poder público. Dos características en la evolución de estas sociedades tempranas (condiciones de entrada y responsabilidad limitada) podrían ayudar a entender mejor el planteamiento que aquí sostengo. Como se ha mencionado, la “teoría de la concesión” explica que en un primer momento el Estado detentaba un poderoso derecho de veto que le permitía decidir, casi arbitrariamente, a qué compañías otorgaba el beneficio de la incorporación y a cuáles no. En Inglaterra, por ejemplo, la Bubble Act de 1719 prolongó el poder del Parlamento para aprobar los estatutos de las sociedades hasta bien entrado el siglo XIX, aunque su giro final hacia el sistema de libertad de constitución precedió a los cambios (permanentes) en Francia y Alemania. Dicho esto, podría pensarse, con razón, que fue el naciente capitalismo quien liberó a las compañías del poder estatal (Davies, 1997, p. 24). En realidad, lo hizo en parte, ya que en la segunda mitad del siglo XIX el reconocimiento del principio de libertad de constitución vino anudado a la obligación de los socios de inscribir a la compañía, aunque es innegable que, gracias al impulso de las compañías, la nueva tendencia empezó a extenderse por Europa (Pistor et al., 2002, p. 14).

El reconocimiento de la responsabilidad limitada sería el paso siguiente. Aunque se considere que el desplazamiento del derecho de constitución del Estado a los socios, ello significó la renuncia el control posterior sobre las modificaciones de los estatutos; sería exagerado asumir que la regulación se tornó excesivamente laxa (Pistor et al. 2002, p. 15). Me explico, la evolución de la compañía en sus primeras fases determinó que siga habiendo un control *ex ante* por parte de la Administración pública. No se trata de un control referido a su ingreso al mercado desde el punto de vista económico (garantizado hoy por la libertad de concurrencia), sino que, por el contrario, se trata de un control

---

se instauró con el CCom francés de 1807 y se limitada a remover un obstáculo legal que se consideraba requisito para el libre ejercicio de un derecho preexistente, pero es recién en la segunda mitad del siglo XIX cuando las legislaciones europeas, influenciadas por la inglesa, suprimen la autorización gubernativa y decretan la libertad para constituir toda clase de compañías (véase Fernández, 1998, p. 43 y ss.). Incluso como relata Garrigues (1971, p. 125) la emisión acciones por parte de las sociedades cambió radicalmente el concepto tradicional de propiedad sobre las cosas que pasó de centrarse en bienes como las joyas o las tierras a “una propiedad que se va a referir a unos papeles”; así, la idea de propiedad se deshumaniza a través del concepto agudamente racional de título valor (véase Garrigues, 1971, p. 125).

jurídico ajustado en primer lugar a un régimen amplio y general y, de ser el caso, al mercado específico donde la empresa desarrollará su actividad (banca, seguros, mercado de valores). Así, este sistema de alguna manera ha perdurado hasta nuestros días.

Son estas las coordenadas donde habría que ubicar la exigencia de forma, en el caso específico de las sociedades de capital, en la medida de que pretende asegurar un doble control —notarial y registral— de legalidad, referido al momento fundacional de la sociedad (Sánchez, 1996, p. 116). Estos dos requisitos constituyen los medios a través de los cuales el Estado ejerce un control *ex ante* sobre las sociedades, dejando claro que solo podrán obtener la estructura propia del tipo elegido si es que ambos requisitos son cumplidos. Es allí donde reside el carácter estrictamente configurador de la inscripción, ya que la S. A. y la S. R. L. solo existen plenamente como tales, es decir dotadas de “su propia personalidad” cuando acceden al registro.

Es así como las exigencias formales penetran en el corazón mismo de la sociedad moldeando determinados aspectos que atañen directamente a la actividad y organización del ente, razón suficiente para que los rigores de la forma alcancen también a los estatutos en su calidad de parte integrante de la escritura de constitución. Es aquí donde otra vez hace su aparición el poder público limitando la autonomía contractual de las partes, ya que si bien es cierto no puede dudarse del carácter negocial, y por tanto contractual, de los estatutos sociales, su eficacia —como la de muchos otros contratos— deriva de su acomodación al ordenamiento jurídico, de tal manera que el cambio sustancial de ese orden jurídico impone el cambio de aquellas disposiciones estatutarias que se viesan afectadas bajo pena de resultar ineficaces, por lo que su contenido se encuentra sometido a un previo control y calificación por parte del registrador público.

Así, caben dos lecturas del acto de incorporación: por un lado, estamos ante un acto administrativo que incorpora al nuevo ente dentro de una relación directa y permanente con la Administración pública registral. Este acto habilita a la administración para que realice posteriores intervenciones sobre la sociedad que van desde la legalización de libros hasta la inscripción de determinados acuerdos. Se ha pasado de una tradicional, y única, función de inscripción a

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

la acumulación de potestades que permiten un mayor control del nuevo ente mercantil (Fernández, 1998, p. 135).

En segundo lugar, la inscripción de la sociedad constituye, si se permite el término, el “punto de inflexión” en aquel iter formativo o proceso complejo de constitución al que tanto se refieren algunos autores y que culmina con la inscripción de la sociedad en el registro. Es el momento que separa los conceptos de S. A., S. R. L., de los de sociedad en formación, sociedad irregular o del puro contrato de sociedad en sí.

Sin embargo, estas dos dimensiones del acto de inscripción comparten una misma razón de ser. El control que el Estado ejerce sobre las sociedades, en cuanto agrupaciones económicamente significativas, busca de alguna manera equilibrar los privilegios sociales o corporativos que a través del sistema normativo les otorga: estructura corporativa, libre transmisibilidad de las acciones o participaciones, limitación de la responsabilidad, se separa, en definitiva, la gestión de la empresa de la propiedad de la misma. De alguna manera, se entiende que la participación de estas sociedades en el tráfico económico implica un riesgo para los terceros y la Administración pública (Capilla, 1984, p. 121). Esta compensación se lleva a cabo mediante un régimen imperativo mínimo, más o menos intenso dependiendo del “tipo social” elegido por las partes y que van a condicionar toda la vida social. Y en caso del acto fundacional de las sociedades capitalistas, el grado de imperatividad se considera tan alto que prácticamente no hay sitio para la autonomía privada<sup>16</sup>.

Finalmente, el análisis de la intervención estatal sobre el control de las compañías estaría incompleto si se considera que este solo se limita a un control previo tal como lo he comentado. Hoy en día se evidencia una tendencia bastante extendida, y además sobradamente justificada, que las normas de orden

---

16 Sobre este tema pueden encontrarse interesantes referencias en Sáez (2001, p 456 y ss.). Aunque es preciso señalar, sin ánimo de dilatar más este asunto, que la rigidez de las sociedades de capital (sobre todo las cotizadas) es una característica bastante extendida. En el ámbito anglosajón (específicamente el norteamericano) no son pocas las críticas que se han hecho a la poca flexibilidad que tiene el estatuto de las *public companies*, producidas evidentemente por la “carga” que tradicionalmente les ha impuesto la “teoría de la concesión” (Ribstein, 2004, pp. 186 y 201).

público no solo prevén un control sobre el momento fundacional, sino que en determinados casos este control es anterior y puede incluso revestir la forma de una autorización o una habilitación previa para constituir la sociedad como lo es en el caso de aquellas compañías que recurren al ahorro público, aunque este control se articula a través de normas que escapan del ámbito estrictamente societario y que son más propias del derecho administrativo. Visto de este modo, me parece, por lo menos, discutible entender que el régimen imperativo relativo a la constitución de las sociedades implique un orden público societario que vaya más allá de una finalidad de protección (entendida en un sentido lato, como el que aquí se ha manejado, es decir, referida a los socios, a los terceros, a los inversionistas y hasta incluso al Estado).

### **3. El movimiento pendular en la regulación estatal de las sociedades mercantiles**

La intención de este breve repaso por la historia de la S. A. es demostrar que no es del todo cierto que el llamado “sistema normativo” haya sustituido enteramente al sistema de concesión propio de la monarquía absoluta, tanto así que aún hoy nos movemos dentro de lo que se ha llamado el “paradigma de la inscripción constitutiva” o “paradigma institucional” (Paz-Ares 1997, p. 168 y ss.), a pesar de que entre la S. A. y la compañía colonial es evidente que se han producido numerosos cambios. Lo que persigue este paradigma, y es lo que he tratado de explicar a lo largo de buena parte de este trabajo, es definir con precisión cuales son los “elementos configuradores del tipo” aplicables a cada sociedad (que abarcan desde la fundación hasta su liquidación), partiendo de un sustrato amplio y permisivo de libertad de forma hasta una arquitectura reglamentada minuciosamente y que, por decir lo menos, encorseta a la autonomía de las partes. Lo que ocurre es que estamos ante un movimiento pendular de la política de control de las corporaciones, que ha pasado de un momento inicial caracterizado por la intervención ilimitada del poder público en la fase de constitución, una etapa intermedia de libertad (Garrigues, 1971, p. 123) reconocida al ciudadano, y finalmente un retorno hacia papel protagónico del Estado en la labor de control. La intervención del Estado se articula ahora a través de estructuras normativas que están evolucionando constantemente hacia formas más complejas de regulación (Paz-Ares, 1997, p. 173 y ss.) y que dan la

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

impresión de que viniesen acompañadas de una presunción de “inderogabilidad” que parecen constreñir más a la autonomía privada, sobre todo en ámbitos particularmente sensibles de la economía (García-Pita, 2003, p. 393), como las empresas involucradas en el mercado financiero o que captan fondos de terceros (Fernández y Gallego, 1999, p. 135 y ss.).

Naturalmente no entraré en la discusión sobre si es el sistema normativo el que ofrece más ventajas que problemas o si ocurre lo contrario. Independiente del nombre que se le asigne al sistema que actualmente está en vigor (normativo, de inscripción constitutiva, o institucional), lo importante es saber el por qué de las previsiones que toma respecto a las sociedades mercantiles y en qué se basa para aplicar un régimen distinto según se trate de una sociedad capitalista o personalista. He usado como referencia la S. A., y en menor medida la S. R. L., porque, gracias a su éxito y a la gran expansión que ha tenido a lo largo del posmodernismo, la distinción entre los regímenes jurídicos de las sociedades personalistas y capitalistas se ha acentuado. Es un hecho innegable que los sistemas legales tratan con excesiva cautela ya no solo la constitución de la S. A. o de la S. R. L. sino su vida misma, ajustando con estrictez los mecanismos jurídicos que determinan su nacimiento, su funcionamiento y los que acompañan a su extinción.

Es por eso que creo que el planteamiento respecto a las formas imperativas tiene que enfocarse como una “intromisión” de la autonomía privada, luego reconocida en las constituciones, que ha ido robando espacio al poder público (y no al revés), pero que, a pesar de eso, no ha podido liberar de todo el régimen formal de las sociedades mercantiles. En el caso de las sociedades personalistas, la aplicación de un régimen menos apremiante se fundamenta en la medida de que estas, por su propia estructura, gozan de menos “privilegios” o los —pocos— que tienen no representan “amenazas” mayores para terceros contratantes en el mercado, si además de eso consideramos la menor relevancia que tiene en su ámbito el concepto y la función de personalidad jurídica (solo basta analizar el caso de la *Partnership* inglesa o la *Offene Handelsgesellschaft* alemana), la responsabilidad “solidaria” e ilimitada de los socios, la unanimidad de las decisiones, los graves impedimentos para transmitir las participaciones, etc., pero, sobre todo, la poca importancia en términos económicos (Añoveros, 1998, p. 150 y ss.) que tienen hoy en día, pienso que este esquema de las normas,



aunque formal (respecto a su “tipología” y no a la validez del contrato) pero a la vez evidentemente menos engorroso, está plenamente justificado (Morse, 1995, p. 5; Maitland-Walker, 1993, pp. 154, 155, 444 y 445).

Y digo “formal” porque es importante no perder de vista que si bien tanto el CCom como el CC se adscriben a lo que podría llamarse un “sistema espiritualista” o “consensualista” en lo que a contratos se refiere, eso no significa, en ningún caso, que los contratantes estén exentos de cualquier obligación relativa a la inscripción de la sociedad en el registro, ya que estando inmersos en un sistema de inscripción constitutiva, la correcta configuración del tipo solo puede adquirirse a través de publicidad legal, esto sin olvidar la relación fundamental que parece establecer la norma peruana entre publicidad jurídica y los privilegios superlativos como la responsabilidad limitada y la estructura corporativa. La inscripción determina, entonces, del momento en el cual la sociedad irregular (entiéndase válidamente constituida pero carente del requisito *ad regularitatem*) o en formación, adquiere con plenitud el *status* que las normas establecen para cada tipo de sociedad, es decir cuando se produce la adquisición de “su” personalidad jurídica.

De esta manera, es bastante significativo el hecho de que entre una sociedad mercantil irregular (personalista o capitalista) y una sociedad colectiva exista apenas diferencia en el régimen aplicable, fundiéndose todas aquellas situaciones anómalas en un régimen de responsabilidad ilimitada, gestión conjunta y demás características propias del régimen de la colectiva, todo esto sin negar que —con absoluta certeza— en el derecho peruano una sociedad irregular no se “transforma” en colectiva por mandato legal. La poca trascendencia (en términos prácticos) que implica la inscripción de la sociedad colectiva se traduce principalmente en la escasa importancia que tiene para el régimen de responsabilidad por las deudas sociales y, en consecuencia, los casi nulos “riesgos adicionales” que tienen para los terceros que contraten con la sociedad (Gardeazábal del Río, 2004, p. 22 y ss.).

En el caso de las sociedades de capital, lo que persiguen los requisitos formales exigidos es una mayor prevención funcional en donde transparencia y la reglamentación son los elementos claves. Dado que en las sociedades la disposición al fin común tiene un sustrato contractual (en el caso de la

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

comunidad hablamos de una gestión del interés compartido que no crea una unidad a partir de la titularidad plural), y que por su condición de comerciantes tienen una especial vocación a actuar y contratar en el mercado, siempre en el sustrato de la discusión sobre las exigencias formales estará presente la difícil convivencia entre el principio de seguridad jurídica y la agilidad del tráfico jurídico-mercantil (Espina, 2003, p. 524).

De la misma manera que existe una imposición para constituir determinados derechos reales mediante la inscripción registral, porque el legislador entiende que por su importancia económica es preferible que su constitución goce de una adecuada publicidad y que sus efectos sean oponibles *erga omnes*, de esa misma forma es que busca que las sociedades adquieran “su personalidad jurídica” entendiéndose (desde una perspectiva tipológica) como S. A. o como S. R. L. a través de la forma pública y la inscripción en registro, lo que implica el paso por el “doble filtro” (notarial y registral) antes comentado. Por este mecanismo se vigila la legalidad del acuerdo de las partes y se pone a disposición del mercado, en sentido general, la información más relevante relacionada con el nuevo ente: los nombres de los fundadores, cantidad de los aportes a los que se obligan los socios, los nombres de los primeros administradores, domicilio social, capital social, la forma como se pagarán los dividendos pasivos si es que los hay, número de acciones (o de participaciones), restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones, etc.

Parece ser, entonces, que la historia de la S. A. vuelve a cerrarse sobre sí misma y vuelve al punto de partida: de la entera dependencia del poder público se pasó a la independencia para volver nuevamente a una intromisión creciente del Estado, quien parece no querer abdicar de la función tutelar bajo la cual nació la S. A. (Garrigues, 1971, p. 121). El Estado se preocupa por defender los intereses de los inversionistas, de los terceros que contratan con la sociedad, de los socios y tal vez se defiende a sí mismo del poder de las grandes sociedades. Esta intervención de la administración en lo que en principio es una relación jurídico-privada (Fernández, 1998, p. 90) tal vez sea el precio del éxito<sup>17</sup> y la

---

17 El éxito de las instituciones jurídicas no siempre resulta tan beneficioso como se piensa, algo de esto relata Teubner (1993, p. 130) respecto al “éxito” de la persona jurídica durante el siglo XIX. Hoy en día, dice Teubner, la persona jurídica tiene que pagar el precio de su éxito: nadie está interesado en su esencia y, a pesar de las advertencias, por el contrario, ya no se le toma en serio, incluso cuando el tema está relacionado con el famoso “levanta-

importancia que la S. A., y las demás sociedades mercantiles en distintos grados, tienen dentro de la economía moderna.

## V. CONCLUSIONES

1. En el Perú la discusión sobre el alcance de los requisitos formales exigidos al contrato de sociedad ha ido perdiendo, casi de forma inexplicable, su sustento normativo en la legislación societaria. El contrato de sociedad no está regulado en el CC y la reforma legislativa que culminó con la aprobación de la LGS ha dejado, casi a la imaginación, la justificación jurídica de que las sociedades tienen su origen en un contrato.
2. Esta situación justifica en buena medida este trabajo. La LGS no es una norma de sociedades mercantiles, es una “ley general” que regula también a las sociedades civiles e, incluso, algunos contratos que, aunque de naturaleza mercantil, no son sociedades. La opción del legislador peruano por reunir en una sola norma, con un listado amplio de reglas genéricas, a tipos societarios tan disímiles, podría generar la impresión que los mismos evolucionaron en momentos más o menos coincidentes o a partir de situaciones similares o que, en todo caso, buscaban facilitar actividades económicas equivalentes. Eso no es así. La sociedad anónima y la sociedad colectiva tienen más diferencias que similitudes y esa es la razón por la cual en muchos países se regulan mediante técnicas distintas, que separan aquellas sociedades por acciones o de estructura corporativa compleja de los fenómenos asociativos de corte más personalista en donde la creación de un ente jurídico con personalidad propia, distinta a la de los socios y con patrimonio separado, no constituye la principal preocupación.
3. En ese contexto está claro que la “sociedad contrato” no queda al margen de la aplicación de los principios de corte dispositivo que se aplican a la contratación entre privados. Específicamente relevante es el principio de libertad de forma reconocido tanto en el CC como en el CCom y que resulta ser suficiente para afirmar que para pactar un contrato de sociedad

---

miento del velo corporativo” que inflama tanto la imaginación legal.

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

no es necesaria forma solemne. La manifestación de voluntad puede ser expresa, oral o escrita, o tácita.

4. Por el contrario, no puede decirse lo mismo de las exigencias formales que el ordenamiento prevé para lograr que un contrato de sociedad pueda adscribirse a una “forma”, entendida esta como “tipo” de sociedad, lo que configuraría una exigencia de segundo nivel. De este modo, para que el pacto pueda generar los efectos internos y externos de un tipo de sociedad específico será necesario que el mismo conste en escritura pública y esté inscrito en los Registros Públicos. La LGS se ocupa únicamente de este aspecto, lo que explica su desentendimiento del contrato de sociedad, reservándole una atención casi testimonial únicamente cuando regula los supuestos de “irregularidad societaria”.
5. La explicación de la importancia de una forma pública no puede encontrarse fuera de la evolución histórica de la propia sociedad anónima, paradigma actual de las sociedades de capitales y que, por su versatilidad, supo adaptarse bien al entorno cambiante que supuso el tránsito del mercantilismo al capitalismo. La intervención estatal en la fundación de una sociedad anónima no es otra cosa que un rasgo de su pasado como entidad de derecho público, del cual solo en apariencia parece haberse liberado del todo, en la medida de que factores de distinta índole han determinado un intervencionismo del poder público cada vez más intenso, no solo en su nacimiento, si no también en su gestión e, incluso, extinción.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Añoveros, X. (1998). Razón de ser de las sociedades personalistas. En AA. VV., *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino Duque Domínguez* (vol. I). Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico.
- Aragón, M. (1996). Constitución económica y libertad de empresa. En AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (t. I). Civitas.

- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico* (trad. al español a cargo de A. Martín). Comares.
- Broseta, M. (2002). *Manual de derecho mercantil* (11.<sup>a</sup> ed), a cargo de F. Martínez. Tecnos.
- Cabanas, R. y Bonardell, R. (1997). *Sociedad irregular y sociedad en formación. Una aproximación a su régimen jurídico*. Praxis.
- Cabanas, R. y Bonardell, R. (1997). Reflexiones en torno a la personalidad jurídica de las sociedades civiles (comentario crítico a la RDGRN de 31 de marzo de 1997). *Revista de Derecho de Sociedades*, (9).
- Capilla, F. (1984). *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Tecnos.
- Concepción, J. (2003). *Derecho de contratos*. Bosch, 2003.
- Davies, P. (1997). *Gower´s principles of modern company law* (6<sup>th</sup> ed). Sweet & Maxwell.
- De Castro y Bravo, F. (1982). Limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. *Anuarios de Derecho Civil*, XXXV.
- De Castro y Bravo, F. (1991). *El negocio jurídico*. Civitas.
- De Eizaquirre, J. (1994). Diez postulados para otra reforma del derecho de sociedades. *Revista de Derecho Mercantil*, (252).
- Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1992). *Sistema de derecho civil* (8.<sup>a</sup> ed., vol. II). Tecnos.
- Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (5.<sup>a</sup> ed., t. I). Tecnos.
- Espina, D. (2003). *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*. Marcial Pons.
- Fajardo, F. (2003). Forma, objeto y causa/consideration. En y S. Cámara (coord.), *Derecho privado europeo*. Colex.
- Farias, M. (2001). *La irregularidad de la sociedad de capital. Aspectos societarios y registrales*. Comares.

## Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

- Fernández, L. (1991). La sociedad anónima irregular. En AA. VV., *Derecho de sociedades anónimas I*, La Fundación. Civitas.
- Fernández, L. y Gallego, E. (1999). *Fundamentos de derecho mercantil*. Tirant lo Blanch.
- Fernández, L. y Sánchez, M. (1994). Requisitos de forma y publicidad: las sociedades irregulares en derecho español (STS 8 de julio de 1993; RJ 1993, 6326). *Revista de Derecho de Sociedades*, (3).
- Fernández, C. (1998). *El registro mercantil: un estudio de derecho administrativo*. Marcial Pons.
- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada* (trad. al español a cargo de L. Sancho). Comares.
- Flume, W. (1998). *El negocio jurídico* (trad. al español a cargo de J. Miquel y E. Gómez). Fundación Cultural del Notariado.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico* (trad. al español a cargo de F. Blasco y L. Prats). Tirant lo Blanch.
- García, D. (2006). *Las Constituciones del Perú* (t. II). Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porras.
- García, R. (2000-1). La inscripción de las sociedades civiles en el Registro Mercantil español. *Revista de Derecho de Sociedades*, (14).
- García-Cruces, J. (1996). *La sociedad de capital en formación*. Aranzadi, 1996.
- García-Cruces (setiembre de 1996), Irregularidad societaria y derecho de las sociedades de capital”. *Revista de Derecho Patrimonial*.
- García-Pita y Lastres, J. (noviembre del 2012). El derecho de sociedades en el Perú: un análisis comparativo. *Ita Ius Esto*. <http://www.itauiusesto.com/el-derecho-de-sociedades-en-el-peru-un-analisis-comparativo>.
- García-Pita y Lastres, J. (2003). *Derecho mercantil de obligaciones. Parte general*. Marcial Pons.
- García-Pita y Lastres, J. (2001). Lección XV: objeto, causa, forma y contenido del contrato de sociedad. “La posición de socio”, texto mecanografiado e inédito.

- Gardeazábal, F. (2004). La sociedad en formación (su génesis y capacidad de obrar). En V. Garrido de Palma (dir.), *Estudios sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Civitas.
- Garrigues, J. (1971). *Hacia un nuevo derecho mercantil: escritos, lecciones y conferencias*. Tecnos.
- Garrigues, J. (1974). Teoría general de las sociedades mercantiles (continuación). *Revista de Derecho Mercantil*, (132–133).
- Girón, J. (1951). Las sociedades irregulares. *ADC* (t. IV. fasc. IV).
- Girón, J. (1947). Sociedades civiles y sociedades mercantiles: distinción y relaciones en derecho español. *Revista de Derecho Mercantil*, (10).
- Girón, J. (1996). *Derecho de sociedades* (t. I). Benzal.
- Guyon, I. (2002). *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*. LGDJ.
- Hadden, T. (1977). *Company law and capitalism* (2<sup>nd</sup> ed.). Weindenfeld & Nicolson.
- Hansmann, H. y Kraakman, R. (2004). What is corporate law? En AA. VV., *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*. Oxford University Press.
- Hansmann, H. y Kraakman, R. (diciembre del 2000). The essential role of the Organizational Law. *Yale Law Journal*, 110.
- Hierro, S. (1998). *El origen de la sociedad anónima en España*. Tecnos.
- Jeantin, M. (1992). *Droit des sociétés* (2e éd.). Montchrestien.
- Langle, E. (1950). La compañía mercantil irregular. *Revista de Derecho Mercantil*, 25.
- Maitland-Walker, J. (1993). *Guide to European Company Laws*. Sweet & Maxwell.
- Martín, M. (2000). La irregularidad de la sociedad unipersonal: una propuesta de interpretación. *Revista de Derecho de Sociedades*, 15.
- Martínez de Aguirre, C., De Pablo, P., Pérez, M. y Parra, M. (2000). *Curso de derecho civil* (vol. II). Colex.

Requisitos de forma desde la perspectiva del contrato de sociedad y tipos de sociedades mercantiles

- Merle, P., (1996). *Droit commercial. Sociétés commerciales* (5e éd.). Dalloz.
- Morse, G. (1995). *Company law* (15<sup>th</sup> ed.). Sweet & Maxwell.
- Pantaleón, F. (8 de setiembre de 1997). La personalidad jurídica de las sociedades civiles. Contra la resolución de la DGRN de 31 de marzo de 1997. *La Ley*.
- Paz-Ares, C. (1997). ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el derecho de sociedades? En Paz-Ares, C. (coord.), *Tratando sobre la sociedad de responsabilidad limitada*. Fundación Cultural del Notariado.
- Paz-Ares, C. (2004). Las sociedades mercantiles. En Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de derecho mercantil* (2.<sup>a</sup> ed.). Thomson-Civitas.
- Paz-Ares, C. (1992). *Comentario del Código Civil* (t. II.). En Paz-Ares, C., Díez Picazo, L., Bercovitz, R. y Salvador, P. (dirs.). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.
- Pino, M. (1999). *La sociedad de capital no inscrita*. Marcial Pons.
- Pistor, K., Keinan, Y., Kleinheisterkamp, J. y West, M. (2002). The evolution of Corporate Law. A cross-country comparison. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 23(4).
- Ribstein, L. (2004). Why Corporations? *Berkeley Business Law Journal*, 1(2).
- Sáez, M. (2001). *La sociedad mercantil en formación*. Civitas.
- Sánchez, M. (1996). *La fundación de la sociedad anónima*. Mc Graw Hill.
- Sánchez, F. (2000). *Instituciones de derecho mercantil* (23.<sup>a</sup> ed., vol. II). Mc Graw Hill.
- Santos, M. (1996). *La forma de los contratos en el Código Civil*. Universidad Carlos III.
- Tapia, A. (1996). *La sociedad anónima falta de inscripción registral*. Civitas.
- Teubner, G. (1993). Enterprise Corporatism: new industrial policy and the “essence” of the Legal Person. En Wheeler, S. (edit.), *Company Law*. Aldershot.
- Valpuesta, E. (1995). *La sociedad irregular*. Aranzadi.



- Vicent, F. (1978). La sociedad en constitución. *Estudios de derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*. Civitas.
- Uría, R. (2002). *Derecho mercantil* (28.<sup>a</sup> ed.). Marcial Pons.
- Vicent, F. (2004). *Introducción al derecho mercantil* (18.<sup>a</sup> ed.). Tirant lo Blanch.
- Zegarra, A. (2012). Forma y prueba de los contratos mercantiles. *Revista de Derecho*, 13.



Por:  
Carolina Castillo  
Pastor\*

## APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN DE LAS ACTIVIDADES COMPLEMENTARIAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL

### Resumen

En el presente artículo se analizaron, desde un punto de vista crítico, las posibilidades de contratación de las actividades complementarias de una empresa usuaria para ser realizadas por un tercero a partir de la regulación normativa de la intermediación laboral vigente en nuestro país, la cual se considera ambigua. Para ello, se definió qué es lo que se entiende por intermediación laboral y se analizó su naturaleza jurídica, diferenciándola de la tercerización de servicios, con el objetivo de delimitar las actividades que pueden ser subcontratadas a través de dicha figura y responder diversas interrogantes planteadas en relación al ejercicio por parte de la empresa usuaria de los poderes de dirección y supervisión sobre el personal destacado y a la autonomía de la entidad de intermediación; cuestiones que se generan debido a que la regulación normativa vigente en nuestro país es confusa. Finalmente, se realizaron sugerencias sobre modificaciones normativas con el fin de que el ordenamiento jurídico peruano laboral respecto a la subcontratación de actividades complementarias de una empresa sea coherente con la naturaleza jurídica de la intermediación laboral y de la tercerización de servicios.

### Abstract

This article has presented the analysis, from a critical point of view, of the possibilities of contracting the complementary activities of a user company to be carried out by a third party based on the normative regulation of labour intermediation in force in our country, which is considered ambiguous. To do so, what labour intermediation is will be defined and its legal nature will be analyzed, differentiating it from the outsourcing of services. The objective is to define the activities that can be outsourced by means of that figure and answer various questions raised in relation to the exercise by the user company of the powers of management and supervision over the outstanding personnel and to the autonomy of the intermediary entity; Issues that result given that the current normative regulation in our country is confusing. Finally,

---

\* Docente ordinaria de Derecho del Trabajo, Universidad de Piura. Magíster en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Correo electrónico: carolina.castillo.p@udep.edu.pe.

Recibido: 8 de enero del 2021

Aceptado: 12 de febrero del 2021

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

suggestions were made on normative modifications with the objective that the Peruvian labour law regarding the subcontracting of complementary activities of a company remain coherent with the legal nature of labour intermediation and outsourcing of services.

**Palabras clave:** intermediación laboral, tercerización de servicios, autonomía de la empresa de intermediación, poder de dirección de la empresa usuaria.

**Keywords:** labour intermediation, outsourcing of services, autonomy of the intermediation company, management power of the user company.

### Sumario

**I. ¿Qué es la intermediación laboral?** 1. *Intermediación laboral en la doctrina nacional.* 2. *Intermediación laboral en el ámbito internacional de la OIT.* 3. *Intermediación laboral en la normativa peruana vigente.* **II. ¿Qué tipo de actividades pueden ser subcontratadas vía intermediación laboral?** **III. ¿La empresa usuaria puede dirigir y supervisar la actividad del personal destacado producto de una intermediación laboral?** 1. *En la intermediación temporal.* 2. *En la intermediación complementaria.* 3. *En la intermediación altamente especializada.* **IV. Problemática de la regulación actual de subcontratación de servicios complementarios y planteamiento de modificaciones normativas.** 1. *Subcontratación de servicios complementarios de una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador.* 2. *Subcontratación de servicios altamente especializados.* **V. Conclusiones.** **VI. Bibliografía.**

## I. ¿QUÉ ES LA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

### 1. Intermediación laboral en la doctrina nacional

Las nuevas economías de escala, la saturación de la competencia en los mercados, entre otros motivos, han transformado la empresa, la cual ya no centraliza todas las actividades de su centro productivo, sino que les encarga a terceros la producción de bienes o el cumplimiento de determinados servicios que antes desarrollaba (Arce, 2006, pp. 11 y 12).

Villavicencio (2000) explica que a este fenómeno se le denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de “subcontratación”, “terceri-

zación”, “externalización”, “exteriorización del empleo”, “descentralización o “desconcentración productiva o funcional”, siendo la que él prefiere la de subcontratación, porque engloba, con mayor facilidad, las modalidades existentes y debido a que es el término que viene usando la OIT. Adicionalmente, menciona que, dentro de la subcontratación, se presentan dos expresiones principales que serían la intermediación (subcontratación de mano de obra) y la tercerización (subcontratación de la producción de bienes y servicios o descentralización) (pp. 85 y 87).

Toledo (2006) sostiene que se puede concluir que, mediante la tercerización, la empresa beneficiaria va a contratar, con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicios especializados, no de una prestación de los trabajadores de la contratista, como sí sucede en la intermediación (p. 9).

Villavicencio (2005) considera que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Sostiene que se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarían sus servicios bajo el poder directivo y el control de la segunda (p. 146). Se afirma que la “*service*” o cooperativa mantiene el poder disciplinario, trasladando únicamente las facultades de dirección y fiscalización” (Nava, 2008, p. 31).

Toyama (2020) alega que la intermediación laboral puede ser definida como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria) (p. 223). Asimismo, Villavicencio (2000) sostiene que se aprecian relaciones triangulares por las cuales se rompe la tradicional relación directa y bilateral entre quien emite las órdenes (empleador) y aquellos que deben cumplirla (trabajadores), resultando que en medio de ambos aparece el empleador formal que será la entidad de intermediación laboral. Señala que, si bien en el plano jurídico se configuran dos relaciones (una entre las empresas y otra entre los trabajadores y su empleador), lo cierto es que en la práctica la intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones:

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

- Una relación jurídica de carácter civil: entre la empresa de intermediación y la empresa usuaria.
- Una relación jurídica de naturaleza laboral: entre los trabajadores que son destacados a la empresa usuaria y la empresa de intermediación.
- Una relación de sujeción laboral: entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de intermediación que le ha sido destacado.

Quiroz (2014) sostiene que la intermediación laboral, al estar basada en el préstamo de trabajadores rompe el binomio laboral sobre el que se constituyó el derecho laboral, ya que lo que existe realmente es la interposición de un tercer sujeto, ajeno a la relación laboral típica que, sin tener trabajadores en su planilla, es quien se beneficia de la actividad de aquellos (p. 13).

Carhuatocto (2013) señala que en la intermediación laboral existe un copatronato puesto que el trabajador puede recibir instrucciones y órdenes tanto de la empresa de intermediación como de la empresa usuaria (p. 26).

De este modo, se puede concluir que para la doctrina nacional la intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización productiva o funcional, que consiste en la provisión de mano de obra de trabajadores por parte de su empleador (entidad de intermediación —empleador formal—) a favor de un empresario que los dirige y controla (empresa usuaria —empleador real—).

## 2. Intermediación laboral en el ámbito internacional de la OIT

En el marco del Convenio N.º 181 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) titulado “Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas” (adoptado el 3 de junio de 1997 y en vigor para la OIT desde el 10 de mayo del 2000), se considera agencia de empleo privada, entre otros supuestos, a toda persona (física o jurídica) —independiente de las autoridades públicas— que presta servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona (física o jurídica) llamada “empresa usuaria”, que determina sus tareas y supervisa su ejecución.

Estos servicios son los conocidos como de intermediación laboral, la cual supone la provisión o destaque de trabajadores de su empleador (empresa de intermediación) para ser dirigidos por otra persona (empresa usuaria) con el fin de prestar a favor de ella sus servicios a pesar de que esta última no sea su empleador.

La OIT permite la intermediación laboral para cualquier tipo de empresa privada, sin importar su giro ni la actividad o tipo de trabajadores, de tal manera que corresponde a la legislación nacional de cada Estado miembro regular la actividad de las empresas de intermediación y empresas usuarias para garantizar los derechos de los trabajadores destacados y con el objetivo de evitar el uso fraudulento de esta figura.

Resulta oportuno expresar que el convenio tratado fue rechazado por la mayoría de países miembros de la OIT, entre los cuales se encuentra el Perú, por lo que hasta la fecha el convenio sobre la agencias de empleo no ha sido ratificado por nuestro país y, en este sentido, no forma parte nuestro derecho nacional; sin embargo, no cabe duda que el convenio tiene carácter de recomendación, brindando directrices no vinculantes respecto a lo que se entiende por intermediación laboral y los alcances de esta figura desde la perspectiva de la OIT.

### **3. Intermediación laboral en la normativa peruana vigente**

Producto de la aplicación del artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que contiene una presunción a favor de la contratación laboral indefinida, se sostiene que la regla general es la contratación laboral directa, siendo la intermediación laboral un supuesto excepcional (Puntriano, 2011, p. 153). Toyama (2008b) sostiene que la regla en el ordenamiento es la contratación directa sobre la indirecta (p. 97).

La OIT (1997) advierte que en la intermediación laboral el principal problema es determinar si los trabajadores de las entidades de intermediación disfrutan un nivel adecuado de protección social comparado con el que tienen los trabajadores directamente contratados por quien se beneficia de sus servicios,

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

pudiendo el trabajo de estas personas convertirse en una zona de alto riesgo (p. 6). Es evidente que en esta situación hay un riesgo que los trabajadores sufran perjuicios en dos niveles, tanto en materia de derechos individuales como en derechos colectivos (Neves, 1996, p. 56).

Al amparo del principio protector del derecho del trabajo, resulta razonable que en nuestro país se haya pasado de una regulación flexible contenida en la Ley N.º 24514, Ley que Regula el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo (que permitía la contratación vía intermediación laboral de todo tipo de actividad hasta el 50 % del total de la planilla laboral) y posteriormente en el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Fomento al Empleo (que restringió las actividades que se pueden intermediar y el porcentaje total de la planilla), a una normativa vigente rígida que ha limitado el concepto de las actividades permitidas<sup>1</sup>, sujetando la prestación del servicio al cumplimiento por parte de la entidad de intermediación laboral de una serie de requisitos para su constitución (capital social), al otorgamiento de una autorización administrativa previa (registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo), a la formalidad de la contratación (contrato por escrito y registrado en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) y de la ejecución del servicio (otorgamiento de fianza y deberes de información), así como se establece la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto a las obligaciones laborales de la empresa de intermediación.

Las normas que actualmente regulan de manera íntegra la intermediación laboral en el Perú son la Ley N.º 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (vigente desde el 10 de enero del 2002, en adelante la Ley de Intermediación Laboral) y su modificatoria efectuada por la Ley N.º 27696 (vigente desde el 13 de abril del 2002), así como el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, Disposiciones para la aplicación de las Leyes N.º 27626 y N.º 27696 que regulan la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores

---

1 Para Toyama (2008b), sobre la tercerización, explica que resulta curioso que en el Perú se ha seguido un proceso inverso al de la OIT, ya que los convenios internacionales de trabajo han evolucionado desde una prohibición pasando por una modulación y terminando con la admisión y regulación de la contratación laboral vía intermediación laboral (p. 94).



(vigente desde el 29 de abril del 2002, en adelante el Reglamento de la Ley de Intermediación) y sus diversas modificatorias<sup>2</sup>.

Dichas normas señalan que la intermediación laboral solo podrá prestarse por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, las cuales deben tener como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral y destacar a su personal a una empresa usuaria para prestar servicios temporales, complementarios o de alta especialización, siempre que cumplan con los requisitos de la ley y estén registradas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. A su vez, precisa que los trabajadores destacados no pueden ejecutar permanentemente la actividad principal de dicha empresa<sup>3</sup>.

Además, se tiene a la Resolución Ministerial N.º 048-2010-TR, Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (Reneeil) (la Directiva del Reneeil, en adelante), que define a la intermediación laboral como la prestación lícita de servicios a través de terceros (empresas de servicios o cooperativas de trabajo), en la que intervienen trabajadores destacados a la empresa usuaria para desarrollar labores temporales, complementarias o altamente especializadas.

Tras haber efectuado la revisión de la normativa vigente sobre intermediación laboral se aprecia que se trata de un destaque de trabajadores<sup>4</sup> que

---

2 El Decreto Supremo N.º 003-2002-TR ha sido modificado a través del Decreto Supremo N.º 006-2003-TR del 24 de mayo del 2003, el Decreto Supremo N.º 019.2006-TR del 29 de octubre del 2006, el Decreto Supremo N.º 008-2007-TR del 27 de abril del 2007 y el Decreto Supremo N.º 020-2007-TR del 20 de setiembre del 2007 y el Decreto Supremo N.º 004-2019-TR del 5 de mayo del 2019.

3 Las empresas de servicios temporales, complementarios y especializados pueden desarrollar simultáneamente las actividades de intermediación previstas en la ley, siempre que ello conste así en su estatuto y registro, mientras que las cooperativas de trabajo temporal solo pueden intermediar para supuestos de temporalidad y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, para actividades complementarias y de alta especialización.

4 En la sentencia de fecha 19 de diciembre del 2011, emitida en el Expediente N.º 06371-2008-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha expresado que la intermediación laboral tiene como finalidad exclusiva la prestación de servicios por parte de una tercera persona

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

se lleva a cabo en determinados supuestos (temporalidad, complementariedad y alta especialización), por lo que con el fin de entender la naturaleza jurídica de la intermediación laboral se procederá a analizar las características que le otorgan dichas normas, es decir, el destaque de trabajadores y los supuestos de procedencia.

### A) *Destaque de trabajadores*

Cabe precisar que el término “destaque de trabajadores” es distinto al término “desplazamiento de trabajadores”, mientras que el destaque de trabajadores se presenta en los supuestos de intermediación laboral al amparo de la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, el desplazamiento de trabajadores se presenta en otra figura laboral de contratación de terceros que es la tercerización de servicios laborales, regulada en la Ley N.º 29245, el Decreto Legislativo N.º 1038 y en el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR.

Según lo dispuesto por la Ley N.º 29245, Ley de Tercerización de Servicios (en adelante, Ley de Tercerización), se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Sin embargo, a efectos laborales la tercerización regulada es aquella que supone un desplazamiento continuo del personal de la empresa de tercerización, el cual implica el traslado regular del trabajador o trabajadores de la empresa tercerizadora al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

Resulta oportuno recordar que el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala en su artículo 4 que no son intermediación laboral<sup>5</sup>: a) los procesos de tercerización externa, b) los contratos que tienen por objeto que

---

destacada para que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización en otra empresa llamada “usuaria”.

5 Por su parte, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 titulado “Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral” (emitido el 3 de diciembre del 2012) precisó que el listado de actividades que no constituyen intermediación laboral contenido en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral es taxativo.

un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa, y c) los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos (financieros, técnicos o materiales) y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación<sup>6</sup>.

En este sentido, no se debe asimilar el destaque de trabajadores que se presenta en la intermediación laboral con el desplazamiento de trabajadores típico de la tercerización de servicios. Habiendo efectuado tal aclaración, corresponde definir qué se entiende por el término “destaque de personal o de trabajadores”.

Lamentablemente, la Ley de Intermediación Laboral ni su Reglamento contienen una definición; sin embargo, se cuenta con una referencia normativa para dotarle de significado. Se trata del artículo 1 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, que regulan los servicios de tercerización (en adelante, Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios), que dispone lo siguiente:

- **Simple provisión de personal.** *Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N.º 27626, su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización. [Énfasis agregado]*

---

6 La legalidad del referido artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Sentencia de Acción Popular N.º 1949-2004 de fecha 26 de mayo del 2005, en la cual se estableció que esta norma excluye del ámbito de la intermediación laboral a diversos supuestos que no se asemejan como es la tercerización de servicios, por lo que concluyó que el espíritu y sentido de la norma reglamentaria cuestionada fue el de establecer criterios de identificación y diferenciación entre la tercerización de servicios y la intermediación laboral, no pretendiendo de ninguna manera regular aquella.

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

De la lectura del citado artículo cabría sostener que el destaque de trabajadores es una provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N.º 27626, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización con desplazamiento continuo, tercerización sin desplazamiento continuo, encargo integral a terceros de actividades complementarias, provisiones de obras y servicios sin tercerización; figuras en las que no se presenta el destaque de trabajadores. De este modo, es evidente que las normas sobre tercerización diferencian esta figura de todo supuesto de “provisión de personal” que es propio de la intermediación laboral<sup>7</sup>.

Como lo ha dispuesto la norma anteriormente citada, así como el artículo 4-B del Reglamento de la Ley de Intermediación<sup>8</sup>, se considera que lo que está prohibido es la simple provisión de personal; estando permitida la provisión de personal que se presenta en alguno de los supuestos regulados en las normas de intermediación laboral y en cumplimiento de los requisitos establecidos en ellas. Al ser la intermediación laboral un destaque de trabajadores, cabe concluir que es una cesión de mano de obra<sup>9</sup> permitida en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se lleve a cabo únicamente en los supuestos autorizados por la Ley N.º 27626 y su reglamento.

Esta afirmación se encuentra respaldada por lo resuelto en la mencionada Sentencia de Acción Popular N.º 1949-2004, de fecha 26 de mayo del 2005, en

---

7 Así consta en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1038 (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008) y en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2016).

8 Artículo 4-B del Decreto Supremo N.º 003.2002-TR: La contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4 del presente decreto supremo, o que implique una simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal.

9 Puntriano (2015) señala que en la subcontratación, a través de la intermediación laboral, no podría entenderse que ocurre propiamente una manifestación de descentralización productiva, puesto que no se está externalizando actividades, sino contratando a una empresa para que suministre personal (p. 194).

la que se establece que la intermediación laboral supone un destaque de mano de obra y bajo dependencia de los trabajadores de los *services* y cooperativas a la empresa usuaria; figura que difiere en cuanto a la naturaleza y objeto con la tercerización de servicios, toda vez que en esta última se presta un servicio integral bajo cuenta, costo y riesgo de quien brinda los servicios.

Es por lo anterior que, mientras el destaque de trabajadores —propio de la intermediación laboral— implica el traslado de trabajadores a la empresa usuaria bajo la forma de una cesión de personal, el desplazamiento continuo de trabajadores —presente en la tercerización de servicios— supone el traslado de trabajadores a la empresa principal, pero manteniendo en todo momento su autonomía respecto a esta última y su subordinación respecto a la empresa de tercerización<sup>10</sup>.

Cabe citar las Casaciones N.º 275-2012-LA LIBERTAD, del 8 de junio del 2012 (publicada el 10 de julio del 2012) y N.º 4168-2011-JUNÍN, del 17 de agosto del 2012 (publicada el 2 de enero del 2014), las cuales han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria.

A su vez, el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, Absolución de consultas respecto a servicios complementarios de intermediación laboral, del 3 de diciembre del 2012, emitido por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, señala como una de sus conclusiones que la intermediación consiste en proporcionar la mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. Es más, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha difundido el tríptico titulado “Intermediación laboral”, en el que se define a la intermediación laboral como

---

10 Como principales diferencias entre la tercerización y la intermediación laboral, García (2013) señala que en la primera de ellas se presenta el desplazamiento de personal como “medio” para conseguir la finalidad que la empresa tercerizadora pueda ejecutar el servicio para la cual ha sido contratado (no se trata de una “provisión o préstamo de trabajadores”); mientras que en la intermediación laboral, el destaque de personal es el “fin”, opera mediante el destaque de trabajadores para que desarrollen labores a favor de la empresa cliente o también llamada usuaria (p. 35).

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

el destaque o cesión de mano de obra por parte de una entidad intermediadora (empresa de servicios constituida exclusivamente para tal fin o cooperativa de trabajadores) hacia una empresa usuaria, existiendo vínculo laboral entre la entidad intermediadora y el personal destacado.

En consecuencia, se entiende por destaque de trabajadores a la provisión de personal o cesión de trabajadores o de mano de obra por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que dirige al personal cedido o destacado, que se presenta en los supuestos de intermediación laboral regulados en la Ley N.º 27626 (temporal, complementario y altamente especializado).

### B) *Supuestos de procedencia de la intermediación laboral*

La normativa vigente admite los siguientes supuestos de intermediación laboral:

- a) **Intermediación de servicios temporales.** Ocurre cuando empresa de servicios temporales o cooperativa de trabajo temporal destaca su personal a otra persona, natural o jurídica, que se denomina “empresa usuaria”, con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores temporales, la cual dirige y supervisa sus tareas; es decir, estos trabajadores se encuentran bajo el poder de dirección de la empresa usuaria.

Las labores temporales que se pueden intermediar bajo este supuesto son las correspondientes a los contratos de trabajo sujetos a modalidad de suplencia<sup>11</sup> y ocasional<sup>12</sup>. Torres (2012, p. 12) precisa que en la

---

11 Las actividades temporales que corresponden al contrato de suplencia son aquellas destinadas a que se sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido, así como a las coberturas de puestos de trabajo estables, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias (artículo 61 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y artículo 5.1 de la Resolución Ministerial N.º 048-2010-TR, Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (Reneeil).

12 Las actividades temporales que corresponden al contrato ocasional son aquellas destinadas

intermediación temporal el destaque de los trabajadores será temporal, aunque las actividades a desarrollar podrán tener carácter principal o complementario.

El número de trabajadores de las empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo la modalidad de intermediación temporal, no podrá exceder del 20 % del total de trabajadores de la empresa usuaria.

- b Intermediación de servicios complementarios.** Se presenta cuando una empresa de servicios complementarios o cooperativa de trabajo y fomento del empleo destaca su personal a otra persona, natural o jurídica que se denomina “empresa usuaria”, con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores complementarias, sean permanentes o temporales (Villavicencio, 2005, p. 148)<sup>13</sup>, en las que esta última no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado.

Las actividades complementarias son definidas como aquellas actividades de carácter auxiliar, no vinculadas a la actividad principal y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpen la actividad empresarial; no siendo indispensables para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria. Las normas han establecido como casos de actividades complementarias a las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza, entre otros<sup>14</sup>.

---

a cubrir necesidades transitorias y distintas de la actividad habitual de la empresa usuaria que no tengan una duración mayor a 6 meses al año (artículo 60 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

- 13 En este mismo, sentido se manifiesta el literal b) del numeral 2.2 del Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 de fecha 3 de diciembre del 2012.
- 14 Se considera que este no es un listado taxativo, debiendo analizarse en cada caso el tipo de actividad a ser ejecutada por el personal de un tercero con el fin de determinar si es o no una actividad complementaria. En la Casación N.º 1693-2012-MOQUEGUA, de fecha 13 de agosto del 2012, se ha establecido que el análisis de la actividad calificada como complementaria debe atender al caso concreto, puesto que no puede realizarse una enumeración taxativa de las mismas en un mismo contexto, principalmente porque lo que califica como actividad complementaria para una empresa, puede no serlo para otra (considerando décimo primero).

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

En este sentido, resulta claro que las actividades complementarias se definen en oposición a las actividades principales, las cuales son aquellas consustanciales al giro del negocio y, en general, toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa, como sería el caso de las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios<sup>15</sup>. A título de ejemplo, el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral cita las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración y comercialización.

En este sentido, las actividades complementarias deben ser periféricas; es decir, que no formen parte de la actividad principal o estratégica de la empresa usuaria ni tampoco de las actividades de soporte, a tal punto de que la regla interpretativa debe ser la actividad principal y la excepción la complementaria (Toyama, 2008a, p. 198).

En el proceso de identificación de las actividades complementarias debe tenerse en cuenta que la regla en el ordenamiento es la contratación directa sobre la indirecta y ello implica que la interpretación sobre los alcances de la actividad complementaria debe ser restrictiva y limitada a casos concretos (Toyama, 2008a, p. 97).

Según lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, el porcentaje limitativo del 20 % de trabajadores de entidades de intermediación que pueden prestar servicios en las empresas usuarias que se ha establecido para la modalidad temporal no será aplicable a los servicios complementarios, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

- c) **Intermediación de servicios altamente especializados.** Consiste en que una empresa de servicios especializados o cooperativa de trabajo y fomento

---

15 La Casación N.º 1695-2012-MOQUEGUA señala que la actividad principal es aquella que se relaciona con el ciclo productivo, tanto las propiamente principales como aquellas que sirven como o colaboran para su cumplimiento, y que no se debe atender al objeto social o las actividades usuales de la entidad de intermediación laboral, sino a la función que la unidad productiva cumple en el mercado.



del empleo destaca a su personal a otra persona, natural o jurídica (llamada “empresa usuaria”) con el fin de prestarle servicios para desarrollar labores altamente especializadas, en las que esta última carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

Constituye actividad de alta especialización de la empresa usuaria aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados. El Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, de fecha 3 de diciembre del 2012, sostiene que los servicios altamente especializados son actividades complementarias y no actividades principales.

Toyama (2008a) sostiene que los supuestos de actividades altamente especializadas son excepcionales y se reducen a casos con un alto conocimiento en tecnología (tan sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos) (p. 199).

La Directiva del Reneil señala que constituyen ejemplos de actividades altamente especializadas: saneamiento especializado, desinsectación, desratización, desinfección, limpieza, desinfección de reservorios de aguatanques elevados y cisternas— y limpieza de tanques sépticos.

Al exigirse completa autonomía de la entidad de intermediación de servicios altamente especializados, no existe límite máximo de trabajadores de dichas entidades que pueden prestar servicios en las empresas usuarias.

## II. ¿QUÉ TIPOS DE ACTIVIDADES PUEDEN SER SUBCONTRATADAS VÍA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

En relación a la subcontratación de actividades principales vía intermediación laboral, la intermediación temporal es la única que la permite, siempre que sean actividades principales ocasionales o de suplencia, no estando permitida la contratación vía intermediación laboral de actividades principales permanentes, ya que está prohibida la ejecución permanente de la actividad

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

principal de la empresa por parte de los trabajadores destacados, conforme lo ha dispuesto el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral.

Por otro lado, respecto a la subcontratación de actividades complementarias, el supuesto de intermediación de servicios complementarios es en principio el que corresponde usar (sean permanentes<sup>16</sup> o temporales). Sin embargo, cabe precisar que las actividades complementarias también pueden ser contratadas para que se sean desarrolladas por una entidad de intermediación temporal (siempre que tengan naturaleza temporal o accidental), así como por una entidad de intermediación de servicios altamente especializados (sean temporales o permanentes), ya que las actividades altamente especializadas son un tipo de actividad complementaria con la particularidad de tener una alta especialización.

### III. ¿LA EMPRESA USUARIA PUEDE DIRIGIR Y SUPERVISAR LA ACTIVIDAD DEL PERSONAL DESTACADO PRODUCTO DE UNA INTERMEDIACIÓN LABORAL?

#### 1. En la intermediación temporal

La Ley de Intermediación establece que las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras (denominadas “usuarias”) para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia.

---

16 Se considera que la Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD, de fecha 8 de junio del 2012, ha cometido un error al afirmar, en el numeral 2 del considerando décimo quinto, que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad complementaria de la empresa usuaria. Ello debido a que la prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley de Intermediación Laboral está referida a la ejecución permanente de la actividad principal, mas no de una actividad complementaria. Si lo señalado por la Corte Suprema fuera cierto, entonces no existiría la intermediación de servicios complementarios ni la de servicios altamente especializados, sino únicamente se pudiera intermediar en el supuesto de temporalidad, lo que resulta claro que no sucede en nuestro ordenamiento jurídico laboral vigente.

El Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral señala que la intermediación de servicios temporales consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin de destacarlo temporalmente a una tercera persona, natural o jurídica, denominada empresa usuaria, que dirige y supervisa sus tareas.

En este sentido, acorde con la naturaleza jurídica de cesión de personal propia de la intermediación laboral, se ha establecido expresamente que en la intermediación de servicios temporales es la empresa usuaria la que ejerce el poder de dirección y fiscalización respecto a los trabajadores destacados por la entidad de intermediación.

## **2. En la intermediación complementaria**

El artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral dispone que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado. Además, el artículo 3 del mismo establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

Es por ello que diversos autores sostienen que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, como fundamento para sustentar que la empresa usuaria de una intermediación complementaria no puede dirigir ni supervisar al personal destacado, resultando que la entidad de intermediación complementaria se encuentra obligada a ejercer de manera exclusiva el poder de dirección respecto a su personal. En consecuencia, sostienen que en este supuesto normativo de intermediación laboral no se produce una cesión de trabajadores y que en realidad este supuesto de subcontratación no es una intermediación sino una tercerización de servicios<sup>17</sup>.

---

17 Entre otros, esta opinión es sostenida por Villavicencio (2000, pp. 88 y 89), Villavicencio (2005, pp. 149 y 150), Arce (2008, p. 121), Toyama (2020, p. 233), Toyama (2008b, p. 98), Torres (2012, pp. 11, 14-15).

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

En este sentido, también se han manifestado el Informe N.º 244-2003-SUNAT/2B000, de fecha 25 de agosto del 2003, según el cual, en la intermediación de servicios complementarios o altamente especializados, la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado, por lo que no puede determinar ni supervisar sustancialmente las tareas del trabajador destacado. Por su parte, en el Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo consigna que la normativa sobre intermediación laboral regulada en la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR trae un tratamiento sistemático de este instituto que mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos al suministro de mano de obra.

La Corte Suprema de Justicia ha establecido en la Casación N.º 1693-2012-MOQUEGUA, de fecha 13 de agosto del 2012 que la Ley N.º 27626 contiene dos supuestos diferentes: a) cesión de mano de obra legalizada (intermediación temporal) en la que la empresa usuaria ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores destacados; y, b) subcontratación de servicios (intermediación complementaria e intermediación especializada), en las cuales las empresas de intermediación ejercen el poder de dirección sobre sus trabajadores, por lo que estas intermediaciones no son casos de cesión de mano de obra<sup>18</sup>.

Sin embargo, en el presente artículo se sostiene que la disposición que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, no implica por sí misma que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria esté prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado.

---

18 Llama la atención que la Corte Suprema haya emitido un pronunciamiento de este tipo cuando, un mes antes y también días después, la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente emitió el 8 de junio del 2012 la Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10 de julio del 2012) y el 17 de agosto del 2012 la Casación N.º 4168-2011-JUNÍN (publicada el 2 de enero del 2014), en las que expresamente resolvió que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

Como fundamento principal de la postura indicada, se encuentra la propia naturaleza jurídica de la intermediación laboral, la cual supone un destaque de trabajadores o cesión de personal que implica la presencia de dos empleadores: uno formal (empresa de intermediación) y otro real (empresa usuaria) (De Lama y Gonzales, 2010, p. 137).

El numeral 5.1 de la Directiva del Reneeil define a la empresa usuaria como aquella persona que ejerce las facultades de dirección y supervisión de las tareas del personal destacado, sin hacer distinción alguna respecto a los diversos supuestos de intermediación. De tal manera que, si se niega que la empresa usuaria pueda ejercer poder sobre el personal destacado, se privaría de su naturaleza de intermediación a este supuesto de subcontratación de terceros para la realización de actividades complementarias, a pesar de que se trata de un supuesto de intermediación laboral regulado expresamente en la ley<sup>19</sup>.

Por otro lado, es diferente afirmar que la empresa usuaria carezca de poder de dirección y de supervisión sobre el personal destacado (como expresamente lo ha dispuesto la Ley de Intermediación Laboral en su artículo 11.1 para el supuesto de intermediación de servicios altamente especializados) que exigir a la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no ejercer dichos poderes de manera sustancial. Que la empresa usuaria carezca de poderes de dirección y supervisión no es lo mismo que sí los tenga, pero en un grado que no los centralice y no los asuma de manera que prive de su titularidad a la empresa de intermediación.

Además, sostener que la empresa usuaria carece de facultad de dirección sobre el personal destacado en una intermediación complementaria sería asimilarla a la intermediación altamente especializada en la que expresamente se ha establecido que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados, por lo que no tendría sustento alguno que sean supuestos de

---

19 Toyama (2008b) afirma que la regulación legal desnaturaliza la figura de la intermediación laboral al excluir al empleador de sus facultades de dirección y control. Señala que las actividades complementarias como las altamente especializadas reflejan un contenido “anti-intermediación laboral” (p. 98).

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

intermediación diferentes, especialmente cuando ambas intermediaciones son para actividades complementarias.

Asimismo, es necesario tener presente que la regulación restrictiva de la intermediación laboral (supuestos limitados, autorización previa y permanente por medio del Reneeil, registro de contratos, fianza, responsabilidad solidaria, etc.) se justifica por la intervención o injerencia de la empresa usuaria respecto al personal destacado con el que no tiene vínculo laboral alguno; a diferencia de lo que sucede en la tercerización de servicios en que la empresa principal no tiene injerencia alguna sobre el personal desplazado, por lo que no existen estas exigencias<sup>20</sup>. En consecuencia, si se sostiene que la empresa usuaria no puede ejercer de ninguna manera poder sobre el personal destacado producto de una intermediación laboral complementaria, entonces no habría razón alguna que justifique el tratamiento restrictivo propio de la intermediación laboral.

La Casación N.º 275-2012-LA LIBERTAD (publicada el 10 de julio del 2012) y la Casación N.º 4168-2011-JUNÍN (publicada el 2 de enero del 2014), expresamente han resuelto que en la intermediación la empresa usuaria tiene facultad de fiscalización y dirección del personal destacado y que no interesa el resultado de los servicios, sino simplemente que el intermediador provea de mano de obra a la empresa usuaria; sin hacer distinción alguna respecto a las intermediación de servicios complementarios ni haber afirmado que dicho supuesto no sea uno de intermediación.

El citado Informe N.º 067-2012-MTPE/2/14 señala, como una de sus conclusiones, que la intermediación consiste en proporcionar mano de obra de trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario. Precisa que no todas las facultades que integran el poder de dirección de la entidad de intermediación son trasladadas a la empresa usuaria, ya que la facultad disciplinaria es conservada por la entidad que suministra la mano de obra.

---

20 Toyama (2008b) señala que, mientras que la intermediación laboral tiene una reglamentación muy rígida y limitada, el *outsourcing* o tercerización cuenta con una regulación genérica y abierta, pero bajo ciertos requisitos (p. 85).

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha precisado en el mencionado tríptico titulado “Intermediación laboral”, respecto al poder de dirección, que mientras en la intermediación laboral la empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la empresa usuaria y mantiene el poder disciplinario, en la tercerización laboral el poder de dirección lo ejerce íntegramente la empresa tercerizadora.

Es por ello que se sostiene que, si bien que la disposición del artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, que señala que la empresa usuaria de una intermediación de servicios complementarios no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado, puede llevar a pensar que en la intermediación de servicios complementarios la empresa usuaria está prohibida de ejercer poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, lo cierto es que no debe perderse de vista la naturaleza jurídica de destaque de personal de la intermediación laboral, por lo que se considera que la empresa usuaria sí puede ejercer poder de dirección sobre el personal destacado, aunque no de manera sustancial y exclusiva<sup>21</sup>, conforme a los fundamentos anteriormente explicados.

Esta afirmación se encuentra respaldada por el hecho que no ha sido regulado como supuesto de desnaturalización de la intermediación de actividades complementarias que la empresa usuaria ejerza poderes de dirección y de supervisión sobre el personal destacado, conforme se puede corroborar de la revisión de los artículos 4 y 8 de la Ley de Intermediación Laboral y del artículo 14 de su reglamento.

Sin embargo, no se puede dejar de advertir que el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral establece la obligación de las empresas de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades. Es por ello que cabe preguntarse lo siguiente: ¿La intermediación de servicios complementarios tal

---

21 Este supuesto es considerado por Mejía (2014) como un caso de “tercerización blanda”, en el que el destaque de trabajadores es parte gravitante del contenido del servicio por ser intensiva en mano de obra y, a su vez, la entidad de intermediación dirige sustancialmente la actividad de sus trabajadores y goce de autonomía técnica y organizativa (p. 102).

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

cual está regulada en nuestro país requiere que la entidad de intermediación sea completamente autónoma, de tal modo que la empresa usuaria esté prohibida de intervenir en la dirección y supervisión del personal destacado?

Cabe recurrir a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley de Intermediación Laboral, según el cual no resulta aplicable el límite del 20 % del total de trabajadores de la empresa usuaria para destacar trabajadores de entidades de intermediación de servicios complementarios, siempre y cuando la entidad asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades. Es así que se podría sostener que esta exigencia de asunción de plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades por parte de la empresa de intermediación de servicios complementarios únicamente tendría por finalidad delimitar los casos en los que no corresponde aplicar el límite porcentual de cantidad de trabajadores destacados (Toyama, 2008a, p. 201).

Esta norma permite concluir que en la intermediación de servicios complementarios se pueden presentar dos escenarios: por un lado, uno en el que la entidad de intermediación asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso no se aplicaría el porcentaje limitativo; y, por otro lado, un panorama en el que la entidad de intermediación no asuma plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, ante lo que correspondería aplicar el límite indicado.

Como se puede apreciar, la misma Ley de Intermediación Laboral admite la posibilidad que una entidad de intermediación de servicios complementarios pueda no tener plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, en cuyo caso simplemente corresponde aplicar el porcentaje limitativo, admisión que implica que el grado de autonomía de la entidad de intermediación no es el criterio que define por sí mismo a la intermediación de servicios complementarios en nuestra normativa vigente.

Por tanto, respecto a la exigencia a las entidades de intermediación de servicios complementarios de asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades regulada en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Intermediación, se sostiene que este requerimiento no descarta por



si mismo la posibilidad que la empresa usuaria pueda efectivamente dirigir y supervisar (aunque no de manera sustancial) al personal destacado de una entidad de intermediación, ya que exigir a las empresas de servicios complementarios que asuman autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades, no es lo mismo que prohibir que la empresa usuaria intervenga en la dirección y fiscalización o supervisión de los trabajadores destacados, siendo relevante tal exigencia únicamente para determinar si corresponde o no aplicar el límite de contratación del 20 % para el personal destacado en relación a los trabajadores de la empresa usuaria.

### **3. En la intermediación altamente especializada**

El artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral ha dispuesto, de manera expresa, que en este supuesto de intermediación la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados, por lo que, en este caso, la entidad de intermediación centraliza, de manera exclusiva, todos los poderes propios del empleador.

## **IV. PROBLEMÁTICA DE LA REGULACIÓN ACTUAL DE SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y PLANTEAMIENTO DE MODIFICACIONES NORMATIVAS**

Tal cual se encuentra regulada en nuestro país la subcontratación de actividades complementarias, se considera que se presentan dos situaciones que cuestionan la naturaleza jurídica de destaque de personal que merecen ser revisadas:

### **1. Subcontratación de servicios complementarios de una empresa autónoma que ejerce de manera exclusiva los poderes del empleador**

Según la posición sustentada, si la entidad de intermediación complementaria es plenamente autónoma en todo sentido y ejerce de manera exclusiva los poderes propios de su calidad de empleador (dirección, fiscalización y sanción), entonces ya no se estaría ante un supuesto de destaque de personal propio de la intermediación laboral, encontrándose en realidad ante una

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

tercerización de servicios, en la que no existe injerencia alguna de la empresa principal sobre los trabajadores de la empresa contratista.

Sin embargo, resulta oportuno manifestar que, tratándose de actividades complementarias (sean temporales o permanentes), nos topamos con que la normativa vigente únicamente tolera que sean intermediadas —mas no tercerizadas al amparo de la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038— por mandato de los artículos 1 y 2 del previamente mencionado Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización, al restringir la tercerización de servicios a la subcontratación con desplazamiento continuo de las actividades principales de la empresa usuaria para que sean realizadas por un tercero autónomo<sup>22</sup>.

Al respecto, cabe mencionar que tal limitación no viene por mandato legal ni se debe concluir en respeto a la naturaleza de la tercerización de servicios; ya que la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038 definen la tercerización en base al criterio de especialidad de la actividad, mas no por su naturaleza principal, como erróneamente señala la Exposición de Motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

Navarrete (2018) sostiene que, a pesar de que cree que la Ley N.º 29245 no fue hecha para la tercerización de servicios complementarios, ha sido el reglamento el que expresamente ha considerado que la tercerización se puede practicar para desarrollar actividades principales; sin embargo, la Ley N.º 29245 no ha sido expresa en ese sentido, ya que limita su ámbito de aplicación a las actividades especializadas (p. 69).

Es por todo lo anterior que se plantea que para los supuestos de contratación de un tercero con el fin de que ejecute de manera autónoma una actividad complementaria de una empresa usuaria en los que esta carezca de poderes de dirección y supervisión sobre el personal destacado, se debería permitir la

---

22 Ello se ha visto confirmado en la sentencia de Acción Popular N.º 1607-2012-LIMA, del 23 de mayo del 2013, en la que se considera que la figura de la tercerización solo corresponde a actividades principales, puesto que considera que la subcontratación de actividades complementarios está reservada a la intermediación laboral, de conformidad con la exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Tercerización.

tercerización de servicios de actividades complementarias de la empresa usuaria al amparo de la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038.

Para ello, sería necesario efectuar las modificaciones reglamentarias de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización, propuesta que se condice con lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Tercerización (Decreto Supremo N.º 006-2008-TR), según el cual el encargo integral a terceros de actividades complementarias no constituye una simple provisión de personal, es decir, no es intermediación laboral.

## **2. Subcontratación de servicios altamente especializados**

A partir de la diferencia que existe entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios se puede apreciar que existen diversos niveles de autonomía que una empresa subcontratada puede tener al prestar un servicio relacionado con una actividad complementaria de la empresa usuaria o principal: en la intermediación de servicios complementarios se exige autonomía técnica y responsabilidad de sus actividades a la empresa subcontratista, mientras que en la tercerización de servicios se le requiere a la empresa subcontratada ser autónoma en todo sentido, de tal modo que no solamente está obligada a tener autonomía técnica y a ser responsable de sus actividades, sino que además debe ejercer de manera exclusiva los poderes de empleador del personal desplazado.

Sin embargo, a partir de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la Ley de Intermediación Laboral y en el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral que disponen que en el supuesto de intermediación laboral de servicios especializados la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados y que en la intermediación de servicios especializados la empresa usuaria no determina ni supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado; cabría sostener que en realidad la subcontratación de actividades complementarias altamente especializadas no supone el destaque de trabajadores propio de la intermediación laboral, sino un desplazamiento de trabajadores que se presenta en la tercerización de servicios.

## Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

Villavicencio (2000) sostiene que, respecto a la regulación de la subcontratación de servicios altamente especializados en nuestro país, resulta evidente que la normativa de intermediación laboral se encuentra dentro del fenómeno de la tercerización y no de la intermediación, porque no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación (pp. 149 y 150).

Es por lo anteriormente mencionado que se sugiere que la propuesta modificación normativa de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización venga acompañada por una derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N.º 27626, Ley de Intermediación Laboral y su reglamento (Decreto Supremo N.º 003-2020-TR) y de toda norma que lo regule, de tal manera que la inclusión de contratación de actividades complementarias vía tercerización de servicios también se aplique para permitir la contratación de un tercero con el fin de ejecutar con autonomía actividades de alta especialización (que tienen naturaleza complementaria).

Producto de los cambios normativos sugeridos a nivel legal y reglamentario, el panorama laboral, respecto a la subcontratación de un tercero para realizar actividades complementarias de una empresa usuaria o principal, podría efectuarse tanto vía intermediación laboral como tercerización de servicios, lo que finalmente dependerá de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el nivel de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral (intermediación laboral y tercerización de servicios).

### V. CONCLUSIONES

1. La intermediación laboral es una forma de subcontratación o externalización de las actividades de una empresa usuaria que supone el destaque de trabajadores o la provisión de personal por parte del empleador formal (entidad de intermediación) hacia el centro de trabajo o centro de operaciones del empleador real (empresa usuaria) que está permitida únicamente en tres supuestos: temporal (ocasional y suplencia), complementario (la empresa usuaria no determina ni

supervisa sustancialmente las tareas del trabajador destacado) y altamente especializados (la empresa usuaria carece de poder de dirección sobre el personal destacado).

2. Se defiende la idea que nuestra normativa sobre intermediación de actividades complementarias admite la posibilidad de intervención no sustancial de la empresa usuaria sobre el personal destacado en el supuesto de intermediación complementaria, respetando la naturaleza de intermediación laboral.
3. La regulación de la intermediación laboral de servicios altamente especializados se encuentra dentro del fenómeno de tercerización (no de intermediación), al haberse regulado expresamente que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.
4. Considerando que la normativa vigente no permite la tercerización de actividades complementarias (sean temporales o permanentes) de una empresa principal, se plantea la modificación de los artículos 1 y 2 del Reglamento de la Ley de Tercerización y la derogación del supuesto de intermediación de servicios altamente especializados contenido en la Ley N.º 27626 y el Decreto Supremo N.º 003-2020-TR, así como en toda norma que lo desarrolla.
5. Se plantea un panorama laboral normativo que permita tanto la intermediación laboral como la tercerización de servicios para la subcontratación de actividades complementarias, dependiendo de la especialidad del servicio, las condiciones de ejecución, el grado de autonomía de la empresa tercera y el grado de ejercicio del poder de dirección por parte de la empresa usuaria o principal, según corresponda; todo ello a determinarse en respeto del principio de primacía de realidad y de la naturaleza jurídica de ambos mecanismos de subcontratación laboral.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores.
- Arce, E. (2008). *Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra.

Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral

- Carhuatocto, H. (mayo del 2013). La Casación Laboral N.º 1399-2010-LIMA que atiza el debate sobre la tercerización de las actividades principales y el fraude a la ley laboral. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (176), 25-34.
- De Lama, M. y Gonzales, L. (2010). *Desnaturalización en las relaciones laborales. Situaciones de simulación y fraude en los contratos de trabajo, tercerización, intermediación, modalidades formativas y otros*. Gaceta Jurídica.
- García, A. (mayo del 2013). El principio de primacía de la realidad en la intermediación laboral y en la tercerización de servicios. A propósito de las actividades materia de externalización. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (176), 35-40.
- Mejía, R. (2014). El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva. *Themis*, (65), 97-106.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (s. f.). Intermediación laboral [tríptico]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021. [https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/INF\\_INTERMEDIACION\\_LABORAL.pdf](https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/INF_INTERMEDIACION_LABORAL.pdf).
- Presidencia del Consejo de Ministros (2008). Decreto Legislativo N.º 1038, que precisa los alcances de la Ley N.º 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N.º 654-2008-DP/SCM]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021 de [http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1038.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1038.pdf).
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016). Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, que regulan los servicios de tercerización. Exposición de Motivos [Oficio N.º 5938-2016-MTPE/4]. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Recuperado el 7 de enero del 2021 de <http://spij.minjus.gob.pe/graficos/peru/2008/setiembre/12/EXP-DS-006-2008-TR.pdf>.
- Nava, L. (2008). *A propósito del Tratado de Libre Comercio: la intermediación laboral y la tercerización de servicios*. Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
- Navarrete, A. (2018). *Tercerización e intermediación laboral. Problemática actual*. Gaceta Jurídica.

- Neves, J. (1996). Intermediación laboral: agencias de colocación y empresas de servicios. *Revista Derecho y Sociedad*, (11), 153–157.
- Organización Internacional del Trabajo. (Junio de 1997). *Trabajo en Régimen de Subcontratación* [informe VI]. Conferencia Internacional del Trabajo 85.<sup>a</sup> Reunión, Ginebra, Suiza.
- Puntriano, C. (2011). Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales: análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela. *Revista Derecho & Sociedad*, (37), 151–165.
- Puntriano, C. (2015). *Subcontratación y contratos temporales. Estado de la Cuestión. En Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva*. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (191–207). Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- Quiroz, L. (2014). *Nuevas formas de contratación laboral: intermediación, tercerización y teletrabajo*. Soluciones Laborales.
- Toledo, O. (2006). Intermediación laboral, *outsourcing* y *downsizing* en intermediación laboral. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 50, 4–46. Normas Legales.
- Torres, C. (2012). Desnaturalización de la intermediación laboral ¿resulta determinante la ejecución de actividades principales de la empresa usuaria? *IUS Revista de Investigación Jurídica*, 2(4), 1–20.
- Toyama, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Gaceta Jurídica.
- Toyama, J. (2008). Tercerización e intermediación laboral: diferencias y tendencias. *Revista Derecho y Sociedad*, (30), 84–103.
- Toyama, J. (2020). *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque– teórico-práctico* (2.<sup>a</sup> ed.). Gaceta Jurídica.
- Villavicencio, A. (2000). La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú* [Documento de Trabajo N.º 124]. Oficina Internacional de Trabajo
- Villavicencio, A. (2005). La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. *Ius et Veritas*, XIV(29), 143–153.





Por:  
Paola García  
Rivera\*

## OBJETIVIDAD JURÍDICA, ANTIRREALISMO E INTERPRETATIVISMO. LA VISIÓN REALISTA DE MICHAEL S. MOORE

### Resumen

El presente trabajo ha tenido como finalidad establecer la cuestión de la objetividad jurídica como parte del debate filosófico entre realismo, antirrealismo e interpretativismo. Con ese objetivo, se ha expuesto la relación entre realismo y objetividad jurídica establecida por Michael S. Moore. Para este autor, el realismo constituye la forma de superar toda orientación escepticista en el derecho, la cual debilita el sentido de objetividad al negar la independencia de la realidad de lo mental y lo convencional.

### Abstract

This paper has endeavoured establish the question of legal objectivity as part of the philosophical debate between realism, antirealism and interpretivism. With this aim, it was exposed the relationship between realism and legal objectivity established by Michael S. Moore. For this author, realism is the path to overcome all the skepticist orientation in law, which weakens the sense of objectivity by denying the independence of reality from the mind and convention.

**Palabras clave:** objetividad, objetividad jurídica, realismo, convencionalismo, interpretativismo.

**Keywords:** objectivity, legal objectivity, realism, conventionalism, interpretativism.

### Sumario

**I. Introducción. II. Objetividad jurídica y realismo según Moore. 1. Orientación escepticista: nociones débiles de la objetividad. 2. La crítica de Moore a los interpretativismos. III. El realismo para el derecho según Moore. 1. Una semántica realista: algunos argumentos a favor de una teoría referencial-realista acerca del significado de los términos del derecho. 2. Una ontología de clases para una semántica realista de los términos del derecho. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

\* Docente de Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: paola.garcia@udep.edu.pe.

Recibido: 12 de diciembre del 2021

Aceptado: 31 de febrero del 2021

## I. INTRODUCCIÓN

Una forma de aproximarnos a la cuestión de la objetividad jurídica es considerar esta última como parte del debate más contemporáneo entre realismo y antirrealismo filosóficos. En esa línea, buena parte de la discusión se centró en la posibilidad de una realidad independiente de nuestra mente, que sirva como referente de las proposiciones jurídicas-normativas. Así pues, como observa Rodríguez-Blanco (2004), el núcleo del debate está en la cuestión metafísica, a saber, en qué consiste “la naturaleza de la estructura última de la realidad y la relación entre la realidad y la mente” (p. 24).

Siguiendo esta idea, todo realismo suscribe la tesis de la objetividad, entendida aquí como independencia de la realidad existente. Para el realista, las entidades, cuya existencia afirma, no son mentales; existen y tienen una naturaleza independiente de nuestros valores epistémicos o de nuestras capacidades cognitivas. Llamaremos a esta idea la tesis realista de la objetividad<sup>1</sup>.

En cuanto al dominio jurídico, el interés contemporáneo en la cuestión de la objetividad surgió en el ámbito más concreto de la determinación del derecho: si existen o no soluciones jurídicas correctas. Más allá de las discusiones teóricas que esta última pregunta originó —como es conocido, a partir de las réplicas a Dworkin—, las respuestas se centraron en establecer qué lugar tienen las realidades jurídicas en nuestra comprensión del mundo. Si estas realidades son o no independientes de lo mental o si, en términos de Dworkin, es posible aspirar a la objetividad del derecho sin asumir un punto de vista externo a nuestras teorías, son cuestiones que tienen un impacto en el sentido de objetividad que el derecho es capaz de poseer.

Al respecto, dentro de las alternativas que interesan aquí, tenemos aquellas que vinculan la idea de la objetividad con aquella que sostiene la irreductibilidad de la realidad jurídica a la natural (Rodríguez-Blanco, 2010,

---

1 En el contexto del debate señalado, suele llamarse “realismo ontológico” a la concepción que suscribe la tesis indicada, a saber, que plantea que el mundo posee una existencia independiente de nuestros marcos conceptuales. Este realismo se distingue del llamado “realismo epistemológico”, aquella postura filosófica que sostiene que es posible conocer la realidad tal cual es. (Cfr. entre otros, Searle (1997, p. 162 y ss).

p. 241)<sup>2</sup>. El razonamiento es el que sigue: la noción de objetividad dependerá de la especificidad del dominio de que se trate: físico, moral, jurídico, político, etc., es decir, no existe *una* concepción de objetividad. De esta manera, la objetividad jurídica, por corresponder a un dominio práctico-evaluativo, no puede depender del método científico-empírico de la ciencia. Esta última sirve para explicar los hechos naturales, no los jurídicos.

A su vez, la irreductibilidad de la realidad jurídica a la natural significa que tampoco es posible emplear una explicación científica de la causalidad para dar cuenta del rol normativo del derecho. Por lo tanto, es necesario indagar acerca de nuevos métodos y/o estándares de racionalidad para la objetividad “específica” del derecho. Estos deben asegurar su independencia respecto de nuestros deseos, preferencias personales, disposiciones, carácter, sesgos, prejuicios, etc., y, a la vez, hacer posible su carácter de guía para la acción.

Por otra parte, hay quienes sostienen que existe continuidad entre la realidad natural y la jurídica, y, por lo tanto, entre las cuestiones evaluativas y científicas, entre el derecho y la ciencia. Para algunas de estas respuestas, que podemos llamar “naturalistas”, la ciencia debe ser el paradigma de la comprensión y la explicación del derecho, dado que la epistemología y metodología científica han demostrado ser una guía útil hacia lo verdadero y lo real: la ciencia ha mostrado que funciona. En esa línea, los criterios de la objetividad son provistos por la mejor explicación teórica acerca del mundo a la que tengamos acceso.

Para otros, por el contrario, la continuidad entre el mundo natural y jurídico significa que la objetividad jurídica está determinada por la real naturaleza de aquello a lo que nuestras expresiones jurídicas se refieren. Para esta segunda postura naturalista, los hechos jurídicos están constituidos por hechos morales y estos últimos, por hechos naturales. De acuerdo a esta idea, la objetividad jurídica depende de la determinación de aquellas realidades con las cuales se corresponden las proposiciones del derecho (Leiter, 2007, p. 275).

---

2 Como observa Rodríguez-Blanco, en estas alternativas teóricas, el término “natural” prioriza un sentido, aquel que se refiere a la realidad física. *Ibidem*.

## Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

Entre estos últimos autores, se encuentra la propuesta realista de Moore. En lo que sigue, expondré el planteamiento del autor acerca de la objetividad jurídica y de cómo el realismo constituye la forma de superar toda forma de orientación escepticista en el derecho. Con esa finalidad, mi exposición está organizada en tres secciones: 1) en primer lugar, se establece el sentido de objetividad jurídica para Moore, a través de dos momentos: en el primero, se delimita las nociones débiles de la objetividad, que son más relevantes para Moore y con respecto a las cuales desarrolla su propuesta realista; en el segundo, se desarrolla la crítica de Moore a los interpretativismos; 2) en segundo lugar, se da cuenta de la propuesta realista de Moore para afrontar la cuestión de la objetividad jurídica y, finalmente, 3) se cierra este trabajo con algunas conclusiones.

### II. OBJETIVIDAD JURÍDICA Y REALISMO SEGÚN MICHAEL S. MOORE

#### 1. Orientación escepticista: nociones débiles de la objetividad para el derecho

En el contexto de la cuestión sobre la objetividad jurídica, el trabajo de Moore adquirió cierta notoriedad en el ámbito de la filosofía del derecho. La razón está en que dedicó gran parte de sus esfuerzos teóricos en explicitar la incapacidad del convencionalismo para sostener la objetividad jurídica, especialmente en el ámbito más concreto y relevante de la práctica determinativa del derecho: la decisión judicial del caso.

Con relación a esto último, en correspondencia con la tesis realista de la objetividad, Moore (1999) distingue el convencionalismo como la forma de antirrealismo más suscrita por los juristas en la actualidad. De hecho, todo convencionalismo es, para el autor, una especie de idealismo filosófico, al caracterizarse por sostener que las entidades existen solo como ideas, individuales o socialmente compartidas; es decir, son dependientes de nuestros pensamientos y de nuestras convenciones (p. 881).

De acuerdo a esta última idea, en el ámbito de la práctica jurídica-interpretativa, los convencionalismos niegan que haya algún aspecto del

significado que sea independiente de la construcción social. Para Moore (2016), esto último se basa en la idea de que es imposible establecer una relación entre el nuestro pensamiento y nuestro lenguaje con una realidad independiente. Por consiguiente, si se quiere sostener que las proposiciones jurídicas del caso son objetivas, *i. e.* determinadamente “verdaderas”, “con independencia de cómo un juez ha decidido o de cómo decidirá”, es necesario abandonar los presupuestos ontológicos que subyacen a dicha forma de comprender el significado (p. 133).

La última afirmación se relaciona con un objetivo que recorre la trayectoria intelectual de Moore. Para el Moore (2004c) la cuestión sobre la objetividad es una pregunta acerca de la verdad en la ciencia, la ética y el derecho. Esta pregunta se encuentra referida a los juicios (*judgments*), entendidos estos últimos como proposiciones, a saber, como ciertos enunciados declarativos que pueden ser portadores de la verdad (pp. 294–296). En este contexto, Moore se pregunta por la objetividad o verdad de aquellas proposiciones que interesan a los juristas, entre las que se encuentran las proposiciones jurídicas–normativas.

La preocupación de Moore por la objetividad en general, con este sentido de verdad, se origina su inquietud por lo que denomina “la orientación escepticista” de la ciencia, la ética y el derecho, y que atribuye a los antirrealismos y a algunos interpretativismos antimetafísicos contemporáneos. Mientras que para los primeros, la actitud escéptica consiste en negar la existencia de una realidad independiente de nuestras construcciones conceptuales y sociales, para los segundos, dicha actitud radica en un debilitamiento del sentido de la objetividad.

Entre estas últimas propuestas, están las que sostienen la objetividad “modesta” y la objetividad “mínima” del derecho, defendida por Coleman y Leiter. Según el primer sentido, la objetividad depende de que una proposición cumpla con las exigencias de un sujeto cognoscente idealizado epistémicamente; según la versión “mínima”, la objetividad más bien radica en la existencia de un acuerdo intersubjetivo<sup>3</sup>. Igualmente, Moore observa que para algunos la objetividad es una noción específica de un dominio y, por lo tanto, depende de un

---

3 Cfr. Coleman J. y Leiter, B. (1993). Determinancy, objectivity and authority. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 549–637.

## Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

argumento interno a ese dominio. Tal es el caso de la propuesta interpretativista de Dworkin<sup>4</sup>. Finalmente, para otros, la objetividad es “procedimental”, es decir, la que se alcanza si se asegura el modo que seguimos para obtenerla. Esta noción es defendida por Postema, Fuller y Korsgaard (Moore, 2004, p. x).

Moore (2004) rechaza estas nociones y las considera versiones débiles de la objetividad, ya que se conforman con sentidos que no tienen en cuenta las implicaciones actitudinales que nos muestra la experiencia humana. Por el contrario, el realismo provee un sentido que considera estas actitudes, a saber:

Las personas quieren que sus juicios morales sean verdaderos, quieren que esas verdades se correspondan con unos hechos, [...] que esos hechos realmente existan, [...] que la existencia de valores no sea un mero producto de la invención o proyección humanas. (pp. ix y x)

De esta manera, una noción fuerte de objetividad, fundamentada en el realismo, debe ser capaz de superar no solo la actitud escéptica —que niega la tesis existencial acerca de determinadas entidades— sino, además, la perspectiva idealista, la cual admite dicha tesis pero afirma la dependencia de la realidad del sujeto. Ambas visiones apelan a la idea de un mundo oculto, “totalmente” externo a nosotros. Por el contrario, Moore sugiere, como lo hizo Putnam, que el realismo hace posible recuperar la visión del sentido común sobre la realidad, de modo que sea posible justificar nuestras creencias en algo real<sup>5</sup>. De este modo, aunque haya distinciones entre dominios específicos como la ciencia, la ética y el derecho, es posible afirmar que entidades, como objetos matemáticos, estados mentales, hechos morales, etc., existen de modo independiente de nuestro pensamiento.

En suma, para Moore, “objetividad” (i) significa “verdad” y (ii) se refiere, principalmente, a un tipo de enunciados declarativos, las proposiciones. Asimismo, (iii) cuando se afirma que una proposición “es verdadera”, se está

---

4 Cfr. Dworkin, R. (1996). Objectivity and truth. You’d better believe it. *Philosophy and Public Affairs*, 25(2), 87-1.

5 Cfr., especialmente, Putnam, H., (1994). *Las mil caras del realismo*. Paidós.

significando que dicha proposición se corresponde con ciertas clases de hechos que existen en el mundo, independientemente de que nosotros creamos que existen o no.

En relación con la última idea, Moore (2016) plantea que la posibilidad de que las proposiciones jurídicas sean objetivas depende de la existencia de unos hechos independientes de la mente con los cuales se corresponden estas proposiciones. Sostener la objetividad del derecho significa, por lo tanto, afirmar su determinabilidad (*determinacy*), *i. e.* que todas las proposiciones jurídicas poseen valores de verdad independientes i) del hecho de ser promulgadas autoritativamente —la verdad de las leyes— y ii) de cómo un juez decide o decidirá un caso —la verdad del caso— (pp. 145–150).

## 2. La crítica de Moore a los interpretativismos

Antes de pasar a mostrar algunos rasgos del realismo de Moore, es importante mostrar la crítica del autor a otra de las formas antagonistas del realismo a las que dedicó una atención especial, los interpretativismos. Una forma de abordar esta crítica es exponer cómo este autor comprende los presupuestos filosóficos del giro interpretativista en el derecho anglosajón.

Para empezar, su interés en las nacientes teorías jurídicas–interpretativistas surgió al observar el escaso desarrollo teórico de la práctica interpretativa que, a su criterio, existía hasta al momento. Para Moore (1985) esto último no es más que una consecuencia del dominio ejercido hasta entonces por positivismo jurídico, tanto en la teoría como en la práctica del derecho:

[...] La doctrina más reciente, aunque realizada por los mejores y más brillantes estudiosos en derecho contemporáneo, se ve afectada por uno de dos factores [...] (1) [...] no [se] distingue la interpretación como una actividad del razonamiento jurídico y, más bien, [se] equipara la interpretación con todo el razonamiento jurídico; o (2) gran parte de la doctrina proviene de tradiciones escépticas que imponen un escepticismo acerca de la posibilidad de que exista algo que pueda llamarse teoría de la interpretación. Debido a este estado de cosas, casi no hay un debate detallado sobre el contenido adecuado de una teoría de cómo se deben interpretar los textos jurídicos. (pp. 285–286)

## Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

En ese sentido, Moore dirige su atención a aquellas propuestas que comienzan a teorizar sobre la interpretación jurídica desde presupuestos filosóficos distintos a los que regían la teoría jurídica. Más específicamente, el interés principal del autor no está en el interpretativismo aplicado por los teóricos del derecho sino, más que nada, en establecer si el interpretativismo es apropiado para la objetividad jurídica.

Por lo tanto, desde esta perspectiva filosófica —adoptada por el propio autor— no se pretende entrar directamente en las teorías interpretativistas del derecho —tema que excede al propósito de este trabajo— sino más bien explicitar cómo el interpretativismo acerca del conocimiento en general y del jurídico en particular desembocan, para Moore, en una diferente concepción de objetividad para el derecho.

Aclarado esto, lo primero a tener en cuenta es que Moore (1989) trata el interpretativismo como una orientación filosófica “antimetafísica”, que se caracteriza por poner en tela de juicio los términos del debate entre realismo y antirrealismo. Ya sea por considerarlo sin relevancia práctica o por afirmar que es insoluble, esta visión filosófica evade los extremos de dicho debate (p. 873). La estrategia de evasión se basa, en palabras de Moore (1989), en el “supuesto descubrimiento de que el conocimiento es ‘interpretativo’” (p. 890).

En esa línea, el interpretativismo se convierte en la vía para fundamentar una teoría jurídica antimetafísica, a saber, una que se mantenga al margen de las cuestiones ontológicas y, en algunos casos, epistemológicas sobre las que discutieron algunas de las principales teorías jurídicas del pasado siglo (Moore, 1986, p. 886).

Una teoría jurídica interpretativista, señala Moore, se sostiene en la tesis filosófica de que cualquier metafísica es irrelevante para la teoría y práctica del derecho. En esto último radicaría, según el autor, la novedad de la vía interpretativista con respecto a otras orientaciones filosóficas antimetafísicas: en ser una filosofía que pretende abstenerse de dar una respuesta a la *mind-and-independence question*.



Por lo tanto, partiendo de la idea de que lo que identifica a un interpretativista es su rechazo abierto a ocuparse de esta cuestión. Moore (1989) agrupa distintas variantes en tres formas básicas de interpretativismo, según el grado de rechazo de una metafísica en la fundamentación de la disciplina jurídica (p. 891):

- i) La primera de estas variantes —la más ambiciosa, según el autor— se caracteriza por afirmar que todo conocimiento es una interpretación de un observador frente a un fenómeno. De esto se sigue, enfatiza Moore (1989), que para estas variantes no existe una distinción real entre disciplinas científicas o naturales y sociales, a saber, una distinción según su objeto (pp. 893–895). Lo que hacen “físicos, sociólogos, juristas, psicoanalistas y críticos literarios” no es “buscar el conocimiento” sino “interpretar una práctica social” (p. 893). En esa línea, dado que la pretensión es renunciar a la objetividad acerca de la naturaleza de la realidad, el conocimiento y el lenguaje, esta visión interpretativista es empleada por algunos autores para fundamentar la negación de cualquier estatus cognoscitivo del derecho (Moore, 1985, p. 279, nota 4)<sup>6</sup>.
- ii) Para otros interpretativismos menos ambiciosos, por el contrario, solo el conocimiento de las ciencias humanas y sociales —en el cual se incluye el conocimiento jurídico— es interpretativo. Tal idea se basa en que estas disciplinas tratan con fenómenos significativos e intencionales que deben ser interpretados para ser entendidos, *i. e.* las conductas humanas y el lenguaje (Moore, 1989, pp. 891, 917 y 918).

De esto se desprende, en primer lugar, que la ciencia jurídica es una disciplina hermenéutica por su objeto, a saber, porque recae sobre fenómenos que necesitan alguna actividad interpretativa. Según este interpretativismo, explica Moore (1989), lo que daría especificidad a las disciplinas hermenéuticas es el tipo de data que constituye su objeto, *i. e.* fenómenos significativos (p. 920). Por lo tanto, al mantener la conocida

---

<sup>6</sup> Para Moore (1989), las variantes más ambiciosas sostienen que la interpretación no tiene como fin conocer la verdadera naturaleza de algo, sino “mantener la conversación” acerca de algo. Esta es la forma de alcanzar “acuerdos que conforman nuevas prácticas (o al menos desacuerdos fructíferos desde los cuales sean posibles nuevos acuerdos)” (p. 895).

dicotomía explicación-comprensión, esta variante justifica que se emplee un método diferente al cálculo explicativo-predictivo de las ciencias naturales (p. 917). En segundo lugar, si la ciencia jurídica, en cuanto ciencia hermenéutica, es ajena a “la explicación o predicción de los fenómenos, la descripción exacta de las cosas” y no le concierne “el conocimiento sino la comprensión”, entonces las cuestiones estrictamente metafísicas y epistemológicas están fuera de lugar (pp. 917-919). Sin embargo, observa Moore (1989), estos interpretativismos no renuncian a la objetividad del derecho, sino que plantean, entre otras ideas, que “las interpretaciones en las ciencias sociales, a pesar de ser diferentes a las explicaciones de las ciencias naturales, no son menos objetivas, no menos capaces de ser verdaderas o falsas”; [...] su corrección o incorrección depende, de si ellas guardan correspondencia total con el significado que subyace al texto, el cual es una objetivación de la mente (p. 919).

- iii) Finalmente, hay quienes proponen un interpretativismo modesto según el cual “la interpretación es el método apropiado para ciertas actividades específicas, tales como la comprensión de un sueño, una novela, o una ley; no es el método de todo el conocimiento (ni siquiera del conocimiento de las ciencias humanas), ni siquiera el método de todas las actividades desplegadas en una disciplina” (Moore, 1989, p. 891). Asimismo, este interpretativismo postula que la actividad interpretativa no puede ser justificada en que con ella se busca el conocimiento y la verdad, en el carácter especialmente significativo de la conducta humana o en que es regida por las categorías epistemológicas de la comprensión (y no del entendimiento). Por el contrario, esta forma es modesta porque afirma que la interpretación es una actividad “que demanda una justificación o valor que le dé sentido” (Moore, 1989, p. 891).

Moore (1989) afirma que cada una de estas tres formas interpretativistas ha sido empleada para sostener conclusiones antimetafísicas y antiepistemológicas en la teoría y en la práctica del derecho. Sin embargo, para el autor estas conclusiones son aparentes: “ninguna versión del interpretativismo [...] puede hacer valer su afirmación de haber escapado de la metafísica”; por el contrario,

“el giro interpretativo solo ha oscurecido las presuposiciones metafísicas de nuestro pensamiento, en el derecho y en cualquier otra parte” (p. 874).

En otras palabras, lejos de escapar de los problemas metafísicos debatidos por realistas, idealistas y escépticos sobre la objetividad del derecho, “todo” interpretativismo apela a una metafísica “hecha de manera inconsciente” (Moore, 1989, p. 874). Un interpretativista, concluye, no es más que “otro metafísico que promueve su propia visión metafísica (generalmente de carácter idealista)” (Moore, 1989, p. 892).

Dejando a un lado la crítica de Moore a los interpretativismos como estrategias fallidas para evadir la metafísica, lo que importa resaltar en este punto es la posibilidad para el autor de un realismo que abandone esta estrategia evasiva y que, por otro, sea compatible con una metafísica (y epistemología) distintas de las implícitamente asumidas por las variantes estudiadas. Más específicamente, y a modo de pregunta: aun cuando se aceptase un interpretativismo acerca de la teoría y práctica jurídicas, ¿esto justifica que deba concluirse una teoría y prácticas jurídicas antimetafísicas?

Para Moore, la respuesta es negativa. Para empezar, el autor se deslinda de las variantes más “ambiciosas” (i y ii): Así, pues, no acepta que el conocimiento jurídico tenga un estatus epistemológico especial en razón de su objeto (contra ii), y tampoco se adhiere a la tesis de que toda disciplina humana es hermenéutica (contra i) (Moore, 1985, pp. 281 y 282; Moore, 1989, p. 942). En síntesis, según Moore hay razones suficientes para que los juristas y teóricos del derecho eviten las formas ambiciosas del interpretativismo; sin embargo, sugiere que solo el realismo es compatible con una visión metafísica del derecho.

### III. EL REALISMO PARA EL DERECHO SEGÚN MOORE

Ahora bien, en este contexto, si se quiere hacer frente a los antirrealismos e interpretativismos y, en consecuencia, garantizar la verdad u objetividad jurídica, es necesario, primordialmente, asumir en el derecho una visión realista de la objetividad. Ahora bien, ¿qué tipo de realismo es necesario, según Moore? Para

el autor, el realismo —en cuanto postura filosófica— se distingue por suscribir la importancia teórica y práctica de unos compromisos ontológicos.

En el pensamiento del autor, estos compromisos pueden catalogarse en dos tipos. Por un lado, tenemos aquellos compromisos ontológicos que sostienen la independencia del mundo respecto de nuestro pensamiento y lenguaje y, por otro, los que versan sobre la verdad y el significado (Moore, 2004b, pp. 107-115, 118). Asimismo, estos compromisos ontológicos se diferencian de las cuestiones epistemológicas, a saber, aquellas que justifican nuestro conocimiento acerca de la realidad. Por razones de espacio, veamos a continuación solo algunos de estos compromisos ontológicos: una semántica realista y una ontología realista.

### 1. Una semántica realista: algunos argumentos a favor de una teoría referencial–realista acerca del significado de los términos del derecho

Moore (1985) plantea que muchos de los problemas relacionados a la obtención de la verdad jurídica del caso tienen su origen en la semántica convencionalista, adoptada mayoritariamente por el operador del derecho. Esto es así porque esta semántica, en sus distintas variantes, plantea la idea de que el significado es una construcción social, es decir, que puede ser reducida a los usos lingüísticos de una comunidad de hablantes. Esto último supone que la relación entre el lenguaje y la realidad es totalmente contingente, a saber, depende prioritariamente del arbitrio humano (pp. 291 y 293).

Frente a esta alternativa, Moore (2005a) afirma que el significado de los términos y enunciados del derecho es el que poseen nuestras expresiones lingüísticas según la semántica ordinaria, estudiadas por la semántica léxica [las palabras] y por la semántica compositiva [las oraciones]. Según esta idea, una semántica ordinaria es un componente fundamental de una teoría jurídica realista y de teoría de la interpretación jurídica (p. 554)<sup>7</sup>. Ahora bien, en cuanto al derecho, la mejor teoría

---

7 En este punto es conveniente indicar que Moore adopta la distinción hartiana de las proposiciones jurídicas (proposiciones del derecho) según el criterio de generalidad lógica de los términos generales y singulares. Según este criterio, estas pueden ser proposiciones jurídicas generales (*propositions of law*) y proposiciones jurídicas singulares (*law of the cases*).

semántica es, según Moore, aquella que puede sostener el significado sobre la base de sus referentes, y no sobre la convención de hablantes e intérpretes.<sup>8</sup> Dicho de otro modo, la mejor semántica ordinaria es una que reivindique la prioridad de la referencia sobre el aspecto convencional del significado.

En esa línea, el autor considera que la teoría causal de la referencia —que atribuye a la filosofía del lenguaje de autores como Putnam y Kripke— cumple con esta exigencia. En breve síntesis, la teoría causal sostiene que el significado de términos que se refieren a determinadas clases se encuentra determinado por su referente (Moore, 1981, p. 167). A su vez, el referente no se reduce a un conjunto de descripciones que posee el hablante acerca de un objeto particular, a su estado psicológico sobre el mundo, o al conjunto de reglas de uso establecidas por la comunidad lingüística.

Más bien, según el enfoque causal, cuando el hablante ordinario usa estos términos lo hace con intenciones de referirse a algo más que a un conjunto de descripciones previas o estructuradas respecto a los objetos. Es decir, lo hace con intenciones de hablar de cosas realmente existentes, aun cuando tales objetos pueden no encajar con las descripciones que el hablante tenía en la mente. Esto último significa que hay un elemento externo (*the environmental fact*) al pensamiento y a los usos lingüísticos que permite afirmar si el uso de nuestros términos es correcto.

En suma, para Moore la teoría causal de la referencia otorga prioridad a las intenciones semánticas-referenciales, *i. e.* aquellas con las que el hablante ordinario usa las palabras. Estas últimas consisten en aplicar nuestras palabras a cosas “realmente” existentes, con independencia de si estas últimas encajan con las descripciones o ejemplos paradigmáticos del significado. De esta manera,

---

En este trabajo se usan los términos “proposiciones del derecho” y “textos del derecho para referirnos a los textos jurídicos-autoritativos de carácter general.

8 Siguiendo la distinción fregeana entre *bedeutung* (referencia) y *sinn* (sentido), Moore caracteriza a las distintas teorías de la referencia como aquellas que sostienen que el significado se encuentra en su aspecto referencial, *i. e.*, aquello de lo que se está hablando cuando se usan las palabras. Al respecto, cabe precisar que el autor identifica la referencia con la extensión de las palabras, a saber, con su aplicabilidad a distintos ejemplares.

cuando los hablantes usan términos que designan clases como “muerte”, “ley” o “justicia”, explica Moore, los hablantes emplean estas palabras principalmente para *nominar* realidades que piensan como ejemplares de esas realidades (Moore, 1985, pp. 339–348; Moore, 2005b, pp. 135–137; Moore, 2016, pp. 138–139, 206–207).

En distintos trabajos, Moore desarrolla las ventajas de aplicar la teoría causal de la referencia en la determinación de las proposiciones jurídicas que contienen la decisión judicial: Aquí podemos enfocarnos en dos de ellas. En primer lugar, una ventaja de reconocer nuestras intenciones referenciales como prioritarias radica en que el intérprete puede aplicar los significados a hechos nuevos, a saber, hechos que no encajan con las intenciones atributivas del hablante, sin que esta aplicación implique un cambio del significado de los términos.

De acuerdo a la explicación de Moore, una teoría realista plantea que pueden existir razones que nos exijan cambiar los indicadores semánticos que usamos al aplicar nuestros términos. Según esta idea, el significado de un término como “muerte” no está dado por las convenciones acerca de su uso; más bien, afirma Moore, para el realismo semántico el término en cuestión se refiere a una clase de evento natural que acontece en el mundo (Moore, 1985, p. 294).

Así, por ejemplo, ante el descubrimiento científico de que es posible, en algunos casos, restaurar las funciones cerebrales de las personas, un hablante ordinario que usa correctamente el lenguaje adecúa sus indicadores semánticos a este hecho nuevo, es decir, excluye de la extensión del término “muerte” aquel estado en que hay un cese reversible de dichas funciones. Según esta idea, los indicadores semánticos  $\neg$ —que consideramos relevantes para describir en qué consiste el evento natural de la muerte— deben ajustarse al nuevo conocimiento adquirido por el hablante.

Sin embargo, nuestras intenciones referenciales permanecen: si el significado no se agota en el uso de indicadores semánticos, es posible que los hablantes usen diferentes expresiones —empleen distintos indicadores— con las mismas intenciones referenciales, es decir, para referirse a una misma realidad que es parcial y progresivamente conocida por los hablantes (Morré, 1985, p.

294; Moore, 2016, pp. 140-144). En cambio, para una teoría convencionalista la adecuación de nuestros usos lingüísticos a hechos nuevos no es posible, ya que tales hechos no encajan con las intenciones semánticas-atributivas, entendidas estas últimas como las propiedades o conjunto de características que definen convencionalmente el significado.

Para este tipo de enfoque, observa Moore (1985), los nuevos hechos siempre superan a los indicadores semánticos derivados del uso pasado de los términos, precisamente porque tal uso se constituyó sobre la base de “situaciones pasadas que se repitieron con la frecuencia suficiente para originar las convenciones que se han desarrollado sobre la ‘muerte’”(p. 293). En otras palabras, el enfoque convencionalista presupone que el significado se agota en las descripciones o paradigmas aceptados por la comunidad de hablantes en un momento dado.

En efecto, como observa Zambrano (2014), una de las principales limitaciones de una semántica convencional es la imposibilidad del intérprete de sostener racionalmente la decisión interpretativa en los casos marginales que son materia de interpretación. En ellos no resulta claro para el intérprete si se corresponden o no con los paradigmas o criterios según los cuales se aplica el significado a casos particulares. Si el significado es pura construcción social, como propone el convencionalismo semántico, “no hay ninguna perspectiva racional que justifique la decisión de incluir o no un caso marginal, oscuro o difícil dentro del rango de casos individuales comprendidos en la clase denotada por el significado” (p. 437).

Frente a la limitación descrita, una teoría referencial-realista plantea que “abandonar el saber convencional sobre qué propiedades son distintivas de una clase no necesariamente implica un cambio de significado, solo [implica] una mejor teoría sobre cuál es realmente ese significado” (Moore, 2016, p. 133). En esa línea, Moore plantea que el uso ordinario de los términos del derecho difiere el conocimiento del significado a lo que los teóricos del derecho significan con términos como ‘contrato’ y ‘ley’; esto permite que los hablantes puedan incorporar progresivamente en sus intenciones referenciales el conocimiento acerca de las realidades jurídicas. Por el contrario, advierte, si los hablantes consideran que el significado de los términos del derecho se fija por convención y no por la naturaleza de cosas que son independientes a nosotros, entonces estos

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de  
Michael S. Moore

significados son infalibles y las creencias acerca de las cosas son incorregibles (Moore, 2016, p. 133; NLT, pp. 294 y 295, 297 y 298).

Con relación a esta última idea, una segunda ventaja de una teoría referencial-realista del significado está, para Moore, en que puede limitar adecuadamente el rol judicial de la aplicación del derecho ante la indeterminación del derecho dado (*the obvious law*). Al respecto, para el autor es incuestionable que la diversidad de casos “supera el vocabulario y la imaginación de cualquier legislador, no importa cuán talentoso sea” (Moore, 2012, p. 449). Por ello, los jueces se encuentran obligados, en todos los casos, a tomar decisiones interpretativas para la aplicación del derecho a los hechos, no importa el grado de indeterminación jurídica que exista.

En este contexto, observa, los jueces suelen enfrentar los hechos nuevos de dos maneras: una de ellas es invocar su autoridad para crear derecho, *i. e.*, para crear una nueva regla jurídica que es mejor que la expresada literalmente por el texto (Moore, 2012, p. 450). La segunda, es atenerse al derecho dado, “no importa que tan absurdas sean sus aplicaciones”; de lo contrario, se argumenta, los jueces se estarían arrogando un poder creativo que no les corresponde.

Una semántica realista permite invocar un argumento distinto: ante hechos nuevos, el juez no altera el significado del texto del derecho para hacer posible el ‘encaje’ del hecho con las intenciones atributivas del redactor o autor del texto. Por el contrario, el juez que se apoya en una semántica realista descubre el verdadero significado del texto:

[n]o es que [los jueces] nunca abandonen un precedente del derecho o cambien el “significado literal” de una ley, sino que cambiar el derecho [...] requiere una demostración especial, más convincente que [meramente alegar] que la nueva regla es mejor [...]. La semántica realista permite al juez cambiar la teoría prevaleciente sin cambiar el derecho [...] porque con esta semántica no cambia el significado de un texto jurídico, solo descubre (a través de una mejor teoría) cuál ha sido siempre ese significado. (SMO, p. 136)

La idea sugerida por Moore es que una semántica realista orienta a los jueces a tomar decisiones basadas en las mejores teorías acerca de las realidades



que subyacen al lenguaje jurídico-normativo. De ese modo, es la naturaleza de estas realidades —y no las convenciones acerca del significado— la guía para aplicar las expresiones del texto en un caso dado (Moore, 1985, pp. 324 y 325).

Así, pues, para descubrir cuál es el significado del texto, la actividad interpretativa del juez debe empezar en las intenciones semánticas-referenciales del autor o redactor de los textos del derecho, a saber, en aquellas intenciones de significar realidades jurídicas realmente existentes. Como se ha expuesto, según el enfoque realista-semántico de Moore, nuestras intenciones referenciales son constantes, incluso si han cambiado nuestras teorías. Debido a ello es que el intérprete puede aproximarse desde estas intenciones y “a través de una mejor teoría” a la naturaleza de las realidades significadas con tales textos (Moore, 2016, p. 136).

En esa misma línea, el autor sostiene que el grado de indeterminación semántica, creada por la vaguedad del lenguaje, depende de qué teoría sobre el significado se adopte. Para una teoría referencial-realista, afirma el autor, la vaguedad no es absoluta, ya que la búsqueda del significado es una cuestión sobre cuál es la mejor teoría acerca de una realidad referida. En ese sentido, el intérprete nunca se queda sin significado, aun en los casos más difíciles en los que se ha alcanzado “el límite externo de la comprensión convencional de alguna clase” (Moore, 2016, p. 137). Si bien en determinados casos puede no ser claro si un ejemplar es parte de la extensión del término, en tales casos una teoría semántica-realista exige que el intérprete teorice genuinamente, a saber, que decida sobre la base del conocimiento de la realidad referida.

Nuestras convenciones semánticas son comprensibles, observa Moore, en el contexto de nuestras teorías acerca de lo que son las cosas; estas últimas pueden ser erróneas o no, y por ello puede existir desacuerdo acerca de cuál es el significado de los términos del derecho. Pero el desacuerdo se resuelve no con base en el argumento de que el significado ha cambiado; más bien, se resuelve apelando al hecho de que aun cuando nuestro conocimiento es limitado —lo cual implica que nuestros indicadores semánticos son aproximaciones temporales a la realidad referida—. Esta limitación no es un obstáculo para la actividad interpretativa. El significado es tan rico como la naturaleza de las cosas

a las que se refiere nuestro lenguaje y es revelado por una teoría progresivamente mejor (Moore, 1985, pp. 308 y 309).

## 2. Una ontología de clases para una semántica realista de los términos del derecho

Moore advierte que una semántica realista no es suficiente para hacer posible la objetividad fuerte del derecho. Hace falta que “las cosas (a las que se refieren los textos jurídicos) posean una naturaleza, suficientemente, rica que haga la bivalencia posible” (Moore, 2016, p. 133). Al respecto, puede afirmarse que el proyecto ontológico de Moore es establecer una teoría con la potencialidad de explicar cómo es posible que las proposiciones jurídicas sean verdaderas por lo que hay en el mundo.

Al respecto, Moore (2005b) precisa que una semántica realista acerca de los términos del derecho defiende que ciertos hechos ontológicos —y no solo hechos sobre el uso— son ciertos, a saber:

Clases como contratos y derecho existen en el mundo independientemente de si pensamos que existen, y palabras como “contrato” usadas en las proposiciones del derecho y palabras como “derecho” usadas en la teoría jurídica, obtienen su significado de la naturaleza de esas clases y no de los usos convencionales que guían su uso. (p. 761)

Según lo señalado, los hechos ontológicos (o hechos ambientales según Moore) son dos: (i) la existencia de clases y (ii) el hecho de que la naturaleza de la clase determina el significado de los términos del derecho y acerca del derecho. Ambos son las condiciones de aplicabilidad de la semántica realista, tanto en la teoría del derecho como en una teoría de la interpretación jurídica, y su explicación corresponde a una ontología de clases (Moore 2016, p. 140).

El papel que cumple la ontología de clases en el pensamiento de Moore no es fácil de desentrañar. Una forma de comprender este rol es explicar qué relación tiene esta ontología con la actividad jurídica-interpretativa. En primer lugar, el autor sugiere que esta ontología cumple la función de vincular el acto interpretativo

con un conocimiento que no depende de los usos atributivos del lenguaje. De esta manera, las clases son las condiciones de objetividad de las proposiciones del derecho (Moore, 2016, p. 138).

Una clase, afirma el autor, es un ejemplar con una “naturaleza suficientemente unitaria y robusta” que hace posible referirnos a ella prescindiendo de sus ejemplares particulares. Según esta idea, lo común entre la diversidad de clases —naturales, morales y funcionales— es que ninguna se reduce a generalizaciones accidentales o contingentes de un conjunto de propiedades y todas ellas existen en el mundo, independientemente de si pensamos que existen o no (Moore, 1992, pp. 206–208; Moore, 2004b, pp. 118 y 119).

En esa línea, para Moore, el realista descubre que los términos del derecho designan clases. En el derecho norteamericano, por ejemplo, las reglas jurídicas de la responsabilidad extracontractual y penal se refieren a clases naturales cuando exigen que el acto de una persona debe causar daño a otra para atribuir responsabilidad. Otras reglas se refieren a clases morales, cuando otorgan la custodia de los hijos a aquel padre que maximice el mejor interés del niño, o a clases funcionales cuando establecen que un homicidio se califica como asesinato si es realizado con malicia (Moore, 1989, pp. 882–887).

En todas estas reglas, señala Moore, el significado de los términos —“causar”, “mejor interés del niño”, “malicia”— se encuentra determinado por sus referentes (las clases) y no, como se ha visto, por los indicadores convencionales que guían el uso de los términos. Por lo tanto, el autor concluye que la *mejor* actividad interpretativa del derecho es la que empieza por establecer el significado de los términos del derecho acudiendo a la naturaleza de la clase (Moore, 2016, p. 146).

Ahora bien, en segundo lugar, Moore plantea que el realismo acerca de clases es inseparable de la siguiente afirmación: la mejor interpretación de las reglas jurídicas es aquella que sirve a su propósito (Moore, 2016, p. 147). En otras palabras, para un realista el propósito detrás de la regla se cumple mejor interpretamos los términos del derecho como palabras cuyos referentes son clases. Esto es así, sostiene Moore, porque las clases ofrecen una naturaleza que

guía hacia el significado jurídico de la regla, a diferencia de las semánticas que identifican el significado con el uso lingüístico.

Esto último tiene una consecuencia importante para la práctica jurídica-interpretativa: el intérprete debe determinar cuál es la tipología de clases que corresponde en cada caso, ello en función de la mejor realización del propósito de la regla. Siguiendo ese razonamiento, hay casos en los que “la mejor interpretación no es construir el significado de las palabras de los textos jurídicos con la metafísica de clases naturales y morales”, aun cuando dichas clases existan. Más bien, aun cuando existieran es mejor interpretar la regla a la luz de su propósito, “como si no se refirieran a tales clases” (Moore, 2016, p. 148). La pregunta que el intérprete debe hacerse es la siguiente: ¿cuál es la lectura ontológica de la regla jurídica que sirve mejor a su propósito?

Para ilustrar mejor esta idea, Moore propone la interpretación del término “lugar” que aparece en las reglas jurídicas del derecho penal o del derecho de daños. Tradicionalmente, se interpreta el término “lugar” como el lugar físico donde se ha realizado el delito o el perjuicio. Sin embargo, aplicar esta lectura de la locación como una clase natural no siempre sirve al propósito de las reglas jurídicas involucradas.

Piénsese en un asesinato: el presunto asesino dispara, desde la orilla de un río, a la víctima que se encuentra en la otra orilla<sup>9</sup>. El lugar desde el que dispara se circunscribe a la ciudad X, mientras que el lugar donde se encuentra la víctima, a la ciudad Y. La víctima, impactada por la bala, muere en la ciudad Y. O imaginemos que el acusado dispara y hiere a la víctima pero esta escapa y muere más tarde en otro lugar, la ciudad Z. O pensemos, continúa Moore, que el acusado vive en la ciudad X y desea asesinar a la víctima que vive en la ciudad Y; con este fin, envía un sobre con alimentos envenenados a la víctima, quien los recibe en Y, los come y muere.

En todos estos casos, observa Moore, la búsqueda del significado parece conducir al intérprete a la pregunta acerca de “dónde” se ha realizado totalmente

---

9 Se ha preferido reemplazar las referencias de Moore a los Estados de Norteamérica con referencias a ciudades, para que el ejemplo sea más claro.

el acto de matar. Sin embargo, que el acto se haya realizado totalmente en un lugar u otro puede ser ontológicamente “verdadero”, pero será una verdad trivial para los propósitos de las reglas jurídicas en cuestión. Los propósitos de las reglas de locación —tales como las reglas de competencia o del derecho aplicable— exigen que tales verdades den un espacio a la construcción jurídica de la locación de acciones:

La localización jurídica —el lugar de un asesinato determinado por la maximización de las políticas detrás de las reglas dependientes de la localización [...]— es un bien instrumental cuya naturaleza está dada por servir al máximo los valores detrás de las reglas en las que aparece. (Moore, 2016, p. 147)

Como puede verse, para Moore la mejor interpretación de las reglas es, en este caso, aquella que considera que el término “lugar” se refiere a una clase funcional —la locación jurídica—. “Una clase funcional es un bien instrumental, un bien que únicamente es bueno porque sirve a algún otro valor” (Moore, 2016, p. 148)<sup>10</sup>. De esta manera, las clases funcionales que aparecen en las reglas del derecho son bienes instrumentales cuya naturaleza está dada por la mejor realización de los valores que constituyen el propósito de las reglas jurídicas.

Moore considera que la objetividad jurídica se encuentra garantizada debido a que el hecho ontológico principal de la actividad interpretativa se mantiene, a saber, que las clases existen y que son los referentes de los términos del derecho. Como se ha expuesto, el realismo semántico vincula la deferencia lingüística a la teoría con el hecho de que “existe algo”, una clase, cuya naturaleza es sometible a la teoría, no a la convención sobre el uso. De ahí que el realista no basa su interpretación y, por tanto, la determinación del derecho, en la convención sino que siempre recurre a las “mejores teorías que puede encontrar acerca de la naturaleza de las cosas a la que los términos se refieren” (Moore, 1989, p. 883).

En suma, la decisión judicial siempre se dilucida a la luz de los términos que designan clases. En el ámbito de la normas jurídicas constitucionales, por ejemplo —ámbito sobre lo que Moore se interesó especialmente—, estas se refieren a un tipo de clases morales, los derechos morales (*moral rights*). En ese sentido, el

---

10 La explicación de la noción de clases funcionales puede encontrarse especialmente en Moore (1992).

## Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

significado de términos, tales como “trato cruel” o “libertad de expresión”, no se encuentra en las intenciones originales de los redactores del texto constitucional, ni se encuentra determinado por la audiencia original o el consenso actual. Por el contrario, el realista desarrolla una teoría que explica “qué es un trato cruel, cuándo un discurso es verdaderamente libre y qué otros derechos poseen las personas”, e interpreta el texto constitucional a la luz de esa teoría (Moore, 2016, p. 146)<sup>11</sup>.

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que la determinación del significado jurídico de los textos del derecho—desde las cuales empieza la práctica de determinación judicial del derecho— exige al intérprete dilucidar, en todos los casos, las clases que constituyen los referentes de los términos del derecho. A su vez, la noción de clase vincula el acto interpretativo con la realización del propósito perseguido por tales proposiciones, de modo tal que el conocimiento teórico de la naturaleza de la clase aproxime el significado obtenido a la mejor realización del propósito.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, puede apuntarse lo siguiente:

En primer lugar, una comprensión más completa del debate contemporáneo sobre la objetividad jurídica resulta de incluir este debate en uno más amplio, a saber, la posibilidad de plantear la independencia de la realidad respecto de nuestros marcos conceptuales, capacidades cognitivas y convenciones, ya sean individuales o sociales. En este contexto, Moore plantea que la nota distintiva del realismo, que permite distanciarlo de los antirrealismos y de los interpretativismos, es la idea de que la objetividad radica en la posibilidad

---

11 Con respecto a la aplicación del realismo a una teoría del precedente, Moore señala que esta última rechaza todas las convenciones en la tarea de “obtener reglas generales de decisiones de casos anteriores”. El realista, más bien, “decidirá si un caso es como otro (y, por lo tanto, debido a la igualdad, merecedor de un trato similar) al generalizar sobre todas las características moralmente relevantes, características sobre las que convenciones morales, lingüísticas o jurídicas son guías provisionales pero a menudo inexactas”. *Ibidem*.

de una realidad existente que sea independiente de nuestros pensamientos y nuestro lenguaje.

En línea con lo anterior, Moore rechaza, por un lado, las versiones débiles de la objetividad, expuestas en el presente trabajo. Ello debido a que las condiciones epistémicas, el acuerdo intersubjetivo, el conocimiento interno y específico de un dominio, o el procedimiento, sustituyen aquellos hechos externos a nuestra comprensión del mundo. Dicho de otro modo, según estas versiones, la subjetividad cumple el rol de la realidad. Por otro lado, una noción fuerte de objetividad, fundamentada en el realismo, debe ser capaz de superar no solo la actitud escéptica —que niega la tesis existencial acerca de determinadas entidades— sino además la perspectiva interpretativista, la cual, en todas sus variantes, arriba en conclusiones antimetafísicas y antiepistemológicas en la teoría y en la práctica del derecho.

En segundo lugar, la cuestión sobre la objetividad es, para Moore, una pregunta acerca de la “verdad” en la ciencia, la ética y el derecho. Así, pues, el realismo de Moore es la visión filosófica que subyace a su proyecto ontológico y semántico para alcanzar la objetividad del derecho, tanto en la teoría como en la interpretación jurídicas. Este proyecto puede considerarse como un intento, como el de otros autores, de recuperar la relación lenguaje–pensamiento–realidad para la ciencia jurídica. En ese sentido, su crítica al convencionalismo semántico, una forma de antirrealismo, debe entenderse como una reivindicación de un lenguaje que puede hablar de cosas reales, del papel del conocimiento en nuestros modos de significar la realidad y de una ontología que explique nuestras referencias. Más allá de los cuestionamientos que desde las posturas convencionalistas se han realizado a la propuesta particular de Moore —y que no son posibles de abordar aquí—, la finalidad de exponer, en breve síntesis, algunas de sus argumentos a favor de una defensa de una semántica realista, es constatar que su preocupación por el papel del conocimiento en nuestros modos de significar la realidad y la referencialidad de nuestro lenguaje se inserta en una saludable corriente de pensamiento que pretende recuperar la ontología para el lenguaje jurídico.

## Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de Michael S. Moore

En tercer lugar, el realismo de Moore gira en torno a una preocupación central en el autor: hacer explícito que todo convencionalismo es resultado de “reducción escéptica” radical, a saber, la negación acerca de realidades independientes de la subjetividad humana (el pensamiento y el lenguaje). La exigencia realista de una semántica realista y de una ontología de clases referencialista es parte de la propuesta de Moore de superar esta reducción escéptica.

En cuarto lugar, el realismo ontológico acerca de clases nos sugiere que, aunque pueda existir vaguedad semántica, lo que no puede haber es una vaguedad ontológica, a saber, la indeterminación total de la realidad o la imposibilidad de trazar límites precisos entre una cosa u otra. Para el realismo, todo término toma su significado ordinario del mundo. Y ese tomar el significado es solo aproximativo y limitado, pero legítimo porque el conocimiento se refiere a una realidad *mind-and-convention independent*.

La interrogante que surge aquí es cómo distinguir cuál es la mejor explicación teórica acerca de las realidades independientes o cuándo estamos legitimados a reemplazar una teoría con otra porque es una mejor explicación de la realidad. En la propuesta de Moore se respira cierto espíritu progresista que confía que el conocimiento humano siempre avanza o es mejor que el presente.

Aun así, el realismo de Moore recupera la intuición fundamental del realista: eso donde el mundo (la realidad) no es algo “totalmente vago”, es decir, que existen muchas que fundamentalmente se mantendrían aunque cambiaran otras y que no podemos aspirar a que nuestras teorías sean definitivamente verdaderas o falsas. Esto hace posible que el desacuerdo sobre el significado no sea el momento final de actividad interpretativa. Más bien, para el realismo el intérprete puede descubrir esas relaciones permanentes a las que nuestras palabras se refieren porque detrás de ellas están las cosas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

Hurd, H. (2016). *Living with genius. The life and work of Michael S. Moore. Legal, moral, and metaphysical truths: the philosophy of Michael Moore*, 14–52, Oxford University Press.



- Hurtado, G. (1998). Realismo, relativismo e irrealismo. *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 30(90), 23–46.
- Laise, L. (2017). *El poder de los conceptos. Convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista*. Porrúa.
- Leiter, B. (2007). *Naturalising jurisprudence*. Oxford University Press.
- Moore, M. (1981). The semantics of judging. *Southern California Law Review*, 54, 151–294.
- Moore, M. (1985). A natural law theory of interpretation. *Southern California Law Review*, 58, 277–398.
- Moore, M. (1989). The interpretive turn in modern theory. A turn for the worse? *Stanford Law Review*, 41, 871–958.
- Moore, M. (1992). Law as a functional kind. En *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, 188–242.
- Moore, M. (2005a). Interpretación constitucional y aspiración a una sociedad buena. Una justificación de la teoría iusnaturalista de la interpretación constitucional. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (trad. Pilar Zambrano), (9), 551–576.
- Moore, M. (2005b). Can objectivity be grounded in semantics? *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho* (739–763), UNAM.
- Moore, M. (2004). Introduction. *Objectivity in ethics and law* (2, ix–xiv). Ashgate–Dartmouth.
- Moore, M. (2004a). Legal reality: a naturalist approach to legal ontology. *Objectivity in ethics and law* (319–405). Ashgate–Dartmouth.
- Moore, M. (2004b). Moral reality revisited, *Objectivity in ethics and law* (99–208). Ashgate–Dartmouth.
- Moore, M. (2004c). The plain truth about legal truth. *Objectivity in ethics and law* (293–317). Ashgate–Dartmouth.
- Moore, M. (2012). The various relations between law and morality, in contemporary legal philosophy. *Ratio Juris*, 435–471.

Objetividad jurídica, antirrealismo e interpretativismo. La visión realista de  
Michael S. Moore

- Moore, M. (2016). Semantics, metaphysics, and objectivity in the law. *Vagueness and law. Philosophical and legal perspectives* (127–157). Oxford University Press.
- Rodríguez-Blanco, V. (2004). Objectivity in law. *Philosophy Compass*, 240–249.
- Rodríguez-Blanco, V. (2010). *Meta-ethics, Moral objectivity and law*. Mentis.
- Putnam, H. (1973). Meaning and reference. *The Journal of Philosophy*, 70(19), 699–711.
- Putnam, H. (1975). The meaning of “Meaning”. *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers*, 2, 271–275. Cambridge University Press.
- Searle, J. (1997), *La construcción de la realidad social* (trad. por Antoni Doménech). Paidós.
- Zambrano, P. (2014). Principios fundamentales e inteligibilidad del derecho. Entre el realismo semántico y una teoría objetiva del bien y de la acción. *Dikaion*, 23(2), 423–445.

Por:  
Maricela Gonzales  
Pérez de Castro\*  
Ana Sophía Delgado  
Martínez\*\*

DERECHO DEL ADOPTADO AL  
CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES  
BIOLÓGICOS: ¿CUÁLES SON SUS LÍMITES?  
UNA MIRADA A LA DOCTRINA  
Y JURISPRUDENCIA COMPARADA

**Resumen**

Sobre el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos existe cierta discusión. Por un lado, se puede hablar de un derecho fundamental incondicionado de acceder a la verdadera filiación, por el hecho de conocer; por otro lado, de un derecho que, al no ser absoluto, puede ceder frente a otros intereses también legítimos y dignos de protección. En este orden de ideas, el anonimato materno figura que viene siendo contemplada por muchos ordenamientos jurídicos europeos, se presenta como un límite de tal derecho. En virtud de este, se pretende salvaguardar la identidad de los padres biológicos y, sobre todo, la vida de los recién nacidos.

**Abstract**

There is some discussion about the right of the adoptee to know her/his biological origins. On the one hand, one can speak of an unconditioned fundamental right to have access to true parentage, by the fact of knowing; on the other hand, of a right that, since it is not absolute, can be assigned to other interests that are also legitimate and worthy of protection. In these order of ideas, maternal anonymity, it has been contemplated by many European legal systems, is presented as a limit of such right. By virtue of this, it is intended to safeguard the identity of the biological parents and, above all, the life of the newborns.

**Palabras clave:** derecho a conocer los orígenes biológicos, derecho a la identidad, anonimato materno, adopción, filiación.

**Keywords:** right to know biological origins, right to identity, maternal anonymity, adoption, filiation.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (Asturias, España). Profesora a tiempo completo de Derecho Civil de la Universidad de Piura. Correo electrónico: maricela.gonzales@udep.edu.pe

\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad de Piura. Asistente de cátedra de Derecho Civil a tiempo completo de la Universidad de Piura. Correo electrónico: ana.delgado@udep.edu.pe

Recibido: 11 de diciembre del 2020

Aceptado: 5 de febrero del 2021

### Sumario

**I. Introducción. II. Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos. III. Anonimato materno y *favor filii* como límites al derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos. IV. El caso Odievre: sentencia del tribunal europeo de derechos humanos de 13 de febrero del 2003. V. El caso español: sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999. 1. *El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes pre-adoptivos*. 2. *La sentencia del Tribunal Supremo*. VI. Derecho a conocer los orígenes biológicos y su regulación en el Perú: a propósito de las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN

La adopción determina la filiación excluyendo totalmente el elemento biológico. Se basa, exclusivamente, en el principio del interés superior del menor (cfr. artículo 4 de la Constitución, artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes y artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño). La institución de la adopción, partiendo de la importancia de la familia, ha sido desarrollada para solucionar el problema social de los niños en desamparo.

Por ello, se dice que, en un plano fáctico, la filiación natural y adoptiva suelen ser complementarias. Esta última viene a paliar las deficiencias planteadas en determinados supuestos por la primera. Por lo tanto, la adopción trae consigo un efecto positivo, en tanto integra al adoptado en la familia del adoptante, pero también un efecto negativo, ya que implica una desvinculación con los progenitores biológicos.

Una alternativa a la adopción, en la que los vínculos biológicos se mantienen, es el acogimiento familiar. Esta figura ha sido recogida recientemente por el ordenamiento peruano<sup>1</sup>. Es una medida de protección, temporal o permanente,

1 La legislación ha sufrido modificaciones al respecto. Así, en un primer momento, en el 2000, el Código de los Niños y Adolescentes recogió la figura de la colocación familiar, la que en el 2014 fue modificada por la Ley N.º 30162, regulándose de este modo la figura del

a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de desprotección familiar. Esto es, que quienes están a su cargo incumplan o cumplan de manera inadecuada con sus deberes de cuidado y protección para con los menores y que afecte su desarrollo integral. A ellos se les proporciona una familia para que les cuide y asegure su bienestar, mientras se trabaja en la eliminación de la situación en la que se encontraban previamente.

El adoptado, a diferencia del niño que es protegido mediante el acogimiento familiar, ya no ostenta derechos en relación con sus progenitores, entre los que se encuentran los derechos sucesorios (cfr. artículo 377 del Código Civil).

Por último, es importante destacar que, si bien la adopción excluye el elemento biológico en la determinación de la filiación, al igual que las técnicas de fecundación artificial, ambas instituciones responden a fundamentos e intereses diferentes (González y Delgado, 2020). En la primera se confiere un estado de filiación a una persona ya existente. En la segunda, la persona a la que el acto negocial se refiere, todavía no existe —se habla de un *concepturus*— y es generada para ser hijo del autor del acto. Además, la finalidad de la adopción es dar mejor protección a los menores, mientras que la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es satisfacer legalmente el deseo y la voluntad de querer ser padre (González, 2013, p. 228).

## II. DERECHO DEL ADOPTADO AL CONOCIMIENTO DE SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

Todas las personas, incluidas, desde luego, los adoptados y nacidos por medio de reproducción asistida, tienen el derecho a conocer sus orígenes biológicos. Este derecho forma parte del derecho fundamental a la identidad personal, es decir, de “todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y “no otro”. Este derecho, implica dos aspectos o dimensiones: uno “estático” y otro “dinámico” (Fernández, 1992, pp. 113 y 114).

---

acogimiento familiar, institución que aún sigue vigente y cuya regulación, hoy en día, está bajo el Decreto Legislativo N.º 1297, que derogó la ley anterior, en el 2016.

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

La “dimensión estática”, que es constante en el tiempo, permite que las personas se diferencien externamente entre sí, por una serie de signos visibles en el mundo exterior (imagen, características físicas, nombre, datos de nacimiento, identificación, sexo, filiación, patrimonio genético, nacionalidad). La “dimensión dinámica”, por su lado, es variable en el tiempo. Está constituida por el conjunto de atributos y características (intelectuales, morales, culturales, religiosas, políticas, profesionales, etc.) que posibilitan distinguir a un individuo de otros dentro de la sociedad. El conocimiento de los orígenes biológicos, en ese sentido, forma parte del primer aspecto o dimensión.

Al iniciar este apartado, al hacerse mención a que las personas adoptadas son titulares de este derecho, se pretende enfatizar que el derecho no puede tratarlos de modo discriminatorio. En otros términos, no puede negárseles su pasado, impidiéndoles “unir su calidad de mortal a su nacimiento, como si sus cuerpos hubiesen perdido su realidad”, dejándolas solas en un espacio en blanco de su propia historia conscientemente creado por otros (Théry, 2009, pp. 38 y 39).

Cabe precisar que el derecho en cuestión se entiende como un acceso al conocimiento de la verdadera filiación por el mero hecho de conocer. Claro está, no implica alterar la filiación adoptiva, ni los derechos y deberes que esta lleva consigo, ni lograr la determinación de la filiación por naturaleza (González, 2013, p. 229). Ello debido a que la investigación de la paternidad y el descubrimiento de la verdad biológica aparecen vinculados estrechamente a los procesos de filiación y, fuera de ellos, no es posible ejercer esta investigación.

En consecuencia, un derecho del adoptado a conocer su filiación de origen, por el mero hecho de conocer, no encuentra cabida en de las acciones de estado, sino que se plantea como una acción independiente, ya que no pretende ni determinar, ni impugnar ninguna filiación, sino únicamente conocer la identidad de los progenitores biológicos.

Ahora bien, el desconocimiento de los adoptados de su origen biológico parte del hecho de que diversos ordenamientos permiten que los propios padres

biológicos soliciten que se reserve sus identidades en el proceso de adopción<sup>2</sup>. Además, porque otros países, como una excepción a la regla *mater semper certa est*, regulan el anonimato materno desde el mismo momento del nacimiento del menor e impiden la determinación de la maternidad y el conocimiento de la identidad de la madre y, por ende, la del padre. Por ello, desde hace algunos años, se ha planteado un interesante debate en torno a los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico<sup>3</sup>.

Así, resulta de interés mencionar la experiencia europea. Por ejemplo, en España la polémica surgió a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de setiembre de 1999 y, sobre todo, tras el famoso caso Odièvre. Controversia que se acentuó tras la aprobación del Libro II del Código Civil Catalán, en el que uno de sus artículos establece la obligación de los padres adoptivos de comunicar al hijo adoptado, tan pronto este tenga la madurez necesaria, y, en todo caso, cuando haya cumplido 12 años de edad, el origen de su filiación.

### III. ANONIMATO MATERNO Y FAVOR FILII COMO LÍMITES AL DERECHO DEL ADOPTADO A ACCEDER A SUS ORÍGENES BIOLÓGICOS

En el ordenamiento francés, objeto de examen por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Odièvre, la maternidad no se establece directa

---

2 El derecho anglosajón observa una tendencia a configurar la adopción de forma más abierta, que le hace muy diferente del resto de sistemas de adopción existentes en Europa. Esto se manifiesta, por un lado, en la posibilidad de derogar la regla de la confidencialidad con el consentimiento de los interesados. Por otro, especialmente en el sistema americano, que presenta una serie de caracteres al considerarse el proceso adoptivo parcialmente privado. De esta forma, se constituye un acuerdo entre la familia, o la madre biológica, y la adoptiva (*cooperative adoption*) en el que se fijan las condiciones de las adopciones, posibilitando el contacto entre ambas familias, tanto en el momento anterior a la adopción como en etapas posteriores. Esta forma de colaboración supone que el hijo sabe que ha sido adoptado y la identidad de sus padres biológicos. Sobre la adopción en el derecho anglosajón me remito a Garriga (2000, pp. 191-210).

3 Ya propugnan voces que extienden este derecho a los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida. Así se decantan, Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 671 y ss. y Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), p. 2.

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

ni automáticamente. En la inscripción del nacimiento, no es obligatorio indicar el nombre de la madre (cfr. artículos 56 y 311.25 del Código Civil francés). El encargado del registro tampoco tiene obligación de investigar de oficio estos datos. Es decir, en el supuesto en el que no se indique el nombre de los progenitores, el recién nacido es inscrito en el registro de nacimiento como nacido de padres desconocidos (González, 2013, p. 229).

A lo anterior se une la mencionada tradición jurídica francesa del secreto de la maternidad (cfr. artículo 326 del Código Civil francés) (Rubio, 2003, p. 3). Esta figura se regula con el objetivo de proteger la vida del hijo por nacer —evitando abortos, infanticidios, abandonos indiscriminados que pongan en peligro la vida del niño— y facilitar la adopción. Para lograr este fin se otorga a las madres la opción de dar a luz ocultando su identidad, debiendo entregar al recién nacido a las instituciones públicas para su posterior adopción<sup>4</sup>. Ello da origen al secreto de la maternidad<sup>5</sup> y a la imposibilidad de que el adoptado acceda al conocimiento de la identidad de su madre y, por este conducto, a la paternidad biológica —ya que el anonimato materno implica la imposibilidad de que el padre pueda reconocer su paternidad— y a la de otros parientes carnales.

La petición que hace la madre del secreto de su identidad es expresa y precisa, de tal forma que los servicios médicos que la atendieron en el parto no pueden dar datos de la identidad de la primera, ni aunque se ejercite una acción de reclamación de la maternidad. No obstante, la Ley 2002-93, del 22 de enero del 2002, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado, sin cuestionar el principio del parto secreto en Francia, permite el levantamiento del secreto de la maternidad y facilita la posibilidad de desvelar la identidad de madre e hijo, siempre que concurren ciertos presupuestos: una petición expresa y el consentimiento de ambos (González, 2013, pp. 229 y 230).

---

4 El origen del parto anónimo parece hallarse en el “torno” que en la Edad Media se instalaba en la parte exterior de los orfanatos. Este sistema se extendió rápidamente en los países y sistemas jurídicos de influencia romana. Por otro lado, algunos sitúan el origen de esos tornos en los hospicios, a partir de un edicto de Enrique de Francia, en 1566, castigando los infanticidios, y la creación, por San Vicente de Paul, de los *Enfants trouvés*, en 1638, con objeto de facilitar el abandono de los recién nacidos y evitar los abortos e infanticidios.

5 Debe aclararse que el derecho francés no prevé que el parto pueda ser anónimo, sino que garantiza su secreto. El anonimato es ausencia de información y el secreto es la protección de información conocida.



Con esta finalidad, se creó el Consejo Nacional para la Búsqueda de Orígenes Personales, que registra la voluntad de los padres, conserva las informaciones y lleva a cabo los trabajos de mediación. A este organismo debe dirigirse el adoptado que investiga sus propios orígenes, que se pondrá en contacto con los padres que le dieron en adopción, para, eventualmente, desvelar el secreto, cuya revelación es siempre voluntaria (Grimaldi, 2010, pp. 172 y 173). Si la madre se opone, el hijo no podrá conocer la identidad de sus ascendientes. Si se accede al descubrimiento de los orígenes, ello no produce ningún efecto sobre el estado civil ni sobre la filiación. No nacen derechos ni obligaciones en beneficio o en carga de nadie (cfr. artículo 147-7 del Código de la Acción Social y la Familia).

Puede decirse que, en Francia, el derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos es un derecho excepcional y legal.

Ahora bien, el sistema antes descrito no es exclusivo del ordenamiento francés. Italia, España y Luxemburgo tampoco recogen la determinación automática de la filiación materna no matrimonial y limitan el derecho del adoptado al conocimiento de sus padres biológicos.

En Italia, la Ley 149/2001, de 28 de marzo<sup>6</sup>, introdujo una norma que posibilita al adoptado, en determinados supuestos, el acceso a la información de sus orígenes preadoptivos. Esta cuestión descansa en tres ideas fundamentales: a) el principio general del secreto en la adopción; b) la información al menor sobre su familia adoptiva corresponde a los padres adoptivos<sup>7</sup>; y c) la información

---

6 En líneas generales, esta ley consagra en Italia el modelo tradicional de adopción fundada en el matrimonio, vigente en ese país desde hace varias décadas. Asimismo, el secreto del verdadero origen del adoptado y la ruptura del vínculo con su familia biológica aparece como un instrumento de tutela del interés del menor y de su nueva familia, de cara a evitar abortos e infanticidios. Por otra parte, se toma en cuenta que una injerencia de los verdaderos padres pueda alterar el clima de seguridad y unidad construido en torno al niño. Interés que el legislador italiano decide proteger, incluso sobre la legítima aspiración del adoptado a conocer la identidad de sus progenitores. Además, en esta línea del *favor filii*, la ley regula varias medidas destinadas a dar mayor protagonismo al niño en el proceso adoptivo.

7 El artículo 28 de la Ley 149/2001 establece el deber de los padres de informar al hijo adoptado de su condición, en el momento y forma que ellos estimen oportuno. No obstante, la ley no dispone de ninguna sanción ante el incumplimiento de esta obligación, por lo

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

sobre la identidad de la familia biológica, una vez el adoptado conozca el verdadero origen de su filiación, y en determinados casos. Para este fin, la ley citada establece unos casos excepcionales y graduales que permiten al adoptado acceder a la información sobre sus orígenes biológicos, sin que ello implique la reanudación de las relaciones personales y, siempre que la madre natural, en el momento del nacimiento, no hubiera declarado permanecer en el anonimato (González, 2013, p. 231).

En resumen, el ordenamiento italiano reconoce tres niveles de tutela:

1. Se permite un libre acceso del adoptado a la información sobre su origen biológico si se presentan algunas de las siguientes situaciones: a) se encuentra en juego el derecho constitucional a la salud del adoptado; b) el adoptado alcanza la edad de 25 años y desea acceder a sus orígenes de sangre; o c) existen especiales circunstancias en la familia del adoptado.
2. Supuestos condicionados a motivos suficientes. Si el adoptado es menor de edad y no existe un motivo de urgencia por estar afectado su derecho a la salud, los padres adoptivos, en representación del menor, podrán solicitar acceder a la información de los orígenes biológicos de su hijo adoptivo, previa autorización judicial y siempre que aleguen graves y probados motivos.

Si el adoptado es mayor de edad, pero menor de 25 años, podrá solicitar al Tribunal de menores la autorización para acceder a la información sobre sus orígenes, siempre que existan graves y comprobados motivos para su salud psicofísica (deberá acreditar su sufrimiento psíquico por no poder conocer la identidad de su familia biológica). El Tribunal decidirá si procede o no la autorización, valorando el impacto que el conocimiento de los progenitores biológicos puede ocasionar en el equilibrio psicológico del adoptado. Es decir, nuevamente, la tutela al derecho constitucional de la salud parece ser la razón justificadora de la decisión del Tribunal.

---

que, más que un deber jurídico, constituye una mera recomendación a los nuevos padres, a manera de una obligación moral.

3. Se contempla un derecho de veto a favor de la familia biológica cuando la madre solicita el anonimato de su identidad, sea a través del parto anónimo o en la inscripción del nacimiento, y siempre que no se haya sometido a las técnicas de reproducción asistida. En este último caso, está prohibido el anonimato materno por Ley 4/2004, de 19 de febrero<sup>8</sup>. Es decir, en los casos de anonimato materno, surge la imposibilidad natural, más que jurídica, de dar noticias al adoptado sobre su familia de origen, dada la ausencia de datos registrales. Solo se conserva una conexión entre el parte médico y la historia clínica de la madre con la finalidad de excepcionar el anonimato en aquellos casos en que la salud del adoptado lo requiera<sup>9</sup> (González, 2013, pp. 231 y 232).

En consecuencia, puede deducirse que en Italia no existe el derecho del adoptado a conocer orígenes biológicos propiamente dicho. Solo se permite si el *favor filii* lo exige y bajo la perspectiva de un análisis *ad casum*.

Podría decirse que los límites del derecho del adoptado a conocer su origen biológico, basados en el *favor filii*, resulta ser conveniente para el que busca conocer sus orígenes preadoptivos. Así lo demuestra el caso de un joven español (zaragozano) adoptado que, en busca de sus orígenes biológicos, rastreó en el Registro Civil, encontrando la información que necesitaba. Conocer a su verdadera madre le provocó muchos problemas psicológicos, como él mismo expresa: “Cuando volví a mi casa empecé a estar mal. No dejaba de llorar [...] no me he portado bien con ella, pero yo es que he tenido problemas psicológicos. Decirles a dos personas mamá es muy difícil. Y por curarme yo, no me he ocupado de ella (refiriéndose a su madre biológica que sufría una distrofia muscular en estado avanzado y deseaba que la dejen morir)”<sup>10</sup>.

---

8 El legislador entiende que resulta contradictorio que la madre, luego de consentir expresamente la técnica de fecundación artificial, se declare después recia a reconocer a la criatura engendrada.

9 A diferencia del ordenamiento francés, en el cual, además de esta información, sí se conservan los datos relacionado a la identidad de la madre.

10 Noticia extraída del diario *El País*, de 24 de octubre del 2006.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por último, también pueden existir factores, no fundamentados en el *favor filii*, que limiten este derecho. Un claro ejemplo se encuentra en Reino Unido, en el caso *R. v Registrar General, ex parthe Smith*.

El Tribunal de Apelaciones denegó a Charlie Smith, un perturbado mental con antecedentes penales por doble asesinato ingresado en un hospital de alta seguridad, conocer la identidad de su madre biológica, a quien hacía responsable de sus problemas.

La sentencia argumentó que el derecho a conocer esta información no era absoluto y que podía ser denegado por razones de orden público. La denegación *ad casum* respondía al temor de que Charlie intentara agredir a su madre.

#### IV. EL CASO ODIEVRE: SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 13 DE FEBRERO DEL 2003

Pascale Odièvre nació en 1965 en París. Su madre pidió el secreto de su identidad en el momento del parto, abandonándola ante los servicios de asistencia pública. Pascale estuvo durante cuatro años en una familia de acogida y fue adoptada en enero de 1969 por el Sr. y la Sra. Odièvre. Habiendo obtenido constancia de sus orígenes a finales de 1990, tuvo noticias no identificativas sobre su familia biológica que constaban en el expediente. En enero de 1998, presentó una demanda ante el Tribunal de Gran Instancia de París solicitando el levantamiento del secreto de su nacimiento y se le autorizara el acceso a toda la documentación relativa a su identidad, añadiendo que tenía conocimiento de que sus padres habían tenido otros 3 hijos (Durán, 2004, pp. 23 y 24).

Agotados los recursos de la legislación francesa, instó demanda ante el Tribunal de Estrasburgo contra el Estado francés, de fecha 1 de noviembre de 1998. Alegó que el secreto de su nacimiento le imposibilitaba conocer sus orígenes preadoptivos (datos identificativos de su familia natural) y aspirar a la herencia de la madre biológica, lo que constituía una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8, y una discriminación, proscrita por el artículo 14 del convenio.

El Tribunal, con diez votos favorables (alguno con matices) y siete en contra, declaró que no existía vulneración de estos derechos. Entiende que la vida familiar, en el sentido del artículo 8.1 del convenio, implica la existencia previa de estrechas relaciones personales, además de la paternidad, y que la relación de familia depende de circunstancias particulares de cada caso, entre las que la convivencia no es más que una de ellas.

Por tanto, dado que la demandante no pretendió cuestionar su filiación adoptiva, sino conocer las circunstancias de su nacimiento y de su abandono, así como la identidad de sus padres y de sus hermanos, el Tribunal sostiene que el caso no debe ser analizado desde el punto de vista de la vida familiar, sino desde la vida privada. A su juicio, este último incluye aspectos importantes de la identidad de cada persona y permite la plenitud personal y el desarrollo de relaciones con los semejantes y con el mundo exterior.

Es decir, hace derivar el derecho a conocer la ascendencia de una interpretación bastante amplia del derecho a la vida privada (cfr., además, las SSTEDH de 7 de febrero y 24 de setiembre del 2002, 22 de enero del 2008 y 6 de julio y 21 de setiembre del 2010). No obstante, precisa que el artículo 8 se aplica no solo al hijo, sino también a la madre.

Establece que, de un lado, se encuentra el derecho de la hija (ya adulta) a conocer el propio origen y, de otro, el interés de una mujer a conservar el anonimato para proteger su salud, al dar a luz en condiciones médicas apropiadas. Añade que también se encuentra presente el derecho a la vida privada de otras personas (padre biológico, hermanos) y el interés general del Gobierno francés de proteger la vida del *nasciturus*, del hijo por nacer, para evitar infanticidios y abandonos salvajes.

Determinados los intereses enfrentados, el Tribunal sostiene que el derecho al respeto de la vida privada no es ajeno a los fines que busca el sistema francés y que las medidas propias para garantizar el cumplimiento del artículo 8 de la convención en las relaciones interindividuales deriva del margen de apreciación de los Estados contratantes.

Por tanto, resultaban lícitos los fines del Estado francés de proteger, a través del parto secreto, la vida del niño y la situación de las madres desamparadas

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

para disminuir así el número de abortos legales y clandestinos y los abandonos. Además, resalta que el legislador francés ha instaurado un sistema que facilita al adoptado el conocimiento de sus orígenes biológicos con la posibilidad de la reversibilidad del secreto de la maternidad, si la madre así lo consiente. En consecuencia, el Tribunal considera que se han conciliado equitativamente los intereses en juego.

Por consiguiente, Francia no ha sobrepasado el margen de apreciación que debe ser reconocido en razón del carácter complejo y delicado de la cuestión del secreto del origen respecto del derecho de cada uno a su historia, de la opción de los padres biológicos, del lazo familiar y de los padres adoptivos.

En cuanto al derecho de igualdad, el Tribunal también rechaza la argumentación de la actora. Considera que esta tiene determinada la filiación en relación con sus padres adoptivos, respecto de los cuales tiene los mismos derechos hereditarios y que, en relación con la madre biológica, la situación de la demandante es diferente respecto de los hijos cuya filiación está determinada.

En síntesis, en el caso *Odièvre*, el Tribunal de Estrasburgo ha juzgado la adecuación del anonimato materno al Convenio de Roma, lo que ha incidido enormemente en la existencia del derecho del adoptado a acceder a sus orígenes biológicos y sus límites.

En esta dirección, el Tribunal de Estrasburgo declara que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ampara un derecho incondicionado del adoptado a conocer sus orígenes por naturaleza. Este derecho puede ceder frente a otros intereses: de la madre, parientes y del Estado, también legítimos y dignos de protección<sup>11</sup>.

---

11 Antes de la sentencia *Odièvre*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había manifestado cierto criterio sobre los límites del derecho del adoptado al conocimiento de su filiación por naturaleza. Si bien se trata de casos distintos al presente, vale la pena mencionarlos siquiera brevemente.

En el caso *Gaskin* contra Reino Unido (sentencia de 7 de julio de 1989), el Sr. Gaskin, ciudadano británico, nacido en 1959, fue recogido poco después por el Ayuntamiento de Liverpool. Esta situación se prolongó hasta 1974. Pasados los años, el demandante pretendió tener acceso al dossier confidencial para saber dónde, con quiénes y en qué condiciones había vivido, ya que decía haber sido maltratado en aquella época. Las autoridades requeridas le permitieron conocer solo algunos datos y denegaron otros, basándose en la

Se puede sostener, por lo tanto, que el convenio no solo garantiza el anonimato materno para favorecer la vida de hijo, sino también la opción de algunos Estados de mantener como principio en la adopción, la ruptura y confidencialidad respecto de la familia anterior.

Cabe destacar, además, que la decisión del caso Odièvre no es aislada, sino que ha sido reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 1 de abril del 2010 (caso S. H. y otros contra Austria). En esta sostiene que el derecho a la vida privada requiere que todos puedan establecer los detalles de su identidad y que el derecho del individuo a dicha información es importante, pero no absoluto; remitiéndose a lo manifestado en la sentencia del caso Odièvre.

## V. EL CASO ESPAÑOL: SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999

### 1. El derecho del adoptado al conocimiento de los orígenes preadoptivos

En España, todo proceso adoptivo concluye con la inscripción del menor en el Registro Civil. La restricción al acceso de estos datos, contenidos en el Registro, se fundamenta en la necesidad de garantizar el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar de los adoptados (cfr. artículo 18 de la Constitución española). Asimismo, la política de confidencialidad parte de la suposición de que los progenitores por naturaleza confían en el anonimato que les fue prometido y que, además, han querido romper toda relación con el hijo que dieron en adopción.

---

legislación británica y la necesidad de confidencialidad de los expedientes. El Sr. Gaskin invocó la infracción del artículo 8 del convenio y llevó su caso al Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que existía una infracción del Convenio basándose en que los datos e información que retenían las autoridades locales afectaban a la identidad fundamental del demandante y podrían proporcionarle los únicos trazos coherentes de su infancia y años de formación. No obstante, señaló que este derecho no era absoluto y que cada Estado ostentaba un amplio margen de apreciación en cuanto a sus obligaciones positivas en ese ámbito y que había de buscarse en cada caso un justo equilibrio entre los intereses concurrentes (el público, en un eficaz funcionamiento del sistema y el del demandante en consultar su historia personal).

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

Por otro lado, al igual que Francia e Italia, y con la misma finalidad de estos ordenamientos, el legislador español posibilitó el anonimato de la madre no casada. En concreto, le otorgó dos facultades: el parto anónimo y el desconocimiento de su maternidad.

En relación al derecho del adoptado a conocer sus orígenes preadoptivos, todos los ordenamientos que lo recogen lo regulan de manera expresa, en determinados casos y estableciendo un proceso y mecanismos específicos para su acceso. Por el contrario, en el ordenamiento español, ni la Constitución ni el Código Civil –hasta el 2007– lo reconocían de manera expresa, ni habían previsto una acción propiamente para conocer los orígenes biológicos por el mero hecho de conocer.

En el sistema español, por tanto, no existía un derecho del adoptado a conocer su ascendencia biológica, como sí lo había previsto expresamente el ordenamiento catalán. No obstante, esa omisión del derecho común ha sido suplida por la controvertida decisión de la sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de setiembre de 1999.

### **2. La sentencia del Tribunal Supremo**

La demandante, embarazada de 8 meses y viuda, alegó no poder hacerse cargo del hijo que esperaba. Renunció a él, a favor de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, a los efectos de su guarda inmediata al parto, y prestó su asentimiento a la adopción. Asimismo, manifestó su deseo de mantener oculta su identidad, tanto a efectos registrales, como en el procedimiento de adopción.

Tras dar a luz a la niña, en noviembre de 1991, la Consejería la declaró en situación de desamparo y solicitó su inscripción en el Registro como hija de padres desconocidos. Un año después, en setiembre de 1992, la madre se presentó en el Registro Civil y solicitó que se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento, lo que fue rechazado por el encargado del Registro y confirmado por la Dirección General.



Posteriormente, la madre reclamó la maternidad no matrimonial. La sentencia del Juzgado estimó la demanda y ordenó que se entregara la niña a la actora, pero la Audiencia revocó la decisión, por entender que no había quedado acreditada la filiación materna reclamada.

Sin embargo, esta sentencia es casada por el Tribunal Supremo en su decisión del 21 de setiembre de 1999. En esta, el Tribunal realiza una serie de declaraciones que han influido enormemente en la existencia y calificación del derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos en el derecho común español.

Por una parte, sostiene que el consentimiento de la madre a la adopción, por no haberse prestado después de transcurridos los 30 días desde el parto, era nulo. Por otra, afirma que la libre investigación de la paternidad exige una coincidencia total entre la filiación legal y la paternidad y maternidad biológicas, por lo que las normas del anonimato materno se erigían en un obstáculo para el logro de dicha coincidencia.

Por tanto, para el Tribunal Supremo, las normas que permitían ocultar la identidad de la madre transgredían el artículo 39.2 de la Constitución española, en el sentido de que imposibilitaban el conocimiento de la filiación materna y ocasionaban que el adoptado pierda por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer la verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre.

Declara la inconstitucionalidad de las normas del anonimato materno, manda reponer las actuaciones al momento posterior a la vista y ordena la práctica de la prueba biológica<sup>12</sup>.

Tras la declaración de inconstitucionalidad, defiende la existencia, en el ordenamiento español, de un derecho constitucional e ilimitado de las personas

---

12 Practicada la prueba genética, se acredita la maternidad y el hecho del parto, pero la menor no es entregada a la madre biológica. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, de 8 de mayo del 2000, falla la imposibilidad de declarar la nulidad de la adopción y, en interés del menor, ordena su integración a la familia adoptiva. La madre recurre esta decisión en casación y la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de julio del 2001 hace prevalecer la adopción. Argumenta que no se había ejercitado ninguna acción tendente a anular o extinguir la filiación adoptiva.

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

adoptadas al conocimiento de su origen biológico: “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. Es decir, de una acción por el mero hecho de conocer, sin necesidad de establecer la filiación.

Esta doctrina ha sido refrendada por ciertos autores que sostienen que el citado derecho es principalísimo y el más cercano al derecho a la vida. Lo califican como un derecho fundamental, que forma parte de la dignidad humana, cuyo ejercicio contribuye al desarrollo de la personalidad y que ha de prevalecer sobre los otros intereses en conflicto. En síntesis, defienden que este derecho de los adoptados encuentra su fundamento en los artículos 10.1, 15, 18 y 39.2 de la Constitución española (Ballesteros, 2009, p. 22 y ss.; Barberá, 2002, p. 5; Garriga, 2000, p. 247 y ss.; Quesada, 1994, p. 248 y ss.; Rivero, 2003, p. 627-632).

Ahora bien, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de setiembre de 1999, la Dirección General de los Registros y del Notariado español, en la Resolución del 8 de noviembre del 2001, declaró que la filiación materna quedaba determinada, dentro o fuera de plazo, por el parto, sin que la madre pueda ocultar su identidad. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia Superior de Navarra del 18 de enero del 2002 estableció que “tras la sentencia del T.S de 21-09-99 que declara inaplicable por inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del reglamento citado, resumidamente, por entender que pugna con el principio de libre investigación de la paternidad recogido en el artículo 39.2 de la Constitución, además de erosionar el artículo 10 de la misma al afectar a la dignidad del hijo y a sus derechos inviolables y el artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de indefensión, concluyendo que es principio constitucional el de investigación libre de la paternidad y que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. En consecuencia, permitió a un adoptado acceder a la información sobre los datos de su madre —quien ocultó su maternidad— que constaban en el registro. Lo mismo sucedió en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 13 de setiembre del 2011, quien se pronunció a favor que el adoptado accediera a los datos ocultos de su maternidad.

## VI. DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES BIOLÓGICOS Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ: A PROPÓSITO DE LAS CUNAS SALVADORAS Y EL NACIMIENTO CONFIDENCIAL

El derecho a conocer los orígenes biológicos forma parte del derecho a la identidad, derecho inherente a toda persona, pero, el ordenamiento nacional no lo regula expresamente. Sin embargo, el artículo 2, inciso 1 de la Constitución Política de 1993 reconoce que toda persona tiene derecho a su identidad. Asimismo, el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes señala que dicho derecho incluye también dentro de su contenido, en la medida de lo posible, el derecho a conocer a sus padres. Artículos que van de la mano con el principio del interés superior del niño y del adolescente, reconocido en nuestro ordenamiento en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

En ese sentido, si todas las personas pueden conocer quiénes son sus progenitores, desde luego también los niños que hayan sido acogidos por familias, tras seguirse un proceso de adopción. Así, en el Perú, en el 2016, se emite la Resolución Ministerial N.º 120-2016-MIMP, que aprueba la Directiva General N.º 009-2016-MIMP, Lineamientos Técnicos para la Atención de Solicitudes de Búsqueda de Orígenes de Personas Adoptadas. El adoptado mayor de edad es el único autorizado para presentar la solicitud y, de manera excepcional, el menor de edad, siempre que cuente con la aprobación de sus padres adoptivos. En ambos casos, se requiere que el adoptado actúe movido por una necesidad real y sobre todo presente las condiciones psicoafectivas que le permitan enfrentar las emociones propias de conocer a su familia biológica.

Para que los padres biológicos puedan conocer a su hijo, se exige que este último presente el mismo interés. En el mismo sentido, para que el hijo conozca a su familia biológica, esta no puede oponerse a ello, es decir, necesariamente debe haber una coincidencia de intereses.

Por último, a lo largo del procedimiento de búsqueda de los orígenes biológicos, se brinda un acompañamiento psicológico y se busca actuar como mediadores para que efectivamente se lleve a cabo el encuentro familiar. Esto quiere decir que el ordenamiento peruano regula un derecho del adoptado al

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

conocimiento de sus orígenes biológicos con límites, siempre que responda al interés del adoptado.

De este modo, el Proyecto de Ley N.º 0211/2016 CR, que promueve la implementación de la figura del nacimiento confidencial, así como la creación de las “cunas salvadoras”, *a priori*, parecería impedir el ejercicio del derecho en cuestión.

La iniciativa legislativa, que fue presentada en el 6 de setiembre del 2016, propone la habilitación de espacios en centros médicos públicos y privados sin fines de lucro en los que se acojan a recién nacidos, cuyas madres no pueden o quieren conservarlos. La identidad de dichas mujeres se guardaría en reserva, siempre que ellas lo soliciten, no pudiéndose establecer la filiación materna entre ella y su hijo. Asimismo, sobre ellas no recaería responsabilidad alguna por abandono de recién nacido. En este sentido, la propuesta legislativa permitiría que las mujeres dejen a sus hijos recién nacidos en estos centros de salud, entregando su cuidado al Estado, para que este finalmente los derive a algún albergue<sup>13</sup>.

El autor del proyecto, el aquel entonces congresista Yonhy Lescano Aniceta, señaló que este persigue dos propósitos. Por un lado, que el Estado salvaguarde la vida e integridad de aquellos niños, cuyas madres quieren abandonar, siendo acogidos por este; por otro lado, que proteja a la mujer en estado de vulnerabilidad, ofreciéndole una alternativa distinta al aborto o al abandono en condiciones precarias del niño. Concluye afirmando que dicha propuesta legislativa pretende apoyar tanto a la madre como al recién nacido, que se encuentren desprotegidos, así como que el derecho a la identidad del menor no se está viendo lesionado<sup>14</sup>.

---

13 El proyecto de ley consta de 16 artículos, 7 disposiciones complementarias y una disposición final. Para más información, véase: [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Proyectos\\_de\\_Ley\\_y\\_de\\_Resoluciones\\_Legislativas/PL0021120160906.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0021120160906.pdf) (consultado el 30 de setiembre del 2020).

14 Humanos periodo anual de sesiones 2016–2017, como consta en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído en el Proyecto de Ley N.º 0211–2016–CR, que pretende regular el nacimiento confidencial y ampara al expósito, recibido el 20 de abril del 2017, p. 4. Recuperado de [https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictamenes/Proyectos\\_de\\_Ley/00211DC15MAY20170420.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00211DC15MAY20170420.pdf) (consultado el 30 de julio del 2020).

Respecto al derecho a la identidad, el exparlamentario, así como la asesoría de la Comisión de Justicia de Derechos Humanos del Congreso de la República recalcan que no existe ningún tipo de vulneración de tal derecho. Es más, sostienen que entregar al recién nacido a un albergue, para que sea adoptado por una familia y que esta le dé su nombre, es una forma de garantizar el derecho a la identidad y, claro está, el derecho a la vida<sup>15</sup>. Sin embargo, es menester tener en cuenta, conforme lo señalan los artículos 7 y 8 de la Convención para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que el derecho a la identidad no solo contempla el derecho a tener un nombre, sino que, además, a tener una nacionalidad y a conocer a su propia familia, esto es, a conocer sus orígenes biológicos.

Cabe precisar que el artículo 7 de la convención en mención prescribe que el niño tendrá derecho, en la medida de lo posible, “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. La Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso destaca la expresión “en la medida de lo posible”, señalando que esta contempla la probabilidad, de manera explícita, que surja una eventualidad en la que no sea posible el ejercicio de tal derecho. Por lo tanto, las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial no serían incompatibles con la convención, ya que, estarían comprendidas en tal eventualidad<sup>16</sup>.

El proyecto de ley fue sometido a diversas opiniones técnicas de especialistas en la materia. Desde luego, la Asociación de Cunas Salvadoras se mostró a favor de la propuesta. No obstante, el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Oficina de Coordinación Residente Sistema de Naciones Unidas en el Perú, entre otros manifestaron su oposición a la iniciativa legislativa. Entre otras razones, basaron su posición en la vulneración del derecho a la identidad de los recién nacidos<sup>17</sup>.

En particular, Unicef rechazó, en su momento, la implementación del proyecto de ley. Manifestó que cualquier procedimiento que implique la entrega anónima de niños al Estado o a cualquier otra organización pública o privada

---

15 *Ibidem*, p. 8.

16 *Ibidem*, p. 11.

17 Asimismo, señalaban que los recién nacidos veían lesionados su derecho a la lactancia materna.

## Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

contraviene los estándares internacionales sobre protección de menores de edad en situaciones de desprotección familiar, o en riesgo de estarlo. Asimismo, que el proyecto de ley impide el ejercicio de la acción protectora del Estado, basada en la preservación de los vínculos del niño con su familia y en la integración familiar como primera opción. Las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial, al dificultar el contacto directo con la madre, padre o persona que entrega al niño, no permiten que el Estado pueda brindar a ambos el apoyo necesario para tomar una decisión informada que asegure el bienestar de ambos, y evite el abandono anónimo.

De igual forma, exhortó a que el marco normativo sobre la materia no se vea modificado<sup>18</sup>. El ordenamiento jurídico nacional, para aquel entonces, ya contaba con el Decreto Legislativo N.º 1297 para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos, aprobado en el año 2016, haciendo falta su reglamento para entrar en vigencia. En el 2018, se aprobó su reglamento mediante Decreto Supremo N.º 001-2018 siguiendo la recomendación de Unicef.

Resulta necesario destacar que las cunas salvadoras y el nacimiento confidencial sigue estando hoy en día como proyecto, a pesar de que la Comisión de la Mujer y la Familia del Congreso de la República lo haya aprobado el 14 de marzo del 2017, aún no es ley, ya que faltan diversos pasos para que sea promulgado por el Poder Ejecutivo. Es difícil legalizar el abandono de un niño, pero esta puede ser una solución adecuada en aras de salvar la vida del *nasciturus* y de los infantes, ya que si a la madre no se le brinda esta opción, podría llegar a atender contra la vida del concebido o del recién nacido. Es decir, sería una forma de disminuir abortos e infanticidios, como ha sucedido en otros países europeos.

Mientras tanto, debería fortalecerse los mecanismos de protección con los que actualmente se cuenta, en beneficio de los niños abandonados. Por ejemplo, tal como señaló Unicef, Perú tiene una norma, el Decreto Legislativo

---

18 Unicef Pronunciamento: Ante el próximo debate del Proyecto de Ley sobre las denominadas cunas salvadoras en el Pleno del Congreso de la República, de fecha 5 de setiembre del 2017. Recuperado de <https://www.unicef.org/peru/comunicados-prensa/pronunciamento-ante-el-proximo-debate-del-proyecto-de-ley-sobre-las-denominadas> (consultado el 1 de octubre del 2020).

N.º 1297, que permite que aquellos niños que se encuentran en situación de desprotección, puedan ser adoptados, siendo el Inabif el encargado de llevar acabo el procedimiento.

## VII. CONCLUSIONES

1. El derecho del adoptado al conocimiento del origen biológico no implica la determinación de la filiación por naturaleza. Es un derecho que lleva consigo el mero conocimiento de la identidad de los padres biológicos.
2. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes de sangre no es un derecho absoluto. En este orden de ideas, una limitación a este derecho se encuentra en el parto anónimo. Es más, la legalidad del anonimato materno no excluye el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, como lo demuestra el ordenamiento francés e italiano.
3. El *favor filii*, en general, es otro límite válido al derecho a conocer los orígenes pre-adoptivos. Por ello, el posible perjuicio a la integridad psíquica o moral del adoptado también puede imponerse al derecho a conocer los orígenes de sangre.
4. Respecto al proyecto de ley denominado “cunas salvadoras”, puede ser una opción para evitar abortos e infanticidios en el Perú, sin que ello implique un veto absoluto al derecho del adoptado a conocer su origen biológico. Por ahora, el ordenamiento jurídico nacional contiene una norma sobre la protección de niños desamparados y su adopción y debería apuntar a fortalecer estos mecanismos de protección ya regulados.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, L. (2006). El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia. *Actualidad Civil*, (6), 645 y ss.
- Ballesteros, M. (2009). El derecho del adoptado a conocer sus orígenes. *Aranza-di Civil*. (17), 15 y ss.

Derecho del adoptado al conocimiento de sus orígenes biológicos: ¿Cuáles son sus límites? Una mirada a la doctrina y jurisprudencia comparada

- Barberá, M. (2002). La adopción: cuestión jurídica. Problema humano. *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, (39).
- Durán, R. (2004). El anonimato del progenitor. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (3).
- Fernández, C. (1992). *Derecho a la identidad personal*. Astrea.
- Garriga, M. (2000). La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: un estudio legislativo y jurisprudencial. Aranzadi.
- González, M. (2013). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson.
- González, M. y Delgado, A. (2020). Los acuerdos de maternidad subrogada, ¿son jurídicamente amparables? *Gaceta Civil*, (84).
- Grimaldi, M. (2010). Observaciones sobre la verdad, la filiación y la reproducción médica asistida. *Familia y discapacidad*, 165 y ss. Colección Scientia Iuridica.
- Pulido, M. (2005). ¿El fin de la filiación anónima? *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, (2), 2 y ss.
- Quesada, M. (1994) El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico. *Anuario de Derecho Civil*, (2), 237 y ss.
- Rivero, F. (2003). De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero del 2003). *Actualidad Civil*, (2), 593 y ss.
- Rubio, E. (2003). El secreto de la maternidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, (9).
- Théry, I. (2009). El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista Antropológica Social*. 18, 21-42.



Por:  
Carlos  
Hakansson Nieto\*

## VACANCIA PRESIDENCIAL, TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA Y OMISIONES CONSTITUCIONALES

### Resumen

Luego de cuatro elecciones consecutivas y democráticas en Perú, la forma de gobierno comenzó a desarrollar varias discusiones políticas y académicas sobre el voto de censura, disolución parlamentaria, también las causas de interrupción del presidente durante su mandato. Este artículo ha querido explicar el significado, los efectos y las consecuencias de la teoría y la práctica cuando el Congreso decide postularse para una vacante presidencial.

### Abstract

After four consecutive and democratic elections in Perú, the form of government start to developed several political and academic discussions about the vote of no confidence, parliamentary dissolution, also the causes of interrupt the president during his term. This paper has wanted to explain the meaning, effects, and consequences of theoretical and practice when Congress decides to apply for a presidential vacancy.

**Palabras clave:** vacancia, presidencialismo, vicepresidente, presidente del congreso.

**Keywords:** vacancy, presidentialism, vicepresident, speaker.

### Sumario

**I. Introducción. II. Casos de vacancia del presidente de la república. 1. Causas de origen natural. 2. Causas de origen penal. 3. Causas de origen político. III. Incapacidad moral permanente. IV. Procedimiento de vacancia presidencial por incapacidad moral. V. Demanda competencial contra la aplicación de la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral. 1. Improcedencia por sustracción de la materia. 2. Contenido de la capacidad moral presidencial. VI. En caso de crisis presidencial, ¿existen soluciones**

---

\* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor de Derecho Constitucional e Integración (Universidad de Piura). Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Correo electrónico: carlos.hakansson@udep.edu.pe.

**intermedias a declarar la vacancia?** 1. *Experiencia estadounidense y peruana en materia consuetudinaria.* 2. *Presidencia transitoria.* 3. *¿La política brinda una solución intermedia?* 4. *Omisiones constitucionales posvacancia presidencial.*  
**VII. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN

Las tensiones y momentos de crispación política son recurrentes en nuestra historia republicana. A la sucesión de textos constitucionales de tendencia liberal y conservadora durante el siglo XIX, durante el periodo histórico entre las constituciones de 1823 hasta 1860, atravesando por varios golpes de estado y breves periodos democráticos, hasta la Constitución de 1993 que ha mantenido más de tres mandatos consecutivos, destacamos casos de presidentes que fueron “exonerados” y vacados en el ejercicio de sus funciones. El primero fue José de la Riva-Agüero, quien fuera depuesto de su cargo por el Congreso durante la primera parte de la época fundacional de la república. La razón de su dimisión se produjo cuando el Congreso nombró como autoridades supremas del poder militar a dos venezolanos, José de Sucre y Simón Bolívar. De esta forma, al tratarse de una atribución presidencial ejercida irregularmente por la representación parlamentaria, el jefe de Estado decidió renunciar con una carta dirigida al Congreso (Basadre, 2005). Un episodio republicano que fue interpretado como un golpe de estado. Si bien se trató de una renuncia, en la práctica se produjo un ejercicio de vacancia presidencial producto de las arbitrarias medidas del Congreso respecto a la corriente libertadora del norte.

El presidente de la república está privado de sus competencias como supremo poder militar y entregado a un general extranjero. Basadre (2005) agrega lo siguiente:

[e]l diputado Ignacio Ortiz de Zevallos presentó una moción declarando que Riva-Agüero había cesado en el ejercicio de sus funciones. Tan grave acuerdo llegó a ser adoptado con la limitación propuesta por Nicolás de Aranívar de que el cese fuera “en los puntos que sirven de teatro a la guerra”. Pero al día siguiente, Riva-Agüero fue exonerado del mando, en vista de que, según entonces se dijo, había manifestado verbalmente “que estaba llano a dimitir”. (pp. 65-66)

El Congreso depuso por segunda vez a un presidente de la república en 1914. Se trató de Guillermo Billinghurst, quien, desde el inicio de su gobierno, fue presionado por los grupos parlamentarios de oposición, entre ellos los representantes del entonces Partido Liberal, que se oponían a un conjunto de reformas que deseaba impulsar<sup>1</sup>. El 4 de febrero de 1914 se produjo un golpe de estado y el presidente de la república se vio obligado a firmar su dimisión. Guillermo Billinghurst fue llevado a Chorrillos, donde se le embarcó hacia el sur y fue obligado a salir del país residiendo por un tiempo en Arica, redactando un manifiesto que intentó explicar las reformas que emprendió realizar y que le costaron el mandato presidencial (García, 2013, p. 390). En este siglo tenemos dos casos: el primero a fines del 2000, con la renuncia al cargo realizada por el presidente Alberto Fujimori encontrándose fuera del país, dimisión que no fue aceptada por el Congreso aprobando la vacancia presidencial; el segundo, en noviembre del 2020, con la vacancia del presidente Martín Vizcarra Cornejo por incapacidad moral permanente declarada por el Congreso.

Como consecuencia de los episodios históricos, podemos observar que las normas constitucionales relativas a la forma de gobierno se enriquecen con el transcurso del tiempo, así como las disposiciones de naturaleza dogmática lo hacen a través de la jurisprudencia<sup>2</sup>, pero la parte orgánica, además de la vía judicial, también lo hace a través de los pasajes históricos surgidos entre las relaciones ejecutivo-legislativo que producen antecedentes, usos y costumbres que orientan su correcta aplicación en casos concretos (Pereira, 2011, p. 295). En ese sentido, en comunidades políticas sin tradición constitucional, con muchos textos constitucionales en su historia, el trabajo de las distintas asambleas constituyentes recogen la experiencia inmediata, corrigiendo, retirando disposiciones o añadiendo otras. En el Estado peruano, por ejemplo, esta evolución se evidencia cuando observamos una progresiva incorporación de instituciones parlamentaristas en un inicial modelo presidencialista (Hakansson, 2020, p. 46). En efecto, en resumen, se trató de un proceso

---

1 El presidente de la república, Guillermo Enrique Billinghurst Angulo, gobernó el Estado peruano entre 1912 y 1914.

2 La revisión judicial de la constitucionalidad de las normas, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos humanos, así como la observancia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre otros, surgieron gracias al derecho jurisprudencial.

iniciado con el referendo ministerial, pero más intenso a partir de introducir el Consejo de Ministros, ya que, a partir de él las interpelaciones, pasando por las instituciones de exigencia de responsabilidad política, hasta la disolución del Congreso, por citar tres ejemplos, terminaron de incorporar el resto de instituciones parlamentaristas.

El trabajo de las asambleas constituyentes, autoras de las Cartas de 1856 y 1860, consistió en dotar a las constituciones de lo mínimo indispensable para que su forma de gobierno pueda operar con eficacia. Un equilibrio entre los rasgos liberales y conservadores que continuó con la Constitución de 1920, 1933, 1979 y finalmente con la Carta de 1993 con la exigencia al ejecutivo para solicitar cuestión de confianza al Congreso. Por otra parte, si el mínimo constitucional en un inicial proceso de codificación es proveerla de un catálogo de derechos, así como la concreción del principio de separación de poderes para la operatividad de una forma de gobierno, no debe faltar un procedimiento de enmienda constitucional, así como las disposiciones que garanticen la continuidad democrática para evitar los vacíos temporales, o permanentes, del ejercicio del poder; entre estos últimos, nos encontramos con las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la presidencia de la república.

Si bien el Congreso ha declarado la vacancia presidencial en distintos momentos de su historia republicana, su aplicación se ha producido sin mayor desarrollo teórico para la comprensión de sus presupuestos y debida aplicación en tiempos del estado constitucional de derecho. Por eso, es conveniente conocer los casos de suspensión y vacancia de la institución presidencial, así como la observancia del debido proceso en sede parlamentaria.

## II. CASOS DE VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

A diferencia de Francia, la Constitución de 1993 establece sin detallar las causales de vacancia y suspensión del ejercicio de la presidencia que podemos resumir en naturales, políticas y penales (Mainwaring, 1995, p. 124). En efecto, la Carta de 1993 y la legislación peruana no han reglamentado y detallado los casos en que procede la incapacidad parcial o total del jefe de Estado, lo cual se presta a la falta de acuerdo sobre el contenido de cada una siendo la muerte

el caso más claro y sin discusión académica. A continuación, repasemos las causales a la luz de la historia y el derecho comparado.

### **1. Las causas de origen natural**

La doctrina considera que entre los primeros, fuera del caso de muerte, podría comprenderse un deteriorado estado de salud que le impidiera de ejercer con normalidad sus deberes como jefe de Estado y Gobierno (Pareja, 1984, p. 222). La experiencia histórica excluye los casos de parálisis de la actividad locomotora, como fue el caso del Franklin D. Roosevelt (Borea, 2016)<sup>3</sup>. En resumen, de lo que se trata es que el titular del ejecutivo mantenga la lucidez y salud corporal necesaria para conducir la representación estatal y la política general de gobierno. Un jefe de Estado inestable emocionalmente en la toma de decisiones, que desvaría y contradice, cuando no se trata de deficiencias de comunicación sino preocupación sobre el contenido de lo comunicado por incoherencia, insensato y peligro de contraproducente a los intereses nacionales. Un conjunto de condiciones personales que también se prestan a la discusión política, a la necesidad de la oposición de contar o no con mayoría parlamentaria para iniciar un procedimiento de vacancia, la exigencia de conocer un diagnóstico médico por interés público, sumado a la posición y eventual movilización de los ciudadanos que deberá interpretar el jefe de Estado para continuar o decidirse a dimitir tras reconocer su falta de salud para ejercer el cargo (Borea, 2006, p.755).

### **2. Causas de origen penal**

Se pueden distinguir dos casos. El primero, cuando el presidente sale del país sin autorización del Congreso o no retorna en el plazo previsto. El segundo, cuando es destituido por los casos de traición a la patria, por impedir las elecciones ya sea a los órganos ejecutivo, legislativo, a los gobiernos locales o regionales, o por disolver el Parlamento salvo que este haya censurado

---

3 Antes de ocupar la presidencia estadounidense, Roosevelt interrumpió su carrera política en 1921 por padecer de poliomielitis que le produjo una parálisis parcial. Es el único jefe de Estado con cuatro periódicos democráticos en la historia de los Estados Unidos (1932-1945).

previamente a dos gabinetes, o por impedir la reunión o funcionamiento del Congreso o del poder electoral, mientras dure el procedimiento de acusación se suspende el ejercicio de la presidencia siendo reemplazado su titular por el primer vicepresidente. En la práctica, la aplicación de estas normas demanda, a su vez la identificación y compromiso de las fuerzas armadas y policías con los ideales democráticos, será determinante para poner en práctica esta disposición una vez perdida la legitimidad, o justo título para el mando, del jefe de Estado en ejercicio (Hakansson, 2020, p. 330).

### 3. Causas de origen político

Se produce cuando el presidente presenta su renuncia al cargo y el Congreso acepte su dimisión; es decir, no es suficiente que el jefe de Estado formule su renuncia para afirmar una posición política, ya que dichas manifestaciones de la voluntad no tienen efectos jurídicos si el Congreso no respalda su decisión; no obstante, ni en la Constitución, ni en el reglamento parlamentario, y tampoco en la ley de ejecutivo encontramos una disposición procedimental que reglamente la renuncia del jefe de Estado. En todo caso, pensamos que el pleno deberá aprobar el pedido de renuncia por mayoría absoluta para que surta efecto jurídico, otra causal es su permanente incapacidad moral declarada por el Congreso, en la que también juega un papel determinante el peso de la oposición política en el Congreso y la opinión pública. A continuación, nos detendremos en esta causal de vacancia (Hakansson, 2020, pp. 328-331).

### III. INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE

La causal de vacancia por “incapacidad moral” fue recogida en la Constitución peruana de 1839, luego la breve Confederación peruano-boliviana y en sustitución de la Carta de 1834. Un fallido proceso de integración con el Alto Perú que culminó con la presidencia del general boliviano Andrés de Santa Cruz (Basadre, 2005, p. 99), la cual fue sabotada al poco tiempo por una crisis política entre diferentes actores, nacionales y extranjeros, que culminó con una guerra exterior liderada por Chile. El presidente Agustín Gamarra convocó a un Congreso General reunido en el Sierra central (Huancayo), a causa de la ocupación de tropas chilenas en la capital. Se dejó sin efecto la Constitución de 1834 sosteniendo que no tenía una respuesta ante los actos de traición

del entonces jefe de Estado (Luis José Orbegoso), por el modo de sostener la independencia del país frente a las amenazas foráneas, aludiendo así a los hechos políticos anteriores al establecimiento de la Confederación Peruano-Boliviana (Basadre, 2005, p. 101), lo que consideramos, probablemente, llevó a los constituyentes de la época para incorporar una causal de naturaleza subjetiva que permita vacar la presidencia con una mayoría parlamentaria opositora: la incapacidad moral permanente.

Para su comprensión, la vacancia se ha comparado con otras instituciones constitucionales, como las conductas que, sin que resulten supuestas responsabilidades jurídico-penales (antejuicio político), ni infracciones a la constitución de carácter político y pasibles de *impeachment* (juicio político) (García, 2013, p. 402), hieran profundamente la dignidad presidencial, a tal punto de que su titular no pueda mantener el ejercicio del mandato. La debida justificación para el establecimiento de una causal de vacancia, fundamentada en un estado de incapacidad moral permanente, pasa por comprender que la presidencia de la república es, ante todo, un liderazgo moral (*moral leadership*) para el ejercicio del más alto cargo administrativo de la función pública (Pereira, 1998, p. 60). El contenido del liderazgo moral de la primera magistratura del país comprende las virtudes de bondad, honradez y sinceridad, las cuales son el sustento y base para su energía, sagacidad y competencia en el ejercicio del cargo. Por eso, la causal de vacancia establecida por la Constitución y denominada “incapacidad moral permanente” no significa una falta de discernimiento del titular del ejecutivo, ya que, en ese caso, nos encontraríamos ante una situación de deficiencia mental clínicamente declarada por médicos especialistas en neurología.

La incapacidad moral aludida por la Constitución surge como producto de una grave inconducta que termina por neutralizar, o destruir, las bases sobre las cuáles se construye la confianza pública al jefe de Estado otorgada luego de proceso electoral democrático (Borea, 2016, p.755). Es correcto pensar que son los hechos los que determinan la prueba de la incapacidad moral, no solamente un ofrecimiento de disculpas públicas que intente manifestar su discernimiento moral, de lo que está bien y mal, ya que, en la práctica, podría disculparse falsamente. Lo importante en estos casos son los hechos ocurridos y probados para determinar dicho estado de incapacidad moral por parte del presidente de la república. La sistemática falta a la verdad ofrecida en declaraciones en los

medios de comunicación, escritas y firmadas afectan gravemente la legitimidad, ese justo título para ejercer el mando del gobierno.

Es cierto que la aprobación o desaprobación pública a la gestión del jefe de Estado como jefe de Estado y Gobierno puede condicionar, en parte, la aprobación de su vacancia, incluso si se tratara de un caso de aparente incapacidad moral permanente. En la historia reciente, el caso del expresidente estadounidense Bill Clinton (caso Mónica Levitsky, becaria de la Casa Blanca), que en su declaración ante la judicatura admitió una relación impropia en el recinto del salón oval, que dio lugar a la votación de una acusación constitucional (*impeachment*) en el Congreso, que, incluyendo los votos de miembros de su mismo partido, la oposición republicana no alcanzó la mayoría exigida para vacarlo, entre otras razones, a la aprobación ciudadana por el buen momento de crecimiento económico que atravesaba la nación, pero a la vez conscientes que la institución presidencial quedó herida. Es importante señalar el inevitable sesgo político de esta causal que, en la práctica, las razones de peso para una vacancia podrían ser relativizadas si se alcanzarán los votos necesarios en una contienda entre los operadores políticos del Congreso. La necesidad de preservar la estabilidad y gobernabilidad, un complot político, hasta acusar un intento de sedición, serán los argumentos que buscarán disuadir la decisión parlamentaria en atención a la opinión pública.

#### IV. PROCEDIMIENTO DE VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL

A través de un proceso de inconstitucionalidad, el máximo intérprete se pronunció ante la necesidad de otorgar un procedimiento a seguir para tramitar una moción de vacancia presidencial, así como la mayoría requerida para su aprobación<sup>4</sup>. De este modo, el Congreso modificó su reglamento estableciendo el siguiente procedimiento<sup>5</sup>:

---

4 Véase el Expediente N.º 0006-2003-AI/TC, la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 congresistas de la República contra el inciso (j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República.

5 Véase el artículo 89-A del Reglamento del Congreso.



- a) La moción de vacancia se presenta gracias a la firma de, al menos, veinte y seis congresistas, un número que equivale al veinte por ciento de su número legal.
- b) Su admisión es sometida a votación, la cual también requiere del voto del veinte por ciento de congresistas hábiles.
- c) Una vez admitida la moción, debe debatirse antes de someterse a votación entre el tercer día y décimo día de su fecha de admisión; sin embargo, este periodo de enfriamiento puede ser superado gracias al voto de ciento cuatro congresistas.
- d) En el curso del debate, el presidente de la república cuenta con sesenta minutos para ejercer su derecho de defensa, pudiendo contar con la asistencia de letrado.
- e) La aprobación de la vacancia presidencial requiere la conformidad de ochenta y siete votos congresales<sup>6</sup>.

Se trata de un procedimiento sumario que no exige la previa intervención de una comisión parlamentaria y su debate en el pleno tendrá prioridad en el orden del día del Congreso.

## V. DEMANDA COMPETENCIAL CONTRA LA APLICACIÓN DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL

La demanda competencial, presentada el 14 de setiembre del 2020 por el Poder Ejecutivo, argumentó el ejercicio arbitrario de la vacancia presidencial por menoscabo de sus competencias constitucionales, una afectación al principio de separación de poderes tras afectarse su atribución de dirigir la política general del gobierno<sup>7</sup>, sosteniendo que los mecanismos constitucionales que existen para interrumpir un mandato presidencial deben cumplir requisitos de fondo y forma<sup>8</sup>.

---

6 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 0006-2003-AI/TC (fundamento jurídico 26).

7 Véase el inciso 3, artículo 118 de la Constitución de 1993.

8 Véase el Expediente N.º 00002-2020-CC/TC.

La demanda señala que los supuestos de vacancia presidencial son objetivos y que no pueden invocarse para la evaluación de acciones u omisiones del jefe de Estado durante el ejercicio del mandato. La defensa del Congreso sostuvo que la demanda devino en improcedente por sustracción de la materia debido a que el procedimiento de vacancia contra el cual se interpuso de la demanda competencial no alcanzó los votos parlamentarios suficientes para su aprobación, argumento que acogió el Tribunal Constitucional por mayoría de cuatro votos conformes, sosteniendo que no le corresponde emitir un pronunciamiento “por cuanto a la fecha se ha producido sustracción de la materia controvertida”<sup>9</sup>.

### 1. Improcedencia por sustracción de la materia

Si el derecho fundamental deviene en irreparable, el juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda<sup>10</sup>. El juez también podrá disponer la remisión de los actuados al fiscal penal que corresponda para los fines pertinentes. Esto ocurrirá, inclusive, cuando se declare la sustracción de la pretensión<sup>11</sup>. El concepto de sustracción viene de la aritmética cuando se trata de la operación de la resta, una operación que consiste en sacar, recortar o separar algo de un todo. La materia alude al componente principal de los cuerpos, al fondo, por eso la sustracción de materia se produce cuando el caso carece de la sustancia que dio origen a la demanda y por eso se declara improcedente; no obstante, la improcedencia en materia constitucional contiene otros condicionantes y exigencias atendiendo a que se trata de la amenaza y afectación de los derechos fundamentales que, en nuestra opinión, los jueces siempre deberán motivar y ocuparse del fondo tratándose de bienes o cuotas de perfección para la realización humana.

La interpretación judicial siempre es previsor de las consecuencias y en especial cuando la vigencia al respeto de los derechos fundamentales

---

9 Cfr. el Expediente N.º 00002-2020-CC/TC (fundamento jurídico 6).

10 Véase el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

11 Véase el artículo 8 del Código Procesal Constitucional.

se encuentra en juego. Además, los jueces no pueden dejar de administrar justicia, por eso la sustracción de la materia en un proceso es un hecho especialmente grave en materia constitucional. Los jueces deben evitar que vuelva a producirse atendiendo al papel pacificador de los jueces que no es retroactiva. Se trata de un conjunto de acciones que tiene la finalidad de resolver conflictos y ponerles fin. Por tanto, la declaración de improcedencia por sustracción de la materia en los procesos constitucionales implica la necesidad de motivar con argumentos la forma que debe impedirse una nueva afectación de los derechos y libertades en el futuro. La razón es que a los jueces no les puede resultar indiferente declarar la sustracción de la materia en un proceso constitucional tratándose de la defensa de los derechos fundamentales y los principios del buen gobierno civil.

## 2. Contenido de la capacidad moral presidencial

La legitimidad que recae en el presidente de la república electo, fruto de una contienda democrática, le permite gozar de un justo título para el mando, así como la licitud de sus actos de gobierno para un responsable ejercicio del cargo. Por eso, el contenido de su capacidad moral para ejercer el cargo se puede determinar a través de cuatro atribuciones que concentran sus principales competencias: personificar a la nación<sup>12</sup>, dirigir las relaciones internacionales<sup>13</sup>, jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policiales<sup>14</sup>, dirigir la política general del gobierno<sup>15</sup>. Todo ello es un conjunto de atributos que resumen la dignidad del cargo y, como mencionamos, la responsabilidad de su titular legitimado por sufragio universal en una contienda electoral. Por eso, cuando su comportamiento evidencia insalvables inconductas que comprometen, permanentemente, la figura y talante de la primera magistratura será el Congreso mediante mayoría calificada la que decidirá, o no, su vacancia. Una decisión política que no puede judicializarse.

---

12 Véase el artículo 110 de la Constitución de 1993.

13 Véase el inciso 11, artículo 118 de la Constitución de 1993.

14 Véase el inciso 14, artículo 118 de la Constitución de 1993.

15 Véase el inciso 3, artículo 118 Constitución de 1993.

Las opiniones vertidas respecto a la necesidad de establecer en una sentencia ciertos parámetros para declarar la vacancia, es decir, la comisión de una falta grave sumada al deber parlamentario de interpretar una clara reprobación ciudadana, corre el riesgo de privatizar su ejercicio mediante instrumentos que midan la opinión pública. El Congreso es la institución que ostenta la representación de todas las fuerzas políticas en su hemisiclo, fruto de un proceso democrático que produce el mandato parlamentario para tomar decisiones, hasta su periódica renovación en las urnas cada cinco años.

La reciente experiencia en el ejercicio de la vacancia presidencial aconseja que no pueda ser aplicada durante el último año de mandato presidencial, por eso es necesaria una enmienda constitucional que compense políticamente la imposibilidad del jefe de Estado para disolver el Congreso en el mismo periodo. La oposición parlamentaria solo podría censurar al gabinete y, como máximo, condicionar la investidura de un primer ministro de consenso que garantice un transparente proceso electoral.

## **VI. EN CASO DE CRISIS PRESIDENCIAL, ¿EXISTEN SOLUCIONES INTERMEDIAS A DECLARAR LA VACANCIA?**

La Constitución no es un reglamento, es un pacto que reconoce un conjunto de principios para el buen gobierno civil y la protección como la garantía de los derechos fundamentales. Es natural que contengan vacíos que con el tiempo serán cubiertos por la interpretación que realice la jurisprudencia, las leyes de reforma y convenciones constitucionales. A continuación, un vistazo al constitucionalismo clásico y su comparación con la experiencia nacional.

### **1. Experiencia estadounidense y peruana en materia consuetudinaria**

La Constitución estadounidense no establecía límites a la reelección presidencial inmediata. Washington decidió reelegirse una vez (1793) y su ejemplo produjo una convención respetada más de un siglo hasta que Roosevelt fuera reelecto por cuatro periodos sucesivos (1932, 1936, 1940, 1944). El Congreso decidió aprobar una enmienda constitucional limitando a dos los mandatos presidenciales.

En el Perú, la transición democrática de fines del 2000 recuerda el consejo del expresidente Fernando Belaunde Terry a Valentín Paniagua Corazao (titular de la presidencia transitoria, 22 de noviembre del 2000 a 28 de julio del 2001), cuando se aplicó por primera vez lo dispuesto en el artículo 115 de la Constitución peruana<sup>16</sup>. Desde su experiencia como estadista, le exhortó que el partido no presente plancha presidencial como forma de garantizar la neutralidad del proceso electoral en curso. Un acto de *fair play* (juego limpio) con buenos resultados que consideramos dio inicio a una convención constitucional para una pacífica transición presidencial. Finalmente, para el mismo episodio histórico fue necesaria la aprobación de una ley de interpretación al artículo 115 de la Constitución<sup>17</sup>, estableciendo que el ejercicio de la presidencia transitoria no implicaba la vacancia del cargo del presidente del Congreso, ni su condición como Congresista de la República. Una crisis política resuelta a través de las disposiciones constitucionales, derecho consuetudinario convencional, y leyes de interpretación, a la cual habrá que añadir la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el contenido de la permanente incapacidad moral o física declarada por el Congreso.

## 2. Presidencia transitoria

La sucesión democrática por impedimento temporal o permanente de la presidencia de la república ha sido aplicada en tres oportunidades<sup>18</sup>, pero no exenta de polémica y tragedia<sup>19</sup>; sin embargo, la cuestión es determinar cuál es la condición del presidente del Congreso en caso le corresponda asumir

---

16 El artículo 115 de la Constitución establece sobre la sucesión del jefe de Estado que “[p]or impedimento temporal o permanente del presidente de la república, asume sus funciones el primer vicepresidente. En defecto de este, el segundo vicepresidente. Por impedimento de ambos, el presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones. [...] Cuando el presidente de la república sale del territorio nacional, el primer vicepresidente se encarga del despacho. En su defecto, lo hace el segundo vicepresidente”.

17 Véase la Ley N.º 27375.

18 Valentín Paniagua (2000), Agustín Merino y Francisco Sagasti (2020).

19 La crisis política de noviembre 2020, producto de la vacancia declarada por el Congreso de la República contra el presidente de la república Martín Vizcarra, dio lugar a manifestaciones ciudadanas y la trágica muerte de dos personas.

la presidencia. Nos preguntamos, ¿la representación política de ambos poderes estatales puede ser ocupada por un mismo titular? ¿La separación de poderes admite dicha acumulación bajo un Estado constitucional de derecho? Consideramos que no. De acuerdo con la Constitución peruana, el parlamentario electo que juramenta para ejercer la máxima representación del Pleno<sup>20</sup>, no ocupa el cargo de presidente de la república sino asume sus funciones bajo un principio de unidad y corrección funcional<sup>21</sup>. Como sabemos, el artículo 115 establece que ante el impedimento del presidente de la república para ejercer el cargo lo sucede el primer vicepresidente, a falta de este el segundo y, en ausencia de ambos, el titular del legislativo que asume sus funciones transitoriamente sin agotar el mandato, ya que la Constitución agrega que si el impedimento fuera permanente “[...] convoca de inmediato a elecciones”.

Si la Ley N.º 27375 establece que el ejercicio de la presidencia transitoria no implica la vacancia del cargo del presidente del Congreso, ni su condición de parlamentario. De esta manera, concluimos que no puede juramentar dos cargos distintos porque la finalidad de la disposición es la de evitar un evidente vacío de poder en el poder ejecutivo; incluso se podría ratificar al presidente del Consejo de Ministros en ejercicio, antes de producido el impedimento, o nombrar un nuevo gabinete para garantizar la transparencia de los comicios hasta la juramentación del nuevo jefe de Estado. Por eso, los precedentes históricos tras interpretar el artículo 115 no deberían ser un referente a seguir para futuros hechos políticos.

### 3. ¿La política brinda una solución intermedia?

La teoría constitucional no solo es derecho y política, con el tiempo también se retroalimenta a través de la historia y las circunstancias. Por ello, la regulación de cualquier forma de gobierno debe prever disposiciones que permitan una

---

20 Véase el inciso a) del artículo 32 del Reglamento del Congreso de la República.

21 El principio de unidad aplicado responde a la coherencia interna de las disposiciones constitucionales. Un solo titular para dos poderes del estado no es una interpretación sostenible para el derecho constitucional, salvo que ejerza las funciones transitoriamente mientras se organiza y llevan a cabo las elecciones generales. El principio de corrección funcional ilumina la necesidad de ejercer las competencias indispensables que debe ejercer la presidencia transitoria para la conducción del gobierno, brindar los recursos a los órganos electorales y atender las emergencias preexistentes o que surjan durante su ejercicio.

pacífica continuidad democrática. Un claro ejemplo lo encontramos en la Constitución de los Estados Unidos, cuando establece lo siguiente:

[...] [En] caso de destitución del presidente de su cargo, o si muere, renuncia o queda incapacitado para cumplir con las facultades y los deberes del susodicho cargo, este será ocupado por el vicepresidente; y en caso de destitución, muerte, renuncia o incapacidad tanto del presidente como del vicepresidente, el Congreso podrá intervenir con apego a derecho, declarando qué funcionario desempeñará entonces la presidencia, y tal funcionario ejercerá dicho cargo hasta que la incapacidad cese o un presidente haya sido elegido<sup>22</sup>.

El artículo citado ha sido una disposición aplicada en más de una oportunidad en la democracia estadounidense. Un caso fue la asunción presidencial de Lyndon B. Johnson tras el asesinato de John F. Kennedy<sup>23</sup>. Lo que no dice la Constitución, pero sí la práctica a la luz de la ciencia política, es la inmediatez en la sucesión presidencial para evitar un vacío en el ejercicio del poder. Como registra la historia y las circunstancias, el vicepresidente tuvo que jurar y asumir la jefatura de Estado dentro del avión. La jueza federal, Sarah T. Hughes, se dirigió para proceder al juramento y minutos más tarde recién partió hacia Washington D. C. Otro caso conocido fue la renuncia del presidente Richard Nixon por la sustracción ilegal de documentos en la sede del Comité Nacional del Partido Demócrata, e intento de encubrir a los responsables (1974), asumiendo Gerald Ford (vicepresidente) la titularidad del ejecutivo.

El escenario político de un presidente de la república renuente a dimitir y, por otra parte, la decisión del Congreso para aprobar un pedido de vacancia, nos invita a pensar en soluciones intermedias que nos ayuden a moderar y evitar extremismos por ambas partes. La Constitución peruana establece que el ejercicio de la presidencia puede suspenderse por incapacidad temporal del jefe de Estado declarada por el Congreso. En este escenario, asumiendo el primer vicepresidente la conducción temporal del ejecutivo<sup>24</sup>, nos distanciamos de una eventual renuncia o inminente vacancia para colocarnos en una posición que,

---

22 Cfr. La sección 1 del artículo 2 de la Constitución estadounidense de 1787.

23 Dallas, 22 de noviembre de 1963.

24 Véase el inciso 1, artículo 114, de la Constitución de 1993.

respetando el debido proceso, permita concluir con las investigaciones que brinden la claridad necesaria antes de actuar con precipitación.

Las disposiciones constitucionales se interpretan bajo un principio de unidad. Consideramos que la suspensión del ejercicio a la presidencia puede ser una medida prudente para ser evaluada por el legislativo; el primer vicepresidente asumiría su reemplazo temporal hasta que el Ministerio Público, que deberá fijar un plazo perentorio, culmine sus investigaciones y que el Congreso decida con esos resultados el futuro del actual jefe de Estado.

La razón de esta solución responde a que ambas partes, legislativo y ejecutivo, cuentan con argumentos que, si se optara ya sea por la vacancia o renuncia, respectivamente, la institución presidencial terminará igualmente mellada, lo que finalmente debemos proteger y conservar. Sobre el contenido constitucional del derecho de defensa, como argumenta el Tribunal Constitucional, no existe violación, “[...] si el estado de indefensión se ha generado por una acción u omisión imputable al afectado [...]”<sup>25</sup>. De esta manera, cualquier informe en mayoría de una comisión investigadora puede trasgredir las garantías y derechos del debido proceso en sede parlamentaria reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; en consecuencia, consideramos que se trata de un procedimiento en dichos casos puede quedar viciado de inconstitucionalidad por indefensión.

Conforme al análisis del principio de debido proceso y sus garantías, en concreto, del derecho de defensa, una clara afectación a su contenido constitucional se produce cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, a ejercer todos los medios que sean necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos<sup>26</sup>. Se trata de un derecho exigible en todas las etapas de los procedimientos judiciales o administrativos sancionatorios, como nos dice el Tribunal Constitucional: “[...] Ninguna norma privada regulatoria de

---

25 Cfr. el Expediente N.º 0825-2003-AA/TC (fundamento jurídico 5).

26 Véase el Expediente N.º 06648-2006-HC/TC (fundamento jurídico 4); Expediente N.º 08280-2006-AA/TC (fundamento jurídico 7).



un proceso sancionatorio y ningún acto en el curso del mismo pueden prohibir o restringir el ejercicio de este derecho”<sup>27</sup>.

La Constitución establece el orden de sucesión de la presidencia una vez producidos los casos de ausencia parcial o total de su ejercicio. El artículo 115 establece que asume la presidencia el primer vicepresidente, en su defecto, el segundo vicepresidente. Si ambos se ven imposibilitados, el presidente del Congreso asume la conducción del ejecutivo, evita el vacío de poder, pero no puede culminar el mandato presidencial estando obligado por la Constitución a convocar elecciones inmediatamente (Pareja, 1984, p. 223), una disposición busca evitar que se prolongue la concentración de los poderes ejecutivo y legislativo. Se interpreta que las elecciones son solamente a la institución presidencial; sin embargo, atendiendo que la voluntad del constituyente ha sido optar por las elecciones simultaneas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en su forma de gobierno, consideramos que no se trata de una elección parcial. Se trata de un proceso de elecciones generales y simultáneas de la presidencia y el Congreso que pone fin al proceso de transición democrática, la cual ha sido aplicada en dos oportunidades en la historia de nuestra forma de gobierno<sup>28</sup>.

#### 4. Omisiones constitucionales posvacancia presidencial

La Constitución de 1979 establecía que los expresidentes de la república adquirirían la condición de senadores vitalicios<sup>29</sup>, con todas sus prerrogativas salvo para computar el *quorum* de instalación<sup>30</sup>. La intención fue contar con la experiencia de quienes ocuparon el cargo de jefe de Estado. Con el retorno de la democracia en los ochenta, resultaba óptimo un Senado integrado por representantes con experiencia de estadista; sin embargo, el resto de altos funcionarios públicos debían renunciar seis meses antes si querían postular al legislativo. El Congreso Constituyente de 1993 suprimió el Senado, pero olvidó incluir al jefe de Estado entre los altos funcionarios que deben renunciar con

---

27 Cfr. el Expediente N.º 05085-2006-AA/TC (fundamento jurídico 5).

28 La presidencia transitoria de Valentín Paniagua condujo el proceso de elecciones generales del 2001. La sucesión de Martín Vizcarra a la presidencia de la república luego de la renuncia del presidente Pedro Pablo Kuczynski en el 2018.

29 Véase el artículo 166 de la Constitución de 1979.

30 Véase el artículo 169 de la Constitución de 1979.

medio año de anticipación a las elecciones generales. Si bien resulta extraño que un presidente en ejercicio renuncie para luego postular al legislativo, hoy no parece descabellado por la dura experiencia política que atravesamos.

¿La omisión constitucional señalada permite la postulación de un expresidente al que acaba de declararse su vacancia? No, primero porque se ha vencido el plazo constitucional para su postulación; segundo, porque si los funcionarios separados de la Administración pública están imposibilitados para ocupar otro cargo estatal por un número de años, nos preguntamos lo siguiente: ¿un presidente de la república vacado por incapacidad moral declarada puede postular al Congreso? Cuando las omisiones constitucionales fomentan una incoherencia interna y no colaboran con la integración de todas sus disposiciones, producen polémicos resultados de difícil asimilación para la salud de las instituciones políticas. Caer en la frase, “la Constitución no lo dice expresamente” no corresponde a un cuerpo normativo que se interpreta bajo el principio de unidad. En el periodo de tachas a la lista de candidatos al Congreso y las planchas presidenciales, será el Jurado Nacional de Elecciones quien deberá pronunciarse, ya que se trataría de un polémico precedente para el sistema electoral.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- Basadre, J. (2005). *Historia de la República del Perú (1822–1933)* (t. 1). El Comercio.
- Borea, A. (2016). *Manual de la Constitución. Para qué sirve y cómo defenderte*. Imprenta Editorial.
- García, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Revista Pensamiento Constitucional*, 18.
- Hakansson, C. (2020). *El neopresidencialismo. La forma de gobierno de la Constitución peruana* (2.ª ed.). Yachay Legal.
- Mainwaring, S. (1995). Presidencialismo, multipartidismo y democracia: la difícil combinación. *Revista de Estudios Políticos*, 88.
- Pereira, A. (2011). *En defensa de la Constitución*. Palestra Editores.
- Pereira, A. (1998). *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Tórculo Ediciones.

Por:  
Patricia Anahí  
Lescano Feria\*

## DETERMINACIÓN Y DESIGNACIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A PROPÓSITO DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1384

### Resumen

Con la publicación del Decreto Legislativo N.º 1384, Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el 4 de setiembre del 2018, se modifican una serie de artículos del Código Civil que inciden en el tema de la capacidad. El objetivo era promover la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por esta razón, dichas personas ya no van a ser sometidas a un proceso de interdicción; podrán tomar sus propias decisiones y llevar a cabo actos que antes no podían. Si acaso ellos no puedan desarrollar determinados actos, se podrán configurar los apoyos y salvaguardas. Estos en ningún caso sustituyen la voluntad. El objetivo de este artículo es centrarme, justamente, en dichos apoyos: su definición y determinación, así como su designación. El Código Civil hace referencia a estos puntos, pero es necesario el análisis de cada uno de ellos para comprender la figura y dar respuestas coherentes y justas a un grupo vulnerable que necesita de la atención del legislador y de la sociedad.

### Abstract

With the publication of Legislative Decree No. 1384, Legislative decree that recognizes and regulates the legal capacity of people with disabilities under equal conditions – on September 4, 2018, a series of articles of the Civil Code that affect the issue of the capacity. The objective was to promote the legal capacity of people with disabilities. For this reason, said persons will no longer be subjected to an interdiction process; they will be able to make their own decisions and carry out actions that they could not before. If perhaps they cannot develop certain acts, the supports and safeguards can be configured. These in no case substitute the will. The objective of this article is to focus, precisely, on said supports: their definition and determination;

---

\* Profesora ordinaria de Derecho Civil en la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (España). Correo electrónico: patricia.lescano@udep.edu.pe.

Recibido: 11 de diciembre del 2020

Aceptado: 25 de enero del 2021

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

as well as its designation. The Civil Code refers to some of these points, but it is necessary to analyze each one of them to understand the figure and give coherent and fair responses to a vulnerable group that needs the attention of the legislator and society.

**Palabras clave:** discapacidad, protección, apoyos, determinación.

**Keywords:** disability, protection, props, determination.

### Sumario

I. Definición y determinación de los apoyos. II. Designación de los apoyos. III. Excepción a la designación de apoyos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. DEFINICIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS APOYOS

El tema de los apoyos para las personas con discapacidad no es una novedad del Código Civil peruano, sino que ha sido la suma de varias iniciativas, sobre todo a nivel internacional. Dichas iniciativas eran buenas, pero no vinculantes; la vinculación viene con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre del 2006 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York<sup>1</sup>. El objetivo del instrumento internacional era establecer vías que no afecten el estado civil, pero a la vez ayuden a las personas con discapacidad. En efecto, se pasó de un modelo de sustitución a un modelo de apoyos cuyo desarrollo dependería del ordenamiento jurídico de cada Estado (Varela, 2009).

Dicho modelo plantea medidas menos invasivas de la voluntad. Se busca, en realidad, promover, proteger y asegurar el pleno goce, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. En efecto, la discapacidad debe ser vista desde

1 Este proceso lo inició el Comité Especial. Se celebraron ocho reuniones y el 25 de agosto del 2006, en la octava sesión, durante el último día autorizado para negociar la convención propuesta, el Comité Especial la adoptó.

modelo de la diversidad<sup>2</sup>. Esto significa que la persona con discapacidad es autónoma e independiente, capaz de tomar sus propias decisiones al igual que sus conciudadanos. Si acaso necesitase apoyos, se le debe dar la oportunidad de contar con ellos sin afectar, ni sustituir, su voluntad.

La Convención de Nueva York<sup>3</sup>, en su artículo 12, ha plasmado dicho enfoque y ha determinado que los Estados parte:

Reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; están obligados a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; a tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

- 
- 2 Este modelo acoge algunos de los postulados del modelo social y vida independiente, poniendo énfasis en los conceptos de independencia y ejercicio de la libertad. Plantea que la justicia se logra entendiendo que la discapacidad es un rasgo de la diversidad humana y por tanto debe aceptarse la diferencia que implica, sin que ello conlleve a reactivar actitudes paternalistas que anulen la facultad de decisión.
  - 3 Adopta este nombre por el lugar en el que se aprobó.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

En consecuencia, el artículo 12 (y toda la Convención) reconoce la titularidad de derechos de las personas con discapacidad, pero también su ejercicio. Por ende, habrá que eliminar todas las barreras que impidan la toma de decisiones y donde no sea posible ello, otorgar todos los apoyos que sean necesarios para lograr el objetivo. Por tanto, no hay sustitución, sino asistencia y promoción de la autonomía de la persona que padece algún tipo de discapacidad. Es decir, para los casos en que se pueda rescatar la autonomía y el poder de decisión de la persona con discapacidad, se debe recurrir a medios que ayuden a la persona a ser capaz de tomar las riendas de su vida, así como contar con las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo.

Los apoyos, en realidad, se pueden configurar tanto en el ámbito patrimonial, como a nivel de los derechos fundamentales. Así también, sus formas pueden ser variopintas, desde el apoyo familiar –preámbulo X–, el preferido (artículo 23.4 y 5 de la Convención); hasta un sistema asistencial. En realidad, la idea es pensar en la persona con discapacidad, en lo que necesita, en lo que le falta, en lo que quiere, etc. En fin, los apoyos deben ser como “un traje a medida”, por esa razón la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establece una lista cerrada de las formas que puede adoptar el apoyo.

Ante lo expuesto, surge una gran pregunta: ¿el mecanismo de sustitución de la voluntad es un sistema de apoyo? En mi opinión, existen casos donde, a pesar de que se intente respetar y promover la capacidad de la persona con discapacidad, la situación es bastante grave y extrema. Aquí la única vía para proteger al sujeto es la sustitución. En este sentido, Mayor (2003) defiende esta posición cuando se refiere al sistema de protección español. Según este autor, dicho sistema no es incompatible con la Convención, porque es evidente que cuando esta habla de apoyo o apoyos de las personas con discapacidad, utiliza un término genérico que podrá acoger, sin obstáculo alguno, la pluralidad de formas e instituciones jurídicas de protección típicas de cada ordenamiento<sup>4</sup>.

Lo establecido por la Convención, no es un intento nuevo. Países como Francia e Italia también pensaron en un sistema de protección que respete la

---

4 No obstante, diversos autores opinan lo contrario. La mayoría de ellos de la rama de filosofía del derecho o derecho constitucional.

autonomía de las personas con discapacidad. En Francia, la Loi N.º 68-5, del 3 de enero de 1968, modificó íntegramente el Título XI, del Libro I, del *Code Civil*, titulado “*De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi*”. El Código Civil francés, a parte de la tutela y la curatela como mecanismos de protección, reguló una novedosa figura: la *sauvegarde de justice* (Abbate, 2005), la cual no modifica la capacidad de la persona y tiene un plazo (artículo 433 del *Code Civil*). Asimismo, se constituye, bien por la decisión de un juez tutelar, bien por una declaración del médico al Ministerio Fiscal (artículo, L. 3211-6 del *Code de la Santé Publique*<sup>5</sup>).

Bajo la salvaguardia de justicia, el mayor de edad es capaz de ejercitar sus derechos (artículo 435 del *Code Civil*). En efecto, sus actos son válidos (de administración o disposición). Sin embargo, se pueden impugnar *a posteriori* mediante una acción de nulidad, de rescisión o acción de reducción.

De otro lado, cuando la gestión del patrimonio de la persona sometida a la salvaguardia de justicia corra riesgo de una mala gestión, es posible nombrar a un mandatario. Si no hay persona que se encargue de ello, el artículo 436 del *Code Civil* establece la obligación a determinados sujetos (que coinciden con los legitimados para pedir el inicio del procedimiento tutelar): cónyuge o concubino, a menos que la comunidad de vida haya cesado entre ellos; los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas; a la persona que mantenga lazos estables o la que ejerce una medida de protección y al Ministerio Público. También corresponde a la persona o establecimiento que acoge a la persona protegida.

En otro extremo, el artículo 437 del *Code Civil* establece que el juez puede designar un mandatario especial a efectos de realizar uno o varios actos

---

5 Art. L. 3211-6 del Code de la santé publique: Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé, le médecin est tenu, s'il constate que cette personne se trouve dans la situation prévue à l'alinéa précédent, d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice. Le représentant de l'Etat dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad. A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

específicos (Wong, 2009). El juez tiene libertad para esta designación. Por ende, puede nombrar a cualquiera siempre y cuando tenga el pleno convencimiento que lo hará bien.

Finalmente, el artículo 439 del Code Civil enumera las causas de cesación de la *sauvegarde de justice*. Dentro de ellas están: 1. Por expiración del tiempo; 2. La restauración de la plena capacidad del salvaguardado; 3. Por realización de los actos para los que fue ordenada; 4. Por la transformación de la salvaguardia en una tutela o curatela.

Posteriormente, la Loi del 5 de marzo del 2007, *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, cuya vigencia se dio en enero del 2009, conserva la salvaguardia de justicia, pero adiciona tres nuevos sistemas con el fin de descargar el sistema judicial (Fossier, 2007): el mandato de protección futura o mandato preventivo, el acompañamiento judicial y el acompañamiento social personalizado. Entiendo que en este sistema a las medidas mencionadas se las consideran como medidas de apoyo para las personas con discapacidad.

Por su parte, Italia, mediante la Ley 6/2004, de 9 de enero, instauró la figura de la *amministrazione di sostegno* en el Codice Civile. La finalidad de la ley era proteger a la persona, sin limitar su capacidad de actuar, mediante instrumentos de apoyo temporal o permanente que permitan afrontar la variedad de situaciones de debilidad y fragilidad.

*L'amministrazione di sostegno* tiene el objetivo de otorgar protección a todos aquellos que no puedan gestionar, de manera parcial o total, sus intereses debido a una enfermedad o discapacidad (física o psíquica). Esta medida no sustituye la voluntad, sino que la valora (Calò, 2004); el sujeto protegido conserva su capacidad para todo aquello que no requiera representación exclusiva o asistencia. Por esta razón, según el artículo 405 del Codice Civile, los poderes del administrador deben ser identificados puntualmente en el decreto de nombramiento. Asimismo, el administrador debe tener en cuenta los deseos y aspiraciones de la persona con discapacidad al momento de adoptar una decisión sobre él, e informarle de las acciones que piensa ejecutar (artículo 410 del Codice Civile).



Un supuesto interesante de esta medida es que la elección del administrador la puede hacer el propio interesado cuando prevea su futura discapacidad (artículo 408 del Codice Civil). El elegido suele ser, generalmente, un miembro de la familia. Sin embargo, no se debe confundir esta figura con el mandato en vista de la discapacidad propia, previsto en otras legislaciones, porque siempre es el juez el que nombra al administrador. La designación por parte del interesado constituye, sin embargo, el criterio de selección preferente. De este modo, la voluntad se proyecta hacia futuro, cuando la persona ya no será capaz de expresarse de modo libre y consciente (Matera, 2005).

En efecto, *l'amministrazione di sostegno* resulta ser un mecanismo que respeta la voluntad de la persona. Asimismo, es un procedimiento rápido, porque en el plazo de 60 días el juez debe nombrar al administrador.

A nivel nacional, frente a lo dispuesto por la Convención, el ordenamiento jurídico peruano realiza una serie de reformas al Código Civil, entre ellas, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (artículo 42), elimina los supuestos de discapacidad de los artículos 43 y 44 e incluye el capítulo IV (Apoyos y salvaguardias) al Título II de la sección IV del Libro III. No crea nuevos sistemas de apoyo como la *sauvegarde de justice* francesa, ni *l'amministrazione de sostegno* italiana, pero introduce una regulación a favor de las personas con discapacidad donde los apoyos, en general, adquieren el protagonismo y el proceso de interdicción pasa a un segundo plano.

Los apoyos son formas de asistencia que elige la persona con discapacidad (mayor de edad) con el objetivo de encontrar ayuda para el ejercicio de sus derechos (artículo 659 B del Código Civil). Se trata de aquellos “recursos y estrategias que mejoran el funcionamiento humano” (Luckasson et al., 2002), que le asisten en el ejercicio de sus derechos y en aquellas funciones que la persona no es capaz de hacer por sí sola. En ningún caso, el apoyo significa sustitución<sup>6</sup>.

---

6 Pero habrá casos donde el apoyo implique casi una sustitución y sea necesario reconstruir la voluntad de la persona. En estas circunstancias, Cuenca (2012) propone la articulación de apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas. En cualquier caso estas acciones de sustitución deben realizarse desde el modelo de apoyo respetando, por tanto, la identidad de la persona y

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

De acuerdo a la regulación nacional, entiendo que la persona con discapacidad que es capaz de manifestar su voluntad puede señalar qué tipo de apoyo necesita, para qué actos, su duración y cuántos apoyos requiere. En efecto, los apoyos pueden ser de la más diversa índole; como se trata de diferentes formas de asistencia, éstos no se supeditan solo a los actos jurídicos. Así como no se limitan a los prestados solo por personas naturales, sino que también pueden ser prestados por personas jurídicas tal y como lo establece el artículo 659-C del Código Civil. En este sentido, un sistema de apoyos se establece atendiendo a la persona en cada una de sus circunstancias. Por ello, el apoyo es individual y a la vez diverso. Puede abarcar todo el proceso de la toma de decisiones o solo una parte. Así, se puede configurar el apoyo “para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un *continuum*, contemplando apoyos más o menos intensos” (Cuenca 2012, p. 75).

Para determinar el apoyo (o los apoyos) que necesita la persona con discapacidad y su alcance, es necesario considerar en qué condiciones vive, qué actividades puede realizar, qué necesita para ejercer a plenitud su capacidad; en qué le va a beneficiar el apoyo. Teniendo en cuenta ello, los apoyos deben acomodarse perfectamente a la persona y exclusivamente a ella. De esta manera, el ordenamiento peruano se acoplaría al enfoque de la Convención de las Personas con Discapacidad.

---

decidiendo, en consecuencia, teniendo siempre en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Por ello, en este caso, si la persona no puede designar a quién debe desempeñar la función de apoyo y no existe un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión, se debe escoger a quienes tengan una relación de confianza con la persona que les permita atribuirle voluntad y preferencias (p. 80). En realidad, si se debe llegar al punto de una sustitución, esta debe “ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada [...]. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos, etc.”. (Cuenca, 2012, p. 74). En realidad, en este punto reflexiono y llego a la conclusión de que la curatela podría ser considerado un mecanismo de apoyo para la persona con discapacidad, siempre y cuando sea utilizada como una herramienta de ultima ratio. Es decir, “habrá que agotar previamente los mecanismos de protección menos invasivos y recordar que la decisión se adopta en razón de la situación y nunca por la discapacidad”. (Lescano, 2017, p. 276).

Insistiendo en la diversidad de los apoyos, es lógico que el legislador haya previsto que las funciones de apoyo no solo podrán realizarlas las personas naturales, sino también las instituciones (públicas o privadas), asociaciones, entre otras. Generalmente, las personas que ejercen el apoyo suelen ser los familiares o aquellas con las que se tiene una especial confianza. Para su nombramiento, se debe tener en cuenta la opinión de la persona con discapacidad.

Sobre la designación de personas jurídicas públicas o privadas, el legislador ha previsto que se deberá establecer las que sean necesarias, previa valoración del órgano competente. Pero además de ello, deben cumplir los siguientes requisitos: deben ser sin fines de lucro, deben ser especializadas y estar debidamente registradas. Respecto al primer requisito, hay que recordar que se trata de una persona jurídica que con su actividad no busca generar ganancias o utilidades para ser repartidas entre sus miembros, ni durante la vida de la persona jurídica ni después.

En relación a la especialidad, al referirnos a una persona con discapacidad, las instituciones, tanto públicas como privadas, deben desarrollar funciones relacionadas con la discapacidad y estar inscritas en el registro correspondiente.

## II. DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS

La persona con discapacidad, para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede designar sus apoyos ante un notario o un juez, siempre y cuando tenga la posibilidad de manifestar su voluntad (artículo 659-D del Código Civil).

Antes de revisar las vías disponibles para la designación de los apoyos, es necesario entender la expresión “apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” recogida en el artículo referido. En mi opinión, dicho apoyo no debería limitarse al proceso de la toma de decisiones; sino que abarca todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad, incluyendo los aspectos más cotidianos (Bariffi, 2014). Y cuando se habla del proceso de la toma de decisiones no solo hay que relacionarlo con la decisión propiamente dicha, sino que es necesario observar el momento *ex ante*, el procedimiento, los deseos, las preferencias, las aspiraciones y objetivos del sujeto. No es tomar la decisión por él, sino tomar la decisión con él.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

Volviendo a las vías, la designación de los apoyos requiere de un trámite, ya sea notarial o judicial. Respecto a la primera vía, antes de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384, para la formalización de actos y contratos se requería la capacidad del agente (artículo 140 del Código Civil) y una manifestación de voluntad expresa o tácita<sup>7</sup>. Ahora, después de la modificación, ya no se hace referencia al agente capaz sino a la plena capacidad de ejercicio y se entiende que toda persona con discapacidad tiene esa capacidad de acuerdo al actual artículo 3 y 42 del Código Civil. Por tanto, una persona con discapacidad puede comparecer ante notario para la formalización de negocios jurídicos.

En cuanto a la manifestación de la voluntad, ahora se han incluido nuevas formas de realizarla. Así, la manifestación de voluntad “es expresa cuando se realiza de forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona”. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia”.

De otro lado, el Decreto Legislativo N.º 1384 modifica el Decreto Legislativo N.º 1049, Ley del Notariado, e incorpora como una obligación del notario: “brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera” (artículo 16, literal q) del Decreto Legislativo N.º 1049). En efecto, frente a una persona con discapacidad, el notario debe proporcionar todo lo necesario para que se realice el acto querido.

Por su parte, el artículo 54, literal i) del Decreto Legislativo N.º 1049, modificado también por el Decreto Legislativo N.º 1384, establece que la Escritura pública debe contener “la indicación de intervenir de apoyos”. Pero, además, especifica que “a las personas que sean apoyos no les alcanza el

---

7 Expresa, cuando la voluntad se declara de forma “[...] oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. [...]” (artículo 141 del Código Civil).

impedimento de parentesco que señala esta ley para el caso de intervención de testigos”<sup>8</sup>. En efecto, una persona que es apoyo podría intervenir en calidad de testigo en la circunstancia que lo requiera.

En otro extremo, el literal j) del referido artículo también fue modificado, y ahora establece que se deben indicar “los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.”. Extrañamente, nuestro legislador civil no se ha referido a los ajustes razonables. Sin embargo, el Decreto Supremo N.º 016-2019-MIMP, que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, del 25 de agosto del 2019, sí lo hace y se refiere a ellos como todas aquellas modificaciones y adaptaciones requeridas en un caso concreto para que una persona con discapacidad pueda desenvolverse de modo pleno (artículo 2.1).

No pasa lo mismo con las salvaguardias, cuya regulación se encuentra en el artículo 659-G del Código Civil. Por salvaguardia se entiende a aquellas medidas o mecanismos que tienen por finalidad garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, es decir, están dirigidas a prevenir cualquier tipo de abuso o influencia negativa de los apoyos. En todo caso, se trata de una especie de fiscalización para evitar abusos. La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, en su artículo 12, se refiere a estas salvaguardias y siguen la línea mencionada.

En realidad, se ha modificado toda la nomenclatura del Decreto Legislativo N.º 1049 a las personas con discapacidad y al sistema de apoyos.

La segunda de las vías, a través de la cual se puede solicitar la designación de un apoyo, es la judicial (artículo 841 del Código Procesal Civil). En este

---

8 Artículo 56 del Decreto Legislativo N. 1049: impedimentos para ser testigo: a) derogado; b) ser analfabeto; c) ser cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del compareciente; d) ser cónyuge o pariente del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y, e) Los que a juicio del notario no se identifiquen plenamente; f) ser dependiente del notariado [...]”.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

sentido, el Decreto Legislativo N.º 1384 también modifica, aparte del Código Civil y el Decreto Legislativo N.º 1049, el Código Procesal Civil. Así, con el fin de garantizar a toda persona con discapacidad, el acceso al proceso judicial, el artículo 119-A del Código Procesal Civil prevé que las personas con discapacidad deben contar con “ajustes razonables y ajustes de procedimiento”.

En cuanto al procedimiento, las solicitudes de designación de apoyos y salvaguardias se ventilarán en un proceso no contencioso (artículo 749 del Código Procesal Civil) y ante el juez civil (artículo 750 del Código Procesal Civil). Antes, los procesos de interdicción se ventilaban ante jueces de familia. Ahora, la situación ha cambiado y ello puede traer inconvenientes porque no hay una especialidad en cuanto a la materia.

Respecto a la legitimidad, la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad es la única legitimada para solicitar la designación de apoyos y salvaguardias (artículo 659-A del Código Civil). Se entiende que esta solicitud debe ser hecha de forma libre y voluntaria. Sin embargo, la legitimidad es más amplia (es decir, la solicitud de los apoyos la puede hacer cualquier persona), cuando la persona, respecto de la cual se solicita, se encuentre en estado de coma y no haya designado un apoyo con anterioridad, y, además, cuando las personas con discapacidad no puedan manifestar su voluntad (artículos 659-E del Código Civil y 843 del Código Procesal Civil).

Si la persona con discapacidad solicita la designación de apoyos, en su solicitud debe exponer las razones que la motivan, así como el certificado de discapacidad que acredite su condición (artículo 844 del Código Procesal Civil). Este certificado es expedido por el Conadis y se inscribe en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (artículos 76 y 78 de la Ley N.º 29973, Ley General de Discapacidad).

De otro lado, el juez, según el artículo 845 del Código Procesal Civil, tiene como deber realizar todas las modificaciones, adecuaciones y ajustes para lograr que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. No basta con preguntar y que no se responda. Hay que agotar todos los medios para lograr obtener la manifestación de voluntad. Si es necesario acudir a medios mecánicos, digitales, electrónicos o análogos, se tendrá que hacer.

A continuación, respecto a la resolución final, esta debe indicar las personas naturales o jurídicas que se designarán como apoyo. Ya se ha señalado que, indistintamente, cualquiera de estas dos personas pueden ser designadas como apoyos. Del mismo modo, la resolución debe señalar los actos, el tiempo y las medidas de salvaguardia que se adoptarán en caso de ser necesarias. Asimismo, la resolución se inscribirá en el Registro Personal de acuerdo al artículo 2030 del Código Civil.

Finalmente, la resolución debe ser redactada en formato de lectura fácil donde sus contenidos son resumidos y transcritos con lenguaje sencillo y claro, de acuerdo a las necesidades de la persona con discapacidad (artículo 847 del Código Procesal Civil).

### III. EXCEPCIÓN A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS POR EL JUEZ

Si bien en el apartado anterior se ha señalado que la persona con discapacidad puede designar sus apoyos ante el notario o el juez; existe un supuesto excepcional en el cual es el juez quien designa ese apoyo. Esta situación se presenta cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad o se encuentra en estado de coma y no ha designado un apoyo con anterioridad (artículo 659-E del Código Civil).

Lo dispuesto en el mencionado artículo es una expresión de la labor de protección de las personas con discapacidad encargada a la autoridad judicial. Si bien es cierto, existen otros cauces privados para conseguir dicha protección, en muchas ocasiones los medios privados, más que ser instrumentos de protección de la persona con discapacidad, son “escudos de protección” de aquellos que tienen dominada la voluntad de la persona con discapacidad. En estos casos, en última instancia, el juez termina siendo, en palabras de Sancho (2018): “El último garante de los derechos de la persona con discapacidad” (p. 18).

Según lo establecido en el artículo 659-E, el juez, antes de determinar el apoyo o apoyos, debe haber agotado todas las posibilidades para obtener la manifestación de voluntad de la persona, otorgándole todo lo necesario (instrumentos, medios o ajustes) para lograrlo. Al respecto, debe ser el juez

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

el que busque el camino idóneo para obtener la voluntad de la persona con discapacidad si aquel debe trasladarse hasta el domicilio de la persona con discapacidad porque ella está postrada, ya que deberá hacerlo. El objetivo es obtener la voluntad del sujeto interesado y no hacer lo que la voluntad del operador judicial desea en ese momento.

Si después de todos los denodados esfuerzos por obtener la manifestación de voluntad, no se consiguió nada; el juez está habilitado para determinar un apoyo, de acuerdo a las siguientes consideraciones: la convivencia, la confianza, la amistad, el cuidado o parentesco, etc. El juez no puede determinar como apoyo a cualquier persona, sino que debe fijarse en las relaciones referidas. Por esta razón, el propio artículo 659-E del Código Civil prohíbe la designación como apoyo a aquella persona que haya sido condenada por violencia familiar o sexual.

Asimismo, el juez debe “realizar todas las diligencias necesarias para obtener la mejor interpretación de la voluntad de las personas con discapacidad, así como “atender a su trayectoria de vida”. En algunas ocasiones podrá ser fácil interpretar la voluntad del interesado; en otras, podría ser un verdadero caos, porque no hay manera de hacer la interpretación. A pesar de ello, el juez debe designar al apoyo que garantice el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.

En algunas circunstancias, no es extraño encontrar que muchas de las personas que no pueden manifestar su voluntad estén bajo el cuidado de ciertas personas (familiares o amigos) que, sin haber sido nombradas como apoyos, brindan gran parte de su tiempo y dinero en su atención y cuidado. En este caso, el juez debe observar detenidamente la situación, de manera que lo más recomendable sería nombrar como apoyo a aquel que ha desempeñado ese papel de modo fáctico.

Una vez establecido el apoyo según las consideraciones planteadas por el legislador, la autoridad judicial tiene la obligación de fijar el plazo, los alcances y las responsabilidades del apoyo. Si el apoyo se extralimita en el plazo y los alcances, así como si causare perjuicio a la persona con discapacidad, debe asumir responsabilidades de tipo administrativa, civil y penal.



De otro lado, el legislador prevé que no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. Estas prohibiciones en la designación del apoyo no merecen mayor explicación. Basta decir que para un buen desarrollo del sistema de apoyos es necesario establecer dichas prohibiciones y, no solo eso, sino también resulta indispensable fijar las causales de extinción. A parte de ello, y no menos importante, habrá que pensar en las medidas de control, vigilancia o salvaguardia para garantizar un óptimo desarrollo del apoyo. “La obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos —la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada— no solo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores —notarios, registradores, facultativos, representantes sindicales, etc.— en función del tipo de acto de que se trate”. (Cuenca, 2012, p. 81).

Finalmente, cualquier persona que tenga capacidad jurídica tiene legitimidad para solicitar los apoyos excepcionales. Es decir, no existe una lista cerrada respecto a la legitimación a diferencia de lo que sucedía para el proceso de interdicción.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Los apoyos deben entenderse como toda forma de asistencia hacia la persona con discapacidad que le permita ejercer sus derechos sin sustituir su voluntad. Dichos apoyos pueden ser muy variados y no solo se supeditan solo a los actos jurídicos. Asimismo, lo pueden prestar personas naturales, como jurídicas.
2. La designación de los apoyos requiere de un trámite, ya sea notarial o judicial. Tanto el notario como la autoridad judicial tienen la obligación de atender la solicitud de las personas con discapacidad siempre y cuando tengan la capacidad de expresar su voluntad de acuerdo a lo establecido por el Código Civil.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

3. Existe una situación especial en la cual es el juez el que designa el apoyo y no la persona con discapacidad. Esta situación se refiere a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad. Antes determinar el apoyo o apoyos, la autoridad judicial debe haber agotado todas las posibilidades para obtener la manifestación de voluntad de la persona, otorgándole todo lo necesario para lograrlo. Si, a pesar de lo dicho, el juez no logró el objetivo, está facultado para determinar un apoyo, teniendo en cuenta la convivencia, la confianza, la amistad, el cuidado o parentesco. En efecto, no se puede determinar como apoyo a cualquier persona, sino que debe fijarse en las relaciones referidas.
4. El legislador no designa un plazo máximo, ni para qué tipo de actos se establecen los apoyos. En efecto, se entiende que un apoyo debe durar lo que la propia situación de la persona con discapacidad lo exija, y están dirigidos para cualquier tipo de acto, sea de administración o de disposición. En general, el apoyo debe ser un medio para lograr el mejor desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Abbate, M. (2005). Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia. En Napoli, Emilio (a cura). *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, (129-167). Giuffrè.
- Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco\\_%20Bariffi\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf).
- Caló, E. (2004). *Amministrazione di sostegno*. Legge 9 gennaio 2004, n. 6. Milano.
- Cuenca, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *Redur*, (10), 61-94.

- Fossier, T. (2007). La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007. *La Semaine Juridique*, (11), 21-23.
- Lescano, P. (2017). *La guarda de hecho*. Dykinson.
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. I). Rubinzal-Culzoni.
- Luckasson, R., Borthwick-Duffy, S., Buntix, W., Coulter, D., Craig, E., Reeve, A. et al. (2002). *Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports* (10<sup>th</sup> Ed.). American Association on Mental Retardation.
- Matera, P. (2005). Tre variazioni in tema di amministrazione di sostegno. En Ferrando, G. (a cura). *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (pp.213-234). Giuffrè: Milano.
- Mayor, D. (2003). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre del 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2133), 1-37.
- Ortega, I. (2018). A propósito del Decreto Legislativo N.º 1384. Los procesos de interdicción, designación del salvaguarda y autorización para disponer derechos de incapaces. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (6), 93-104.
- Sancho, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En Pereña, M. (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (17-25). Dykinson.
- Varela, B. (2009). La tutela, ante la convención. *Escritura Pública*, (60), 68-74.
- Wong, C. (2009). *Guide des tutelles et de la protection des majeurs*. Dunod.



Por:  
Ronald Vilchez  
Chinchayán\*

## BIEN JURÍDICO, CORRUPCIÓN PÚBLICA, ABUSO, GESTIÓN Y OPORTUNIDAD EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRA- CIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

### Resumen

En este trabajo el autor se ha encargado de revisar el subsistema de los delitos contra la Administración pública, volviendo por eso sobre algunos elementos básicos como son la corrupción y el bien jurídico. Ha aprovechado este contexto para presentar una propuesta de triple clasificación de estos delitos.

### Abstract (no hay)

The author approaches the study of endangerment crimes, considering the problems that surround them. He points out that difficulties arise both at an external (legitimacy) and internal (configuration) level. In both cases there is a need to review the proposals or suggest new ways to solve them. For this reason, it reviews the evolution of the crimes, from its “non-existence”, passing through its recognition as an exceptional figure, up to its location as a classification of its own and with special characteristics. Even with the intent of the doctrine and the numerous proposals remain outstanding issues and many unknowns to be resolved.

**Palabras clave:** delitos, Administración pública, corrupción, bien jurídico-penal.

**Keywords:** endangerment crimes, legitimacy, classification.

### Sumario

I. Introducción. II. ¿Intervención penal por cumplir? III. Propuesta de (re)clasificación. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesor ordinario de Derecho penal en la Universidad de Piura. Investigador Renacyt. Correo electrónico: ronald.vilchez@udep.edu.pe

## I. INTRODUCCIÓN

La intensidad y la extensión de la intervención jurídico-penal a través de los delitos contra la Administración pública ha sido y es un tema de discusión en nuestro país fomentado —qué duda cabe— por los grandes casos que hemos tenido en los últimos años. Lejos de pensar que la solución viene únicamente por modificar el Título XVIII de Libro II del Código Penal, pienso que es necesario advertir esta tensión entre legalidad, dignidad y seguridad (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 23 y ss.) existente y pasar a proponer un análisis que englobe a todos los delitos contra la Administración pública. Esto es algo en lo que vengo trabajando (Vilchez, 2020, p. 13 y ss.) y expondré, aquí en este número de la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, aunque de una manera muy resumida.

Vale aclarar, previamente, que el esquema que plantearé no tiene como finalidad liberar de responsabilidad a los culpables o castigarlos penalmente —sin que se den los presupuestos— y de manera mucho más intensa, sino más bien de ser coherentes con el desarrollo doctrinal desde la configuración de la conducta típica y atribución de la responsabilidad penal hasta la determinación de la pena. Así, por ejemplo, la intervención penal y, de ser el caso, la sanción sobre alguna conducta realizada por un funcionario público en donde estén en juego millones de dólares o soles no se fundamentarán en la presión social, sino en la conformación de la teoría del delito y los matices que desde ahí se hayan observado en el grupo de los delitos contra la Administración pública.

Partiendo de esa premisa, es conveniente iniciar la revisión del papel que cumple el derecho penal (II), pero centrándose en un escenario mucho más específico, como es el de la corrupción pública, el bien jurídico y la tipología de estos delitos. A partir de eso, se puede estar en condiciones de dar algunas salidas, como se hará aquí al presentar una triple clasificación de los delitos de abuso, de gestión y de oportunidad (III).

## II. ¿INTERVENCIÓN PENAL POR CUMPLIR?

No es poco común que al revisar los escritos especializados en el tema se insista en ideas de lucha, ataque, erradicación de la corrupción —en lo que aquí

me ocupa— pública. Evidentemente una línea así se hace con la finalidad no solo de demostrar el rechazo a esta clase de conductas, sino también de advertir directamente la necesidad de que las medidas tomadas sean duras y drásticas.

Todo esto que —una vez más— se puede entender e incluso asumir como deseable por toda la sociedad, puede encontrar ciertos inconvenientes en el momento de “encajarlo” dentro del sistema penal. La actuación penal no tiene —ni debe— que llevarse a cabo ajena al respeto de las garantías que se han establecido justamente porque de lo que se trata es de advertir que quien está al frente es una persona. No estoy diciendo con esto que no tiene cabida en nuestro país un duro sistema penal. Claro que es posible que exista (sin que por eso deba llamársele “derecho penal del enemigo”). Incluso que se restrinja, como ya se hace, la aplicación de determinados mecanismos procesales o se lleve a cabo el incremento (cuantitativo y cualitativo) de las penas. El problema está en que se desconozca esa dignidad y se le instrumentalice.

¿Por qué llamo la atención en este punto? Porque hablar de corrupción pública nos ha hecho concentrarnos solo en la sanción, pero nos ha hecho perder el norte sobre otras razones. Y ya no solo me refiero a las garantías penales y procesales a las que he aludido anteriormente, sino a por qué debe entrar el derecho penal. Puedo advertir que, llegado a este punto, el lector sienta que la respuesta es más que evidente y que es una pérdida de tiempo hacerla. Sin embargo, no lo es tanto. Estamos tan acostumbrados a decir que el bien jurídico-penal protegido en estos delitos es el “correcto funcionamiento de la Administración pública” que ya no reparamos siquiera en preguntarnos ¿qué es eso? o ¿cómo se mide?

En mi opinión, dejando de lado los cuestionamientos que puedan hacerse sobre las llamadas diferencias cuantitativas o cualitativas del derecho penal y derecho administrativo sancionador (Gómez y Sanz, 2013, p. 66), lo que importa es preguntarse lo siguiente: ¿por qué el Estado castiga penalmente esta clase de conductas? Podría sostenerse que se hace así debido a que el Estado asume la tarea de gestionar una serie de tareas/actividades que toma de la sociedad civil, entre ellas la organización de esta (Ortíz de Urbina, 2019, p. 368). Dicho de otra forma, el Estado se ha arrogado o, mejor, le han sido encargadas por la sociedad,

unas obligaciones que, en tanto condiciones de desarrollo de las personas, tiene que asegurar. Así, en contrapartida, el Estado prevé la configuración de delitos para sancionar aquellas conductas que afectan a esas condiciones que interesan proteger, cumpliendo de este modo con ese encargo/asunción. En consecuencia, se puede afirmar que la puesta en marcha del aparato punitivo estatal no es para tutelar una fórmula manida –pero no por eso exacta– como el buen funcionamiento de la “Administración pública”, sino más bien para garantizar ese compromiso asumido de velar por aquellas condiciones básicas y fundamentales para el desarrollo de la persona en sociedad y el funcionamiento de esta.

Con este punto de apoyo, se puede afirmar a continuación que cuando se comete un delito contra la Administración pública el castigo penal no encuentra su fundamento en la destrucción material de una entidad. Dicho de otro modo, el paradigma de los delitos de resultado de lesión no resulta aplicable en tanto la realidad que se quiere proteger no es una material o perceptible por los sentidos –como sí lo es en el caso del cuerpo, la vida o la integridad física– y, por eso, es necesario buscar en otro esquema, como el que se encuentra en los delitos de peligro (Vílchez, 2018, p. 201 y ss.). Sin embargo, en mi opinión, se debe hacer una precisión. Entiendo que no todos los delitos de peligro, más allá de las clasificaciones al uso, representan una antesala a la efectiva lesión del bien jurídico-penal. Es posible incluir bajo ese paraguas del peligro, un grupo distinto tal y como lo hiciera Binding (1922, § 53/I) respecto a las meras prohibiciones (*Verboten Schlechthin*). Con base en esa construcción, puedo proponer, a modo de evitar confusiones, que no se trata de castigar la mera desobediencia, sino más bien la desvinculación que genera la conducta de ese sujeto especialmente vinculado (porque se trata de un funcionario público) con una institución básica como es la Administración pública, que ha asumido, como se ha dicho ya, la tarea de mantener las condiciones para un buen desarrollo de la sociedad y de la persona. Más aún, la idea es sancionar penalmente con base en que siendo un funcionario público su comportamiento comunica de una manera mucho más fuerte y el “mensaje” repercute aún más en tanto él como integrante de la Administración pública está “desinstitucionalizando” o, como prefiero llamar, se “desvincula” (Vílchez, 2018, p. 245 y ss.) de sus deberes positivos. Esta es la línea que ha empleado también –aunque usando otros términos– nuestra Corte Suprema en el 2020 al dar cuenta de los criterios necesarios para determinar la reparación civil (Apelación 25-2017-Lima, fundamento jurídico 27.4). Algo que



puede darnos una pista del sentido un poco más “aterrizado” de la figura y del por qué de la sanción. Siguiendo por ese camino, podría sostener entonces, de modo específico, que esa desvinculación que realiza el funcionario público está relacionada con las conductas de corrupción pública.

Llegados a este estado, resulta oportuno aclarar que debido a las distintas denominaciones y distinciones que se presentan en nuestro Código Penal respecto a los delitos que examino interesa preguntar si los delitos contra la Administración pública son delitos de corrupción o, como lo indica el Código Penal estos últimos son solo los que se encuentran en la sección IV, del capítulo II, del Título XVIII. Esta es una cuestión no solo terminológica, sino que también tiene cierta incidencia en el plano procesal como sucede en el proceso de colaboración eficaz donde se distingue entre delitos contra la Administración pública y de corrupción de funcionarios. Parece, con base en lo anterior, que en nuestro sistema penal se puede afirmar que todos los delitos de corrupción de funcionarios públicos son delitos contra la Administración pública, pero no al revés. Sin embargo, ese —la mera limitación del legislador penal— no es un fundamento material para sostener tal afirmación. Es más, la revisión de esa sección y de las otras que componen ese capítulo nos puede dar muestra de lo equívoca y, en algunos casos, extraña selección que se ha hecho. Hace falta dar con un criterio o una figura que permita, como punto de partida, entender mejor cuál es la esencia de todo este conjunto de delitos. Eso es algo que se puede encontrar atendiendo a la figura de la corrupción pública.

En el momento de buscar una definición sobre aquella figura no existe, como es normal, una en el Código Penal peruano. Por otro lado, al revisar la doctrina se puede comprobar que, aunque existe un concepto, este no es unívoco (Rodríguez y Ossandón, 2008, p. 21). Sin ánimo de zanjar esta difícil tarea de definición, se puede presentar cierta línea para definir los marcos de la corrupción en el sentido penal, sin hacer la distinción entre corrupción política o administrativa. Por eso, puedo afirmar que la corrupción se puede sintetizar del siguiente modo: se trata de una defraudación habitual, o tendencialmente habitual (Queralt, 2016, p. 111), a ese compromiso asumido por el Estado que implica que un sujeto falte a una vinculación funcional (esto es, por estar investido de potestades públicas) que voluntariamente ha asumido para decidir a favor de la comunidad y que, sin embargo, actúa de modo distinto a lo normativamente previsto convirtiéndose, en

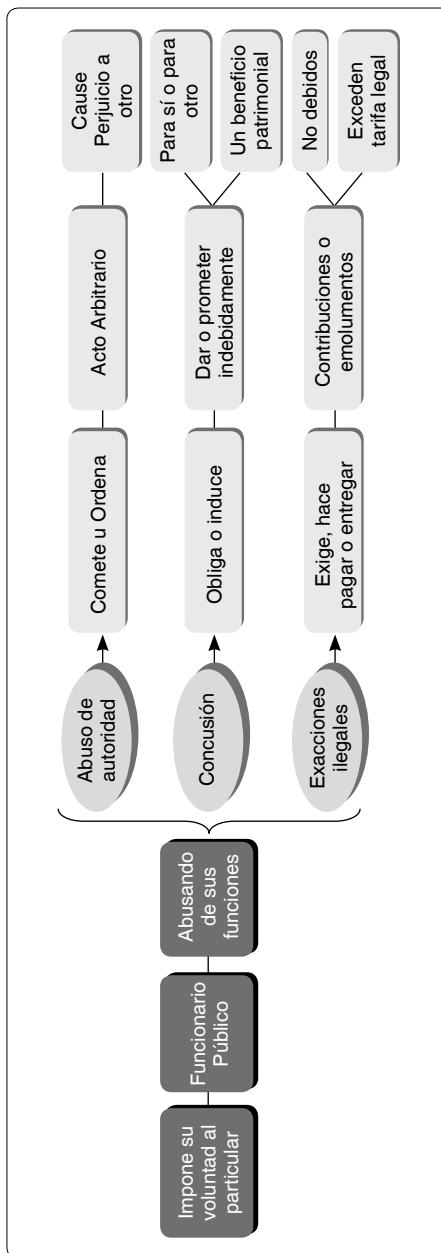
## Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la Administración pública en el Perú

no pocos casos, en una fuente irregular ventajas (Kindhäuser, 2007, p. 5) que se traduce, entre otros, en dinero o favores.

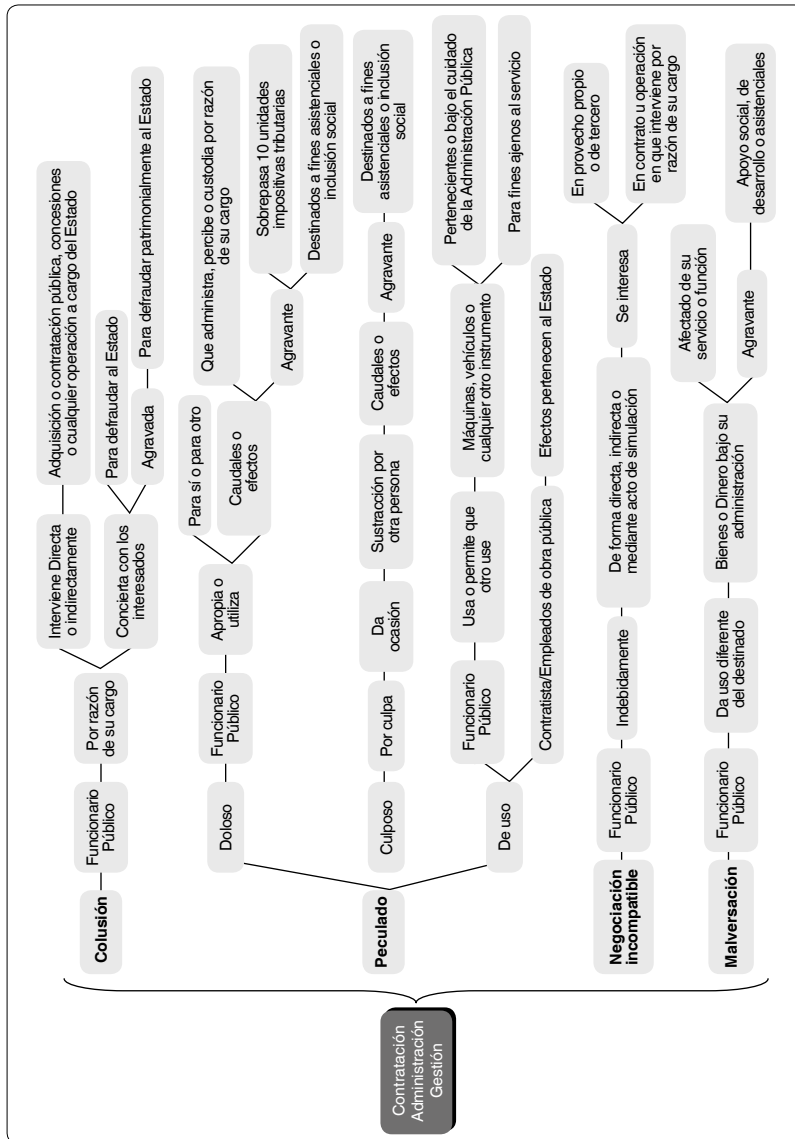
Bajo esa definición entonces, es posible afirmar que todos los delitos del capítulo II del Título XVIII son delitos de corrupción de funcionarios y no solo una sección. Esto trae como consecuencia, por un lado, que cuestionemos la distinción formal que ha establecido nuestro legislador. Y, por otro, que nos volquemos a buscar aquellos criterios que faciliten su ubicación e interpretación dentro del subsistema de los delitos contra la Administración pública. Esta es precisamente la razón por la que inicio la propuesta que presento a continuación.

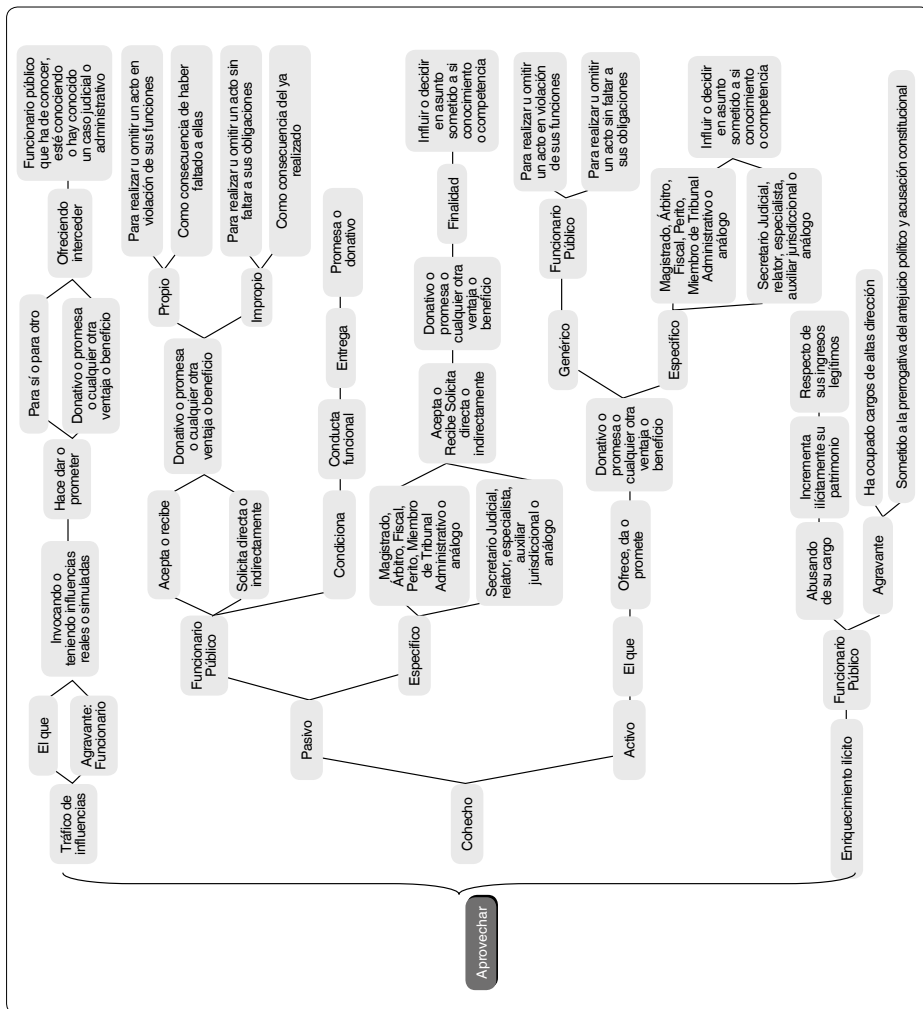
### III. PROPUESTA DE (RE)CLASIFICACIÓN

Advirtiendo que todos los delitos comprendidos en el capítulo II del Título XVIII del Código Penal son delitos de corrupción, es necesario precisar que la forma de ordenar, clasificar y estudiarlos debe responder no a quién ha cometido el delito, sino más bien a las peculiaridades que en la ejecución de la conducta se encuentran. Con base en lo que se ha dicho anteriormente, propongo tener en cuenta el siguiente esquema:

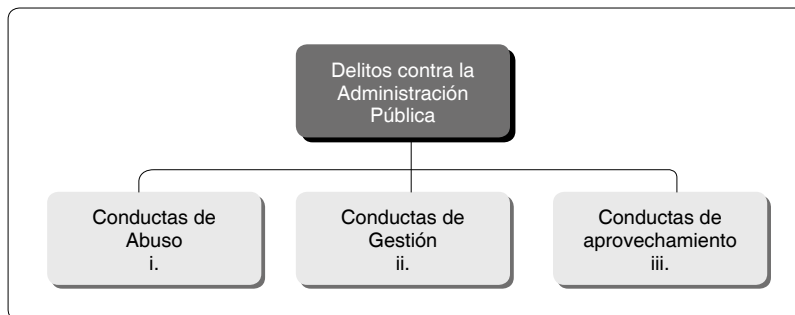


Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la Administración pública en el Perú





## Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la Administración pública en el Perú



- i) En las conductas típicas cometidas por funcionarios públicos se puede observar que hay tipos en los que la característica común es que aquel intimida a los particulares e impone su voluntad.
- ii) También que en aquellos delitos en los que el funcionario público interviene en razón de su cargo, en el control de operaciones y la administración de determinados bienes y servicios, sacando provecho de todo esto.
- iii) Finalmente, se puede distinguir un grupo donde el funcionario público saca provecho de su situación sin necesidad de violentar o abusar (según los sentidos antes expuestos), por el solo hecho de ser funcionario público.

De acuerdo con lo que se ha presentado, puedo señalar que hay tres grandes grupos de tipos dentro de los delitos contra la Administración pública:

### A. *Delitos de abuso*

En los que el funcionario público, usando la intimidación o amenaza, violencia y engaño genera temor en el particular e impone su voluntad sobre este. Esto puede advertirse, por ejemplo, en los delitos de concusión, abuso de autoridad y exacciones ilegales.

Podría decirse que, en algún punto, todos los delitos contra la Administración pública llevan consigo un abuso por parte del funcionario público (pertenezcan o no a la sección I, del capítulo II, Título XVIII del Libro

II de nuestro Código Penal). Por eso, es necesario aclarar a qué me refiero aquí. El denominador común en los tres delitos que he clasificado dentro del grupo de abuso, esto es, abuso de autoridad (artículo 376), concusión (artículo 382), exacciones ilegales (artículo 383), no es que el funcionario público (solo) actúe sobrepasando las funciones que tiene (“abusando de sus atribuciones”), sino más bien que aquí el funcionario público impone su voluntad. Si bien podría alegarse que también en otros tipos penales contra la Administración pública la configuración supone que prevalezca la voluntad del funcionario público (por ejemplo, en los delitos de peculado o cohecho pasivo propio), cabe anotar, por un lado, que aquí el agente (mal)utiliza el poder público —que le ha conferido competencias generales— que tiene (ordenando o cometiendo un acto, por ejemplo) y, por otro, que afecta la voluntad del sujeto pasivo a través de la violencia, amenaza, e incluso del engaño.

Así pues, no se trata de que el agente negocie o convenza al particular, sino que genere un tipo de impacto sobre él haciendo uso de su posición pública, en algunos casos (como el delito de abuso de autoridad); y en otros, además vicie el consentimiento de los sujetos pasivos (como en los delitos de concusión y cobro indebido) generando una afectación (de lesión, de peligro o de desvinculación) que puede concretarse en un acto arbitrario que causa perjuicio (personal o patrimonial) para el particular y que, en principio, genera algún beneficio (mayormente económico) para el sujeto agente.

La validación de lo que acabo de decir se halla en cada una de las características descritas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia respecto a los tres delitos en cuestión. Así, por ejemplo, en el “delito de abuso” de autoridad (artículo 376), concretamente refiriéndose al “acto arbitrario”, se afirma que lo es porque el funcionario actúa fuera de lo que la ley permite o no actúa cuando la ley le obliga, o realiza lo que la ley prohíbe (Salinas, 2019, p. 257). En el “delito de concusión” (artículo 382), el agente no le oculta a la víctima que le está exigiendo arbitrariamente algo indebido (R. N.º 304-2010-Lima, fundamento jurídico 3). Lo importante aquí es que exista lo que se conoce como “*metus publicae potestatis*” o el temor a la autoridad debido a lo que de manera irregular puede hacer el sujeto activo con sus funciones reales en contra del sujeto pasivo. Se parte, entonces, de una “determinada relación legal entre el funcionario público y el particular”, que es lo que permite

que el agente pueda ejercer la presión coactiva sobre el particular. Dicho de otro modo, tiene que darse un abuso “dentro de las propias funciones que le corresponde al sujeto activo”. Lo que interesa, en consecuencia, es que exista constreñimiento para que el particular prometa o dé aquello que no debe, previa intervención, obligando o induciendo, del funcionario para que dé o prometa. En consecuencia, la conducta del funcionario no será indebida si induce al particular a pagar, por ejemplo, sus impuestos o que siga un procedimiento para el trámite de obtención de una licencia (de conducir).

En el delito de cobro indebido (artículo 383) se encuentra una situación particular: el funcionario o servidor público sí está facultado a cobrarle al particular quien tiene que pagar por servicios, por ejemplo, que brinda la Administración. Sin embargo, otra vez, el funcionario realiza un acto arbitrario cobrando por encima de lo que debería hacer.

### *B. Delitos de gestión*

En estos el funcionario público tiene unas competencias específicas. Esto es, interviene en razón de su cargo en los contratos, operaciones o en la administración de los bienes y servicios. Sin embargo, pervierte su conducta obteniendo un provecho ilegal del mismo. Los ejemplos de estos casos se encuentran en los delitos de negociación incompatible, colusión, peculado y malversación.

En este grupo podemos observar que los funcionarios públicos tienen sobre sí unas competencias específicas, en tanto deben administrar o intervenir en la contratación u otras operaciones del Estado. Así, ya que se concibe un espacio en donde ellos y solo ellos tienen que responder por incumplir esos deberes especiales específicos. La particularidad se encuentra en que los funcionarios públicos se aprovechan de un espacio en donde se podría entender existe una apariencia de legalidad (ellos pueden intervenir, pueden disponer de los bienes) y cuyo incumplimiento de tareas no se ve de manera inmediata. Concretamente, esto se puede presentar de la siguiente manera: I. Competencias específicas para la contratación. Aquí los delitos en cuestión son los de negociación incompatible (artículo 399) y colusión (artículos 384.I y 384. II). En ambos se exige, para su configuración, que se trate de un funcionario



público que en razón de su cargo interviene en esas operaciones de contratación pública. Si bien, cada uno de los preceptos tiene sus peculiaridades, en general se puede advertir que ya sea que se interesen (acto unilateral) o acuerden (acto bilateral) infringen sus competencias al no seguir lo normativamente exigido.

2. Competencias específicas para la administración de recursos públicos. Los delitos que se pueden ubicar aquí son los de peculado (artículos 387-388) y malversación de fondos (artículo 389). Expresamente los preceptos legales en cuestión exigen que el sujeto activo sea no cualquier funcionario sino solo aquel que tiene a cargo la administración, custodia o percepción de los bienes. Si ese funcionario —y solo él— se apropia de los bienes o permite que terceros se apropien de él hace posible la puesta en marcha del sistema penal. Por otro lado, se encuentra el supuesto del funcionario que desvía a otro fin público los recursos que administra. Que este caso tenga unos contornos distintos a los anteriores y por eso se deba/tenga que cuestionar su ubicación penal, es algo que no voy a desarrollar aquí. Sin embargo, sí interesa dejar sentada la duda en cuanto a qué quiere decir el precepto legal con una afectación al servicio o función encomendada: ¿es un caso de mera desobediencia? Basta por ahora con esta cuestión.

En este escenario de los delitos de gestión, a fin de cuentas, es inevitable atender con más cuidado a cuáles son las funciones específicas asignadas que tienen los funcionarios públicos en cuestión. Por eso es que, en nuestro ordenamiento jurídico, se requiere la revisión de los MOF y ROF para dar contenido a aquello de “en razón de su cargo”. Ahora bien, dejando de lado la preocupación por las competencias específicas recogidas en esos MOF y ROF, la relación entre estos y los delitos de gestión puede ser una buena excusa para examinar con detalle su composición y alejar así aquellos fantasmas sobre la posible infracción al principio de legalidad (específicamente a la manifestación de certeza) que se les puede achacar.

### C. *Delitos de oportunidad*

Aquí el funcionario público utiliza su posición para obtener un provecho sin necesidad de imponerse por medio de la fuerza o amenaza y sí más bien mediante el ocultamiento, lo clandestino. No estoy diciendo con esto que las conductas, por ejemplo de cohecho, que se hagan a plena luz del día no

puedan ser incluidas aquí, sino más bien que el aprovechamiento indebido se da básicamente sobre la base de disimular u ocultar su actuación tanto o más porque no hay nada que justifique su trato con los particulares o el contacto con bienes o recursos públicos. Es más, muchas veces todo lo anterior se concreta con el apoyo de particulares que le “solicitan negociar”, o sencillamente el provecho se alcanza por encontrarse en una posición de funcionario público (sin ninguna competencia específica). Estos rasgos pueden encontrarse en los delitos de cohecho (como el pasivo y activo impropio), tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Este grupo tiene en común con el primero, que aquí también se hace referencia solo a unas competencias especiales genéricas. Así pues, no se requiere que el funcionario público esté específicamente designado para encargarse de participar en una actividad concreta o que se le asigne una administración, por ejemplo, de bienes. Aquí cualquier funcionario público puede ser el sujeto activo. La cualidad, más bien, que debe llevar a preguntarse por su esencia es ese acuerdo o conexión que tiene con los particulares.

El caso paradigmático en los delitos de oportunidad es el de cohecho pasivo impropio (artículos 394.I y 394.II) en tanto el funcionario realiza un acto sin faltar a sus obligaciones (o, se diría en el sistema penal español, sin realizar un acto ilegal), y más bien se *aprovecha* obteniendo un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole ya sea porque hay un acuerdo con el particular (acepta o recibe de él) o porque tiene una actuación *motu proprio* (solicita). Aquí, a diferencia de lo que pasa en algunos delitos de abuso (como las exacciones ilegales) y de gestión (peculado) no hay una apariencia de legalidad ni del cobro ni de la recepción de algún dinero.

Los delitos de oportunidad permiten hacer una distinción dentro del delito de tráfico de influencias, puesto que aquí solo se puede considerar el caso en el que el sujeto activo es funcionario público sin importar si tiene unas influencias reales o simuladas (artículo 400.II). Esta distinción básicamente se consolida atendiendo a que el sujeto activo debe estar vinculado a la Administración pública, pero no se requiere que tenga una función específica y solo obtiene una ventaja por pertenecer a la Administración pública. La inclusión de la existencia de las influencias irreales o, mejor, la inexistencia de influencias reales dentro

de los supuestos aquí recogidos, podría recordar el cuestionamiento que se hace en cuanto a su irrelevancia jurídico-penal por tratarse de un caso donde como mucho se tutela la buena imagen de la Administración. Sin embargo, en mi opinión, no se trata de proteger la buena imagen, sino de sancionar el aprovechamiento que realiza el funcionario público por el mero hecho de estar inmerso en el aparato estatal.

Finalmente, dentro de este grupo de delitos también se puede incluir al enriquecimiento ilícito. Aquí igualmente es evidente el aprovechamiento de la posición de funcionario público. Pero no hay que confundir. Ese aprovechamiento se sanciona bajo este precepto siempre y cuando no se pueda sostener que la fuente de ingreso ha sido producto de una actividad específica (como de esas que se requieren para la configuración de la colusión, peculado, malversación, etc.). En esta conducta, como también en el cohecho y el tráfico de influencias, tiene mucho sentido la concreción de un binomio: ocultar para aprovechar. Todo esto en tanto no hay ni siquiera apariencia de legalidad para el cobro o la gestión de bienes públicos y aún así el funcionario público se “dispone” de tal forma que obtiene un beneficio con su mala actuación.

#### IV. CONCLUSIÓN

La exposición que se ha hecho aquí y, específicamente, la clasificación puede servir para lo siguiente:

- a) **Unificar conceptos y facilitar así la interpretación de los tipos penales.** No es desconocido, por ejemplo, la falta de unidad en la interpretación —aunque no se discuta la definición— sobre los verbos “obligar”, “exigir”, “inducir» que aparecen en los delitos de concusión y de cobro indebido; o tampoco, la peculiar forma de aplicar la teoría de la unidad del título de imputación, supuestamente vigente en nuestro sistema: aceptando que es la regla (por ejemplo, en el delito de colusión), aceptando que hay excepciones (por ejemplo, en los delitos de cohecho), y aceptando, incluso, que hay “territorios libres” (por ejemplo, en el delito de enriquecimiento ilícito).

- b) **Para reparar mejor en los contextos en los que se desarrollan las conductas típicas**, y con ello revisar la redacción de los tipos penales o presentar propuestas de *lege ferenda*. Así, es necesario distinguir aquellas conductas que, aunque se encuentran tipificadas como delitos, parecen más bien sanciones administrativas (por ejemplo, el delito de malversación). O también pueden mencionarse, por ejemplo, los amplios espacios que quedan dentro de la contratación pública que originan problemas (no solo de prueba) para definir la conducta penalmente relevante (por ejemplo, en el delito de negociación incompatible). Adicionalmente, sirven para advertir con mayor cuidado que dentro de los delitos contra la Administración pública se ha establecido un subsistema en el que se puede hallar no solo delitos que responden al paradigma clásico de resultado de lesión (por ejemplo, el delito de abuso de autoridad o el de colusión agravada), sino también delitos de peligro (como el delito de negociación incompatible, la colusión simple, el cohecho) e incluso formas que representan, si cabe, la anticipación de la anticipación (por ejemplo, el delito de tráfico de influencias).
- c) **Para establecer ciertos parámetros útiles en el momento de determinar las consecuencias jurídicas**. Si se establece que los delitos que denomino de gestión (por ejemplo, la negociación incompatible) son más graves que los de abuso (por ejemplo, la concusión), entonces las penas de los primeros deberían ser cuantitativamente más severas. Sin embargo, no solo se establecería esta distinción, sino que, como propusiera Silva (2011, p. 165), podría atenderse también a enfocar la atención en una pena distinta a la de cárcel, contemplando, precisamente, a la clase de delitos que están en juego. Así, podría considerarse que para los funcionarios públicos que cometen los delitos denominados de oportunidad y gestión, sería una alternativa a analizar que se les sancione, además de la cárcel con multas especialmente altas e inhabilitaciones largas. Adicionalmente, se podría considerar que, para el caso de los delitos de abuso, el papel del particular afectado se revalorice y se le considere también como un perjudicado por los actos del (mal) funcionario público y pueda exigir el pago de la reparación civil por los daños ocasionados.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Binding, K. (1922). *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts* (4.<sup>a</sup> ed., t. 1). Engelmann.
- De la Mata, N. (2004). *La respuesta a la corrupción pública*. Comares.
- Gómez, M. y Sanz, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador. Parte General* (4.<sup>a</sup> ed.), Aranzadi.
- Kindhäuser, U. (2007). Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán (trad. P. García). *Revista de Política Criminal*, 3, 1–18.
- Ortiz de Urbina, G. (2019). Delitos contra la Administración pública. En Silva z, J-M. (dir.) y Ragués i Vallès, R. (coord.). *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (6.<sup>a</sup> ed). Atelier.
- Queralt, J. (2016). La corrupción en España. Un paseo por el lado oscuro de la democracia y el gobierno (en Lapuente, V. (coord.)). Alianza Editorial.
- Rodríguez, L. y Ossandón, M. (2008). *Delitos contra la función pública* (2.<sup>a</sup> ed.) Editorial Jurídica de Chile.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública* (5.<sup>a</sup> ed.), Editorial Iustitia.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. B de F.
- Silva, J-M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.<sup>a</sup> ed.), B de F.
- Vilchez Chinchayán, R. (2018). Aproximación al a intervención penal anticipada. Un cambio de perspectiva en el tratamiento de los delitos de peligro, Palestra, Lima.
- Vilchez Chinchayán, R. (2020). Los delitos contra la Administración pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita, en García Cavero, P. y Vilchez Chinchayán, R. (dirs.), *Delitos contra la Administración pública* (pp. 13–59), Editorial Ideas, Lima.



Por:  
Karla Vilela  
Carbajal\*

## ANÁLISIS DE LA ACUMULACIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

### Resumen

El artículo analizó los principales problemas que presenta la acumulación de pretensiones y acumulación de procesos en el código procesal civil de 1993, poniendo en evidencia como este equivocado tratamiento ha originado que en la práctica judicial se apliquen soluciones irracionales e incompatibles con el principio de tutela judicial efectiva.

### Abstract

The paper analyzed main problems presented by the regulation of the joinder of claims and joinder of process in the Peruvian Civil Procedural Code of 1993, putting in evidence how its equivocal treatment has led to that in judicial practice to reach solutions irrational and incompatible with the principle of effectiveness of the jurisdictional protection.

**Palabras clave:** proceso civil, acumulación de pretensiones, acumulación de acciones, acumulación de procesos, economía procesal.

**Keywords:** civil procedure, joinder of claims, joinder of actions, joinder of process, procedural economy.

### Sumario

**I. Acumulación.** 1. *Fundamentos jurídicos.* 2. *Clases de acumulación.* 3. *Requisitos comunes a todos tipo de acumulación.* **II. Acumulación objetiva.** 1. *Requisitos de la acumulación objetiva.* 2. *Clases de la acumulación objetiva.* **III. Acumulación subjetiva: acumulación subjetiva de pretensiones.** 1. *Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones.* 2. *Efectos de la acumulación subjetiva-objetiva.* **IV. Acumulación de procesos.** 1. *Requisitos de la acumulación de procesos.* 2. *Trámite de la acumulación de procesos.* 3. *Los efectos de la acumulación de procesos y de su concesión.* **V. Conclusiones.** **VI. Bibliografía.**

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, Abogada por la Universidad de Piura. Docente ordinaria asociada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Correo electrónico: karla.vilela@udep.edu.pe

## I. ACUMULACIÓN

Es una figura procesal que consiste en la reunión en un solo proceso de dos o más sujetos actuando en calidad de parte (demandante, demandada, o de ambos), o de reunir en un único proceso dos o más pretensiones, o por último reunir en un solo proceso a más de un sujeto actuando en calidad de parte con más de una pretensión.

Así, la figura de la acumulación rompe el esquema ideal de que en un proceso actúa solo un sujeto como demandante y otro como demandado, y que el demandante incluya una única pretensión en su demanda. Esa figura es casi utópica, porque en la realidad la estructura de un proceso es mucho más compleja: intervienen dos o más sujetos como demandantes, o como demandados, o incluso en ambas calidades; y además es muy frecuente que quienes actúan como demandantes incluyan en su demanda más de una pretensión.

### 1. Fundamentos jurídicos

¿Qué razones son las que justifican la existencia de la figura de la acumulación? ¿No sería más fácil tener siempre el proceso en el esquema ideal donde su estructura es simple porque solo un sujeto actúa como demandante y otro como demandado y el demandante incluye una única pretensión en su demanda?

Aunque inicialmente se piense que la estructura simple de un proceso sería lo mejor para la tramitación más rápida del mismo, el principio de economía procesal sostiene lo contrario porque permitiendo que en un único proceso intervengan dos o más sujetos como demandantes, o como demandados, o incluso en ambas calidades; y que quienes actúan como demandantes incluyan en su demanda más de una pretensión, se produce un ahorro de esfuerzos, tiempo y dinero. Ahorro de esfuerzos porque un único juzgado se encargará de la tramitación del proceso de todas las personas involucradas y de todas las pretensiones solicitadas, evitando una elevación de la carga procesal de más de un juzgado; ahorro de tiempo porque todas las incidencias del proceso, incluida la sentencia final, serán resueltas en un único acto para todas las personas involucradas y pretensiones incluidas en un



mismo momento, y finalmente un ahorro de dinero porque los costos y costas del proceso se podrán prorratear entre todos los participantes del proceso que actúen en calidad de una misma parte.

“Además de la tan traída y llevada economía procesal —que por sí sola nunca debería ser fundamento suficiente de nada—” (Gascón, 2000, p. 1), este principio de economía procesal nos lleva al principio de tutela judicial efectiva que también justificaría la existencia de la acumulación procesal, ya que la acumulación permite que los justiciables obtengan un pronunciamiento eficaz sobre sus pretensiones y porque se obtuvo a tiempo y con el menor número de actos procedimentales.

Hay quienes (Cortés, Gimeno y Moreno, 1995, p. 102) sostienen que el fundamento es evitar sentencias contradictorias, pero no se comparte ese argumento porque la figura de la acumulación está prevista, en muchos casos, como una opción que tienen los litigantes y no como una obligación. De allí que si las partes no utilizan la figura de la acumulación, en ciertas ocasiones, y respetando el principio de independencia judicial, podrían darse sentencias contradictorias.

## 2. Clases de acumulación

Siempre que se habla de clasificaciones, estas son muy diversas, ya que dependen de los distintos puntos de vista que se utilicen en cada una de ellas. Y como solo muy ocasionalmente los criterios de clasificación son excluyentes entre sí, ello origina no solo que abunden diferentes tipos de acumulación, sino que los ordenamientos procesales acojan varios de ellos no en estado puro, sino combinando varios de ellos.

Así, en materia de la acumulación, los criterios de clasificación más utilizados son los siguientes:

- a) **Según la parte procesal donde se presenta la acumulación.** Esta se clasifica en activa (si la acumulación se presenta en la parte demandante), pasiva (si la acumulación de sujetos se presenta en la parte demandada), o

mixta (si es que la acumulación de sujetos se presenta en ambas partes del proceso)<sup>1</sup>.

- b) **Según el momento en el cual se presenta la acumulación.** Esta se clasifica en originaria (si la acumulación se presenta desde el inicio del proceso, es decir en la demanda) o sucesiva (si es que la acumulación se presenta ya iniciado el proceso, como tras la presentación de una reconvención)<sup>2</sup>.
- c) **Según el elemento a acumular.** La acumulación es subjetiva (si es que se reúnen dos o más personas para actuar como demandantes, o como demandados, o en ambas partes del proceso), y objetiva (cuando lo que se reúne era la presentación de más de una pretensión como objeto del proceso).

Más adelante se estudiarán con mayor profundidad cómo han sido reguladas cada una de ellas en el CPC.

### 3. Requisitos comunes a todo tipo de acumulación

Para que se pueda dar efectividad al fundamento que justifica la existencia de esta figura de la acumulación procesal, algo alerta que no todas las personas se podrán reunir en calidad de una parte, o que no siempre se podrán reunir en un solo proceso todo tipo de pretensiones, porque en vez de lograr una

---

1 Hay que considerar que no toda la doctrina nacional está de acuerdo con esa clasificación: “Si se encuentra reconocido que la llamada acumulación objetiva consiste en una pluralidad de pretensiones formuladas en un mismo proceso y la denominada acumulación subjetiva consiste en una pluralidad de sujetos en calidad de parte demandante o demandada, cabe preguntarnos nuevamente: ¿qué existe en común entre la pluralidad de sujetos y la pluralidad de pretensiones? La respuesta es clara, ya que en realidad nada tienen en común, salvo la misma “pluralidad” o el término “acumulación”, lo que evidentemente no puede considerarse como una característica que permita agruparlas como especies de un mismo género. Por ello, creemos que resulta artificial no solo el agrupar dos instituciones sin características comunes, sino además crear un género que los agrupe, el que ha venido a denominarse “acumulación procesal”. (Apolín, 2011, p. 175).

2 El Código Procesal Civil peruano (en adelante, CPC) solo señala los requisitos de la acumulación originaria, de la reconvención y de la acumulación de procesos. No dice nada sobre los requisitos de otras acumulaciones como las que ocurren en una intervención litisconsorcial y en una intervención para el aseguramiento de pretensión futura.

economía procesal se originaría un caos procesal ya que se unirían piezas o elementos que no guardan relación unos con otros.

Es por eso que lo que se exige a todo tipo de acumulación, sea de la clase que sea, es que exista la conexidad. Esta existe cuando las pretensiones tienen elementos comunes o afines entre sí. Se habla de conexidad propia cuando los elementos de las pretensiones son comunes, y se dice que la conexidad es impropia cuando los elementos de las pretensiones son afines. Esta idea doctrinal aparece recogida por el legislador peruano en el artículo 84 del CPC. Ariano (2013) destaca que “la expresión ‘impropia’ ha sido acuñada por la doctrina procesal italiana como contraposición a la conexión ‘propia’, o sea a auténtica conexión entre pretensiones y en referencia a un particular supuesto el del litisconsorcio fundado en la ‘identidad de cuestiones’” (p. 198). En esa línea, Calamandrei (1962) afirmaba que “evidentemente en tales hipótesis evidentemente no se tiene entre las diversas causas ninguna verdadera comunidad de elementos objetivos o ni siquiera solo subjetivos” (p. 143).

Ahora bien, para que se pueda seguir entendiendo todo este tema hace falta tener en claro qué es una pretensión. Y en este punto se sigue a Carnelutti (1959), quien define a la pretensión como “la exigencia de subordinación de un interés ajeno al propio” (p. 167). Ahora bien, definida la pretensión, es necesario delimitar cuáles son sus elementos, porque es por la comunidad o afinidad de los mismos que existirá o no conexidad. “Así como pueden comprobarse casos frecuentes de confusión conceptual entre pretensión procesal y otras figuras, se verifican dudas en el tratamiento particular de cada uno de sus elementos”. (Calvinho, 2008?, p. 9), pero ante la diversidad doctrinal al respecto, aquí se considera que los elementos de la pretensión son dos:

- a) **El elemento subjetivo.** Comprendido por los sujetos, quienes son: el sujeto activo, es decir, el titular de la pretensión y el sujeto pasivo, que es contra quien se dirige la pretensión, es decir quien se pretende sea el que cumpla con la pretensión planteada.
- b) **El elemento objetivo.** Este elemento es doble. Por un lado se encuentra el *petitum*, o el pedido concreto que se dirige hacia el demandado, y la causa

*petendi*, o causa de pedir, que está conformado por las razones de hecho y de derecho en las que se sustenta el *petitum*.

Con lo anterior, ya se está en condiciones de determinar que la conexidad existirá cuando entre dos o más pretensiones al menos uno de sus elementos sea común (el mismo) o afín (semejante, análogo, próximo). En ningún caso se puede exigir igualdad en los tres elementos de la pretensión, porque en ese caso no se estaría hablando de conexidad, sino de igualdad, lo cual conllevaría a afirmar la existencia de litispendencia o cosa juzgada, según exista proceso pendiente o proceso terminado anteriormente con pronunciamiento sobre el fondo.

Hay un sector de la doctrina que sostiene que los elementos de la pretensión sobre los cuales se debe plasmar la conexidad únicamente pueden ser los elementos objetivos, pero nunca solo el subjetivo porque aunque se traten de los mismos sujetos, ello no es suficiente para hablar siquiera de semejanza de la pretensión. Y aquí se concuerda con ello porque la identidad o comunidad de sujetos no garantiza una relación con el elemento objetivo del proceso<sup>3</sup>. Siguiendo esa línea destaca la opinión de Ariano, quien expresa que “la conexión *subjetiva* se da cuando el nexo entre las pretensiones se da en el elemento subjetivo (*personae*) en el sentido de que todas las pretensiones “se plantean y se dirigen por y contra” los mismos sujetos (en buena cuenta: identidad de partes).

En línea (meramente) teórica, la *conexión subjetiva* entre pretensiones se da cuando:

- a) en una misma demanda el demandante acumula varias pretensiones contra el mismo demandado, dando lugar a una acumulación meramente objetiva *inicial* u originaria (A plantea contra B, las pretensiones X, Y y Z);
- b) el demandado plantea reconvencción contra su demandante (A plantea demanda contra B, y B reconviene contra A); y
- c) se reúnen varios procesos pendientes entre las mismas partes.

---

3 Es necesario precisar que se está hablando de tipo de conexidad, no de tipo de acumulación. Se precisa lo anterior porque hay quien sostiene que la acumulación (no conexidad) es una sola: la de pretensiones. (Raggiardo, 2010, p, 146).

Naturalmente está en la discrecionalidad de cada legislador establecer que además de la conexión subjetiva, se requiera, a los efectos de su acumulación, que las diversas pretensiones presenten una conexión objetiva, tal como lo ha hecho el CPC respecto de la reconvencción (artículo 445, que exige que la pretensión contenida en la reconvencción sea “conexa con la relación jurídica invocada en la demanda”) y de la acumulación de procesos (inciso 3 del artículo 88 que establece que tal acumulación está enderezada a evitar “pronunciamientos jurisdiccionales opuestos”, lo que presupone el vínculo objetivo entre las diversas pretensiones)” (Ariano, 2013, p. 196).

Además de la conexión subjetiva, Ariano (2013) considera que hay una clasificación de la conexión objetiva:

- a) **La conexión objetiva llamada “propia”**. Cuando el vínculo entre las pretensiones se da entre los *concretos* elementos *objetivos* de la pretensión (*petitum* y/o *causa petendi*).
- b) **La conexión objetiva llamada “impropia”**. Cuando el vínculo no está propiamente entre los elementos objetivos concretos de las pretensiones, sino cuando todas las pretensiones plantean la misma cuestión jurídica. Es llamada también conexión por *afinidad*”. (p. 197)

## II. ACUMULACIÓN OBJETIVA

Esta clase de acumulación se produce cuando en un mismo proceso se introduce más de una pretensión procesal. Como ya se dijo en su momento, esta acumulación objetiva puede darse desde un inicio del proceso, es decir, al momento mismo de la interposición de la demanda y en la misma se incluye más de una pretensión, pero también se puede producir ya iniciado el trámite de un proceso judicial, por ejemplo, por la presentación de una reconvencción o con la incorporación de un litisconsorte voluntario al proceso.

## 1. Requisitos de la acumulación objetiva

A esta acumulación objetiva, además de exigírsele la presencia de la conexidad entre las distintas pretensiones, le es también exigible lo previsto en el artículo 85 del CPC, que establece que se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que 1) estas sean de competencia de un mismo juez; 2) no sean contrarias entre sí, salvo sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y 3) que sean tramitables en una misma vía procedimental. Es así que deben concurrir de manera necesaria los tres requisitos establecidos en el artículo 85 del CPC.

A continuación, se pasarán a examinar cada uno de los requisitos arriba mencionados:

- a) **Que las pretensiones sean de competencia de un mismo juez.** Se exige el cumplimiento de este requisito puesto que la idea es que se reúna en un mismo proceso la tramitación de todas las pretensiones acumuladas, y para ello se requiere que el juez tenga la capacidad para conocer de las mismas.
- b) **Que las pretensiones no sean contrarias entre sí, salvo sean propuestas en forma subordinada o alternativa.** Este requisito busca establecer que las pretensiones sobre las cuales el juez se pronuncie sean posibles de plasmarse en la realidad, dando cumplimiento a la efectividad de la tutela judicial. Porque si fueren contrarias entonces alguna(s) de ellas no podrían plasmarse en la realidad. Así, se puede concluir que este requisito no se aplica a toda clase de acumulación objetiva porque solo se aplica cuando además de una conexión subjetiva, también exista una acumulación objetiva.
- c) **Que las pretensiones sean tramitables en una misma vía procedimental.** Se exige el cumplimiento de este requisito puesto que la idea es que se reúna en un mismo proceso la tramitación de todas las pretensiones acumuladas y para ello se requiere que el juez tenga las mismas herramientas para poder resolverlas dentro del mismo trámite procedimental. Además, así lo exige la aplicación del principio de economía procesal, de tal manera que toda

la tramitación del proceso no tenga obstáculos por la aplicación de plazos distintos para la realización de un mismo acto procesal o la posibilidad de realizar un acto procesal u otro.

Hasta aquí ya se puede hacer una reflexión sobre la regulación legal de la acumulación objetiva y es que el legislador está exigiendo como requisitos de la misma, además de la conexidad, tres requisitos adicionales. ¿Era necesario adicionar esos tres requisitos distintos a la conexidad?. Y la respuesta es no, al menos dos de esos requisitos, y así mismo lo admite el propio legislador en el mismo artículo 85 del CPC, ya que esta norma también establece, en la modificación del 28 de diciembre del 2014, como otros supuestos de acumulación los siguientes:

- a) Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental, en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas.
- b) Cuando las pretensiones sean de competencia de jueces distintos, en cuyo caso, la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado.

Con esta modificación, surgen dos posibles interpretaciones del artículo 85 del CPC. La primera diría que no se tratarían de nuevos supuestos de acumulación los incorporados en los literales a) y b), sino que en realidad se eliminan los requisitos señalados en los incisos 1 y 3 de esta misma norma porque textualmente esta modificación dice “también son supuestos de acumulación los siguientes”. El término también significa que son incorporados como supuestos ordinarios de acumulación<sup>4</sup>, y como esta modificación es posterior al texto ordinario, aplicando el principio de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que dice que norma posterior deroga a la anterior, se podría concluir que el único requisito exigible para la acumulación de pretensiones es que las pretensiones no sean contrarias entre sí, salvo se acumulen de manera subordinada o alternativa.

---

4 La excepcionalidad de la norma está referida, según la literalidad de la misma, a los casos en que lo diga el código y las leyes especiales.

La otra posible interpretación, tras la modificación del artículo 85 del CPC, es que los nuevos supuestos de acumulación incorporados en los literales a) y b) son de aplicación excepcional; por lo tanto, solo se pueden aplicar en los casos en que el juez, el código o las leyes especiales así lo dispongan. El fundamento de esta interpretación es que aunque literalmente no esté el término de excepcionalidad en la modificatoria de la norma, también es verdad que si el legislador hubiese querido retirar como requisitos de la acumulación los supuestos previstos en los incisos 1 y 3 de esta norma, lo que hubiera podido hacer es derogar esos supuestos y no agregar otros que los contradijeran.

De las dos posibles interpretaciones, más razonable parece la segunda, que aunque su redacción no es la más afortunada, no es lógico que el legislador, pudiendo derogar los supuestos de los incisos 1 y 2 de ella, no lo haya hecho y solo haya agregado estos “nuevos supuestos”.

Ahora bien, es necesario señalar que para la reconvención los requisitos procesales son los mismos señalados en el artículo 85 del CPC para la acumulación originaria: que sean competencia del mismo juez y tramitables en la misma vía procedimental. En cambio, en la acumulación de procesos el único requisito establecido expresamente es que ninguno de los procesos haya sido sentenciado. (Ariano, 2013, p. 201).

Asimismo, corresponde hacer mención a que la Corte Suprema, en Plenos Casatorios anteriores a la modificación del CPC, ya se había pronunciado sobre la flexibilización de ciertos requisitos para la acumulación objetiva. Así en el III Pleno Casatorio, Casación N.º 4664-2010-PUNO, del 18 de marzo del 2011 dispuso en el apartado 5 la flexibilización de la acumulación de pretensiones en materia de familia<sup>5</sup>.

---

5 “18. Se ha establecido como característica de los procesos de estado de familia el de ser una excepción al principio dispositivo o de iniciativa de parte, y que en tal sentido se le otorgan facultades extraordinarias al juzgador para concretar las finalidades del proceso y dar solución efectiva al caso.

Una de esas potestades es precisamente la de integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Ejemplos representativos sobre la acumulación de pretensiones en materia de familia son el relativo a la separación de cuerpos o divorcio,



En ese mismo sentido, se pronunció el IV Pleno Casatorio, Casación N.º 2195-2011-UCAYALI, del 13 de agosto del 2012, en el fundamento 21, del apartado V<sup>6</sup>.

---

conforme a los términos que señalan los artículos 340 y 342 del Código Civil y el artículo 483 del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 87 in fine del mismo cuerpo normativo; también en el caso de invalidez del matrimonio según lo establece el artículo 282 del Código Civil y en los procesos por patria potestad, tenencia y régimen de visitas a que se refiere el artículo 137 del Código de los Niños y Adolescentes [35].

Con acierto se sostiene que la acumulación bien puede presentarse incluso en el supuesto de que no se formulen en la demanda pretensiones accesorias, “siempre y cuando estas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda [...]. Tal es el caso, por ejemplo, del proceso de separación de cuerpos o divorcio por causal, en el que se consideran como pretensiones accesorias a ser acumuladas al principal (separación de cuerpos o divorcio por causal) por disposición legal (artículo 483 del Código Procesal Civil), las de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal”[36].

En consecuencia, el juez de familia está facultado, en principio, para integrar la demanda con las pretensiones accesorias previstas expresamente por la ley, y en este sentido podrá hacerlo hasta el momento de fijar los puntos controvertidos. Particularmente también podrá integrar como punto controvertido la indemnización o alternativamente la adjudicación preferente de un bien de la sociedad de gananciales, como se analizará más adelante.

19. También es necesario puntualizar que en esta línea de flexibilización del principio de congruencia nuestro ordenamiento procesal civil admite casos de acumulación tardía y de acumulación tácita. Así podemos verificar que en la última parte del artículo 87, modificado por Decreto Legislativo N.º 1070, dispone que a) si no se demandan pretensiones accesorias, solo pueden acumularse estas hasta antes del saneamiento del proceso, b) cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda”.

- 6 “21. Siguiendo la línea expositiva de la recurrente, queda por determinar si es que era procedente o no la acumulación de los procesos de desalojo con el de Usucapión, que los demandados estaban siguiendo ante el mismo Juzgado. Al respecto se debe precisar que no resultaba viable dicha acumulación, en primer lugar —desde un plano netamente formalista—, porque la normativa procesal no admite la posibilidad de acumular pretensiones que se tramitan en distintas vías procedimentales —ello desde el solo aspecto formal—. Empero, este tribunal considera que nada impide que ante situaciones especiales puedan acumularse determinados casos, tramitables en vías de cognición diferentes, siempre y cuando el juzgado justifique los motivos por los que resulta atendible dicha acumulación y no se afecte el derecho a la defensa de las partes. Así, por ejemplo, se afectaría el derecho de defensa si se dispone la acumulación de la prescripción adquisitiva, con el ya iniciado proceso de desalojo por ocupación precaria —que por tramitarse en la vía sumarísima, resulta más breve—, con una reconvencción cuya pretensión sea prescripción adquisitiva que, por corresponder-

Incluso después de la modificación del CPC del 2015, podemos encontrar que subsiste el criterio de la Corte Suprema de flexibilizar las normas de acumulación en procesos especiales. Así, en el IX Pleno Casatorio, Casación N.º 4442-2015-MOQUEGUA, del 8 de agosto del 2016, la Sala Plena, en el fundamento 17 del apartado IV, expresa lo siguiente:

[...] el legislador puede establecer normas especiales en instituciones tan distintas como la postulación y defensa, la legitimación, la intervención procesal, la acumulación de acciones y procesos, la carga de la prueba, las diligencias preliminares, y un largo etcétera. Hay casos en que, además, el legislador establece un entero procedimiento distinto del propio de los procesos ordinarios. Pues bien, cuando las especialidades de una materia son procedimentales estamos en presencia, en sentido estricto, de un proceso declarativo especial. Cuando las especialidades de una materia no son procedimentales, sino de otro orden, y el procedimiento a seguir es uno de los ordinarios [...] estamos en presencia de especialidades de los procesos declarativos ordinarios”<sup>55</sup>. **En nuestro ordenamiento procesal son procesos especiales, por ejemplo, los procesos de divorcio, tercería de propiedad, prescripción adquisitiva, alimentos, interdicción, etc.** [Énfasis agregado]

Asimismo, es necesario precisar la regulación de la acumulación en el proyecto de reforma del CPC. Así, Avila (2018) señala que los cambios que

---

le el procedimiento denominado Abreviado, los plazos de su trámite son mucho más latos y la posibilidad de defensa de las partes resulta más amplia. En segundo lugar (en este caso concreto), porque los demandados nunca solicitaron tal acumulación, ni tampoco reconvinieron, sino que se limitaron a señalar que estaban siguiendo un proceso de usucapión ante el mismo Juzgado (Expediente N.º 00407-2010-0-2402-JR-CI-01) y que se debía tener en cuenta que la demanda era improcedente porque ya habían adquirido el bien por prescripción adquisitiva; y en tercer lugar, porque en ambas instancias de mérito si se ha hecho alusión a la usucapión alegada, señalándose expresamente, en la sentencia apelada, que en este proceso de desalojo no se estaba discutiendo la titularidad de la propiedad, sino cual de las partes tenía un título que la legitimara para ejercer el derecho a poseer el bien y que cualquier discusión sobre la propiedad se tenía que ventilar en el proceso más lato. Esta apreciación resulta jurídicamente correcta, por cuanto en un proceso de desalojo, por su naturaleza sumaria, dada la simplicidad de su objeto (verificar el derecho a poseer), no es factible ingresar a realizar un análisis pleno respecto de la validez de títulos o a la formas de adquisición de la propiedad, los que deben ser debatidos mediante la realización de actos procesales plenos, de trámite más amplio, sino que tan solo se analiza cuál de las partes tiene un título que la habilite a poseer. Por lo tanto, este aspecto de la denuncia casatoria tampoco tiene asidero”.

se acercan en nuestro proceso civil son importantes; sin embargo, en este extremo analizaremos solo las modificaciones que se plantean para las áreas de la acumulación de pretensiones, litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso civil.

En el primer punto (acumulación de pretensiones), se deja de lado la clasificación clásica del CPC actual establecida en “acumulación objetiva, acumulación subjetiva y acumulación subjetiva–objetiva”. El proyecto entiende que solo se puede hablar de acumulación de pretensiones objetiva. La acumulación “subjetiva” es tratada bajo la figura del litisconsorcio, ya que se refiere a la pluralidad de litigantes que participan en un proceso. Así también la denominada acumulación “objetiva–sucesiva” desaparece del mapa. El proyecto establece de forma correcta un mayor orden en este aspecto, distinguiendo entre la acumulación de pretensiones y el litisconsorcio.

Para acumular pretensiones, el proyecto exige que exista “conexidad” entre las mismas, bastando para que proceda que incluso algún o algunos de los hechos alegados en una demanda coincidan con algún o algunos de los hechos alegados en la otra demanda (con la cual pretende acumularse). Esto facilita mucho las cosas, ya que los jueces no podrán exigir requisitos excesivos para acumular pretensiones, bastando con que solo alguno o algunos de los hechos acaecidos coincidan. Por ejemplo, será posible acumular procesos distintos de nulidad de acto jurídico de compraventa donde en ambos participe el mismo demandado (o personas vinculadas a él), o donde se trate del mismo bien vendido.

## **2. Clases de acumulación objetiva**

La acumulación objetiva puede ser originaria o sucesiva, según se presente desde el inicio del proceso o surja durante su desarrollo.

### *A. Acumulación objetiva originaria*

Es aquella que se presenta en la misma demanda, cuando el demandante plantea más de una pretensión dirigida contra el demandado. Está recogida en el artículo 87 del CPC.

Ahora bien, esta norma plantea una excepción a la regla general que establece el principio de congruencia, en virtud del cual, planteadas las pretensiones el juez debe pronunciarse sobre todas y cada una de ellas. Sin embargo, este artículo 87 establece una serie de posibilidades en las que se puede hacer una acumulación objetiva de pretensiones, tales como la acumulación subordinada, la acumulación alternativa y la acumulación accesorio; en las que veremos no siempre el juez tendrá que pronunciarse sobre todas las pretensiones que planteó el demandante. A esta situación, Chioventa la denomina “condicional” y se produce cuando el actor no pide pura u simplemente la estimación de todas las demandas acumuladas, sino de una sola condicionadamente al éxito de la otra (Chioventa, 1925, p. 658). La doctrina española la denomina acumulación objetiva eventual “como excepción a la prohibición de acumular acciones cuyo ejercicio resulta incompatible. Así, cabe acumularlas, entendiendo ejercitada la acumulada eventualmente cuando el tribunal considera que la principal no es procedente, y siempre que se exprese cuál es la acción principal y cuál o cuáles se ejercitan solo para el caso de que la principal no se estime fundada” (Armenta, 2017, p. 126).

La acumulación subordinada de pretensiones exige que el demandante señale en su demanda una pretensión principal y una pretensión subordinada a ella, de tal manera que si el juez se pronuncia sobre la pretensión principal carece de objeto que se pronuncie sobre la pretensión subordinada dado que al ser contraria a la principal y esta ha sido declarada fundada, ya no es posible un pronunciamiento sobre la subordina. Ahora bien, si la pretensión señalada como principal es declarada infundada por el juez, entonces recién allí el juez puede pronunciarse sobre la pretensión subordinada de tal manera que la misma podrá ser declarada fundada o infundada. Gráficamente, este tipo de acumulación se podría representar así:

Pretensión Principal	Fundada	Infundada	Infundada
Pretensión subordinada	-----	Fundada	Infundada

Sobre la acumulación alternativa, se requiere que el demandante plantee más de una pretensión en su demanda, una principal y una alternativa,

debiendo ser pretensiones contrarias entre sí y por ello, es imposible que ambas pretensiones puedan ser plasmadas en la realidad. Es por ello que si el juez declara fundadas ambas pretensiones (la alternativa A y la alternativa B) es el demandado quien deberá escoger cuál de las dos pretensiones es la que ejecutará. Si el demandado, en el plazo de tres días no informa cuál de las dos pretensiones ejecutará, le corresponderá al demandante escoger. Aquí se ha aplicado el concepto de obligaciones alternativas reguladas en el Código Civil, aunque Ariano considera que se ha aplicado equivocadamente puesto que si se demanda el cumplimiento de obligaciones alternativas, no hay acumulación de pretensiones, sino que hay “una única pretensión dirigida a provocar la condena de la contraparte a prestaciones alternativas”. Incluso la misma autora señala que aún cuando exista una verdadera alternatividad de las pretensiones se estaría ante una demanda que no cumple con el requisito del artículo 424, inciso 5 del CPC, puesto que no habría un petitório determinado ni concreto (Ariano, 2013, pp. 211 y 212). Al respecto, se es de la opinión que el petitório sí es claro y concreto, ya que se llega a entender lo que se está solicitando, pero se deja en manos del demandado la ejecución de cualquiera de las pretensiones demandadas. En el ordenamiento procesal español hay quien piensa que “la mención legal de los dos tipos de acumulación inicial de acciones, permite deducir la exclusión taxativa de la llamada acumulación alternativa. Tal modalidad se daría cuando el actor ejercita dos o más acciones con la particularidad de que la petición no se extiende al conjunto de los dos objetos, ni a uno en defecto de la admisión de otro, sino solo a uno u otro, debiendo pronunciarse el juez sobre alguno de ellos” (Armenta, 2017, pp. 126 y 127).

Gráficamente este tipo de pretensiones se representa así:

Pretensión alternativa A	Fundada	Infundada	Infundada	Infundada
Pretensión alternativa B	Fundada	Infundada	Fundada	Infundada

Por último se regula la acumulación de pretensiones accesorias, en donde el demandante señala una pretensión principal y una pretensión accesoria que seguirá la suerte de la principal, de tal manera que si el juez declara fundada la pretensión principal, la accesoria también será declarada fundada y si la

pretensión principal es declarada infundada la accesoria también será declarada infundada.

La norma contiene como problema que no define qué es lo que se entiende por “accesoria”, por lo que, en la práctica, se ha aplicado el concepto de obligaciones accesorias, en donde la accesoria sigue la suerte de lo principal. Lo que sí señala la norma es que la accesoriedad señalada en la ley no requiere ser demandada de manera expresa.

Gráficamente, este tipo de acumulación objetiva se representa así:

Pretensión Principal	Fundada	Infundada
Pretensión accesoria	Fundada	Infundada

Es necesario recalcar que estos tipos de acumulaciones objetivas señaladas en el artículo 87 del CPC no pueden entenderse como taxativas, sino que son enunciativas porque existen otro tipo de acumulaciones objetivas señaladas por la doctrina como la acumulación de pretensiones condicionada y la acumulación de pretensiones autónomas.

La acumulación de pretensiones condicionadas se asemeja a la acumulación de pretensiones subordinadas, pero funcionan al revés, es decir, el demandante debe plantear en su demanda una pretensión principal y una pretensión condicionada, de tal manera que si el juez declara fundada la pretensión principal recién podrá entrar a analizar la pretensión señalada como condicionada, la que puede resultar fundada o infundada. Solo en el caso de que el juez señale como infundada a la pretensión principal es que podrá pronunciarse sobre la pretensión condicionada y declararla fundada o infundada. Es necesario recalcar que para que se de este tipo de acumulación, las pretensiones a acumular no pueden ser contrarias entre sí. “No obstante, al igual que el caso de las pretensiones autónomas. Resulta evidente que se trata de la forma más común conforme se presentan los conflictos reales, por lo que al necesitar de regulación jurídica, puede ser integrada mediante analogía o principios generales” (Raggiardo, 2010, p. 153).

Este tipo de acumulación gráficamente se expresa así:

Pretensión Principal	Fundada	Fundada	Infundada
Pretensión condicionada	Infundada	Fundada	-----

La acumulación de pretensiones autónomas, es la más simple o sencilla de entender, ya que en este caso se acumulan dos o más pretensiones que si bien son conexas, son independientes, es decir para resolver a favor o en contra de cada una de ellas, el juez no está vinculado con lo que resuelve sobre la otra pretensión principal, porque ambas son independientes y el juez resolverá sobre cada una de ellas, según el material probatorio que las sustenten porque “no existe relación de jerarquía o dependencia entre ellas” (Raggiardo, 2010, p. 152). Su representación gráfica sería así:

Pretensión principal A	Fundada	Fundada	Infundada	Infundada
Pretensión principal B	Fundada	Infundada	Fundada	Infundada

#### B. *Acumulación objetiva sucesiva*

Es también posible que se discutan varias pretensiones después que se haya iniciado un proceso con una sola pretensión. “Se presenta cuando en el desarrollo de proceso, luego de la notificación de la demanda o el emplazamiento, se agregan otras pretensiones que proceden no necesariamente de la parte que dio inicio al proceso” (Raggiardo, 2010, p. 155). Según el CPC, esto se produce en los siguientes supuestos: acumulación de procesos, modificación de la demanda, reconvencción, intervención excluyente principal, intervención excluyente de propiedad o de derecho preferente, aseguramiento de pretensión futura.

### III. ACUMULACIÓN SUBJETIVA: ACUMULACIÓN SUBJETIVA DE PRETENSIONES

La acumulación subjetiva consiste en la reunión en un solo proceso de más de un sujeto actuando en calidad de demandante, de demandado o tanto como demandante y demandado. Así en el artículo 83 del CPC el legislador señala que hay acumulación subjetiva cuando en un proceso hay más de dos personas.

Pero esa sencilla regulación viene a complicarse cuando sin previa explicación en el artículo 86 del CPC el legislador regula que se presenta una acumulación subjetiva de pretensiones (ojo no una simple acumulación subjetiva, sino una subjetiva de pretensiones, también llamada acumulación subjetiva-objetiva) cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.

Esa misma acumulación subjetiva-objetiva viene reiterada en el artículo 89 del CPC, primer párrafo, cuando indica que se presenta una acumulación subjetiva de pretensiones originaria cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas.

La explicación de esta acumulación subjetiva de pretensiones, como se afirmó anteriormente no la da el legislador, sino la doctrina: “Cuando no existe conexión subjetiva entre las diversas pretensiones (los sujetos de las diversas pretensiones no son los mismos) la conexión objetiva (propia o impropia) da lugar a una acumulación subjetiva de pretensiones (o si se prefiere “objetivo-subjetiva”, también llamada “litisconsorcio facultativo”)[...]. En estos casos, dado que no existe identidad subjetiva, no es (ni siquiera teóricamente) pensable que se puedan acumular sin que exista conexión objetiva entre ellas” (Ariano, 2013, p. 197). La doctrina española tiene las cosas mucho más claras cuando se aprecia el concepto que dan sobre la acumulación: “cuando existe pluralidad de objetos procesales en un único procedimiento se habla de la acumulación” (Armenta, 2017, p. 125). Así, como se aprecia, en la doctrina española la acumulación es la acumulación objetiva. Ahora bien, al ya tener claro que la única acumulación que puede existir es en base a los elementos objetivos de las pretensiones, es que se puede entender el concepto de acumulación de acciones que se utiliza



en España dado que lo que se acumula en un solo proceso son los “derechos de acciones” que puede tener uno o varios demandantes, dirigidos contra uno o varios demandados, o varios demandantes contra varios demandados.

Ahora bien, respecto a la regulación de la acumulación del artículo 83 del CPC aunque la norma es sencilla no deja de tener deficiencias puesto que el hecho de que en el lado activo o pasivo haya más de dos personas actuando como demandantes o demandados no significa que siempre estemos ante una acumulación porque habrá situaciones en que esos varios sujetos que actúan como demandantes o como demandados lo hacen como litisconsortes necesarios, es decir como cotitulares de una misma pretensión. Y este mismo error se repite en el primer párrafo del artículo 89 del CPC cuando expresa que la acumulación subjetiva de pretensiones originaria se presenta cuando la demanda es interpuesta por varias personas o es dirigida contra varias personas. Y esta deficiencia tanto del artículo 83 como del artículo 89 tiene efectos en la práctica pues si una demanda es interpuesta por varios demandantes pero con una sola pretensión el juez perfectamente podría entrar a analizar en la calificación de la demanda los requisitos de la acumulación, cuando en realidad se trata de un caso de litisconsorcio necesario<sup>7</sup>.

## 1. Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones

La acumulación subjetiva de pretensiones regulada en el artículo 86 del CPC es la que más problemas trae, como ya se adelantó en este artículo, debido a su deficiente regulación legal, ya que exige una acumulación subjetiva de pretensiones solo cuando las pretensiones provengan de un mismo título y se refieran al mismo objeto y que además deba existir conexidad entre ellas. Pero como ya se dijo, es ilógico exigir que exista identidad entre los elementos objetivos de una pretensión y además, a la vez, exista conexidad entre las pretensiones.

---

7 Por eso hay quien afirma que “el único supuesto de acumulación que debe existir viene a ser la acumulación objetiva, ya que la pluralidad de partes no conlleva necesariamente un supuesto de acumulación. En determinados casos implica solo un supuesto de legitimación plural. En otros, determina un supuesto de acumulación objetiva, que implica además, un supuesto de legitimación individual de cada uno de los sujetos que interviene en el proceso, este último caso constituye la acumulación objetiva-subjetiva”. (Prado y Zegarra 2016, p. 299).

Entre otros problemas que origina esta mala regulación destaca el rechazo de una demanda al declararla inadmisibile (y antes improcedente, con lo cual el problema era mayor) porque el juez considera que existe una indebida acumulación de pretensiones<sup>8</sup>, obstruyendo con ello un derecho constitucional como es el derecho a la tutela judicial efectiva.

Es por ello que en este punto se concluye que para acumular pretensiones en una demanda por varios demandantes o contra varios demandados es suficiente la conexidad de los elementos objetivos de esas pretensiones, ya sea una conexidad propia o impropia.

## 2. Efectos de la acumulación subjetiva-objetiva

1. La acumulación subjetiva de pretensiones simple produce como efecto propio, tanto en la originaria como en la sucesiva, que las pretensiones (o acciones) se discutan en un solo procedimiento y se resuelvan en una misma sentencia.
2. Tal reunión no significa que todos los actos que se realicen al interior de un proceso (tales como la contestación de la demanda, ofrecimiento de medios probatorios, el planteamiento de excepciones, etc.) deban ser únicos, ni que el pronunciamiento que contenga la sentencia sea uniforme para todas las pretensiones, ya que el pronunciamiento sobre ellas variará según la valoración de la prueba que haga el juez sobre cada una de ellas.

---

8 Como ejemplo destaca la Resolución N.º 1 del 12 de octubre del 2013, recaída en el Expediente N.º 24495-2013, emitida por el Vigésimo Tercer Juzgado especializado de Lima, que declare improcedente una demanda por contener una indebida acumulación de pretensiones, porque el juez consideró que las pretensiones no provenían del mismo título ni se referían al mismo objeto, es decir, no cumplían los requisitos del artículo 86 del CPC. Los hechos del caso del expediente eran los siguientes: tras falsificar un poder se enajena un inmueble del supuesto poderdante; el primer adquirente realiza una segunda transferencia, y posteriormente, el Segundo adquirente realiza una tercera transferencia. Ante ello se demanda la ineficacia de la primera transferencia, la declaración de nulidad de la segunda enajenación por objeto jurídicamente imposible y fin ilícito y la declaración de nulidad de la tercera transferencia también por objeto jurídicamente imposible y fin ilícito, es decir al juez del proceso no le bastaba con que hubiera conexidad entre las pretensiones sino buscaba que además de la conexidad hubiera identidad de las mismas, porque aplica el texto literal del artículo 86 del CPC y no alcanzaba a entender que es absurdo jurídicamente que además de la conexidad se pidiera identidad de las pretensiones.

3. El examen de la concurrencia de los requisitos procesales se realizará individualmente. Las excepciones, legitimación y demás cuestiones de fondo pueden afectar solo a una(s) pretensión(es) y no a todas. Los actos de disposición se podrán realizar respecto de cada una de las acciones, así como la carga de alegación y prueba, admisibilidad y eficacia de los respectivos medios de prueba, es incluso lo trámites, si bien serán únicos, conservarán su virtualidad para cada acción acumulada.
4. En la acumulación subjetiva objetiva eventual, estos efectos deben matizarse ya que en estas la exigencia de exhaustividad y congruencia debe acomodarse a su especificidad, de manera que solo desestimando (o estimando) la acción principal deberá existir pronunciamiento sobre la acción acumulada eventualmente. (Armenta, 2017, pp. 132 y 133)

#### IV. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

En esta figura procesal se reúnen varios procesos, que se venían tramitando de manera independiente, en uno solo. “Esta acumulación es necesaria en razón de haber pretensiones conexas que si son sustanciadas separadamente pueden generar decisiones contradictorias” (Palacios, 2001, p. 114).

Gascón (2000) sostiene que la acumulación de procesos (o acumulación de autos) está prevista para la satisfacción de estos tres fines:

1. La reunión en uno solo de dos o más procesos cuyos objetos sean idénticos, en clara concurrencia con la eficacia negativa de la litispendencia o excepción de litispendencia. De hecho, en los supuestos en que no está claro si la relación entre los objetos procesales de dos procesos es de identidad absoluta o de prejudicialidad, parece mejor solución el recurso a la acumulación de autos que la excepción de litispendencia, ya que esta segunda impide el desarrollo de uno de los procesos, mientras que la acumulación de autos no lo hace.

2. La reunión en uno solo de dos o más procesos cuyos objetos son conexos, incluyéndose la posibilidad de poder acumular procesos por ser el objeto de uno de ellos prejudicial respecto del otro<sup>9</sup>.
3. La reunión bajo la competencia de un solo juez del conocimiento de un proceso universal (ya sea de naturaleza concursal o sucesoria) y de todos aquellos procesos singulares (tanto de declaración como de ejecución), cuyo resultado podría provocar una alteración en la determinación de las masas patrimoniales que son la base del proceso universal.
4. Pues bien, junto a estas funciones, la jurisprudencia ha atribuido a la acumulación de autos otras, estrechamente vinculadas con la subsanación de los defectos procesales así como de determinadas omisiones o defectos que pudieran haberse cometido en la demanda inicial. En concreto, cuando se trata de defectos procesales, no puede negarse que el recurso al expediente de la acumulación de autos se presenta como una opción que, de manera más o menos perfecta, permite solventar algunos de ellos:

**Primero.** La correcta integración de la parte demandada en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, mediante la incorporación del litisconsorte preterido a través de una segunda demanda que tenga contenido idéntico a la primera pero dirigida ahora frente a este, y que después se acumula a la primera.

**Segundo.** La concesión al demandado de una nueva oportunidad para reconvenir. En efecto, la jurisprudencia ha sancionado que el demandado que no reconviene en la contestación a la demanda aún puede interponer demanda independiente frente al actor del primer proceso, y obtener la acumulación de autos. (pp. 1-7)

La figura de la acumulación de procesos está regulada en diversas disposiciones del CPC. Así está regulada en el artículo 88, inciso 3 como un supuesto de acumulación

---

9 En este sentido, cfr. el AAT de Barcelona (Sala 2.ª) de 16 de octubre de 1984 (R.J.Cat. 1985, p. 110): “[...] si bien es cierto que puede ser discutida la identidad de acciones y de causas de pedir, y que las personas a quienes afecta una y otra demanda no son directamente las mismas, también lo es que entre las pretensiones de una y otra existe un claro enlace vinculante, ya que de triunfar la primera carecería de base la segunda, y en cambio, si se considera únicamente esta, resultaría inútil el pleito si se llegase a estimar aquella [...]”.

objetiva sucesiva, y en el segundo párrafo del artículo 89, inciso 2, como un supuesto de acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva. Y por último se recoge también en el artículo 90 detallando los requisitos para realizar la acumulación sucesiva de procesos.

En todas estas normas. ¿se regula la misma figura?, ¿fue una mala técnica legislativa porque se repiten 3 veces lo mismo?, ¿o se tratan de figuras distintas? Lo primero que corresponde decir es que la figura regulada en las 3 normas mencionadas es la misma, es decir en las tres normas se habla de la figura de la acumulación de procesos. Ahora bien, la diferencia está que una acumulación de procesos debe su origen o bien a una acumulación objetiva sucesiva (regulada en el artículo 88, inciso 3) o bien a una acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva (prevista en el artículo 89, inciso 2). En el artículo 90 se regula el procedimiento a seguir para solicitar la acumulación de procesos.

## **1. Requisitos de la acumulación de procesos**

Estos variarán según la acumulación de procesos se origine en una acumulación objetiva sucesiva o en una acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva.

Así, en el primer supuesto, si la acumulación de procesos se origina en una acumulación objetiva sucesiva se va a requerir que: demandante y demandado sean los mismos y que exista conexidad entre las pretensiones que se siguen de manera independiente en cada uno de los procesos.

En el caso de una acumulación de procesos que se origina en una acumulación subjetiva de pretensiones sucesiva los requisitos serán que existan diversos sujetos actuando como demandantes y/o demandados y que existe conexidad entre las pretensiones que se venían tramitando de manera independiente en cada uno de los procesos.

## **2. Trámite de la acumulación de procesos**

El trámite varía según la acumulación de procesos sea a pedido de parte o sea de oficio.

## Análisis de la acumulación procesal en el Código Procesal Civil peruano

Cuando la acumulación de procesos es a pedido de parte, el trámite es el siguiente:

1. La solicitud de la parte podrá presentar su solicitud de acumulación de procesos, siempre y cuando ninguno de los procesos que se buscan acumular haya sido sentenciado. “Estarán legitimados para solicitar la acumulación quienes sean parte en cualquiera de los procesos” (Armenta, 2017, p. 133). Y se entiende que se habla de sentencia definitiva, es decir de una sentencia que lo pone fin a la instancia, no al proceso.
2. La interposición de la solicitud suspende la emisión de la sentencia hasta que no se resuelva en definitiva la solicitud de acumulación. Aquí se debe entender que cuando la norma habla de “en definitiva” se está refiriendo a que el pedido de acumulación se resuelva y no pueda ser impugnada tal resolución.
3. La solicitud de acumulación de procesos se puede presentar ante cualquiera de los jueces de los procesos que tramitan los procesos que se buscan acumular.

Para ello, además de la solicitud de acumulación se debe presentar copia certificada de la demanda y de la contestación de la demanda, si es que hubiera.

4. El juez ante quien se presenta la solicitud de acumulación es quien resuelve ese pedido, mediante un auto, el cual podrá ser apelable, pero lo resuelto en apelación no puede ser objeto de recurso de casación porque no es una resolución que le pone fin al proceso.
5. Si la solicitud de acumulación de procesos es declarada fundada los procesos se acumularán en el proceso donde se realizó el primer emplazamiento. Es decir, el juez competente para conocer de los procesos acumulados será el juez que notificó primero al demandado con la demanda. En otros ordenamientos procesales, como el español, el juez competente para conocer del proceso único a que da lugar la acumulación, se trata de aquel que conozca del proceso más antiguo, cuando la acumulación lo es por identidad de objetos o por conexión (sea esta simple o calificada): cfr.

STS de 31 de diciembre de 1996 (RAJ 9484) y SAP de Madrid (sección 18.<sup>a</sup>) de 8 de junio de 1998 (RAJ 5876); y del que conoce del proceso universal, con independencia del momento en que este diera comienzo, en los supuestos de acumulación de procesos singulares a aquel.

6. El juez competente, deberá correr traslado de la solicitud de acumulación a la otra parte por el término de tres días. Con la contestación o sin ella, el juez resolverá atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados al pedido.

Ahora bien, cuando la acumulación de procesos es declarada de oficio, el único requisito señalado es que los procesos se tramiten ante un mismo Juzgado, por lo que se entiende que es el mismo juez el que conoce de los procesos que se busca acumular, y por ello ese juez es el competente para declarar de oficio la acumulación. De esta manera, tratándose de acumulación, es obvio, que otro requisito para esta acumulación de oficio de los procesos es la conexidad que debe existir entre las pretensiones de los procesos que se buscan acumular en uno solo.

### **3. Los efectos de la solicitud de acumulación de procesos y de su concesión**

Estos efectos son los siguientes:

- a) En primer término, cabe recordar que la simple solicitud de acumulación de autos produce ya de por sí un efecto suspensivo sobre la tramitación y desarrollo de los dos (o más) procesos afectados por ella. “Con carácter general, los procesos no se suspenderán hasta que se produzca la acumulación o hasta que se concluya para sentencia, momento en el que se suspenderá el plazo para dictarla en tanto se decida sobre aquella” (Armenta, 2017, p. 136).
- b) Por lo que se refiere al efecto principal de la acumulación de autos – esto es, la sustanciación conjunta y la resolución de ambos en una única sentencia–, debe hacerse una advertencia: salvo en los casos de integración de un litisconsorte preterido, la acumulación no afecta al objeto en sí de

los procesos acumulados ni, sobre todo, a su elemento subjetivo; dicho de otro modo, cada acción conserva su individualidad y, aunque por efecto de la acumulación pasen a ser partes del procedimiento sujetos que no litigaban entre sí inicialmente, eso no significa que pasen a hacerlo a partir de entonces: la acumulación no convierte a los demandados del segundo proceso en demandados del primero, ni viceversa.

## V. CONCLUSIONES

Habiendo realizado el análisis de la regulación de la figura de la acumulación en el CPC, se coincide con lo aquí expresado “La acumulación constituye, por así decirlo, la estructura procedimental básica de otros temas que, apoyándose en su estructura, adquieren una mayor complejidad. Sin embargo, más allá de su eventual dificultad, es necesario ratificar que las instituciones que a continuación se tratan no dejan de ser, finalmente, solo variantes del instituto estudiado. Por tal razón, es importante tener presente que la acumulación, como el litisconsorcio y la intervención de terceros, son instituciones reguladas por el legislador para hacer efectivo el principio de economía procesal y evitar la expedición de fallos contradictorios.” (Monroy, 1993, p. 47). Por ello, se extraen las siguientes conclusiones:

1. La regulación de la acumulación, en general, en el CPC necesita mejorar porque, por ejemplo, no acoge todas las posibles clases de acumulación originaria de pretensiones; o porque presenta incoherencias como cuando regula como requisitos tanto la conexidad como la identidad de los elementos objetivos en la acumulación subjetiva de pretensiones.
2. La normativa establecida en el CPC en torno a la figura de la acumulación no la relaciona con la figura del litisconsorcio, tanto facultativo como necesario, lo que conlleva a una confusión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial que genera problemas en la práctica.
3. La acumulación de pretensiones pura no existe, pese a su regulación en el CPC, porque esa situación da lugar al litisconsorcio facultativo.



4. Por lo anterior, la acumulación subjetiva de pretensiones da lugar a una acumulación de acciones, porque en él se reúnen varios derechos de acciones que son ejercitados de manera conjunta por distintos demandantes o actores.
5. Existe una sola clase de acumulación de procesos, aunque puede obedecer u originarse por múltiples causas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Apolín, D. (2011). ¿Acumulación subjetiva o litisconsorcio?: tratamiento del litisconsorcio en el proceso civil peruano. *Ius et Veritas*, (42), 172-188.
- Ávila, E., (2018). Acumulación, litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso civil. <https://er.com.pe/acumulacion-litisconsorcio-e-intervencion-de-terceros-en-el-proceso-civil/>.
- Ariano, E. (diciembre del 2013). La acumulación de pretensiones y el dolor de cabeza de los justiciables. *Ius et Veritas*, (47), 192-218.
- Armenta, T. (2017). *Lecciones de derecho procesal civil* (10.<sup>a</sup> ed.). Marcial Pons.
- Calamandrei, P. (1962). *Instituciones del derecho procesal civil según el nuevo código*. (trad. de la primera edición italiana por Santiago Sentís). EJEA.
- Calvinho, G. (2008?). Pretensión procesal, calificación legal y regla de congruencia en el sistema dispositivo. [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la\\_pretencion\\_procesal\\_y\\_la\\_regla\\_de\\_congruencia\\_Gust\\_Calvinho.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/la_pretencion_procesal_y_la_regla_de_congruencia_Gust_Calvinho.pdf).
- Carnelutti. (1959-1960). *Instituciones de derecho procesal civil*. Vol I. Ediciones EJEA.
- Chiovenda, G. (1925). *Principios del derecho procesal civil* (trad. J. Casais y Santaló) (t. II, vol. II). Reus.
- Cortés, V., Gimeno, V. y Moreno, V. (1995). *Derecho procesal civil*. Tirant lo Blanch.

- Gascón, F. (2000). La acumulación de autos en el proceso civil. *Tribunales de Justicia*, I, 55-67.
- Matheus, C. (2001). *Parte, tercero. Acumulación e intervención procesal*. Palestra Editores.
- Monroy, J. (diciembre de 1993). Acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil. *Ius et Veritas*, 4(6), 41-60.
- Palacio, L. (2001). *Manual de derecho procesal civil*. Abeledo-Perrot.
- Prado, R. y Zegarra, O. (julio del 2016). Litisconsorcio e intervención de terceros en el proceso civil: Buscando una nueva aproximación. *Ius et Veritas*, 24(52), 298-315.
- Raggiardo, M. Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil. *Themis*, (58), 145-158.

## DOCTRINA EXTRANJERA

*EFICACIA JURÍDICA DEL SIMPLE RETRASO EN EL  
CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL  
ORDENAMIENTO ESPAÑOL*

*Por Andrés Domínguez Luerlmo y Víctor Herrada Bazán*

*DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA DESCONEXIÓN  
DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL ESPAÑOL*

*Por Carmen Sánchez Trigueros*



Por:  
Andrés Domínguez  
Luelmo\*  
Víctor Herrada Bazán\*\*

## EFICACIA JURÍDICA DEL SIMPLE RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

### Resumen

Este trabajo ha estudiado brevemente el fenómeno del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones, es decir, la no observancia del tiempo de realización de la prestación debida sin que exista constitución en mora del deudor. En particular, los autores defienden no solo la cualidad de incumplimiento obligacional del simple retraso, sino también su eficacia jurídica, frente a las varias voces de la doctrina española que sugieren la irrelevancia jurídica de dicho fenómeno cuando no se encuentra vigorizado por la *mora debitoris*.

### Abstract

This paper briefly has analyzed the simple delay in performance of obligations, that is to say, the non-observance of the time for the performance without the debtor being in arrears. In particular, the authors defend not only the quality of non-performance of the simple delay, but also its legal effectiveness, in contrast to the various voices of Spanish doctrine that suggest its legal irrelevance when it is not invigorated by *mora debitoris*.

**Palabras clave:** retraso en el cumplimiento, incumplimiento obligacional, simple retraso, mora del deudor.

**Keywords:** non-performance, simple delay, arrears, mora debitoris.

---

\* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid (España). Correo electrónico: andres.dominguez.luelmo@uva.es.

\*\* Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Investigador contratado adscrito al Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid (España). Correo electrónico: victor.herrada@udep.edu.pe.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas” (Ref.: PID2019-107296GB-I00), dirigido por los profesores Andrés Domínguez Luelmo y Henar Álvarez Álvarez.

Recibido: 10 de diciembre del 2020

Aceptado: 14 de diciembre del 2020

### Sumario

#### **I. Introducción. II. El simple retraso como incumplimiento obligacional.**

1. Configuración jurídica del simple retraso. 2. Simple retraso y concepto de incumplimiento obligacional. **III. Eficacia jurídica del simple retraso.** 1. Medios de defensa del crédito no disponibles frente a un simple retraso. 2. Medios de defensa del crédito disponibles frente a un simple retraso. **IV. Conclusiones. V. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN

Hablar de “retraso” en derecho de obligaciones es hacerlo de una inobservancia en el tiempo de cumplimiento, es decir, de una inejecución prestacional del deudor en el momento en que debía cumplir<sup>1</sup>. Para un sector de la doctrina, el término “retraso” debería ser aplicado, más que al momento de inejecución, a la situación en la cual, pese a la inobservancia inicial del tiempo de cumplimiento, el deudor finalmente cumple con *posterioridad*. Al referirse a la tradicional relación entre mora y retraso, para este sector “es incorrecto definir a la mora como un ‘retraso’ en el cumplimiento, porque el ‘retraso’ es un concepto *a posteriori* que solo se puede usar cuando la mora ha sido ‘purgada’ por el cumplimiento posterior o ‘moroso’” (Badosa, 1991, p. 33).

*A priori*, podría defenderse esta idea anterior acudiendo al diccionario, en el cual se define a la voz “retrasar”, en su primera acepción, como “hacer que algo llegue o suceda más tarde del tiempo debido o acordado” (Real Academia Española, 2014). Esta definición implica que “algo”, pese a no acontecer en el tiempo previsto, sí llega a suceder después. Se trata de una acepción que ilustra una situación *ex post* que se condice con la postura descrita. No obstante, creemos que no es una postura idónea para estudiar al retraso y a la mora como fenómenos jurídicos.

El propio diccionario, de hecho, plantea otra acepción del mismo vocablo (“retrasar”), definiéndolo como “quedarse atrás en algo” (Real Academia

1 Señala Domínguez (1992) que “los autores estudian sobre todo las consecuencias que produce un cumplimiento retrasado, cuando este es todavía posible, y especialmente las situaciones que aparecen tras el vencimiento de la obligación cuando el deudor no observa la conducta debida” (p. 21).

Española, 2014), sin añadir otros elementos al concepto. Esta formulación, a diferencia de la anterior, ya no hace referencia a una situación *ex post*, sino al específico momento en el que aquello que debía suceder en un tiempo determinado no lo ha hecho (se “quedó atrás”). Y es esta la acepción a partir del cual se configura la idea de retraso en derecho de obligaciones.

En efecto, se ha distinguido correctamente entre *retraso en el cumplimiento* y *cumplimiento retrasado* (Cardenal, 1979, p. 46 y ss.). En la primera figura, el retraso se verifica desde el *vencimiento* de la obligación y mientras el deudor *no cumple*. En la segunda, el retraso descrito finaliza por haberse *cumplido la obligación*. Sin duda alguna, el *retraso* al que se ha de aludir en el Derecho de obligaciones es al primero: la situación originada por el vencimiento de la obligación mientras no hay cumplimiento del deudor. En palabras de Díez-Picazo (1969): “La hipótesis del retraso y de la ‘*mora debendi*’ [...] no es tanto el caso de lo que se ha hecho tarde como el caso de lo que *todavía no se ha hecho* [énfasis agregado]” (pp. 385 y 386).

Por lo demás, es indudable la estrecha relación entre la *mora debitoris* y el retraso en el cumplimiento de obligaciones. Sin embargo, la doctrina tradicional ha sostenido durante muchos años que el retraso sin más (o “simple retraso”) no es una figura jurídicamente relevante, ya que no alcanza el estatus suficiente para ser considerado una contravención prestacional. Para llegar a serlo, a su juicio, haría falta que se trate de un *retraso moratorio*, es decir, una situación de retardo en el cumplimiento vigorizada por la constitución en mora. Bajo esta idea, mientras la mora es considerada como un “retraso cualificado” o “retraso jurídicamente relevante”, el “simple retraso” —es decir, sin constitución en mora— no es, *per se*, suficiente para constituir un incumplimiento ni para originar una lesión al derecho de crédito del acreedor (Carrasco, 2017, p. 849; Albaladejo, 1989, p. 355; Puig, 1995, pp. 413–415; Lacruz et al., 2007, p. 177).

No obstante, aunque esta concepción del simple retraso constituyó durante mucho tiempo un tópico indiscutido, en años más recientes han surgido algunos importantes cuestionamientos. Son elocuentes, en ese sentido, los términos empleados por Díez-Picazo (2008), para quien “*cuando de una economía monetaria con intercambio de especies, que puede moverse a tempo lento, pasamos a una economía de intercambio masivo de géneros y servicios que se engranan*

## Eficacia jurídica del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones en el ordenamiento español

*en el ciclo económico, el factor tiempo adquiere una relevancia primordial*” [énfasis agregado], así pues, “*el simple retraso comienza a adquirir una evidente relevancia, que no es ya solo económica* [énfasis agregado], sino que debe ser también jurídica” (p. 659).

Ahora bien, al hablar de una “economía de intercambio masivo de géneros y servicios que se engranan en el ciclo económico”, parece que el contexto descrito corresponde, más que al ámbito civil, al mercantil<sup>2</sup>. Si esto es así, no existiría novedad en los términos citados, ya que, en este último campo, la relevancia jurídica del simple retraso está fuera de toda duda, en mérito al artículo 63 del Código de Comercio español (en adelante, CCo), el cual establece, como regla general, la constitución en *mora automática* (es decir, con el mero retraso y sin necesidad de interpelación por parte del acreedor) en obligaciones mercantiles contractuales. Sin embargo, con cargo a justificar lo que aquí se adelanta, aunque pueda cuestionarse en sede civil la posibilidad de que un simple retraso produzca daños y, por ende, justifique una demanda de indemnización por daños, consideramos que no puede obviarse que el simple retraso es, en efecto, un “incumplimiento obligacional”. En él, aun sin la constitución en mora, se verifica una ausencia de cumplimiento en el tiempo debido, configurándose una verdadera contravención prestacional que, como veremos, puede tener relevancia jurídica para determinados remedios previstos en la ley a favor del acreedor.

## II. EL SIMPLE RETRASO COMO INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL

### 1. Configuración jurídica del simple retraso

En el contexto en el que la obligación se desenvuelve, y en particular, en el que ha de ejecutarse la prestación, el retraso se predica como la “ausencia de cumplimiento en el tiempo debido” (Baraona, 1998, p. 27; Díez-Picazo, 2008, p. 656). Esto supone, evidentemente, la existencia de una obligación previa cuya

---

2 Con base en la idea de Heck, el derecho mercantil existe para dar respuesta a las exigencias de un tráfico reiterado por la repetición en serie de unos mismos actos o tráfico en masa. Es esa “actividad” (entendida como “serie de actos”), la que justifica una regulación especial (Olivencia, 2013, p. 62).



oportunidad de cumplimiento se ha dejado pasar (Manrique de Lara, 2001, p. 195).

Ahora bien, como se ha avanzado, la idea de “retraso” que se utiliza en materia jurídica es la de aquel que se origina con el solo “quedarse atrás en algo”, sin que haga falta que ese “algo” –en la obligación, el “cumplimiento”– ocurra con posterioridad para solo entonces configurar el concepto. En ese sentido, la doctrina ha puesto énfasis en que “solo podrá constituirse el retraso en el cumplimiento de obligaciones” cuando, pese a la contravención inicial, aun sea “posible” una ejecución *in natura* tardía de la obligación (Cardenal, 1979, p. 46; Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 419) y, además, perviva una *incertidumbre* sobre si se llevará a cabo o no tal ejecución (Díez-Picazo Giménez, 1996, p. 419). Estos dos elementos, a nuestro juicio, son muy importantes para delimitar la autonomía del retraso como forma de incumplimiento obligacional.

Y es que si definiéramos al retraso únicamente como la “falta de cumplimiento en el tiempo en que era debido”, sin valorar si existe o no viabilidad o incertidumbre de cumplimiento tardío, entonces tendríamos que calificar como retraso a absolutamente todos los tipos de incumplimiento, sin importar sus características, ya que todos comparten ese rasgo: la ausencia de cumplimiento al tiempo en que era debido. Por tal motivo, es oportuno señalar que tanto la posibilidad como la incertidumbre de cumplimiento posterior constituyen “elementos esenciales” de la estructura del *retraso* como fenómeno jurídico. Así pues, llegado el tiempo de debido cumplimiento sin que se haya realizado la prestación debida, el retraso se caracteriza porque, pese a ello, aún es *posible* un cumplimiento futuro (porque es objetivamente viable y porque aún le interesa al acreedor), aunque exista una incertidumbre sobre la llegada final del cumplimiento.

Tomándose lo anterior en consideración, puede decirse que el “retraso”, como forma de contravención al tenor de la obligación, tiene cuatro elementos (Herrada, 2017, p. 46):

- i) La llegada y transcurso del *tiempo* o la oportunidad de *debido cumplimiento* de la obligación

## Eficacia jurídica del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones en el ordenamiento español

- ii) La *ausencia de cumplimiento* como conducta configuradora del retraso
- iii) La “posibilidad” de satisfacción posterior *in natura* del acreedor
- iv) La “incertidumbre” sobre si habrá o no cumplimiento posterior *in natura* o, en general, si el acreedor terminará siendo satisfecho

De estos cuatros elementos, los dos primeros son comunes a todo tipo de incumplimiento obligacional, mientras que los dos últimos caracterizan al retraso como una forma particular de contravención.

### 2. Simple retraso y concepto de incumplimiento obligacional

Incumplir una obligación supone *toda* inexecución o ejecución inexacta de la prestación, lo que trae como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor y con ella, una lesión a su derecho de crédito (Díez-Picazo, 2008, p. 649). Se trata de un concepto jurídico amplio, como idea de perturbación o alteración del programa prestacional, lo cual coincide con la descripción positiva del Código Civil español (en adelante, CC) de la noción de *contravención del tenor de la obligación* (artículos 1091 y 1101 del CC). De hecho, aunque el CC no lo diga expresamente, este concepto de *incumplimiento* es considerado en su articulado como un supuesto de hecho al que se asigna una serie de consecuencias jurídicas; consecuencias que, en contra de los que sostienen varios autores, *no siempre* tendrán como requisito previo la *constitución en mora del deudor*.

Y es que la *mora debitoris*, en el régimen general de las obligaciones, no constituye un tipo de incumplimiento obligacional (Díez-Picazo, 1996, p. 417). Se trata, más bien, del eventual “efecto” derivado de una contravención temporal previa que, siéndole *imputable* al deudor, le traslada principalmente el riesgo por la pérdida o imposibilidad sobrevenida de la prestación debida, además de la responsabilidad por los daños derivados de dicha contravención. Es, por lo tanto, uno de los varios efectos jurídicos que el ordenamiento

asigna a un incumplimiento temporal cuando, además, este resulta imputable al deudor.

Por el contrario, la noción de “incumplimiento obligacional” hace referencia a la situación “objetiva” en la que existe una desviación del programa prestacional previsto, con independencia de cualquier juicio de valoración de la conducta del deudor. Bajo esa idea, este incumplimiento obligacional tiene, por sí solo, eficacia jurídica, ya que a partir de él, el ordenamiento reconoce algunos remedios de protección del crédito, sin que para ello sea siempre necesaria imputación subjetiva alguna (por ejemplo, la pretensión de cumplimiento o la propia resolución contractual, cuando el incumplimiento es grave). Así pues, la imputación del incumplimiento al deudor constituye un elemento añadido que abre la puerta a remedios adicionales, como sucede con el traslado de los riesgos sobrevenidos al deudor moroso o la propia responsabilidad por daños.

Dentro de este contexto, el simple retraso (sin mora) se define como la ausencia de cumplimiento en el tiempo debido, en la que pervive, aunque sea incierta, la posibilidad de realizar la prestación de forma tardía (Herrada, 2017, p. 45 y ss). Este solo retraso debe reconocerse como un genuino tipo de incumplimiento obligacional, principalmente por dos razones.

En primer lugar, porque el *vencimiento* delimita, como regla general, el instante en el que se activa el “deber de cumplimiento del deudor”, es decir, el “tiempo de debido cumplimiento” de la obligación. De este modo, el simple retraso constituye una desviación del programa prestacional (lo cual define a todo “incumplimiento”), por cuanto el deudor no cumple oportunamente o cuando es debido de acuerdo al contenido de la obligación.

En segundo lugar, porque el simple retraso, como tal, “despliega determinados efectos jurídicos”, tanto si se considera el retraso de modo objetivo como si se le añade un juicio de valoración de la conducta del deudor. Estos efectos son, principalmente, “medios de defensa del crédito”, reconocidos

por el ordenamiento al acreedor afectado por el incumplimiento que, de modo discrecional, puede hacer efectivo en la medida en que se cumplan, respecto de cada uno de ellos, los requisitos que específicamente correspondan.

### III. EFICACIA JURÍDICA DEL SIMPLE RETRASO

Debe criticarse la tradicional mirada exclusiva sobre la indemnización por daños y perjuicios como efecto del incumplimiento obligacional (Baraona, 1998, p. 175). Tal enfoque estrecha la idea de responsabilidad por incumplimiento, si se ha de considerar a esta como la “situación de sujeción de la persona o de sus bienes, como necesidad de soportar las consecuencias del incumplimiento y como vía de facilitación de la realización del derecho de los acreedores” (Díez-Picazo, 2008 p. 148). Nótese, por ende, que la “responsabilidad por daños” constituye solo uno de los varios remedios que el ordenamiento reconoce al acreedor para defender su derecho de crédito.

En ese contexto, dentro de la distinción doctrinal de medios de defensa “preventivos y represivos” (Montés, 1998, p. 227), el simple retraso, como incumplimiento obligacional, hace surgir la disponibilidad, a favor del acreedor, de determinados “remedios represivos”. Y es que, aunque deba existir una unidad de sustrato de todos los remedios frente al incumplimiento, lo cierto es que las características de cada tipo de contravención implican que no siempre resulte aplicable todos y cada uno de ellos.

Bajo esta línea de razonamiento, el solo retraso (sin mora) permite el ejercicio de ciertos medios represivos de defensa del crédito, los cuales pueden distinguirse dependiendo de si se requiere o no que el incumplimiento sea imputable al deudor. Con base en ese criterio, se clasificarán a estos medios de la siguiente forma:

- i) **Remedios que no requieren de imputación al deudor.** La pretensión de cumplimiento, la ejecución forzosa de la obligación y la concesión de un plazo suplementario de cumplimiento.
- ii) **Remedios que requieren de imputación al deudor.** La constitución en mora al deudor.

En contraste, no son remedios directamente aplicables al simple retraso ni la indemnización por daños ni la resolución contractual, por las razones que se explicarán más adelante.

## 1. Medios de defensa del crédito no disponibles frente a un simple retraso

### A. Resolución contractual

La resolución contractual es un remedio aplicable en las relaciones obligatorias sinalagmáticas y ofrecido por la ley al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte. En ese contexto, se ha discutido sobre si el retraso, como un tipo de incumplimiento obligacional, tiene suficiente entidad para justificar el remedio resolutorio. Dentro de esta situación, a lo largo de varios años, fue consolidándose la idea según la cual el ejercicio de la acción resolutoria requiere “que haya verdadero y propio incumplimiento”, al cual no es equivalente el “mero retraso”<sup>3</sup>.

A partir de allí, el Tribunal Supremo español ha determinado que el incumplimiento de obligaciones que puede justificar la resolución ha de tener cierta gravedad o, en definitiva, que debe tratarse de un *incumplimiento esencial*. Al respecto, es correcto lo que manifiesta Díez-Picazo (2005, p. 81), para quien todas estas menciones pueden encerrarse en el término “frustración”. A su juicio, para que haya una auténtica frustración que justifique el remedio resolutorio, no basta el simple hecho de que una de las partes contratantes quede privada de la prestación convenida, puesto que, finalmente, “esto es algo que ocurre necesariamente en todo incumplimiento”. Por el contrario, la frustración deberá predicarse del fin o causa del contrato, en el sentido entendido por De Castro (1985, pp. 191 y 192) cuando define a la causa del negocio como “lo que se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”. De este modo, la resolución contractual encuentra

---

3 Véanse las sentencias del Tribunal Supremo español de 14 de junio de 1989 (RJ 1989/4632), de 22 de mayo de 1991 (RJ 1991/3783). En particular, la sentencia de 30 de abril de 1994 (RJ 1994/2949) indica que “el simple retraso en la iniciación de la obra y la lentitud en la realización de las mismas, no supone que haya un verdadero y propio incumplimiento”.

plena justificación “cuando el incumplimiento sufrido por el cumplidor le prive sustancialmente de todo aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con el contrato o que frustra la finalidad perseguida por él”.

Ahora bien, si lo que cualifica a un incumplimiento como esencial es la frustración en la consecución del fin contractual, se entiende perfectamente que el supuesto de incumplimiento causado por “imposibilidad sobrevenida” constituya el caso de incumplimiento esencial por antonomasia y, por tal motivo, legitimador en todos sus supuestos de la facultad resolutoria regulada en el artículo 1124 del CC. Y es que la cualificación de “incumplimiento esencial”, a nuestro juicio, vendrá determinada por la “imposibilidad de cumplimiento tardío”. En otras palabras, “el incumplimiento será esencial cuando sea definitivo”.

¿Dónde ha de situarse al retraso? Como se ha explicado en líneas anteriores, el retraso, como todo incumplimiento, se configura con la “ausencia de cumplimiento” en el “tiempo debido”. Sin embargo, lo que en particular caracteriza a este tipo de incumplimiento es que, pese a la contravención inicial, aún *perviven posibilidades de cumplimiento tardío, aunque exista incertidumbre sobre si habrá o no cumplimiento posterior*.

Así, De la Haza (1996) explica que “cuando una persona, llegado el plazo para cumplir, no cumple está realizando la conducta descrita en el artículo 1124 del CC como fundamento para que la contraparte ejercite la acción resolutoria; está *incumpliendo* [énfasis agregado] desde el momento en que, obligado a cumplir, *no realiza su prestación* [énfasis agregado], lo que no se sabe ‘*a priori*’ es si esa omisión es manifestación de un mero retraso o de un incumplimiento grave y definitivo” (p. 22). Por tanto, para saber cuándo nos encontramos frente a un incumplimiento temporal, se ha de determinar si existen tanto la viabilidad como la incertidumbre de cumplimiento ulterior, por cuanto estos factores constituyen elementos esenciales de la estructura del *retraso* como tipo de incumplimiento obligacional.

Dado lo expuesto, es defendible que un retraso en sentido jurídico no puede ser considerado incumplimiento resolutorio. Al haber aún posibilidad de cumplimiento posterior por ser factible objetiva o subjetivamente –porque aún le interesa al acreedor–, no existe frustración del fin contractual. No hay incumplimiento “definitivo” que es el que justifica la vía resolutoria, sino solo

incumplimiento temporal. En ese sentido, es clara la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de junio de 1986 (RJ 1986/3298) que señala que “[e]l retraso y aun mora, así puntualizados, no acarrear, en el caso que se contempla, la inutilidad de la prestación para el acreedor, siendo inatendible su pretensión resolutoria”.

En conclusión, el retraso, entendido como un incumplimiento temporal en el que perviven alternativas para la tardía ejecución prestacional, no constituye por ello incumplimiento definitivo ni, por tanto, puede justificar el remedio resolutorio.

### B. *Indemnización por daños y perjuicios*

Frente a un incumplimiento temporal, la indemnización por daños y perjuicios solo surge a partir de la constitución en mora, sea esta por interpelación o de forma automática, cuando la ley o las partes así lo hayan previsto. En tal sentido, se puede sostener que, como regla general, el simple retraso no tiene la virtualidad suficiente para activar, en el deudor, la responsabilidad civil por los daños derivados de su incumplimiento. Así se prevé, además, en el artículo 1101 del CC, en donde se enuncia a la *morosidad* como una de las causales de “indemnización de los daños y perjuicios causados”<sup>4</sup>.

Esta idea ha sido desarrollada desde antaño. Así, para Rogron (1829, p. 240), en la medida en que no haya interpelación, se entiende que “no habrá perjuicio al acreedor ni, por ende, responsabilidad por daños”. Para ello, este autor propone el siguiente ejemplo: “Yo me he obligado a entregarte un caballo el 1 de marzo, tú no me lo requieres; aparentemente, no lo necesitas, y, en consecuencia, mi retraso en el cumplimiento no te causa ningún perjuicio; por lo tanto, no tiene sentido la indemnización de daños y perjuicios” (traducido del francés original)<sup>5</sup>.

---

4 Artículo 1101 del CC español: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”.

5 También así, Baudry-Lacantinerie y Barde (1905, p. 495) y Planiol y Ripert (1996, p. 616).

## Eficacia jurídica del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones en el ordenamiento español

La misma fundamentación suele ser empleada también por la doctrina española. En ese contexto, se ha dicho, por ejemplo, que “[e]l simple retraso en el cumplimiento de la obligación [...] no produce *ninguna consecuencia jurídica*: [énfasis agregado] el deudor sigue obligado a cumplir [...], mas ni responde del caso fortuito *ni ha de indemnizar daños* [énfasis agregado]” (Lacruz et al., 2007, p. 177), así como que la función principal de la interpelación es “la de advertir la cesación de la *tolerabilidad del retraso* [énfasis agregado] de la prestación o la *inexistencia de dicha tolerancia* [énfasis agregado]” (Cano, 1978, p. 33).

Sin embargo, en la medida en que el artículo 1101 del CC no solo prevé a la “morosidad” como el supuesto de hecho que desencadena la responsabilidad por daños, sino también a la “contravención al tenor de la obligación”, para un sector de la doctrina, dentro de este último concepto puede subsumirse el simple retraso, configurándolo como un supuesto de suficiente virtualidad para producir responsabilidad civil. Probablemente, el esfuerzo doctrinal más importante para defender la relevancia del simple retraso en materia de responsabilidad por daños es la propuesta de Cardenal (1979, p. 315 y ss.), aunque en los últimos años, otras voces han sostenido tal eficacia jurídica (Baraona, 1998, p. 122 y ss.; Palau et al., 2012, p. 76).

En ese contexto, a partir de consideraciones de carácter económico y social, son elocuentes los términos empleados por Díez-Picazo (2008), para quien “*cuando de una economía monetaria con intercambio de especies, que puede moverse a tempo lento, pasamos a una economía de intercambio masivo de géneros y servicios que se engranan en el ciclo económico, el factor tiempo adquiere una relevancia primordial* [énfasis agregado]”, así pues, *el simple retraso comienza a adquirir una evidente relevancia, que no es ya solo económica, sino que debe ser también jurídica*” (p. 659). De ese modo, el mismo autor deja sentada la posibilidad de reconocer, al simple retraso, eficacia jurídica en materia de daños indemnizables, ya que, en sus palabras, “[c]onviene [...] apuntar que en el artículo 1101 del CC [que regula el sistema de responsabilidad por daños], además de la morosidad, se encuentra mencionada *cualquier contravención de la obligación* [énfasis agregado], concepto dentro del cual cabe, sin duda, el *retraso en el cumplimiento* [énfasis agregado]” (Díez-Picazo, 2008 p. 679). También Benatti (1968, pp. 8-10), en el derecho italiano, ha manifestado que la regla según la cual solo se deben daños a partir de la mora fue elaborada cuando solo se recurría al crédito



para satisfacer necesidades fundamentales, razón por la cual era natural que el derecho atribuyera protección al deudor.

Pese a lo anterior y aunque se ha enfatizado la necesidad de reconocer al *simple retraso* como un tipo de infracción obligacional con sus propios efectos jurídicos, en nuestra opinión, no forma parte genuina de dichos efectos la responsabilidad por daños del deudor; al menos, no dentro del régimen general de las *obligaciones civiles*. Y es que, aun si se aceptara la subsunción del “simple retraso” dentro de los conceptos de “morosidad o de contravención al tenor de la obligación” contenidos en el artículo 1101 del CC, habría que plantear una interrogante fundamental: ¿existen casos en el “ámbito civil” en los que quepa sostener que un retraso sin mora del deudor ha ocasionado daños al acreedor, si se entiende que este no le ha reclamado previamente el cumplimiento?

Se ha visto que Díez-Picazo parece resaltar la necesidad de reconocer relevancia jurídica al simple retraso, cuando se trata de una “economía de intercambio masivo de géneros y servicios que se engranan en el ciclo económico”. Sin embargo, el contexto descrito no parece corresponder con el ámbito civil sino con el mercantil. Ello porque hablar de un “intercambio masivo de géneros y servicios” coincide sustancialmente con la realidad del tráfico mercantil (“repetición de actos o tráfico en masa”, en palabras de Heck) y la actividad empresarial, ámbito propio del derecho mercantil (Olivencia, 2013, pp. 62 y 63). Si ello es así, no parece existir novedad en los términos citados ya que, en el ámbito mercantil, la relevancia jurídica del simple retraso está fuera de toda duda, en mérito al artículo 63 de CCo, el cual establece, como regla general, la mora automática (es decir, con el mero retraso y sin necesidad de interpelación por parte del acreedor) en las obligaciones mercantiles.

En todo caso, a nuestro juicio, es lógico sostener que, desde un “plano teórico”, dada la cualidad de “incumplimiento obligacional” que tiene el simple retraso, correspondería reconocer también la posibilidad de que dicha infracción produzca daños. Sin embargo, desde un “plano práctico”, es razonable entender que, en el ámbito puramente civil (caracterizado por un menor dinamismo que el que opera en el ámbito mercantil), no es posible plantear supuestos en los

## Eficacia jurídica del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones en el ordenamiento español

que un simple retraso pueda generar un daño indemnizable, salvo que se trate de hipótesis muy específicas (como el caso del deudor doloso).

Ello se explica porque, en materia de responsabilidad por daños, cobra actualidad el fundamento empleado por Rogron (1829, p. 240) según el cual, “mientras no haya interpelación se entenderá que no habrá perjuicio al acreedor”. En esa línea, en aquellos casos en los que se pretende obtener del deudor una indemnización de daños ocasionados por un simple retraso, cabe cuestionar el hecho de que el acreedor no realizó ningún requerimiento de cumplimiento. Y es que, si el acreedor alega que un retraso le produjo un daño, ha de acreditar que “le era significativa la realización oportuna de la prestación para evitar tal perjuicio” y que, además, el deudor conocía tal importancia, para lo cual constituye una señal antonomástica la exigencia de pago al deudor. Por lo tanto, mientras no exista esta exigencia, es entendible que el incumplimiento del deudor no le causa daño alguno al acreedor o que este lo ha tolerado (Lacruz Berdejo et al., 2007, p. 177; Cano Maco, 1978, p. 33).

De hecho, esto revela por qué en el original artículo 1146 del CC francés se preveía, en primer lugar, que “[l]os daños y perjuicios solo se deberán desde que el deudor sea constituido en mora de cumplir con su obligación» y, a continuación, se exceptuaba de tal requisito, ‘cuando la cosa que se hubiere obligado a dar o a hacer no pudiera darse o hacerse sino en un tiempo determinado que se ha dejado pasar’. En este caso, la ley eximía al acreedor de requerir el cumplimiento para demandar los daños, porque se entendía que, en tal supuesto, ‘tanto acreedor como deudor conocían de antemano la relevancia del cumplimiento oportuno en el tiempo pactado’ con el fin de que el incumplimiento no “defraudara el interés del acreedor ni le ocasionara perjuicio alguno”. Por lo tanto, no era precisa la interpelación para acreditar dicha circunstancia.

Por el contrario, dado que tal hipótesis es excepcional, el ordenamiento francés conserva la regla general según la cual *los daños solo son debidos a partir de la interpelación* (actual artículo 1231 del CC francés). Por lo tanto, el requerimiento de pago certifica que el deudor conoce la relevancia del cumplimiento tempestivo para el acreedor; y la ausencia de interpelación, sin otra circunstancia que

permita concluir algo distinto, hace que el deudor desconozca —si la hay— la importancia que el acreedor le ha dado al tiempo de cumplimiento (lo que incluye la preservación de eventuales daños) o, desde otro punto de vista, que considere que el acreedor tolera el retraso (Planiol y Ripert, 1996, p. 616).

Trasladado este razonamiento al ordenamiento español, se entiende mejor que el artículo 1101 del CC prevea a la *morosidad* (en el sentido de *mora debitoris*) como el desencadenante de la responsabilidad por daños, si se lo interpreta coordinadamente con el artículo 1100 del CC. Este último artículo no solo establece la regla general de mora por interpelación (artículo 1100-I del CC), sino que, además, prevé que dicho requisito no será necesario: (i) cuando así lo pacten las partes o lo establezca la ley (artículo 1100-II.1 CC); o, (ii) cuando de la naturaleza y las circunstancias resulta que la designación del tiempo de cumplimiento era motivo determinante para contraer la obligación (artículo 1100-II.2 del CC), además del caso de mora en obligaciones recíprocas.

Así pues, coordinando los artículos 1100 y 1101 CC de modo sistemático, puede inferirse la siguiente regla: el deudor quedará sujeto a la indemnización de daños y perjuicios cuando, habiendo conocido por interpelación o de modo anticipado (por imperio de la ley, por haberlo pactado o por concluirse así de las circunstancias y la naturaleza de la obligación) que el cumplimiento en el tiempo previsto era significativo para el acreedor, hubiese incumplido temporalmente con su obligación por dolo o negligencia. Esta regla explica razonablemente que el artículo 1101 del CC prevea a la morosidad como supuesto de hecho a partir del cual surge la responsabilidad civil por los daños ocasionados al acreedor.

En virtud de lo expuesto, puede sostenerse que, como regla general, la demanda de indemnización por daños y perjuicios no constituye un remedio aplicable al “simple retraso”, sino únicamente al “retraso moratorio”.

Pese a todo lo anterior, es importante dar respuesta a una cuestión que aparenta ser mínima: ¿ha de eximirse de la responsabilidad por los daños producidos por un deudor, de forma “dolosa”, retrasándose en su obligación, bajo el alegato que el acreedor no le ha requerido el cumplimiento? A nuestro juicio, no. Aunque, en principio, el simple retraso no configura un incumplimiento

eficaz en materia de daños y perjuicios, sí constituye una situación distinta aquella en la que se prueba que el deudor, aun sin un requerimiento de pago del acreedor (y sin existir mora automática) y conociendo de la importancia de la realización oportuna de la prestación, opta “conscientemente” por no cumplir sin importarle los eventuales perjuicios que le ocasionará al acreedor. Como se aprecia, el “dolo” al que nos referimos aquí es aquel en el que el deudor es consciente de que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo (Díez-Picazo, 2008, p. 751). Por lo tanto, solo cuando se prueba que los daños ocasionados por el simple retraso son imputables a “dolo” del deudor, la indemnización por daños constituye un remedio a favor del acreedor.

En conclusión, el simple retraso, como regla general, no constituye un tipo de incumplimiento cuya estructura legitime al acreedor demandar los daños y perjuicios derivados de aquel. En ese caso, el acreedor ha de requerir el cumplimiento al deudor para, con ello, asegurar que el deudor conoce la relevancia del cumplimiento oportuno y, por ende, su importancia para no producir perjuicio alguno. La excepción a esta regla es el supuesto de simple retraso doloso, caso en el cual, si se prueba el dolo del deudor (entendido como la conciencia del deudor de que su comportamiento ocasiona o puede ocasionar daño sin hacer lo necesario para evitarlo), el acreedor podrá demandarle la indemnización de todos los perjuicios sufridos a causa del mero retraso en la realización de la prestación debida.

## **2. Medios de defensa del crédito disponibles frente a un simple retraso**

### *A. Pretensión de cumplimiento y ejecución forzosa*

Ante un incumplimiento obligacional, como lo es el simple retraso, la primera medida de reacción que en el orden lógico ocurre es la acción dirigida a obtener el comportamiento omitido por el deudor. Prevista de forma implícita en los artículos 1096, 1098 y 1099 del CC, la “pretensión de cumplimiento” de la obligación es reconocida a favor del acreedor y consiste en el derecho a acudir ante la autoridad judicial con el fin de obtener la actuación de su derecho de crédito (Díez-Picazo, 2008, p. 775). Por su naturaleza, es una acción de condena

y, por lo tanto, entraña la pretensión de que le sea impuesto al deudor, de modo coactivo, el comportamiento debido.

En el proceso que se inicia con la demanda de cumplimiento pueden distinguirse dos fases. La primera, meramente “declarativa”, en la que el acreedor solicita al juez el reconocimiento y la declaración de que aquel tiene un título obligacional en contra del deudor demandado. Obtenida la declaración, empieza la segunda fase de naturaleza “ejecutiva” (proceso ejecutivo), que tiene como finalidad la realización coactiva de la prestación debida por el deudor (Baraona, 1998, p. 259). Todo lo anterior, sin perjuicio de aquellos títulos extrajudiciales que pueden ejecutarse por propio mérito y sin necesidad de que exista una sentencia previa (artículo 517 de la LEC).

En este contexto, la lógica de una pretensión de cumplimiento exige que la prestación debida no haya sido realizada durante el tiempo en el que el “deber de cumplir era actual”, es decir, cuando el deudor se encuentra en la “necesidad” de realizar lo debido para no tener que afrontar las consecuencias jurídicas que de ello derivan. Como se ha sustentado en este trabajo, tal tiempo se genera a partir del “vencimiento”. Por el contrario, no puede entenderse como requisito un previo requerimiento al deudor para, solo entonces, entender que el acreedor tiene activa la facultad de pretender el cumplimiento de la obligación por vía judicial. En ese sentido, hay basto consenso en que la pretensión de cumplimiento tiene como fundamento la sola inejecución del deudor en el tiempo debido, sin que para ello sea necesario un previo requerimiento de pago por parte del acreedor (Sánchez, 1899, p. 86; Díez-Picazo, 2008, p. 775).

Para abundar en razones, existen algunos preceptos legales que determinan la posibilidad de ejecutar forzosamente la obligación a partir de su solo vencimiento. Así pues, para la ejecución de determinados “títulos ejecutivos extrajudiciales”, como los títulos al portador o nominativos y sus cupones, la LEC prevé al “vencimiento” como único requisito sustantivo (“que representen obligaciones vencidas”, según el tenor del artículo 517.2, inciso 6 de la LEC). Por lógica, lo mismo habrá de predicarse de las obligaciones representadas en escrituras públicas, pólizas de contratos mercantiles (con las formalidades legales correspondientes), y los certificados no caducados respecto de valores representados en anotaciones en cuenta (artículo 517.2, incisos 4, 5 y 7 de

la LEC), en cuanto títulos ejecutivos de origen extrajudicial, aun cuando la ley no prevé expresamente que deban tratarse de obligaciones “vencidas”. En todo caso, no hay exigencia alguna de que, para considerar “vencidas” a las obligaciones representadas en estos títulos, deba el acreedor requerir el pago previamente al deudor.

En todo caso, ha de indicarse que la pretensión de cumplimiento no exige, para su ejercicio, que el incumplimiento (ni, por tanto, el *simple retraso*) sea imputable al deudor (Capilla, 1989, p. 79 y ss.). En efecto, la finalidad de esta pretensión es la obtención del comportamiento omitido de forma “específica, del mismo modo en que debió ser y no fue realizado por el deudor” (Díez-Picazo, 2008, p. 775). Por tal motivo, para intentar este remedio, basta acreditar el hecho del incumplimiento, sin que para ello sea necesario comprobar la imputación subjetiva al deudor (Carrasco, 1989, p. 397).

Por otro lado, la facultad de pretender el cumplimiento tendrá vigencia mientras la obligación subsista pese al incumplimiento. En sentido contrario, solo cuando la obligación primigenia se extinga, se extinguirá también la pretensión de cumplimiento como remedio disponible para el acreedor. En ese contexto, cabe hacer algunas precisiones con relación al llamado *cumplimiento por equivalente* en materia de *simple retraso*.

En efecto, los artículos 1182, 1183 y 1184 del CC prevén que, si la prestación debida deviene en imposible, la obligación pervive o no se extingue, salvo que el deudor demuestre que tal imposibilidad se debió a un *caso fortuito* o, desde otro punto de vista, por *causa no imputable al deudor*. Así pues, pese a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el ordenamiento establece que la obligación primigenia subsiste (*perpetuatio obligationis*) (Llamas, 2020, p. 235), aunque sustituida y representada por una suma de dinero equivalente (Badosa, 1987, p. 888). Esta es la figura denominada “cumplimiento por equivalente” o *aestimatio rei*. Esto explica que, entre la pretensión de cumplimiento y el *cumplimiento por equivalente*, existe una misma causa (la obligación primigenia) y un mismo fin (la satisfacción del interés del acreedor), distinguiéndose ambos remedios, por tanto, de la indemnización por daños (Yzquierdo, 2001, p. 118 y ss.). Sin embargo,

lo anterior también explica que el “cumplimiento por equivalente” es un remedio incompatible con el supuesto de “simple retraso”.

Y es que, como se ha explicado en líneas anteriores, es elemento definitorio del retraso la “posibilidad” de satisfacción posterior *in natura* del acreedor. Es precisamente este elemento lo que determina que el retraso constituya un tipo de “incumplimiento temporal”. En esa línea, si el *cumplimiento por equivalente* es un medio de defensa del crédito que se activa precisamente cuando la prestación debida se ha hecho imposible (por inviabilidad fáctica o por frustración del interés del acreedor), tal circunstancia se contrapone radicalmente con un retraso en el “cumplimiento de la obligación”. Por ese motivo, puede sostenerse que, aunque la *aestimatio rei* y la pretensión de cumplimiento tienen un mismo fundamento y una misma finalidad, solo el segundo de los remedios mencionados resulta aplicable a un caso de *simple retraso*. Por el contrario, a causa del supuesto de hecho que le da eficacia, el cumplimiento por equivalente (de modo similar a la resolución contractual), no es un medio de defensa disponible para el incumplimiento temporal referido.

En conclusión, el “simple retraso”, en tanto genuino incumplimiento obligacional verificado con la ausencia de cumplimiento en el tiempo debido (vencimiento), genera por sí mismo en el acreedor la facultad de *pretender el cumplimiento*, como medio de defensa del derecho de crédito.

#### B. *Concesión de un plazo suplementario de cumplimiento*

Se ha dicho que el “simple retraso” no es un tipo de contravención obligacional compatible con la resolución contractual, por cuanto este remedio implica el acaecimiento de un incumplimiento esencial que, como tal, resulta ser *definitivo*. Sin embargo, sí existe un medio de defensa que, aunque relacionado estrechamente con la resolución, puede ser ejercitado frente a un retraso: la concesión de un plazo suplementario de cumplimiento o *Nachfrist*<sup>6</sup>.

---

6 Denominación originaria del ordenamiento alemán (San Miguel, 2004, p. 209).

Y es que, el retraso, con base en la definición que aquí se ha desarrollado, supone una situación en la que, pese al incumplimiento inicial, “aún es factible, aunque sea incierta, una futura realización de la prestación debida”. Bajo este razonamiento, ha de entenderse que el retraso (simple o moratorio) constituye un incumplimiento no esencial o no grave que, por lo tanto, no justifica acudir al remedio resolutorio (Herrada, 2017, pp. 45-49).

Ahora bien, siguiendo a Díez-Picazo (2005, p. 97), el derecho comparado admite que “cuando los incumplimientos no son esenciales, debe permitirse al deudor la posibilidad de subsanar el incumplimiento, cumpliendo, aunque sea tardíamente”. Así pues, en el artículo 1226-I y -II del CC francés, se prevé la posibilidad de interpelar al deudor para que cumpla en un *plazo razonable*, transcurrido el cual, sin éxito, el acreedor “*tendrá derecho a resolver el contrato*”. Esta facultad de concesión se recoge también en Alemania (§323-I BGB) e Italia (artículo 1454-I del CC italiano). Asimismo, esta idea del plazo adicional otorgado por el acreedor a favor del deudor está recogida en algunos instrumentos internacionales como los artículos 47.1 y 63.1 de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías. En todos estos preceptos, la idea principal es que en todo “incumplimiento no esencial” (como lo es el simple retraso), puede admitirse la posibilidad de otorgar al deudor un “periodo adicional de cumplimiento” tras el cual podrá acudir al remedio resolutorio si este hubiera transcurrido sin cumplimiento alguno.

¿Puede aplicarse este mecanismo en el ordenamiento español, aun cuando no está regulado expresamente? El tenor del artículo 1124-III del CC podría hacer pensar en la necesidad de la vía judicial, cuando hace recaer en el juez la facultad de “decretar la resolución que se reclame”. Sin embargo, en opinión de Álvarez (1991, p. 99), es posible que la resolución contractual opere *ipso iure*, “en virtud de una declaración de voluntad del acreedor por la que notifica al deudor su resolución de dar por resuelto el contrato, *si no cumple su obligación en el plazo que discrecionalmente le fija* [énfasis agregado], de tal modo que, si este transcurre en vano, la resolución *tendrá lugar al expirar ese plazo* [énfasis agregado]. En ese sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia española. La sentencia del Tribunal Supremo del 20 de junio de 1980 (RJ1980/2412) indica que, aunque era reiterada la doctrina jurisprudencial de que la resolución solo podía lograrse por vía judicial, “ello no quiere decir que planteada ante ellos [los tribunales]



y reconocida la situación de incumplimiento alegada, no pueda producir su normal efecto *al tiempo en que se ejercitó y llevó a cabo extrajudicialmente por el cumplidor, y en consecuencia para que a partir de entonces y con alcance retroactivo cesen sus efectos* [énfasis agregado].

En nuestra opinión, se trata de una alternativa admisible en el ordenamiento español, sustentada en que:

- i) la autonomía de la voluntad por la cual el acreedor, si así lo quiere, puede conceder al deudor el plazo adicional que crea conveniente, considerándose que es su interés el que está en juego en la ejecución de la prestación; y que
- ii) el acreedor está legitimado por el artículo 1124 del CC a resolver el contrato (en ello radica el carácter de “facultad”) si ha cumplido o está dispuesto a cumplir, y si además ha sufrido un incumplimiento que tras el transcurso del plazo adicional en vano se convierte en un “incumplimiento esencial o definitivo”.

De todo lo anterior, se puede considerar admisible lo siguiente:

- i) Cuando el incumplimiento sufrido “ha frustrado el interés contractual del acreedor”, podrá notificar al deudor su decisión de dar por resuelto el contrato.
- ii) Cuando el incumplimiento sufrido por el acreedor “no sea esencial”, es decir, no frustre aún la finalidad perseguida en el contrato, este podrá otorgar un plazo adicional de cumplimiento al deudor, transcurrido el cual, sin éxito, deberá ejercitarse la facultad resolutoria.
- iii) En caso de discusión sobre el remedio resolutorio aplicado, los tribunales deberán intervenir para establecer si la resolución llevada a cabo estaba bien o mal hecha, discerniendo sus consecuencias.

En conclusión, la concesión de un plazo suplementario de cumplimiento constituye un remedio ejercitable frente a *simple retraso*, por cuanto se trata de un tipo de incumplimiento que deja posibilidades de una futura realización de la prestación. El *Nachfrist*, en ese contexto, supone un medio de defensa

conveniente para aquel acreedor que, afectado por un incumplimiento no esencial o no grave, pretende liberarse del vínculo contractual en un tiempo relativamente breve (aunque *razonable* en virtud de la mayor o menor complejidad de la prestación debida); tiempo transcurrido el cual, sin que el deudor cumpla, se ha de entender, jurídicamente, que el “incumplimiento temporal” en que consiste el retraso ha pasado a ser un “incumplimiento definitivo”, justificándose así la resolución del contrato.

### C. *La constitución en mora del deudor*

Aunque suene a una verdad de Perogrullo, también constituye un remedio de defensa del derecho de crédito frente a un *simple retraso* la constitución en mora del deudor. Y es que, como se ha entendido de forma unánime, la situación de *mora debitoris* requiere que el incumplimiento del deudor no sea definitivo sino *temporal*, esto es, que se trate de uno en el que subsistan las posibilidades de cumplimiento futuro *in natura*.

Bajo esa idea, la constitución en mora del deudor supone un medio de defensa del crédito, por cuanto genera fundamentalmente dos efectos:

- i) El traslado del riesgo de imposibilidad sobrevenida al deudor
- ii) La responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al acreedor con el retraso en el cumplimiento

Así pues, como bien comenta Baraona (1998, p. 322), “la interpelación moratoria beneficia al acreedor en cuanto logra una mejor protección de su crédito y, por ello, en esta dimensión tiene como consecuencia que el deudor se ve agravado en su responsabilidad”.

## IV. CONCLUSIONES

1. El retraso se define como la ausencia de cumplimiento en el tiempo debido en la que pervive, aunque sea incierta, la posibilidad de realizar la prestación de forma tardía (esto es, ha de tratarse de un “incumplimiento temporal”, en contraste con los “incumplimientos definitivos”). Así pues, los elementos configuradores del retraso son: (i) la llegada del tiempo de

debido cumplimiento; (ii) la ausencia de cumplimiento; (ii) la ausencia de cumplimiento; (iii) la posibilidad de futuro cumplimiento in natura; y, (iv) la incertidumbre en el cumplimiento posterior.

2. El retraso, así definido, configura un genuino incumplimiento obligacional, ya que implica una inejecución o ejecución inexacta de la prestación, lo que trae como consecuencia la insatisfacción del interés del acreedor y con ella, una lesión a su derecho de crédito.
3. El retraso, como tal, despliega verdaderos efectos jurídicos sin que para ello sea necesaria la constitución en mora del deudor (primordialmente medios de defensa del crédito: la pretensión de cumplimiento, la concesión de un plazo suplementario de cumplimiento (*Nachfrist*) y la propia constitución en mora). Y, aunque en este trabajo se defiende que el simple retraso sin mora no es suficiente para generar efecto indemnizatorio (salvo en el caso de retraso doloso), lo que es definitivo es que la relevancia jurídica de un tipo de incumplimiento obligacional no puede ser reducida a tal efecto.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo, M. (1989). Comentario al artículo 1.100. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (t. XV, vol. 1). Edersa.
- Álvarez, R. (1991). Comentario al artículo 1.124. *Comentario al Código Civil* (t. 2). Ministerio de Justicia.
- Badosa, F. (1987). *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*. Real Colegio de España.
- Badosa, F. (1991). Comentario al artículo 1.100. *Comentario al Código Civil* (t. 2). Ministerio de Justicia.
- Baraona, J. (1998). *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*. Dykinson.
- Baudry-Lacantinerie, G. y Barde, L. (1905). *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des obligations* (3<sup>o</sup> ed., t. 1). Larose et Tenin.
- Benatti, F. (1968). *La costituzione in mora del debitore*. Giuffrè.

Eficacia jurídica del simple retraso en el cumplimiento de obligaciones en el ordenamiento español

- Cano, J. (1978). *La mora*. Edersa.
- Capilla, F. (1989). La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito. Fundación Universitaria de Jerez.
- Cardenal, J. (1979). *El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones*. Montecorvo.
- Carrasco, Á. (1989). Comentario al artículo 1.101. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (t. XV, vol. 1). Edersa.
- Carrasco, Á. (2017). *Derecho de contratos* (2.ª ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- De Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Civitas.
- De la Haza, P. (1996). *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. McGraw-Hill.
- Domínguez, A. (1992). *El cumplimiento anticipado de las obligaciones*. Civitas.
- Díez-Picazo, L. (1969). El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinagmáticos. *Anuario de Derecho Civil*, 22(2).
- Díez-Picazo, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*. Thomson Civitas.
- Díez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos de derecho civil patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Thomson Civitas.
- Díez-Picazo, G. (1996). *La mora y la responsabilidad contractual*. Civitas.
- Lacruz, J. et al. (2007). *Elementos de derecho civil. 2. Derecho de obligaciones* (4.ª ed., vol. 1). Dykinson.
- Llamas, E. (2020). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor* (2.ª ed.). La Ley-Wolters Kluwer.
- Herrada, V. (2017). Incumplimiento y resolución contractual (con particular referencia al retraso y a las cláusulas resolutorias). *Revista de Derecho Civil* (4)1.
- Manrique de Lara, J. (2001). *La mora del deudor en las obligaciones civiles de hacer*. Centro de Estudios Registrales.
- Montés, V. (1998). La defensa del derecho de crédito. *Derecho civil. Obligaciones y contratos* (3.ª ed.). Tirant lo Blanch.

- Olivencia, M. (2013). El derecho mercantil. Origen y evolución histórica. *Derecho mercantil* (15.ª ed., vol. 1). Marcial Pons.
- Palau, F. et al. (2012). Presupuesto y efectos de la mora. *Tratado sobre la morosidad*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1996). *Derecho civil* (trad. L. Pereznieto). Editorial Pedagógica Iberoamericana.
- Puig, J. (1995). *Fundamentos de derecho civil*, (t. 1, vol. 2). Bosch.
- Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.). Espasa.
- Rogron, J.(1829). *Code civil expliqué par des motifs et par des exemples*. H. Tarlier.
- San Miguel, L. (2004). *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- Sánchez, F. (1899). *Estudios de derecho civil* (t. 4) Madrid.
- Yzquierdo, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Dykinson.



Por:  
Carmen Sánchez  
Trigueros\*

## DERECHO DE LOS TRABAJADORES A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL ESPAÑOL

### Resumen

Tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2018, del 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, el artículo 20 bis del estatuto de los trabajadores reconoce expresamente a los trabajadores el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. Derechos equivalentes se reconoce particularmente a los empleados públicos (artículo 14 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público). El alcance de estos derechos se extiende más allá del desempeño de la actividad de forma presencial en el lugar de trabajo: los artículos 17 y 18 del Real Decreto Ley 28/2020, del 22 de setiembre, de trabajo a distancia regulan el derecho a la intimidad y a la protección de datos y el derecho a la desconexión digital de las personas que realizan su trabajo a distancia, derivando a los convenios o acuerdos colectivos los términos de su ejercicio.

### Abstract

After the modification operated by Organic Law 3/2018, of December 5, on the Protection of personal data and guarantee of digital rights, art. 20 bis of the Workers' Statute expressly recognizes that workers have the right to privacy in the use of digital devices made available to them by the employer, to digital disconnection and privacy from the use of video surveillance and geolocation devices, in the terms established in current legislation on the protection of personal data and guarantee of digital rights. Equivalent rights are particularly recognized for public employees (artículo 14 of Royal Legislative Decree 5/2015, of October 30, which approves the revised text of the Law of the Basic Statute of Public Employees). The scope of these rights extends beyond the performance of the activity in person at the workplace:

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia.  
Correo electrónico: carmenst@um.es

Recibido: 14 de diciembre del 2020

Aceptado: 18 de diciembre del 2020

arts. 17 and 18 of Royal Decree Law 28/2020, of September 22, on remote work regulate the right to privacy and data protection and the right to digital disconnection of people who perform their work remotely, referring to the collective agreements or agreements the terms of its exercise.

**Palabras clave:** desconexión digital, nuevas tecnologías, jornada, horario y descanso laboral, conciliación familiar, salud e intimidad, derechos fundamentales.

**Keywords:** digital disconnection, new technologies, working hours, hours and rest, family conciliation, health and privacy, fundamental rights.

### Sumario

**I. Introducción. II. Génesis del derecho a la desconexión digital. 1. Panorama previo a la aprobación de la LO 3/2018: reconocimiento a partir del derecho al descanso. 2. Regulación del derecho a la desconexión digital. 3. ¿Era realmente necesario el reconocimiento del derecho? III. Análisis técnico del derecho a la desconexión digital. 1. Consecuencias de la ausencia de regulación legal. 2. Ámbito subjetivo del derecho. 3. Contenido del derecho. 4. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador. 5. Obligaciones preventivas y formativas. IV. Conclusión. V. Bibliografía.**

## I. INTRODUCCIÓN

El avance de la revolución digital lleva consigo la inexorable transformación de todos los aspectos de nuestra vida. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación no solo ha condicionado, sino que ha determinado las relaciones humanas y sociales. Las redes sociales ocupan un papel fundamental en cuanto a los debates políticos y sociales, situándose como una la herramienta clave para los mismos. Las relaciones personales se han visto completamente transformadas, llegando a existir numerosas aplicaciones móviles destinadas a conocer gente e, incluso, a facilitar el establecimiento de relaciones afectivas. Estos cambios se han multiplicado exponencialmente a partir de las situaciones de confinamiento derivadas de la pandemia de la COVID-19, durante las que estos mecanismos han ocupado un papel fundamental, tanto para el desarrollo de las relaciones sociales, como para las actividades educativas. A



lo anterior se suma que los artilugios electrónicos son cada vez más potentes y veloces, lo que facilita que paulatinamente resulte menos costoso acudir a estos mecanismos para establecer vías de comunicación, en lugar de acudir a los sistemas tradicionales.

El ámbito laboral no queda al margen de esta metamorfosis, no olvidemos que tradicionalmente, las relaciones laborales se han diseñado en torno a los sucesivos paradigmas productivos. La propia inercia de las relaciones humanas, que ya difícilmente se pueden entender sin tener un *smartphone* continuamente en el bolsillo (cuando no en la mano), viene implicando relevantes transformaciones en los sistemas de producción y, finalmente, en el marco del trabajo (por cuenta ajena y por cuenta propia). Pero no solo han cambiado las mercancías que se ofrecen a los clientes, sino también la forma de elaborarlas. De hecho, la principal revolución radica en la forma de relacionarse entre los distintos operadores, ya sea entre los clientes y la empresa, entre esta y sus trabajadores, o entre estos últimos y los propios clientes. (Molina, 2019, p. 11)

Tratar de resistir frente a estos cambios es un esfuerzo absolutamente inútil. El empeño en mantener los sistemas tradicionales tendría a buen seguro el mismo éxito que en su día alcanzaron los ludistas que se oponían a la entrada de la maquinaria moderna en los procesos productivos. Sin embargo, tampoco puede admitirse la inercia que lleva a asumir que los avances tecnológicos deban determinar las exigencias y condiciones laborales que deben aceptar los trabajadores. Ello es así porque, como se ha podido comprobar, la “tecnología no es inocente”: la forma de regirse la producción y las decisiones automatizadas (entre otras, a través de los llamados algoritmos) siguen criterios establecidos directa o indirectamente por el empresario, en su beneficio (Urueña, 2018, pp. 99-124). Es cierto que las decisiones empresariales estarán sin duda condicionadas por el mercado, de forma que el sometimiento a los requerimientos de la revolución tecnológica no será ya solo una condición para competir mejor, sino llanamente para poder mantenerse en la competición (Molina, 2019, p. 11). Sin embargo, decisiones como que los trabajadores contacten directamente con los clientes a través de herramientas informáticas sí siguen un criterio empresarial, así como la de impartir instrucciones laborales a través de correo electrónico, sistemas de mensajería, etc.

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

Todo ello implica una serie de avances notabilísimos: una capacidad de respuesta mucho más rápida, una conexión mucho más inmediata y, en definitiva, un servicio mucho más eficaz. Sin embargo, existen una serie de riesgos que no deben ser infravalorados, y que se conectan con la merma del derecho al descanso y, como consecuencia de este, con el agotamiento físico y psicológico que supone no poder desvincularse mentalmente del trabajo. Los frutos de lo anterior no tardan en aparecer: cansancio, estrés, ansiedad y numerosos otros problemas que afectan directamente a la salud de los trabajadores, poniéndola en grave riesgo. Se trata, además, de agentes que son a menudo infravalorados, respecto de los que existe una escasa cultura social (Requena, 2020, p. 542).

Como se ha señalado, la hiperconectividad no es un fenómeno limitado a las relaciones laborales, sino generalizado de las de todos los seres humanos (fundamentalmente, en el llamado Primer Mundo). Los mecanismos de comunicación han minimizado el tiempo para contestar y, de manera simultánea, nos han hecho perder la capacidad de aguardar una respuesta. Cuando hace cuarenta años se quería establecer conexión con una persona, podía enviársele una carta, llamarle a un teléfono fijo, etc. En caso de no obtener respuesta, la solución pasaba por dejar el recado y esperar pacientemente la respuesta, que perfectamente podía esperar horas o días. Actualmente, esa posibilidad se ha convertido en absolutamente lejana, estableciéndose una exigencia generalizada de respuesta igualmente inmediata. Plenamente ilustrativo de ello, en el ámbito de los usuarios de aplicaciones de mensajería electrónica, es lo que se ha venido en llamar el síndrome del “doble *check*”, como la ansiedad que sufre el emisor de un mensaje electrónico al comprobar que el receptor no responde, pese a poder comprobar que el mensaje ha sido recibido y leído o llanamente que se ha conectado después de recibirlo. En estas condiciones, y ante el fenómeno generalizado de incapacidad de aguardar pacientemente una contestación (aunque no se trate de una cuestión urgente), obtendrá un papel predominante en el mercado la empresa que asegure la posibilidad de dar la respuesta más inmediata, incluso aunque no por ello sea la mejor.

Las consecuencias de lo anterior para el derecho al descanso de los trabajadores (por cuenta propia y ajena) pueden resultar devastadoras. Ya no se trata simplemente del interés empresarial en obtener un mayor beneficio, sino de la exigencia extendida de que una cuestión debe ser inmediatamente

atendida, lo que hace que los propios clientes no comprendan el retraso en obtener una respuesta, condicionando su interés en mantener relaciones con la empresa a la oferta de una incondicional disponibilidad por parte de esta y, por extensión, por parte de sus trabajadores.

En tales condiciones, en los últimos años ha alcanzado una importante notoriedad el que ha venido a llamarse derecho a la desconexión digital o tecnológica. Se trata de un derecho que ha recibido una importante atención, quizás mostrando así la demanda social existente al respecto, aunque no se hubiese explicitado como tal. Aunque sin duda alguna existía una necesidad generalizada, no era habitual que se apreciase como tal, precisamente porque se consideraba que los problemas existentes eran consecuencia inherente de los nuevos tiempos.

## II. GÉNESIS DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La regulación del derecho a la desconexión digital se ha producido con la adaptación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril del 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que ha tenido lugar a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPD y GDD).

Sin embargo, la inexistencia hasta finales del 2018 de un derecho reconocido legalmente a la desconexión digital no implicaba que hasta ese momento los trabajadores se encontrasen totalmente desprotegidos. Algunos pronunciamientos judiciales y convenios colectivos ya habían aludido a esa posibilidad, si bien se había venido sustentando en la regulación precedente en torno al derecho al descanso, que contenía un importante cuerpo normativo del que se podía deducir sin dificultad ese derecho.

### 1. Panorama previo a la aprobación de la LO 3/2018: reconocimiento a partir del derecho al descanso

En nuestro texto constitucional se hace referencia al derecho al descanso, en el artículo 40.2, al atribuir a los poderes públicos el fomento de una política

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

que garantizase el derecho al “descanso necesario”, mediante la limitación de la jornada laboral o el derecho a vacaciones. Por su parte, el Estatuto de los Trabajadores ya venía regulando el tiempo de trabajo, si bien lo cierto es que se trata de una materia que hasta la fecha no se ha clarificado suficientemente, de forma que siguen siendo muy frecuentes los procedimientos judiciales que se vienen planteando al respecto, a todos los niveles.

En el ámbito europeo existen importantes normas sobre la materia. Así, la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre del 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (que derogó la anterior Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, referente a la misma materia) incluye las definiciones de tiempo de trabajo y de descanso como conceptos alternativos (en el artículo 2.2 se define como descanso “todo periodo que no sea tiempo de trabajo”). Además, se incluye el concepto de “descanso adecuado” (artículo 2.9), siendo este lo suficientemente largo y continuo como para evitar que, debido al cansancio, se pueda perjudicar la salud del trabajador, a corto o medio plazo. Asimismo, este concepto ya permite vislumbrar una importante idea, como es que no todo descanso es por definición adecuado. Sobre este punto regresaremos más adelante.

En ese mismo ámbito merece un lugar destacado la Carta Social Europea, cuyo artículo 2 establece el derecho al descanso y a una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 31.2 establecía el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo, al descanso diario y semanal, y a las vacaciones.

El reconocimiento del derecho al descanso no se limita al espacio europeo, encontrándose consagrado en otras normas, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 24 reconoce el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. También, aparece recogido en el artículo 7.d del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones. Por último, es obligada la referencia a los distintos convenios de la OIT que han regulado

directa o tangencialmente la materia, como es el caso del núm. 6, relativo al trabajo nocturno; el núm. 14, relativo al descanso semanal; el núm. 30, relativo a la jornada de trabajo; y el núm. 132, relativo a las vacaciones.

Como puede observarse, el derecho al descanso (en contraposición al tiempo de trabajo, con el que mantiene una relación dialéctica (Cardona, 2020, pp. 109–126) se encontraba regulado y, además, muy ampliamente reconocido. Sin embargo, ello no ha sido suficiente para resolver los innumerables problemas que se vienen presentando, siendo la cuestión de la distribución del tiempo de trabajo y descanso una de las más complejas dentro del ámbito de las relaciones laborales. Hasta tal punto es así, que en algunos casos se ha sugerido que la solución más acertada para garantizar el derecho a la desconexión digital habría sido, más que regularlo, definir de manera clara el tiempo de descanso (Vallecillo, 2020, pp. 210–238). Sin embargo, no puede desdeñarse el riesgo que supondría que, en tales circunstancias, la regulación suponga un recorte aún más relevante del derecho al descanso.

Cuando los primeros litigios llegaron ante los tribunales, abordando el derecho de los trabajadores a no permanecer atentos a los dispositivos electrónicos fuera de su jornada laboral, aquellos encontraron herramientas para dar respuesta a los problemas que se planteaban en la normativa reguladora del tiempo de trabajo o de los límites de la potestad directiva empresarial. Así ocurre, entre otros, en el caso analizado por la SAN de 17 de julio de 1997, rec. 120/1997, en que se rechazaba la posibilidad empresarial de exigir a sus trabajadores que tuviesen el teléfono móvil conectado en todo momento.

## **2. Regulación del derecho a la desconexión digital**

La LOPD y GDD incluye tres preceptos que contienen toda la regulación legal vigente sobre la materia: el artículo 88, que reconoce el derecho, y las disposiciones adicionales decimotercera y decimocuarta. El primero de ellos regula el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, dividiéndose a su vez en tres apartados.

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

En el primer apartado se reconoce el derecho en términos generales tanto a trabajadores como a los empleados públicos. Asimismo, reconoce el derecho a la desconexión, vinculándolo a la necesidad de respeto del tiempo de descanso (y permisos y vacaciones) y a los derechos a la intimidad personal y familiar. Sin embargo, ya desde este momento debe destacarse la inexistencia de contenido legal del citado derecho, lo que arrojará numerosas dudas sobre el mismo que más adelante se abordarán.

El segundo apartado responde algunas de las cuestiones derivadas de la manifiesta inconcreción legal del contenido del derecho, estableciendo tres criterios fundamentales. En primer lugar, el mecanismo a través del que se dotará de contenido el derecho, apostando por que ello se lleve a cabo a través de la negociación colectiva u otros acuerdos alcanzados entre empresa y representantes de los trabajadores. En segundo lugar, los criterios que deberán seguir los negociadores, que deberán atender a la naturaleza y objeto de la relación laboral. Por último, se establece que la regulación sobre la materia deberá estar dirigida a promover la conciliación laboral con la vida personal y familiar.

El tercer apartado prevé los pasos que deberá dar el empleador, exista o no regulación colectiva (debiendo en este último caso respetarla). En concreto, se establece la necesidad de reflejar las directrices empresariales que va a adoptar, debiendo incluirse dentro de las mismas a todo el personal. Esta regulación deberá definir la forma en que se va a llevar a cabo el derecho a la desconexión, viéndose obligado igualmente a adoptar acciones de formación y sensibilización sobre el uso razonable de herramientas tecnológicas, al objeto de evitar riesgos laborales (aunque la norma, sin duda erróneamente, se limita a hacer referencia a la fatiga tecnológica). Finalmente, se realiza una especial alusión al personal que verá su trabajo singularmente afectado por la necesidad de desconectar digitalmente, como son los trabajadores que realizan su trabajo a distancia o a domicilio.

Por último, se introduce un nuevo artículo en el ET, el 20.bis, rubricado “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión” [se ha criticado su ubicación, llegándose a señalar que “no

parece acertada su incorporación en un precepto dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, habiendo sido quizá más pertinente su inclusión en la sección 2.ª, dedicada a los derechos y deberes laborales básicos, por ejemplo, en el artículo 4 ET, y desarrollándose posteriormente algunos elementos para su materialización en la sección 5.ª dedicada al tiempo de trabajo, incluyendo quizá un apartado noveno en el artículo 34 ET” (Reche, 2019, p. 50); y también un nuevo apartado en el artículo 14 del EBEP, el j.bis, a través del que se asegura el reconocimiento a todos los empleados públicos (personal laboral, personal funcionario...). En ambos preceptos se hace referencia al derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador y frente a los dispositivos de videovigilancia y geolocalización. Sin embargo, no hace alusión a los dispositivos que sean propiedad del trabajador o empleado público, y que pueden ser utilizados como herramientas igualmente invasivas de su derecho a la intimidad. Aunque ese tipo de cuestiones encontrarán respuesta en la regulación ya existente en el artículo 88 LOPD y GDD, habría resultado sin duda más acertado que la incorporación del derecho a la desconexión digital en el ET y el EBEP se realizase a través de una redacción más profunda.

### **3. ¿Era realmente necesario el reconocimiento del derecho?**

Expuesto lo anterior, una pregunta resulta obligada: si en el ámbito del derecho al descanso se podían encontrar herramientas suficientes para dar respuesta a las cuestiones que se planteaban sobre la materia, ¿qué necesidad había de reconocer explícitamente el derecho a la desconexión digital? Dicho de otra manera, ¿realmente era necesaria la afirmación del derecho para dar respuesta a una situación no protegida? La cuestión ha sido formulada de forma muy acertada por María Rosa Vallecillo Gámez, que ha afrontado el debate acerca de si el reconocimiento del derecho no supone más que un acto de “esnobismo jurídico” (Vallecillo, 2017, p. 177).

Se trata, sin duda, de una cuestión que no tiene una contestación sencilla y que, además, puede encerrar algunos problemas. Si hasta la fecha la cuestión encontraba respuesta con la normativa vigente, puede pensarse que el reconocimiento del derecho no era estrictamente necesario. Si, en cambio, dicho reconocimiento resultaba imprescindible, podría pensarse que

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

la doctrina judicial que había afrontado el asunto hasta ese momento se había extralimitado, reconociendo un derecho sin previsión legal. Yendo más allá, si era precisa la regulación del mencionado derecho, pero esta no se dota de un contenido mínimo o se deja en manos de la negociación colectiva, podría deducirse que la vigencia del derecho debe permanecer en *stand by* hasta que dicha regulación tenga lugar. Como se verá más adelante, estas preguntas no resultan en absoluto superfluas en tanto que la desgraciadamente habitual falta de precisión técnica del legislador ha podido generar un problema en lugar de resolverlo.

Para dar respuesta a esta cuestión, se ha postulado, entre otros aspectos, que el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral podría ser necesario desde un triple punto de vista: social, en cuanto salvaguarda la integridad física y moral del trabajador; jurídico, en tanto que delimita la duración de la jornada laboral; y económico, por cuanto la excesiva extensión del tiempo de trabajo repercutiría sobre el coste productivo asumido por la empresa y, por tanto, en los beneficios que obtendría (Pérez, 2019, pp.101-124). También se ha considerado que no es un problema de reconocimiento del derecho, sino de su efectividad, ante su evidente incumplimiento (López, 2018).

Desde nuestro punto de vista, resulta fundamental preguntarse si puede actualmente existir un derecho al descanso adecuado sin derecho a la desconexión. Esta pregunta, cuya respuesta obviamente no es la misma ahora que hace cuarenta, veinte o, incluso, diez años, nos aporta las claves fundamentales. El derecho al descanso podría difuminarse si, en la situación actual, no se asegura simultáneamente un derecho a la desconexión, por lo que puede concluirse que este derecho opera como garantía del primero (Molina, 2017, pp. 249-283). Precisamente en esta línea, Cardona ha señalado que “la conexión digital en tiempo de descanso sugiere incertidumbres similares a las tradicionales, pero planteadas desde una nueva óptica” en “Los perfiles del derecho a la desconexión digital” (Cardona, 2020, p. 116).

La regulación del tiempo de trabajo es, sin duda, una de las cuestiones más problemáticas de las relaciones laborales. No contribuye a solucionar el problema la regulación vigente de la materia, pudiendo afirmarse sin lugar a duda que sería más que conveniente revisar la normativa al objeto de



actualizarla. En este mismo sentido se pronuncia (Cardona, 2020, 116). Así, ante la dicotomía existente entre tiempo de trabajo y descanso prevista en la normativa vigente (entre otras, en la Directiva 2003/88/CE) y la ausencia de mayores especificaciones al respecto, resulta necesario dar un paso regulatorio más. No resulta prudente dejar en manos de los jueces y tribunales la tarea de amoldar el derecho al descanso a las nuevas realidades, por mucho que el artículo 3.1 del Código Civil pueda amparar dichas actuaciones judiciales, cuando estas rebasan en exceso las situaciones que originalmente previó la normativa. Este es, claramente, el panorama ante el que nos encontramos en el ámbito de la regulación del derecho a la desconexión digital y que justifica sobradamente su reconocimiento.

### III. ANÁLISIS TÉCNICO DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Como se ha apuntado anteriormente, la forma en que se ha regulado el derecho tiene algunos beneficios indiscutibles, tales como la extensión incuestionable a todo el personal, público y privado, o haberse considerado a la negociación colectiva como mecanismo idóneo para su desarrollo. Sin embargo, la norma encierra numerosas carencias e interrogantes que merecen ser abordados.

#### 1. Consecuencias de la ausencia de regulación legal

Uno de los principales problemas de la regulación actual del derecho a la desconexión digital es, precisamente, la carencia de regulación legal mínima (Pérez, 2019, pp. 101-124). El precepto se limita a consagrar el derecho, sin dotarlo de contenido alguno, ni aportar ninguna descripción específica del mismo que le permita adquirir una determinada entidad. Esta situación acarrea numerosos efectos, todos ellos poco o nada deseables. En primer lugar, se genera un espacio de inconcreción que no soluciona ningún problema, pese a dar la imagen contraria, corriéndose el riesgo de darlo por resuelto, cuando ello no es así. Del mismo modo que un escueto reconocimiento legal del derecho al descanso, sin mayor regulación adicional, no solucionaría ningún problema – más bien al contrario –, consideramos que el mero reconocimiento del derecho a la desconexión no aporta garantía alguna para los trabajadores, salvo que el

objetivo real se limite a la formulación de una mera declaración programática. En sentido contrario (Cardona, 2020), ha considerado que el reconocimiento es suficiente para que este pueda ser invocado ante los tribunales y ser aplicado directamente. Así, la remisión a la negociación colectiva afecta exclusivamente a las modalidades de ejercicio del derecho, pero no a este en sí. Sin embargo, este planteamiento arroja una nueva cuestión: la necesidad de discernir el contenido esencial del derecho, no desarrollado legalmente. En segundo lugar, se deja en manos de la negociación colectiva la obligación de dotar de contenido al derecho, sin establecer absolutamente ninguna base para ello. Esto se traduce en que resultarán lícitos acuerdos completamente reduccionistas del derecho o con contenidos absolutamente contradictorios entre sí. En tercer lugar, quedan una vez más absolutamente desprotegidos todos aquellos trabajadores que, por cualquier motivo, no se encuentran sujetos a ninguna norma colectiva. En estos casos, la potestad del empleador de establecer políticas internas (prevista en el artículo 88.3 de la LOPD y GDD) puede implicar, en la práctica, dejar absolutamente desprovistos a los trabajadores de este derecho o, cuanto menos, que se encuentren en una situación equivalente a la que tendrían en caso de que no se hubiese legislado. Por último, no puede olvidarse que en el ámbito de las relaciones de trabajo esa indefinición solo beneficiará a la parte más débil del contrato: al no establecerse límites a la potestad directiva y organizativa del empleador, esta con frecuencia pasará por encima de los derechos de los trabajadores.

A todo lo anterior, hay que añadir dos circunstancias adicionales de gran relevancia, que tendrán lugar necesariamente en el momento en que las situaciones conectadas con este derecho se judicialicen. La primera es que la total inconcreción del precepto se traduzca en que los tribunales reduzcan hasta el mínimo su capacidad de fiscalización. De este modo, podrá ocurrir que normas convencionales que desamparen por completo este derecho sean convalidadas ante la inexistencia de una norma legal imperativa que pueda prevalecer. La segunda es que quede en manos de los jueces y tribunales la tarea de suplir la labor del legislador, cubriendo la ausencia de contenido legal del derecho con su propia consideración del mismo. Esta solución acarrea otras consecuencias indeseables, tales como la inseguridad jurídica o el casuismo.

A tenor de lo expuesto, consideráramos más que acertada una revisión del precepto que lo dote de un contenido más sólido, sentando las bases del derecho que aspira a reconocerse.

## 2. **Ámbito subjetivo del derecho**

El reconocimiento del derecho a la desconexión digital se realiza sin ningún tipo de límite, con una clara vocación expansiva. Ya desde el artículo 88.1 de la LOPD y GDD se deja claro que es un derecho reconocido a la totalidad de trabajadores y empleados públicos, incluyendo a funcionarios, personal laboral al servicio de la Administración, etc. Sin embargo, la importancia práctica de este derecho se verá modulada en función de determinados aspectos subjetivos, especialmente relativos a tres aspectos fundamentales: sector de actividad o de la producción, nivel o posición dentro de la empresa y características del puesto de trabajo. La existencia de particularidades de este tipo no pueden ser consideradas especialmente novedosas. Ya desde la Directiva 2003/88/CE se preveía que las disposiciones en materia de jornada y descansos podían resultar matizadas en determinados casos. En concreto, el artículo 17.1 establecía que podían establecerse excepciones a causa de las características especiales de las actividades realizadas o “cuando pueda ser determinada por los propios trabajadores”. Además, se alude expresamente a supuestos tales como los directivos.

Comenzando por el primero (sector de actividad), resulta evidente que los avances tecnológicos no afectarán por igual a las empresas en atención a su tamaño o actividad productiva. No es casual que hasta la fecha la mayoría de los convenios colectivos que han regulado la cuestión son de ámbito empresarial, todos ellos de grandes corporaciones (puede encontrarse un amplio estudio de dichos convenios en Miñarro, 2020, pp. 5-18). No obstante, dichas regulaciones no garantizan en modo alguno el derecho, habiéndose limitado en algunos casos dichos reconocimientos a meras declaraciones de carácter programático con el objeto de prestigiar a la empresa (Reche, 2019, p. 50). En estas, existirá con frecuencia la posibilidad de realizar sustituciones internas y atender todo tipo de incidencias sin necesidad de acudir a los trabajadores que estén disfrutando de su tiempo de descanso. En una situación muy diferente

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

se encontrarán todas aquellas empresas de muy reducido tamaño, en las que las funciones son asignadas en exclusiva a cada uno de los trabajadores, cuya ausencia puede afectar significativamente a la actividad productiva, cuando no paralizarla. Por otra parte, este derecho se verá especialmente afectado en el ámbito de empresas intensamente informatizadas, como las dedicadas al ámbito de la informática o telecomunicaciones. Estas son más susceptibles de vulnerar el derecho a la desconexión digital de sus trabajadores que las que se dedican a actividades manuales o simplemente mecanizadas, al encontrarse menos afectadas por la revolución digital (es el caso, por ejemplo, de aquellas del sector primario o secundario).

Sin embargo, incluso en estas últimas empresas resulta frecuente que se vea afectado este derecho al alcanzarse determinados niveles profesionales. En este sentido, el grado de afectación del derecho a desconectar se ve mucho más vulnerado en el caso de los empleados que se encuentran en los puestos más elevados de la empresa (cargos intermedios o directivos), a los que se presupone una mayor responsabilidad y, por ende, disponibilidad. Esta situación ha sido expresamente prevista por la LOPD y GDD, cuyo artículo 88.3 ya advierte de la necesidad de garantizar este derecho a los trabajadores que asumen tareas directivas (no se hace referencia en exclusiva a trabajadores con la condición de altos directivos), sin duda con el propósito de anticiparse al riesgo de que pudiera entenderse que los trabajadores con determinados niveles de responsabilidad deben quedar al margen de este derecho, traduciéndose su situación en una jornada continua durante las 24 horas. El riesgo que supone la negación de este derecho para el personal directivo ya ha sido advertido por la doctrina, que destaca precisamente que este es el colectivo “más expuesto a padecer una conexión constante con su mundo profesional” (Cardona, 2020, p. 115).

Por último, también otras características concretas del puesto de trabajo afectarán de manera directa a la posibilidad de desconectar digitalmente. El artículo 88.3 de la LOPD y GDD ya alude a algunas de ellas, en las que este riesgo es especialmente evidente. Hacemos referencia a los trabajadores que trabajan total o parcialmente fuera de la sede de la empresa y a los que trabajan a distancia o a domicilio. En estos casos, se presupone que la prestación de servicios se produce fuera del centro de trabajo, por lo que corre el riesgo de extenderse la inercia que lleva a difuminar los límites espaciales de la prestación laboral con

los temporales, de forma que se considere que la flexibilización de algunas de las condiciones del contrato afecte, por extensión, a todas ellas. Además, en estos casos con frecuencia el empleador pondrá a disposición del trabajador medios electrónicos para la realización de la actividad, que tendrá el trabajador en su poder. A diferencia de los supuestos en que la prestación de servicios tiene lugar exclusivamente en el centro de trabajo en los que con el final de la jornada laboral concluye la misma, quedándose las herramientas tecnológicas en la sede de la empresa, en estos casos dichas herramientas permanecen en todo momento a disposición del trabajador, pudiendo incurrirse en el error de entender que esta situación debe traducirse de facto en una continuidad de la disponibilidad del trabajador.

Sin embargo, no puede cometerse la equivocación de considerar que el derecho a la desconexión se pone en peligro en exclusiva en estos supuestos. La expansión de las herramientas digitales se traduce en que las estructuras tradicionales se difuminan. De esta manera, aunque el trabajador no se lleve consigo a casa sus herramientas de trabajo (ordenador, teléfono, etc.), existen otras tantas que sí le acompañan en todo momento. Hacemos referencia precisamente a aquellas que no tienen un propósito intrínsecamente laboral, sino que también pueden ser empleadas con fines personales, como sería el correo electrónico, el *smartphone*, etc. Son precisamente estas herramientas “mixtas” (que pueden ser empleadas tanto con propósitos profesionales como particulares) las que ponen en mayor peligro el derecho al descanso de los trabajadores, al disminuir notablemente las fronteras entre la vida personal y profesional. Estos mecanismos, cuya utilización se ha generalizado en los últimos años, pueden ser “contaminados” con propósito laboral, provocando una invasión en la vida privada de los trabajadores que, efectivamente, puede traducirse en la vulneración de sus derechos.

En consecuencia, no puede entenderse que el hecho de que el empleador ponga a disposición del trabajador determinadas herramientas digitales justifica que pueda exigir como contrapartida su utilización en todo momento (y, en especial, al margen de la jornada laboral). Con mayor motivo, el empleo por parte del empresario de canales privados (correo electrónico personal, aplicaciones de mensajería directa, etc.) para conectar con su empleado deberá ser extremadamente cauteloso, en especial durante su tiempo de descanso.

Por último, debe recordarse que la revolución digital no afecta exclusivamente a las relaciones entre empleador y sus trabajadores, sino también a la de los trabajadores con la clientela. En estos casos, teniendo en cuenta la necesidad (real o creada) de atención permanente e inmediata, pueden ser dichos clientes o usuarios los que, por la vía de la conexión con el correo electrónico y vías de comunicación, pueden instituirse como los principales agentes vulneradores del derecho a la desconexión de los trabajadores. No hay que olvidar que los derechos (fundamentales y ordinarios) pueden ser lesionados no solo por el empresario, sino también por terceros. Sin embargo, existen numerosos mecanismos que permitirían garantizar la desconexión digital también en estos casos. Entre otras posibilidades, se han sugerido algunas como la de “dejar un mensaje de aviso de ‘ausente’ en el correo electrónico corporativo durante el tiempo extralaboral, indicando el periodo durante el que mantendrán esta situación, los datos de contacto de quienes las sustituyan y las fechas de los periodos o días de descanso” (Miñarro, 2020, p. 14). En este sentido, ocupará un papel fundamental la obligación preventiva del empleador, si bien a ello se regresará más adelante.

### 3. Contenido del derecho

Como se ha expuesto, la norma no realiza una descripción del contenido del derecho a la desconexión digital, pareciendo más bien que nos encontramos ante una mera declaración programática, si bien a continuación sí que señala su fundamento axiológico legal: el derecho a la intimidad personal y familiar y a la conciliación de la vida personal y familiar (artículo 88.2 LOPD y GDD). Este déficit de regulación puede encontrar explicación, entre otros aspectos, en la dificultad de establecer el contenido del derecho en términos generales, de forma que afecte a distintos sectores de actividad o niveles profesionales, salvaguardando todos ellos. Sin embargo, entendemos que ello no puede tampoco interpretarse como una práctica extinción del derecho.

Por lo tanto, resulta necesario conceptualizar este derecho. Lo que Vallecillo realiza como “la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el

tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores” (Vallecillo, 2020, p. 214). En este sentido, apostamos por una que reconozca el derecho a no permanecer atento a los requerimientos, exigencias y demás cuestiones empresariales durante el tiempo ajeno a la jornada laboral. Esto implica que este derecho se deberá extender no solamente al descanso diario, sino también al semanal, los permisos, las vacaciones e, incluso, a otras situaciones en las que no persiste la obligación de prestar servicios, tales como suspensiones del contrato por causas objetivas o por baja médica, etc. Un supuesto de interés ha sido analizado por la STSJ Cataluña 464/2020, de 24 de enero, rec. 3024/2019, en el que una trabajadora venía conviviendo con el hijo del administrador de la empresa para la que aquella prestaba servicios. Tras separarse, iniciaron mutuas acciones penales por injurias, calumnias y malos tratos. Tras iniciar un proceso de baja médica, fue excluida —entre otros— de los grupos de WhatsApp de la empresa de los que formaba parte. Denunciada tal actuación, la sentencia descarta que constituya un indicio suficiente de lesión de derechos fundamentales, especialmente teniendo en cuenta que la trabajadora se encontraba en situación de incapacidad temporal y considerando que con dicha actuación la empresa estaba respetando su derecho a la desconexión digital.

Este derecho se encuentra conectado con los derechos a la dignidad, a la salud, a la integridad física y moral, a la conciliación, a la intimidad y a la vida privada, personal y familiar (Requena, 2020, p. 542). Tales derechos se verían mermados si durante el tiempo de descanso el trabajador debe centrar su atención en cuestiones laborales, de forma que no le permitan disfrutar de su tiempo libre y dedicarlo a sus intereses y actividades personales y familiares. En definitiva, lo que se pretende es conferir “al trabajador un estadio de autodeterminación en el uso del tiempo fuera de la jornada laboral” (Cardona, 2020, p. 110). Además, por su conexión con los valores sobre los que se edifica, resulta imprescindible realizar una interpretación expansiva del derecho, que se sustenta en la necesidad de salvaguardar la salud del trabajador (Monforte y Salvador, 2020) y aplicar la perspectiva de género (Cardona, 2020).

Para alcanzar una comprensión clara del contenido del derecho a la desconexión digital, resulta fundamental lo siguiente: no se hace referencia

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

(al menos, no directamente) al trabajo realizado fuera de la jornada de trabajo. Las situaciones en que el trabajador interrumpe su descanso para realizar actividad laboral en sentido estricto tienen la consideración de jornada de trabajo, debiendo retribuirse como tal (sin perjuicio de que puedan llegar a tener la consideración de jornada extraordinaria). En este caso, se hace referencia al derecho que tiene el trabajador a no recibir encargos, tareas o mensajes de contenido laboral durante su tiempo de descanso, a través de los distintos medios digitales. De este modo, puede apreciarse que el reconocimiento del derecho no gira en torno a la clásica dicotomía trabajo-descanso, sino a las condiciones de dicho descanso, a cuyo efecto debemos rescatar el concepto de descanso adjetivado como adecuado, recogido en la Directiva 2003/88/CE.

Resultaría comprensible que, si el empleador decide telefonar al trabajador durante su horario de descanso para darle instrucciones sobre el trabajo del día siguiente, y mantenerlo ocupado durante horas, pueda el trabajador exigir que ese tiempo le sea retribuido. El derecho a la desconexión digital hace referencia a supuestos en que la interrupción del derecho al descanso es más leve y en los que los medios utilizados por el empleador son menos directos. Sin embargo, no dejan de suponer una invasión en la vida personal y en el derecho al descanso del trabajador.

En consecuencia, el hecho de que el empleador (u otro trabajador, o un cliente) decida remitir un correo electrónico o mensaje al trabajador, y este deba dedicar tiempo de su descanso a leerlo, atenderlo, y dirigir aquí su atención en lugar de a su vida privada, constituye una intromisión en el derecho a la desconexión digital. Además, no puede dejar de tenerse en cuenta que la atención a tales comunicaciones se realizaría en condiciones normales desde su puesto de trabajo, dentro de su jornada laboral, con lo que la empresa en la práctica está beneficiándose de dicha situación en perjuicio del derecho al descanso del trabajador.

En cuanto a la forma de garantizar este derecho, resulta necesario determinar la forma en que podrá salvaguardarse el mismo. Consideramos que no puede bastar con el reconocimiento del derecho al trabajador a no



contestar correos o mensajes durante su tiempo de descanso<sup>1</sup>, lo que resultaría una medida absolutamente insuficiente, y debiendo irse un paso más allá. Ello es así en tanto que el hecho de que se conceda al trabajador la posibilidad no responder a correos o mensajes no es en absoluto suficiente: ante la recepción de un mensaje, distintos trabajadores podrían adoptar actitudes distintas, optando algunos de ellos por responderlos y otros por no hacerlo, lo que podría generar inseguridad y malestar a estos últimos, que se verían presionados a hacerlo ante la posibilidad de perjudicar su imagen ante la empresa (privilegiándose a aquellos dispuestos a sacrificar su tiempo de descanso). Además, en los supuestos de sometimiento a sistemas de trabajo en el que la retribución se vincula a la productividad, el trabajador podrá verse obligado a atender tales requerimientos para obtener sus retribuciones o, en el peor de los casos, para no ver su rendimiento puesto en entredicho.

Asimismo, consideramos que las garantías no serían suficientes para asegurar al trabajador la inexistencia de represalias ante el ejercicio de su derecho, especialmente teniendo en cuenta que en caso de que el empleador optase por despedirle, incluso improcedentemente, la consecuencia final sería la pérdida del empleo. A este respecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación judicial mayoritaria de la garantía de indemnidad no permitiría su aplicación a estos supuestos.

Por lo tanto, se viene abogando por la necesidad de que el derecho a la desconexión digital se traduzca en medidas más garantistas, como sería la prohibición del empleador de remitir comunicaciones durante el periodo de descanso del trabajador. En este sentido, el reconocimiento del derecho podría presentarse más como un deber para la empresa que como un derecho para el trabajador (Reche, 2019, p. 50); o, al menos, asegurarse que tales comunicaciones no serían recibidas por este durante el citado descanso. Esta posibilidad tendría numerosas ventajas. Para comenzar, impediría hacer recaer sobre el trabajador la carga de abstenerse de atender los mensajes, especialmente teniendo en cuenta que en el marco de una relación laboral la autonomía de la voluntad se encuentra especialmente condicionada. Además, permitiría adoptar medidas tendentes a

---

1 Este es el mecanismo que ha adquirido un mayor protagonismo a través de las distintas normas colectivas que se han ido aprobando hasta la fecha.

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

fiscalizar los incumplimientos de este derecho, resultando mucho más sencillo comprobar si el empleador ha remitido mensajes, que si el trabajador los ha leído o atendido. Igualmente, esta posibilidad sería perfectamente compatible con el establecimiento de medidas formativas y de sensibilización para toda la plantilla (previstas en el artículo 88.3 de la LOPD y GDD), precisamente con el objeto de asegurar que se pueda acabar con estas prácticas.

Sin embargo, esta medida también resulta insuficiente a la vista de que la carga de trabajo no será asignada exclusivamente por el empleador u otros trabajadores, sino también por otros sujetos, tales como clientes, que pueden ser tanto o más exigentes que el propio empresario. Queda en manos del empresario la tarea de adoptar medidas tendentes a proteger el derecho del trabajador en estos supuestos, si bien a ello se regresará más adelante, al hacer referencia a las labores preventivas.

Puede darse la circunstancia de que por causa de fuerza mayor sea necesario interrumpir este derecho a la desconexión digital. Sin embargo, deben tenerse en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, dicha interrupción con gran frecuencia implicará el ejercicio de actividad laboral, en cuyo caso ese tiempo deberá ser considerado de trabajo a todos los efectos. Se excluirán los supuestos en que la comunicación sea leve y puntual, pero a la vez imprescindible para el desempeño normal de la actividad (por ejemplo, la notificación del deber de desplazarse al día siguiente a primera hora a un lugar poco habitual, para lo que puede resultar necesario preavisar al trabajador). En segundo lugar, la actuación empresarial habrá de deberse a causas extraordinarias o fuerza mayor.

En línea con lo expuesto, resulta imprescindible regresar a los conceptos clásicos, de forma que quede claro que tales situaciones excepcionales son incompatibles con el desarrollo productivo habitual de la empresa. En los últimos meses, como consecuencia de la pandemia derivada de la COVID-19, se ha generalizado la invocación de la fuerza mayor, corriendo el grave riesgo de flexibilizar y, por ende, banalizar esta institución. De hecho, puede comprobarse como con gran frecuencia se confunde o entremezcla con lo que tradicionalmente se han considerado como causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, sin olvidar que su naturaleza es absolutamente

distinta (aunque puedan presentarse interconectadas). De este modo, no puede aceptarse que el derecho a la desconexión digital pueda verse afectado por situaciones del día a día que podrían resolverse con una adecuada organización de los recursos personales y materiales. Además, es bastante cuestionable que las herramientas digitales sean las más adecuadas para atender tales circunstancias de auténtica fuerza mayor, y no otras más directas y efectivas como sería la comunicación telefónica, motivo por el que se aboga por la llamada telefónica como “el cauce adecuado, [debiendo] establecerse no ya como preferente, sino como único posible, tanto porque es el más coherente con la supuesta urgencia de la respuesta, como también por su excepcionalidad, ya que si la comunicación se hiciera por correo electrónico o mensaje telefónico, implicaría la necesidad de que el trabajador estuviera pendiente de [tales herramientas] por si recibiera una de estas comunicaciones excepcionales, lo que supondría que la eventualidad de que se produjera la circunstancia excepcional estaría vaciando de contenido el derecho a la desconexión de manera general” (Miñarro, 2020, 13).

#### **4. Desarrollo del derecho: papel de la negociación colectiva y del empleador**

La débil regulación legal delega en la negociación colectiva—o, en su defecto, en otros acuerdos entre empresa y representantes de los trabajadores— la tarea de establecer los parámetros a través de los que debe garantizarse el derecho a la desconexión. A partir de aquí, se requiere al empresario para que elabore una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores, que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las labores formativas y preventivas. A estas últimas se regresará más adelante.

De la escasa regulación anterior se desprenden algunos puntos fundamentales que merecen ser destacados. En primer lugar, se realiza una remisión a la negociación colectiva, lo que supone, además de dar cumplimiento a los artículos 2 y 5 del Convenio 154 de la OIT, una medida que resulta especialmente conveniente en tanto que los negociadores convencionales podrán aportar medidas que posibiliten la mejor adaptación de este derecho a las condiciones particulares del sector. A los anteriores argumentos se suma

el de resultar congruente con nuestra propia tradición legislativa. Ya en el Real Decreto de 3 de abril de 1919, que acogió parte de las reivindicaciones obreras planteadas a lo largo de la llamada huelga de La Canadiense y, en especial, la jornada máxima de 8 horas, se preveía la posibilidad de adaptar la misma mediante acuerdos, si bien lo cierto es que con dicha medida se aspiraba a obtener una mayor productividad, que permitiesen coordinar sus resultados con los de las empresas análogas del extranjero. Además, la negociación colectiva puede aportar numerosas ideas interesantes y concretas, ajustadas a cada sector de actividad, así como aportar fórmulas de compensación, tanto de carácter temporal como salarial, etc. Entre otras, se ha sugerido la posibilidad de pactarse una compensación económica como consecuencia de la necesidad de conectarse fuera de la jornada, en situación análoga a los periodos de disponibilidad (Cardona, 2020). Al mismo tiempo, el legislador rehúye en todo caso la existencia de acuerdos privados, consciente de que dejar este derecho en el ámbito de la autonomía privada implicaría su automática desaparición. Además, ello implicaría precisamente colocar en una peor posición a todos aquellos trabajadores que tiene una menor disponibilidad para prestar sus servicios en todo momento, y en particular a todos aquellos que tienen obligaciones familiares. No en vano, ya en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD se establece que la delegación en la negociación colectiva debe realizarse con vistas a garantizar el derecho a la conciliación y a la vida personal y familiar.

En segundo lugar, se ha acudido a una fórmula amplia para referirse a la negociación colectiva, de forma que esta materia podrá regularse acudiendo a instrumentos distintos de los convenios colectivos estatutarios, tales como los extraestatutarios, así como los acuerdos colectivos de otra naturaleza. Incluso, nada impide que, existiendo regulación en el correspondiente convenio sectorial, pueda mejorarse en el ámbito de acuerdos colectivos de inferior grado jerárquico o incluso, en convenios colectivos de empresa, por aplicación del principio de la norma más beneficiosa (artículo 3.3 del ET). Sin embargo, esta cuestión puede causar importantes problemas en la práctica, ya que la determinación de la norma más favorable en materias tales como la distribución de la jornada es tarea compleja; especialmente, en tanto que habrán de tenerse en cuenta las distintas circunstancias familiares de cada trabajador, que determinarán sus concretas necesidades, en función de las que una misma medida podrá resultar tan beneficiosa como perjudicial. Debe destacarse que el derecho a la

desconexión digital no se encuentra entre las condiciones de trabajo respecto de las que el artículo 84.2 del ET otorga prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa sobre el sectorial, no pudiendo incardinarse dentro del apartado c), destinado al horario y distribución del tiempo de trabajo (al contrario, se hace precisamente referencia a los derechos durante el tiempo de descanso), ni dentro del apartado f), relativo a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, por mucho que estas últimas deban servir como criterio orientador a la hora de regular el derecho por parte de los negociadores convencionales (artículo 88.2 de la LOPD y GDD).

La redacción del artículo 88.3 de la LOPD y GDD merece, además, una crítica específica. En primer lugar, puede apreciarse que se establecen criterios diferentes de los fijados en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD, en los que se deja el desarrollo del derecho en manos de la negociación colectiva y, solo subsidiariamente, en otro tipo de acuerdos. Sin embargo, el tercer apartado establece un sistema particular: si bien deberá partir de los acuerdos alcanzados por la negociación colectiva, las materias fijadas en este último apartado (desarrollo de una política interna en la que se definan las modalidades de ejercicio del derecho, etc.) se encuentran excluidas del ámbito de dicha negociación, quedando exclusivamente en manos del empleador, que solo tendrá la obligación de dar audiencia a los representantes de los trabajadores, pero en modo alguno se encontrará sujeto a sus sugerencias o recomendaciones, pudiendo acordar, incluso seguidamente, en sentido contrario. Se apuesta así por “una participación de los representantes de los trabajadores de nivel mínimo, [que] no se ajusta al artículo 33 de la LRPL” (Miñarro, 2020, p. 7). Sin duda, habría sido más adecuado establecer la consulta como fórmula de participación, evidenciándose una vez más la poca atención que viene prestando el legislador a los riesgos laborales de carácter psicosocial. Debe tenerse en cuenta, además, que lo frecuente será que tales representaciones no existan. No debe olvidarse que, de las que tienen trabajadores, en torno a un 90 % de las empresas tienen menos de 10 trabajadores, manteniéndose esta lógica invariable en los últimos años.

Puede pensarse que el legislador ha considerado que las decisiones incluidas en el ámbito del artículo 88.3 de la LOPD y GDD entran de lleno en el ámbito de la potestad organizativa del empleador (artículo 20 ET), o que la

sujeción a la negociación colectiva ya se establece en el artículo 88.2 de la LOPD y GDD, tratándose este último apartado exclusivamente de los mecanismos de aplicación del mismo. En todo caso, resulta claro que el legislador ha pretendido que el empleador abandone toda arbitrariedad y se rija por criterios sólidos, que puedan ser previamente conocidos por los trabajadores, motivo por el que apuesta por la elaboración de esta “política interna”, sin duda dirigida a garantizar la seguridad jurídica de sus empleados.

Por último, como hemos señalado, resulta bastante criticable que se haya realizado esta remisión a la negociación colectiva sin haber dotado del menor contenido al derecho, lo que coloca a este último en grave riesgo en los ámbitos en que la representación de los trabajadores no tenga fuerza suficiente. Un desarrollo mínimo habría permitido garantizar unos estándares esenciales del derecho, que podrían haberse constituido sin gran dificultad. En las condiciones actuales, cuando los negociadores convencionales opten por incluir alguna referencia a este derecho, difícilmente se les podrá reprochar si lo hacen en términos igualmente genéricos a los incluidos en la LOPD y GDD, especialmente cuando por parte del legislador no se han establecido criterios mínimos que puedan al menos guiar su actuación. No puede olvidarse que esta materia no se incluye dentro del contenido mínimo de los convenios colectivos, (tal y como recuerda Requena, 2019, p. 50). Nuevamente, el problema será que la indefinición exclusivamente perjudica a la parte a la que este derecho trata de proteger, dejando recaer sobre los órganos jurisdiccionales la labor (que no les corresponde) de regular derechos.

## **5. Obligaciones preventivas y formativas**

Como se ha expuesto, la revolución digital tiene una serie de contrapartidas a las que no se presta la suficiente atención a la vista de las ventajas existentes: hacemos referencia a los riesgos para la salud de los usuarios de herramientas digitales. Cada vez son más los estudios que vienen haciendo referencia a los riesgos de la llamada hiperconexión o, incluso, de la infoxicación.

Evidentemente, el empleador no puede mantenerse al margen de dichas situaciones, en especial en lo que se refiere a los riesgos que su utilización puede suponer para los trabajadores de su empresa. Dentro del deber preventivo que

el artículo 14 de la LPRL atribuye al empresario se incluye la obligación de protección frente a riesgos no solo físicos sino también psicosociales, dentro de los cuales se incardinan la mayoría de los vinculados al derecho a la desconexión digital. Al respecto, resulta de especial interés el contenido de la Nota Técnica de Prevención 1123 (“Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”), que incluye un amplio listado —no exhaustivo— de medidas preventivas susceptibles de ser aplicadas (véase también Monforte y Salvador, 2020).

Como se ha establecido, el artículo 88.3 de la LOPD y GDD hace referencia a la obligación del empleador de diseñar una política interna, previa audiencia a los representantes de los trabajadores [lo que responde, a su vez, al principio jurídico-organizativo de seguridad participada, que aspira a implicar a los trabajadores “en el diseño o establecimiento, cumplimiento y control de las medidas preventivas” (García, 2019, p. 164)], que defina las labores formativas y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática<sup>2</sup>.

El precepto, interpretado de forma sistemática en conexión con el resto de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, se traduce en la existencia de actuaciones positivas para el empleador, no pudiendo este limitarse a eximir al trabajador de la obligación de atender las comunicaciones empresariales. Del mismo modo que el empresario no debe permitir que un trabajador continúe trabajando fuera de su jornada laboral (salvo causa justificada), debiendo incluso adoptar medidas que lo impidan (llegando a emplear su potestad disciplinaria, en su caso), no puede aceptarse que la limitación del empresario sea meramente pasiva, limitándose a “autorizar la desconexión”. Dicho de otra manera, no puede hacerse recaer exclusivamente sobre el trabajador la carga de no conectarse.

El papel de estas medidas es especialmente relevante, teniendo en cuenta que el establecimiento de límites al acceso a herramientas digitales no deja de

---

2 Entendemos que la alusión a la fatiga informática es meramente enunciativa, sin que pueda aceptarse en modo alguno que se trate del único riesgo del que deben ser protegidos los trabajadores relativo al derecho a la desconexión digital. En este sentido, existen otros muchos factores que pueden suponer problemas de salud para los trabajadores, relacionados con la hiperconectividad, tales como la saturación por exceso de información, fatiga, estrés, adicción al trabajo, etc.

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

suponer navegar contra corriente, contra una inercia ciertamente muy difícil de superar. Sin embargo, no debe olvidarse que el empleador tiene que velar por la seguridad de sus trabajadores, atendiendo a que no todos los riesgos procederán de su ámbito directivo, sino que algunos de ellos pueden proceder de otros niveles, externos (clientela) o internos (otros trabajadores)<sup>3</sup>.

Además de lo anterior, no podemos perder de vista una cuestión que puede parecer accesorio, pero que se encuentra estrechamente relacionada con el aspecto preventivo. Hasta el momento se ha centrado la atención en los límites relativos a la extensión de la jornada de trabajo (duración de la misma, derecho al descanso y desconexión digital como garantía de este último), pero no puede cometerse el error de dejar de valorar los riesgos relacionados con el exceso de carga de trabajo, concepto estrechamente unido al anterior. De esta manera, debe tenerse en cuenta que, si resulta necesario prestar atención al trabajo fuera de la jornada, puede ocurrir que ello se deba a la existencia de una sobrecarga laboral. En esta línea, se ha sostenido con gran acierto que “si lo que se pretende es lograr la desconexión efectiva, el presupuesto necesario es la atribución de una carga correcta y aislada del trabajo a la condición y calidad del trabajador” en el artículo “Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica” (Torres, 2020, p. 251). Nuevamente regresamos a la importancia de la prevención de riesgos laborales de carácter psicosocial, sin duda alguna una de las asignaturas pendientes en nuestras relaciones de trabajo.

### IV. CONCLUSIÓN

Las transformaciones que trae consigo la industria 4.0 son inevitables, e implican la aparición de importantes desafíos, entre los que se encuentra la labor de aceptar sus aspectos positivos sin renunciar a confrontar los negativos. Al respecto, existe la clara tentación de considerar que la revolución tecnológica permite una flexibilidad horaria que debe traducirse incluso en que se difumine

---

3 Especial mención merece el Acuerdo Marco Mundial sobre Evolución de la Vida Laboral de Renault, adoptado el 9 de julio del 2019, que “asigna un papel de vigilancia y advertencia —se entiende que con carácter amonestatorio— a los superiores jerárquicos y supervisores sobre el personal de la empresa”, a través del que se pretende elaborar una política de supervisión que garantice que no sean los propios trabajadores quienes vacíen de contenido el derecho a la desconexión digital de sus compañeros.



o abandone la idea de horario. Estos planteamientos no hacen sino sostener las bondades del regreso a características propias del tradicional arrendamiento de servicios. Debe recordarse que la organización del trabajo es una facultad del empleador (ínsita a la nota de dependencia). Pero, simultáneamente, le impone una serie de obligaciones, que se traducen en garantías para el trabajador, tales como el deber de asegurar el respeto al horario de trabajo. Estos planteamientos no hacen sino sostener las bondades del regreso a características propias del tradicional arrendamiento de servicios. Al respecto, debe recordarse que la organización del trabajo es una facultad del empleador (ínsita a la nota de dependencia). Ahora bien, simultáneamente, le impone una serie de obligaciones que se traducen en garantías para el trabajador, tales como el deber de asegurar el respeto al horario de trabajo. Lejos de compartir dicha opinión, consideramos que el derecho a la desconexión digital se constituye como una pieza clave para evitar que se difuminen los límites entre tiempo de trabajo y descanso y, en definitiva, para garantizar el disfrute adecuado de este último.

Sin embargo, la regulación a través de la que se ha reconocido el derecho a la desconexión digital no puede más que calificarse como timorata, insuficiente y técnicamente imprecisa. Prueba de ello es que no se le haya dotado de una autonomía plena respecto del derecho al descanso, lo que resultaría coherente con la supuesta voluntad del legislador de instituir un derecho nuevo. Evidencia de lo anterior es que su reconocimiento no se ha acompañado de medidas coercitivas que lo aseguren. Resulta especialmente ilustrativo que las sanciones que lleva aparejada su vulneración deban seguir articulándose a través de los preceptos de la LISOS destinados a la tutela del derecho al descanso, dejando a la vista que el subconsciente del legislador sigue apostando porque el derecho a la desconexión no sea más que una faceta más del aquel.

Las circunstancias derivadas de la pandemia de la COVID-19 han supuesto una serie de nuevos retos para este derecho incipiente. De forma significativa, Cardona (2020, p. 111), se refiere a esta situación como “el gigantesco laboratorio social proporcionado por la emergencia sanitaria mundial”. La declaración del estado de alarma y las severas medidas de confinamiento que se han adoptado para evitar los contagios han permeado en el ámbito de las relaciones laborales a través de la extensión del trabajo a distancia o teletrabajo, ante la conveniencia de evitar desplazamientos y la permanencia en los centros

## Derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral español

de trabajo de la empresa. Esta modalidad de trabajo no es en absoluto novedosa en nuestra tradición legal, pero ha sufrido un revulsivo absoluto tras el inicio de la pandemia, habiéndose planteado infinidad de circunstancias problemáticas que, incluso, han impulsado la necesidad de legislar sobre la materia.

Por último, no puede perderse de vista que, dados los importantes riesgos que conlleva la sobrecarga digital, y habida cuenta de que la revolución científico-tecnológica afecta a todos los aspectos de la vida, probablemente la solución pase por asumir que es necesario afrontar el cambio de paradigma productivo desde una perspectiva mucho más amplia, que no se limite exclusivamente a las relaciones laborales de los trabajadores y empleados públicos. De este modo, solo poniendo en la balanza los importantes derechos sobre los que se sustenta y los importantes efectos para la salud que implica su desconocimiento, puede asumirse la necesidad de asumir el desafío cultural que supone reconocer la conveniencia de apostar por un derecho al descanso incluso para otros colectivos, tales como los trabajadores autónomos, etc.

### V. BIBLIOGRAFÍA

- Cardona, M. (2020). Los perfiles del derecho a la desconexión digital. *Revista de Derecho Social*, (90), 109-126.
- Domingo, J. y Salvador, N. (2020). Hiperconectividad digital y salud laboral. *Diario La Ley* (9638).
- García, M. (2019). Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. extraordinario, 147-182.
- Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (2018). Nota Técnica de Prevención 1123: “Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo”.
- López, M. (2018). La ordenación comunitaria del tiempo de trabajo. Puntos críticos. En J. Miranda (dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Colección de Estudios Laborales. Ed. Cinca.

- Miñarro, M. (2019). La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, (440), 5-18.
- Molina, C. (2017). Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: “desconexión digital”, garantía del derecho al descanso. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (138), 249-283.
- Molina, C. (2019). La “gran transformación” digital y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. extraordinario, 5-26.
- Pérez, A. (2019). La desconexión digital en España: ¿un nuevo derecho laboral? *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, (52), 101-124.
- Reche, N. (2019). La desconexión digital como límite frente a la invasión de la privacidad. *IUSLabor*, (3), 31-54.
- Requena, Ó. (2020). Derecho a la desconexión digital: un estudio de la negociación colectiva. *Lex Social*, 10(2), 541-560.
- Rimbau, E. (3 de noviembre del 2018). ¿Desconexión digital? Lo que sobran son los horarios. *El País*. [https://retina.elpais.com/retina/2018/11/12/innovacion/1542015099\\_434138.html](https://retina.elpais.com/retina/2018/11/12/innovacion/1542015099_434138.html).
- Torres, B. (enero-marzo del 2020). Sobre la regulación legal de la desconexión digital en España: valoración crítica. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 239-261.
- Urueña, R. (2018). Autoridad algorítmica: ¿cómo empezar a pensar la protección de los derechos humanos en la era del <big data>? *Latin American Law Review*, (2), 99-124.
- Vallecillo, M. (2017). El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso? *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, (408), 167-178.
- Vallecillo, M. (enero-marzo del 2020). El derecho a la desconexión digital: perspectiva comparada y riesgos asociados. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 8(1), 210-238.



RECENSIÓN

EL EJEMPLO CONSTITUCIONAL DE INGLATERRA  
ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT  
*Por Guillermo Enrique Cevallos López*

LAS VINCULACIONES SINGULARES URBANÍSTICAS  
FERNANDO LÓPEZ-RAMÓN  
*Por Orlando Vignolo Cueva*



Por:  
Guillermo Enrique  
Cevallos López\*

EL EJEMPLO CONSTITUCIONAL DE  
INGLATERRA. ANTONIO CARLOS  
PEREIRA MENAUT\*\*

Se trata de la edición mexicana del libro originalmente publicado por la Universidad Complutense de Madrid en 1992. No es una actualización de la versión original, ya que su propósito es presentar el modelo del derecho inglés clásico, cuya importancia es comparada por el autor con la del derecho romano en el campo del derecho privado.

La obra es de imprescindible lectura para quien desee conocer los aspectos fundamentales del derecho constitucional inglés, entre los cuales destacan: el carácter histórico cultural y la flexibilidad de su constitución, su modelo no estatista y de pluralidad de fuentes del derecho, el imperio del derecho respecto de gobernantes y gobernados, así como su pragmatismo y sentido de moralidad.

Pereira nos muestra que la Constitución del Reino Unido no es tal desde el punto de vista formal, en la medida que no se corresponde con un texto de contenido, fecha y autor determinados, sino que, por el contrario, se nutre de diversas fuentes (*common law, case law, statute law, equity*, costumbres, convenciones y *books of authority*) en su mayor parte no escritas, entre las cuales no existe una jerarquía clara, y cuya legitimidad no se sustenta en la autoridad de su autor, sino más bien en su moralidad, razonabilidad y correspondencia con el sentido común. Así, en sentido estricto, ni el juez ni el propio legislador, crean derecho sino que lo declaran.

El autor subraya que la historia es la autora del contenido de su Constitución, y su fase medieval, es a su vez la prehistoria constitucional del mundo. No le falta razón, ya que instituciones como el *rule of law*, la Carta Magna y del debido proceso legal, o la propia aparición del parlamento, todas ellas de origen inglés recién encontrarán correspondencia en el derecho continental europeo con el estado moderno. Un conjunto de casualidades y causalidades

---

\* Docente en la Universidad Nacional de Piura. Correo electrónico: estudiocevallos@hotmail.com

\*\* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, 258 pp.

Recibido: 12 de diciembre del 2020

Aceptado: 15 de diciembre del 2020

la han ido moldeando a lo largo de varios siglos, dando lugar a sus principales instituciones, así por ejemplo, el dogma de la soberanía del parlamento producto de la *glorious revolution*, o la magistratura del primer ministro como consecuencia de un rey ausente que no hablaba inglés.

Asombra la indicación que el Reino Unido no es un Estado. No lo es, bajo los parámetros de los estados nación, puesto que no es la única fuente del poder, la sociedad goza de una gran autonomía para autorregularse, *civility of society*, y se organiza a través un conjunto de cuerpos intermedios como las universidades, colegios profesionales, asociaciones voluntarias, etc., los que norman aspectos que normalmente regulados y supervisados por los estados. Ello explica la dimensión muchísimo menor de su aparato público. El territorio es un elemento secundario para la comunidad política, el elemento de cohesión es la lealtad a la corona. A su vez, las propias fuentes constitucionales son las mismas del derecho privado, no hay una clara distinción entre este y el público.

El *rule of law* da cuenta que la comunidad política debe someterse a los mandatos del derecho, tanto gobernantes y gobernados en un plano de igualdad, el patrimonio de la corona es propiedad privada, no existe un derecho administrativo. Es cierto que también en la tradición romano-germánica se preceptúa el sometimiento al derecho, pero no siempre de manera igualitaria entre Estado y ciudadanos. De esta manera, nosotros seguimos el modelo del derecho administrativo francés, que plantea la superioridad del primero, que cuenta con prerrogativas especiales, dicta las normas de derecho público con las cuales a su vez resolverá sus conflictos con los particulares.

Se describe a los ciudadanos ingleses como cumplidores de las leyes (si es que las consideran legítimas), que se guían por el sentido común y que actúan moralmente. Existe un acuerdo sobre lo fundamental. Lo que ha servido para confiar en su accionar común la determinación de las propias normas jurídicas. Es por ello que son recurrentes las alusiones a la *reasonableness*, al actuar del ciudadano promedio, para determinar lo justo.

Sin duda, la coincidencia sobre lo fundamental constituye un gran reto para las sociedades heterogéneas, plurinacionales, con grandes diferencias



sociales, económicas y culturales; sin embargo, la experiencia inglesa nos demuestra que solo así se construirá un derecho común efectivo.

Su parlamento goza de soberanía. Entendida en el plano normativo, su constitución es flexible, así que su cámara baja, la de los comunes, puede legislar sobre cualquier tema, incluso su propia derogación, no está sometido a control judicial ni a controles de inconstitucionalidad. Sin embargo, su primacía fue utilizada con prudencia, respetando el derecho natural. En caso hubiera algún exceso, la judicatura debía interpretar sus estatutos y siempre podría recurrir a los viejos principios del *common law*, para frenar esa omnipotencia. La cámara alta, la de los lores, no es democrática, sus integrantes lo son por razones hereditarias, religiosas, o por simples designaciones discrecionales. Se ha mantenido en la medida que ha demostrado su utilidad en el control de las normas, en su visión más neutral apartada de las coyunturales controversias políticas. En general, se evoca a la cultura de los *gentlemen* como base para el buen funcionamiento del Parlamento.

Con ello nos muestra que es un error creer que la fortaleza de las constituciones depende de su carácter formal y de su rigidez procedimental. Al contrario, la experiencia latinoamericana, ha evidenciado que nuestra veleidosa coyuntura política ha superado fácilmente esos frenos, a veces producto de la inmadurez, otras tantas producto de la fuerza, especialmente en escenarios de gran polarización, en las que se ve al antecesor como el enemigo cuya obra hay que destruir. Se yerra al pretender que las constituciones (textos) escriban la historia, cuando en realidad debiera ser la historia la que escriba las constituciones.

Se debe resaltar la representatividad y la independencia de su cámara baja, debido a su sistema electoral con circunscripciones relativamente pequeñas, con mecanismos de mayor interacción con los diputados como el *nursing* y la respuesta a las cartas de sus electores. Sin duda, aspectos a considerar para lograr una mayor identificación entre el representante y el electorado.

La corona es una institución que goza de gran popularidad. El monarca es un poder neutral y tiene un rol político fundamental: servir como contrapeso

ante poderes políticos ambiciosos. Los miembros del gobierno lo son también del Parlamento, le deben su investidura y responden ante él.

Los jueces son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial, cuyos integrantes son designados por el Parlamento en proporción a sus escaños. Son la conciencia moral de la sociedad, no hay cuestionamientos a su integridad. Sustentan sus decisiones en el sentido común, la moral y la justicia natural. Conservan sus cargos hasta los 75 años “mientras se comporten bien” (ningún juez en 300 años ha sido destituido). No pueden controlar las leyes del parlamento pero en su aplicación pueden evidenciar las normas del *common law*. Cumplieron un papel fundamental para salvaguardar la separación de poderes al determinar que las actuaciones del gobierno derivadas de una delegación del parlamento podían ser objeto de control, así por lo menos en el caso *Anisminic* (1969).

En suma, es una obra aleccionadora que nos recuerda que lo constitucional va más allá de un texto. Es producto de la historia y de la cultura de cada pueblo, son los valores que se deducen como naturales, son las enseñanzas de nuestros antepasados y que forman el sentido común. Asimismo, enfatiza que la seguridad jurídica está en la consecución de soluciones justas más que en la proposición de texto escritos, que los derechos se dan por supuestos y no necesitan ser declarados para existir, que más que de un Estado soberano que ostente un poder supremo, lo que se necesita es confiar en el actuar razonable del individuo, en la capacidad de autorregulación de su sociedad civil, y, sobre todo, que el éxito de una constitución no depende de su rigidez sino de su armonía con la sociedad.

Finalmente, bien podría predicarse de esta obra la atemporalidad que el autor propone respecto de su objeto de estudio. Se puede empezar o volver a ella en cualquier momento y siempre será de utilidad para el aprendizaje y la reflexión sobre el derecho inglés clásico y, cómo no, para poner a examen el propio derecho.

Por:  
Orlando Vignolo  
Cueva\*

*LAS VINCULACIONES SINGULARES  
URBANÍSTICAS. FERNANDO  
LÓPEZ-RAMÓN\*\**

El profesor zaragozano F. López-Ramón es uno de los juristas del urbanismo más importantes en nuestro idioma. Sus decenas de trabajos publicados sobre esta materia y muchos otros que se encuentran conectados a la primera (como los bienes públicos, la ordenación territorial, el derecho ambiental, los regímenes especiales de recursos naturales, entre otros), demuestran la afirmación que abre esta recensión. Estamos entonces ante un autor que tiene años de constante investigación y obras de referencia con un indudable valor científico.

El presente libro ha sido escrito para responder a un tema concreto: el tratamiento jurídico de las llamadas vinculaciones singulares urbanísticas, desde su concepto básico y legal (entendidas como “restricciones al aprovechamiento de un inmueble establecidas en el planeamiento” y la consecuente “determinación del derecho a una indemnización por parte de la administración”), la evolución de este instituto con ejemplos concretos durante las sucesivas décadas del siglo pasado, pasando por un completo análisis jurisprudencial de la materia (el derecho vivo de la figura), la crítica a las anteriores posturas jurisdiccionales (sin dejar de mirar varios de sus aciertos) y el establecimiento de una postura singular del autor.

Varias páginas iniciales de libro se ocupan en definir la naturaleza jurídica de esta técnica de protección incluida en la garantía patrimonial del administrado-proprietario, la cual se encuentra más cercana a la responsabilidad patrimonial de la Administración pública planificadora y ordenadora de una ciudad, surgida principalmente para acometer las limitaciones propias del aprovechamiento urbanístico del suelo. Es claro que el problema de aplicabilidad del instituto aparece en la posibilidad de clasificar la correspondiente limitación versus los jurídicos deberes impuestos al propietario, como las exigibles y no compensables cargas de conservación de un inmueble perteneciente al patrimonio histórico-cultural.

---

\* Docente Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: orlando.vignolo@udep.edu.pe

\*\* Barcelona, Atelier, 2020, 184 págs.

Recibido: 21 de diciembre del 2020

Aceptado: 23 de diciembre del 2020

Ahora bien, a pesar de las disputas doctrinales que ha habido en la doctrina española y portuguesa sobre el carácter de indemnización expropiatoria de la vinculación singular urbanística, finalmente primó la tesis de que estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial por ejercicio de potestades urbanísticas, basado en la superación del principio universal de equidistribución de beneficios y cargas de la propiedad. Es decir, si se sobrepasa esta delgada medida entre estos dos elementos consustanciales del derecho, simplemente se abriría la puerta a derechos indemnizatorios ante el surgimiento del “carácter no distribuible de la carga o vinculación impuesta” (debiendo valorarse factores de ponderación tales como el nivel de aprovechamiento edificable del predio, la conformación del propio espacio de la ciudad, el número de inmuebles afectados por estas limitaciones).

Esta indemnización aparece así con un claro carácter sustitutivo, puesto que solo puede ser utilizada ante la insuficiencia de la justa distribución de beneficios y cargas del derecho de propiedad. Igual, este monto de resarcimiento es siempre de difícil consecución, ante la siempre la abierta posibilidad de atacar judicialmente el plan que ordena la utilización y destino del inmueble (pudiendo siempre existir las alternativas de usos alternativos o nuevos contenidos en este instrumento de ordenación).

Otro punto que aparece resaltado en la obra es la defensa de la *diversidad urbana*, entendida como un tratamiento jurídicamente correcto de la igualdad entre propietarios cercanos, debiendo asumirse como la prohibición de la uniformización a secas o de hacer imperativas algunas características comunes de los respectivos bienes (una idea de edificación de bloques). En suma, el autor recoge la idea de emplear la variante del principio (desigualdad entre desiguales a partir de tener posibilidades diversas de aprovechamiento del suelo por cada propietario). Esta tesis del profesor López-Ramón se contraponen con la casi unánime postura jurisdiccional española de que todos los vecinos, titulares de suelo urbano, deben recibir el mismo aprovechamiento edificatorio, lo cual se traduce en una extralimitación o exacerbación del principio de igualdad urbanística y una especie de equidistribución universal.

Se concluye en el libro sobre esta materia que la “ciudad no es una merca superficie objeto de iguales volúmenes edificatorios, sino un entramado

complejo de edificaciones variables con funciones diversas” (ver p. 69 del libro recensionado). Agrega de manera más concluyente que la “igualdad entre propietarios debiera postularse por referencia al género de bienes jurídicamente dominante [...] nuestras ciudades no son terrenos de mero aprovechamiento urbanístico, son también manifestaciones, en muchos casos multiseculares, de convivencia, de cultura y de diversidad que han de ser potenciadas y protegidas conformando los correspondientes regímenes estatutarios de los diversos derechos de propiedad” (ver p. 73 de la obra comentada).

En las siguientes hojas de la obra se establece el comentario y presentación de una serie de casos judiciales referidas a las vinculaciones singulares urbanísticas. Desde la plaza de toros de Torrijos, los edificios catalogados de Sabadell, el supuesto de protección del patrimonio arquitectónico, equipamientos privados voluntariamente mantenidos (clubes deportivos), cesiones urbanísticas (sobre todo referidas a alturas de edificaciones), las transformaciones de usos comerciales de los antiguos cines, los jardines privados y su utilización como espacios de uso particular que no deberían ser afectados en la planificación municipal (zonas libre de edificación), la integración de nuevas edificaciones con restos arqueológicos y las correspondientes posibilidades expropiatorias, los centros escolares de órdenes religiosas (ejemplo último en el que el profesor aragonés hace una fuerte crítica a línea jurisprudencial mantenida).

Todos estos supuestos permiten al autor hacer una síntesis de los elementos mantenidos por la jurisprudencia consolidada de su país (principalmente mantenida por el Tribunal Supremo). Así, considera que este instituto se encuentra fundado en una tesis *igualitarista* del principio de equidistribución de beneficios y cargas contenida en el respectivo planeamiento. La concreción de este principio anterior daría cobertura jurídica a la aparición de las vinculaciones singulares urbanísticas.

Esta tendencia jurisprudencial es abiertamente criticada por el autor por estimar que no responde a una idea que supere lo solo espacial (como único criterio para identificar la vinculación singular), estableciéndose así una visión plana de las ciudades (sin variedad de edificabilidad y usos) y que no permite distinguir entre los diversos supuestos de propiedad urbana estatutaria (los cuales todos deben estar debidamente protegidos). Es más, en la obra se

considera que las previsiones y el mantenimiento planificador de usos debe tener un límite (la mentada viabilidad económica del destino del inmueble).

A partir de esta crítica muy bien sustentada, el libro entra en su parte esencial y culminante. La fundamentación de una teoría alternativa sobre el instituto que se justifica desde: (i) un alcance más modesto del principio de equidistribución de beneficios y cargas en los casos concretos; (ii) la conexión de las vinculaciones singulares con el contenido jurídicamente tutelado del derecho de propiedad, y, por último; (iii) el establecimiento detallado y escrupuloso de la función social de la propiedad urbana. Todo esto debería eliminar las tensiones espacio-tiempo del derecho y permitiría manejar una pluralidad de criterios para detectar y aplicar la institución.

Debe rescatarse del libro comentado ese intento por mostrar nuevos datos jurídicos ante las tesis dominantes jurisprudenciales (que siempre imponen aprovechamientos de edificación semejantes a predios colindantes), contenido que lo convierte en una obra de innovación urbanística y búsqueda de un equilibrio siempre sinuoso pero necesario (entre políticas urbanas que respeten los derechos de propiedad, la idea de una ciudad heterogénea y diversa con sellos propios, que debe hacer todo lo posible por conservar su pasado y cuya Administración pública local debe aplicar vinculaciones singulares justas que indemnicen a los damnificados por un planeamiento municipal que formula daños concretos).

Debo recordar, sin neutralidad alguna dada mi cercanía amical, intelectual y de formación doctoral con el profesor López-Ramón, que nunca ha dejado de crear nuevas teorías en la mayoría de los trabajos que publica. Su afán de no quedarse quieto ante lo existente y de siempre considerar que debe discutirse todo, da herramientas para la formación de otros e inspira a sus colegas (y exdiscípulos). De alguna manera, y creo que, sin pretenderlo, el autor cumple con la vieja máxima agustina de las confesiones (nunca llegaremos al objetivo porque este siempre está más allá; sin embargo, debemos luchar toda la vida por alcanzarlo).

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**1. Temas de interés.** La *Revista de Derecho* publica **trabajos de investigación originales** sobre cualquier rama del derecho, pero en cada número se dará preferencia a un tema específico anunciado con antelación, alrededor del cual se procurará que gire la mayoría de los trabajos publicados en él.

**2. Envío de trabajos.** Solo serán admisibles trabajos inéditos. Si, entretanto, llegaren a ser publicados en otro lugar, los autores deberán notificar ese hecho a la Secretaría de inmediato, a fin de retirarlos de nuestra publicación, de ser aún posible. Los trabajos se enviarán en lengua castellana o inglesa, escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se harán llegar por correo electrónico al director o a la secretaria de la revista, a las siguientes direcciones: alvaro.zegarra@udep.edu.pe o anacelia.crisanto@udep.edu.pe. Solo se tomarán en cuenta aquellos trabajos que se hayan enviado, directamente, a las direcciones de la Revista antes indicadas.

De manera excepcional, se aceptarán trabajos ya publicados. A estos trabajos se les aplicará también, *mutatis mutandis*, el procedimiento descrito en el punto 6.

**3. Formato.** Los originales deberán presentarse en **idioma español o inglés** y cumplir los siguientes **parámetros**:

- Interlineado: espacio y medio
- Letra: Times New Roman
- Tamaño: 12 puntos

La **extensión** total del trabajo no será menor del 20 ni mayor de 40 páginas, o entre 10,000 y 12,000 palabras, incluidas las notas a pie de página.

La **primera página** incluirá la siguiente información:

- Título del trabajo.
- **Nombre, filiación** académica y dirección de **correo electrónico** del autor o de los autores.
- Dos **resúmenes** estructurados, **uno en español y otro en inglés**, de unas 250 palabras cada uno, que deberán contener: objetivos del estudio y sus alcances, metodología empleada y una breve mención de las conclusiones principales. No debe contener información que no aparezca en el texto principal.
- Tras el resumen, se consignarán de tres a cinco **palabras clave (en los dos idiomas)**.
- Finalmente, un **sumario** dispuesto en forma horizontal, con cuatro niveles como máximo (I., 1., A), según el modelo siguiente:

I. TÍTULO EN VERSALES, **NEGRITA** Y *CURSIVA*. 1. TÍTULO EN VERSALES Y *CURSIVA*. A) *Título en cursiva*. a. Título sin cursiva.

#### 4. Normas de edición

a) En general, los **datos académicos y correo electrónico** del autor serán el primer pie de página precedido de un asterisco (\*). Los **agradecimientos y aclaraciones** —si los hubiera—, serán el segundo pie de página precedido por doble asterisco (\*\*).

b) Los autores utilizarán **el sistema de citas APA**.

Para ello puede revisar la siguiente guía:

<http://www.biblioteca.udep.edu.pe/wp-content/uploads/2011/02/Guia-ElabCitas-y-Ref-Estilo-APA.pdf>

Las notas a pie de página se utilizarán para ampliar alguna información que no pueda incluirse en el texto principal, como explicaciones o fuentes adicionales de información. Las referencias bibliográficas sin desarrollo deben insertarse en el texto principal y entre paréntesis. Ejemplo: (Sempere, 2009, p. 50).

Cada nota debe ir señalada en el texto con un número arábigo elevado y ese mismo número debe identificar la nota al pie de la página respectiva.

La letra debe ser de 10 puntos a espacio simple.

c) Sobre las **conclusiones**, todas las colaboraciones, salvo las reseñas, deben contar con un apartado final de conclusiones.

d) Se incluirá una **bibliografía** al final de cada colaboración debe incluirse una lista de la bibliografía utilizada, por orden alfabético.

**5. Reseñas.** La *Revista de Derecho* acepta reseñas sobre libros u otros trabajos académicos de importancia; la extensión de las reseñas no deberá superar las 5 páginas.

**6. Sistema de arbitraje y proceso de publicación.** El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos previo informe favorable de evaluadores externos anónimos, a través de un arbitraje simple ciego (el autor no conoce la identidad del árbitro).

- Luego de recibidos los trabajos, serán revisados para la verificación de originalidad y eventual detección de plagios, así como para comprobar si cumple con el formato y sistema de citas requeridos.
- Si el resultado de la revisión es positivo, se procede a enviar el trabajo a los evaluadores. Los evaluadores emiten un informe indicando alguna de las siguientes opciones:
  - Aceptado tal y como está
  - Aceptado después de que sea revisado por el autor
  - Revisar y volver a evaluar
  - Rechazado

Se comunica al autor la opción y/o comentarios del evaluador y se procede según sea el caso.



- Si el resultado de la revisión es negativo por detección de plagio, se procederá según las reglas de ética que sigue la revista.
- Si el resultado de la revisión es negativo por no cumplir con el formato y el sistema de citas requeridos, se comunicará al autor para que vuelva a enviar su trabajo previa subsanación.

**Los autores de los artículos aceptados podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 5 días hábiles. No se permitirán cambios sustanciales en esta etapa, debiendo limitarse las correcciones a aspectos formales, ortográficos y de redacción.**

**7. Detección de plagio.** La recepción de trabajos y su posterior publicación se basan en el principio de honestidad. No obstante, el Consejo de Redacción utilizará la herramienta Turnitin para la verificación de originalidad y eventual detección de plagios antes de trasladar los trabajos a arbitraje.

**8. Ética en publicación.** La revista se adhiere a las reglas de ética del *Committee on Publication Ethics* (COPE), y concretamente procurará seguir, en la medida aplicable, los procedimientos descritos en los diagramas de flujo publicados por esa institución en castellano, en la dirección electrónica: <https://publicationethics.org/files/Spanish%20%281%29.pdf>.

**9. Copyright.** Por el hecho de entregar su contribución, los autores ceden al Consejo de Redacción los derechos de reproducción de los textos admitidos en la *Revista de Derecho* u otras revistas científicas; concretamente, el derecho a publicarlos en las versiones impresa y digital de la revista, así como en bases de datos y demás colecciones en que esta se encuentra indizada.

**10. Advertencia.** Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

## INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

**1. Topics of interest.** The *Revista de Derecho* publishes **original research papers** about any branch of the Law. Nevertheless, the preference is that each edition of the *Revista de Derecho* (and, therefore at least most of the papers published therein) covers a specific topic, as determined by the editor and informed in advance.

**2. Submission of originals.** Each edition of the *Revista de Derecho* only includes **unpublished** papers. If a submitted paper is published elsewhere, the relevant authors must notify the Secretariat of such situation. The Secretariat could decide to not include said paper in the relevant edition. By way of exception, works that were previously published may be admitted for review by the editor. Nevertheless, the procedure referred to in paragraph 6 will also be applied to these works, to include all necessary adaptations, if applicable. All papers must be sent in Spanish or English, written in **Microsoft Word** or compatible format. They are to be **sent by e-mail** to the Director or the Secretariat of the **Revista de Derecho** to the following addresses: [alvaro.zegarra@udep.edu.pe](mailto:alvaro.zegarra@udep.edu.pe) or [anacecilia.crisanto@udep.edu.pe](mailto:anacecilia.crisanto@udep.edu.pe). Only the papers directly submitted to these addresses will be admitted for review.

**3. Format.** Originals must be submitted in **Spanish or English** and comply with these **parameters**:

- Row spacing: 1.5
- Font: *Time New Roman*
- Size 12 points
- **Length:** Not less than 20 pages and no more than 40, or from 10,000 to up to 12,000 words (including footnotes).

**First page** must include the following information:

- Paper's **title**
- Author's or authors' **name**, academic **background**, and email **address**.
- Two structured **Abstracts**, one in Spanish and one in English, with a length of around least 250 words each. Such abstracts must include: research's purpose and scope, methodology and conclusions. Information not included in the research paper must be excluded.
- Following the Abstract, include from three to five **keywords, in both Spanish and English languages**.
- Finally, a horizontally-oriented **Summary**, with four list levels at most (I.1.A.a), according to the following:

I. TITLE IN SMALL CAPS, **BOLD** AND *ITALICS*. 1. *TITLE IN SMALL CAPS AND ITALICS*. A) *Title in italics*. a. Title without italics.

#### 4. Editorial Guidelines

a) **As a rule**, an author's academic background and email address must be indicated in the first footnote and marked by an asterisk (\*). Acknowledgements and clarifications –if applicable– should be placed within the second footnote, marked by a double asterisk (\*\*).

b) Authors shall use the **APA system** of citation.

Authors must refer to the following guide:

<http://www.biblioteca.udep.edu.pe/wp-content/uploads/2011/02/Guia-ElabCitas-y-Ref-Estilo-APA.pdf>

Footnotes will be used to elaborate on data not to be included in the main text, such as further clarifications or additional sources of information. Bibliographic references not further elaborated should be inserted in the main text, in brackets. E.g.: (Sempere, 2009, p. 50).

Each footnote must be marked in the main text with a superindex arabic number, and that same number shall mark the footnote at the bottom of the relevant page.

Font of the footnotes shall be 10 points at single space.

c) **Conclusions.** All research papers must include a final paragraph containing its conclusions. Reviews of other works are excluded from this rule.

d) **Bibliography.** At the end of each research paper a list should be included of the literature used, in alphabetical order.

**5. Reviews of books or other academic papers** The *Revista de Derecho* accepts reviews on books or other academic papers of significance; the extension of such reviews should not exceed of 5 pages.

**6. Submitting procedure and peer review.** The Editorial Board will decide the publication of the papers upon reception of a favourable report from external anonymous evaluators, following a single-blind peer review system (i.e., each author doesn't know reviewer's identity).

- After submission, every paper will be run on a originality-verification system to detect plagiarism. This preliminary review may also be used to verify compliance with formatting and citing requirements.
- Following a positive preliminary review, the papers will be sent to the corresponding reviewers. Reviewers will issue their opinion on the paper, which could be any of the following:
  - Paper accepted as drafted.
  - Acceptable after some recommended modifications are implemented by the author.
  - Potentially acceptable after re-elaboration and another review.
  - Rejected.

These recommendations and comments by the reviewer will be notified to the author who may or may not incorporate them for further publication.

- If at the preliminary review or at any other stage a case of suspected plagiarism is raised, the Board will proceed according to the ethical rules followed by the *Revista de Derecho*.
- Following a negative preliminary review on the grounds of a lack of compliance with the formatting and citing requirements of the *Revista de Derecho*, authors will be required to amend and resubmit their work.

**Authors of the accepted papers could be required for the correction of proofs, to be returned within 5 days.** Substantial changes won't be allowed at this stage, and corrections should be limited to format, orthography or drafting style.

**7. Detection of plagiarism.** Paper submission and subsequent publication procedure is founded on honesty and trust. The editorial Board will rely on the Turnitin utility tools in order to verify the required originality of the submitted papers and, eventually, detect possible cases of plagiarism, before the papers are sent to peer-reviewers.

**8. Publication Ethics.** The *Revista de Derecho* adheres to the rules of the Committee on Publication Ethics (COPE), and will strive to follow to the utmost practicable extent the procedures outlined in the flowcharts published by it in Spanish, at <https://publicationethics.org/files/Spanish%20%281%29.pdf>.

**9. Copyright.** By submitting their papers, authors bestow on the Editorial Board all of their reproduction rights of the accepted papers, be it in the *Revista de Derecho* or in other academic journals; in particular, the right to publish them in the printed and digital issues of the Review, as well as in databases and other collections in which it is indexed.

**10. Warning.** Any breach of these rules constitutes grounds for the rejection of the submitted papers.



