

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**CLAUSULA ANTICORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y  
LA TEORÍA DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL PERÚ**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado

**Bach. RAUL HECTOR GUERRERO ESPINOZA**

**ASESOR:**

**Dr. WILFREDO CAMILO MONTAÑEZ AVENDAÑO**

Huaraz - Ancash - Perú  
2018



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

**Apellidos y Nombres:** GUERRERO ESPINOZA, Raul Hector

**Código de alumno:** 081.1604.184

**Teléfono:** 960980410

**Correo Electrónico:** [rauguerrero2016@gmail.com](mailto:rauguerrero2016@gmail.com)

**DNI o Extranjería:** 47147468

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

Bachiller

Título

Segunda Especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

“CLAUSULA ANTICORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA TEORÍA DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL PERÚ”

**5. Facultad de:** Derecho y Ciencias Políticas

**6. Escuela, Carrera o Programa:** de Derecho

**7. Asesor:**

**Apellidos y Nombres:** Dr. MONTAÑEZ AVENDAÑO, Wilfredo Camilo **Teléfono:** 972904065

**Correo Electrónico:** [doremifasul@gmail.com](mailto:doremifasul@gmail.com)

**DNI o Extranjería:** 31624649

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

**Firma:** .....

**D.N.I.:**

**FECHA:**

## **AGRADECIMIENTO**

En primer momento agradecer a ti Dios por bendecirme para llegar donde he llegado y porque hiciste realidad este sueño anhelado.

En segunda instancia a la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, especialmente a la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, por darme la oportunidad de estudiar en sus aulas y ser profesional.

Asimismo, a mi asesor de tesis, al Dr. Wilfredo Camilo Montañez Avendaño por su esfuerzo y dedicación, quien, con sus conocimientos, su experiencia y su motivación ha logrado en mí que pueda terminar mi trabajo de tesis con éxito.

Finalmente, agradecer a todos y cada uno de mis profesores durante toda mi carrera profesional, quienes han aportado con un granito de arena a mi formación profesional.

Para ellos: muchas gracias y que Dios los bendiga.

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo a Dios, a mis padres por su apoyo incondicional, a mi familia, amigos, docentes y a todas las personas que de una u otra forma me ayudaron durante toda mi carrera universitaria.

Raúl Guerrero Espinoza.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b>	viii
<b>ABSTRACT</b>	ix
<b>INTRODUCCIÓN</b>	01

### **CAPITULO I**

#### **PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

1.1.	Descripción del Problema	03
1.2.	Formulación del Problema	05
1.2.1.	Problema Principal	05
1.2.2.	Problemas Específicos	05
1.3.	Importancia del Problema	05
1.4.	Justificación y Viabilidad	06
1.4.1.	Justificación	06
a)	Justificación Teórica	07
b)	Justificación Metodológica	07
c)	Justificación Social	07
d)	Justificación Jurídica y Legal	07
e)	Justificación Práctica	08
1.4.2.	Viabilidad	08
a)	Viabilidad Teórica	08
b)	Viabilidad Temporal	08

c) Viabilidad Social	08
1.5. Formulación de Objetivos	08
1.5.1. Objetivo General	08
1.5.2. Objetivos Específicos	09
1.6. Formulación de Hipótesis	09
1.6.1. Hipótesis General	09
1.6.2. Hipótesis Específicas	09
1.7. Variables	10
1.7.1. Identificación de Variables	10
1.7.2. Operacionalización de Variables	10
1.8. Metodología de la Investigación	10
1.8.1. Tipo y diseño de Investigación	10
1.8.2. Métodos de Investigación	12
1.8.3. Plan de Recolección de la Información y/o Delimitación de la Investigación	14
1.8.4. Instrumentos de Recolección de la Información	15
1.8.5. Plan de Procesamiento y Análisis de Información	15
1.8.6. Unidad de Análisis y Muestra	16
1.8.7. Técnica de Validación de la Hipótesis	17
1.8.8. Contexto	18

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

2.1. Antecedentes de la Investigación	19
---------------------------------------	----

2.1.1. Antecedentes Internacionales	19
2.1.2. Antecedentes Nacionales	21
2.1.3. Antecedentes Locales	21
2.2. Bases Teóricas	21
2.2.1. Teoría General de los Derechos Humanos	21
2.2.2. Cláusula Contractual en el Derecho	25
2.2.3. Cláusulas Generales de Contratación en el Derecho Peruano	31
2.2.4. La Teoría de la Ineficacia del Acto Jurídico	41
2.2.5. La Cláusula Anticorrupción en el Perú	86
2.3. Definiciones y Términos	89

### **CAPÍTULO III**

#### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. Resultados Doctrinarios	91
3.2. Resultados Normativos	97
3.2.1. Derecho Interno	97
3.2.2. Derecho Internacional	98
3.2.3. Derecho Comparado	101
3.3. Casos Emblemáticos	104
3.3.1. Caso Odebrecht en el Perú	104

### **CAPITULO IV**

#### **DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS**

4.1. Discusión Doctrinaria	109
----------------------------	-----

4.1.1. Posturas o Argumentos a Favor	109
4.1.2. Posturas o Argumentos en Contra	109
4.1.3. Posición o Argumentos Personales	111
4.2. Discusión Normativa	112
4.2.1. Análisis o Discusión de la Normatividad Interna	112
4.2.2. Análisis o Discusión de la Normatividad Internacional	113
4.2.3. Análisis o Discusión del Derecho Comparado	115
4.3. Análisis o Discusión de los casos emblemáticos	118
4.3.1. Análisis o Discusión del Caso Odebrecht en el Perú	118
4.4. Validación de Hipótesis	120
4.3.1. Argumento Doctrinario	121
4.3.2. Argumento Normativo	123
4.3.3. Argumentos Sobre el Caso Emblemático	129
<b>CONCLUSIONES</b>	132
<b>RECOMENDACIONES</b>	134
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	135
<b>ANEXOS</b>	140



## **RESUMEN**

La presente Tesis trata sobre: “La Clausula Anticorrupción en la Contratación Estatal y la Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico en el Perú”, materia que se encuentra enmarcado en las ramas del Derecho Administrativo y Civil y su propósito es el análisis de la teoría general de la contratación.

Que, con motivo de la persecución administrativa y prácticas idóneas para evitarla, se propuso la incorporación de la cláusula anticorrupción, la misma que forma parte de las Contrataciones Estatales, por cuanto repercute jurídicamente en diversas instituciones del derecho, al verificarse sus efectos y condiciones.

Es así como se investigó la explicación del problema planteado, así mismo se planteó un Estudio mediante metodología de una Investigación Dogmática-Jurídica, ya que se evaluó las diversas teorías jurídicas, principios y reglas sobre la contratación.

Ello nos llevó a establecer la influencia que tiene la cláusula anticorrupción en el Derecho Administrativo y Civil, proponiendo conclusiones y recomendaciones que incidan sobre principios y reglas que se utilizan para establecer la clausula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

**PALABRAS CLAVES:** Clausula Anticorrupción, Contratación con el Estado, Negocio Jurídico, Ineficacia de Acto Jurídico.

## **ABSTRACT**

This Thesis is about: "The Anti-corruption Clause in State Contracting and the Theory of Inefficiency of the Legal Business in Peru", a subject that is framed in the branches of Administrative and Civil Law and its purpose is the analysis of the theory general contracting

That, due to the administrative persecution and best practices to avoid it, it was proposed the incorporation of the anti-corruption clause, which is part of State Contracting, as it has a legal impact on various institutions of law, as its effects and conditions are verified.

This is how the explanation of the proposed problem was investigated, as well as a Study was proposed using a Dogmatic-Legal Research methodology, since the various legal theories, principles and rules on hiring were evaluated.

This led us to establish the influence of the anti-corruption clause in Administrative and Civil Law, proposing conclusions and recommendations that affect the principles and rules that are used to establish the anti-corruption clause in government procurement and the violation of the theory of inefficiency of the legal business in Peru.

**KEY WORDS:** Anticorruption Clause, Contracting with the State, Legal Business, Legal Act Inefficacy.

## **INTRODUCCIÓN**

La presente tesis denominada: “La Clausula Anticorrupción en la Contratación Estatal y la Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico en el Perú”, trata sobre los efectos jurídicos que se generan las cláusulas anticorrupción respecto a la negociación, celebración y ejecución de la contratación estatal.

El Capítulo I, trata sobre el problema y la metodología de la investigación, en donde describimos el problema, su análisis, pronóstico y estado actual de la clausula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú, formulamos el problema, se establecen los objetivos descriptivos, las hipótesis y las variables. Así también establecemos la metodología de la investigación que tiene una profundidad científica a nivel descriptiva, pues se enmarcó la problemática en una tesis jurídica-dogmática-normativa.

El Capítulo II, trata sobre el marco teórico, en donde se puede establecer los antecedentes de la investigación, las bases teóricas de la clausula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú. Es así, que el objetivo general describe y los objetivos específico analizan y exponen sobre las consecuencias y soluciones de la clausula anticorrupción en la contratación estatal y la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

El Capítulo III, trata sobre los resultados y discusión de la investigación, en donde se puede advertir el estado normativo, doctrinal y jurisprudencial sobre la clausula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

El Capítulo IV, trata sobre la validación o contrastación de las hipótesis, en donde se constató las hipótesis generales y específicas.

En los capítulos V y VI, se desarrollan las conclusiones y recomendaciones que se encaminan a establecer los efectos positivos y negativos de la presente tesis, dentro de los principios y reglas pre establecidos.

El Tesista.

## CAPÍTULO I

### PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del Problema:

Mucho se ha dicho en estos últimos meses sobre las acusaciones de supuestos actos de corrupción vinculados a contratos de concesión y obras públicas que se vienen ejecutando en el Perú. Una historia de relativo éxito, un ejemplo de promoción de inversión privada en infraestructura para la región y varios gobiernos que han mantenido un enfoque de promoción de asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura están ahora bajo la lupa y en entredichos.

En esta coyuntura, parte de la discusión se viene centrando en la eventual aplicación de las llamadas “cláusulas anticorrupción”. Estas son incluidas en contratos con el Estado y le permiten declarar a este la terminación de los mismos en caso se verifique la falsedad de una declaración del concesionario. Esto significa que ninguno de sus directores, funcionarios, socios, representantes legales o empresas vinculadas haya recibido, realizado u ofrecido ningún pago o comisión ilegal en relación con la concesión, el contrato o el concurso.

La discusión sobre estas cláusulas anticorrupción ha surgido a propósito de que se hizo público el pedido de un potencial adquirente del proyecto del Gasoducto Sur Peruano (GSP), para que el contrato de concesión se modifique de tal manera que dicha cláusula no le resulte de aplicación si es que se descubriera, a futuro, eventos de corrupción anteriores a la toma del proyecto por ese adquirente. Dicho pedido fue denegado oportunamente por la actual administración, sobre la base de que *“resultaba inaceptable para un país renunciar a una cláusula que tiene en todos sus contratos y donde dice que si hay un elemento de corrupción se cae el contrato”*.

Sorprenderá a muchos lectores, sin embargo, el tomar conocimiento de que no ha sido política de Estado el establecer en sus contratos cláusulas expresas que tengan por objetivo asegurar el correcto actuar de las empresas que suscriben contratos con el mismo. El criticado contrato del GSP es más bien uno de los pocos contratos de concesión en el que correctamente se incluyó tal cláusula.

La cláusula anticorrupción del GSP tiene su antecedente en los contratos de concesión de transporte de gas natural y líquidos de Camisea, los cuales se firmaron en el año 2000, pero no ha sido una cláusula estándar o que se repita en otros contratos de concesión. Basta con mencionar, por ejemplo, que proyectos de envergadura como el de Rutas de Lima, Línea Amarilla, los 5 tramos del proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú–Brasil y el proyecto del Eje Multimodal del Amazonas Norte IIRSA no se ha incluido una cláusula con contenido o consecuencias similares.

Esta omisión no implica una indefensión por parte del Estado, pues ciertamente cuenta con otros mecanismos legales para defender sus intereses en caso de que se evidenciaran actos de corrupción. Pero ¿Qué pasó entre el año 2000 y el 2014 para que no se considerara oportuno incluir este tipo de cláusulas en la mayoría de los contratos de concesión? Consideramos que ello se ha debido fundamentalmente a una falta de unicidad de criterios al interior del propio Estado. Esto se debe a la carencia de una política de Estado al respecto, pues estas cláusulas se siguieron utilizando en el sector energía más no en otros sectores.

Esta experiencia evidencia la importancia de uniformizar criterios y estándares generales en contratos de concesión, evidentemente sin perjudicar el hecho de que cada proyecto tiene particularidades y potencialidades propias que ameritan un tratamiento caso por caso.

Pareciera que ya estamos en dicho camino. Recientemente, el Ministerio de Economía y Finanzas anunció que trabajará en cláusulas estándar. Ello a raíz de que la última versión del contrato de concesión de la carretera Longitudinal de la Sierra, que estaría próximo a ser adjudicado, incluye una cláusula anticorrupción similar a la del GSP. La misma iniciativa se ha visto reflejada en el paquete de decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo. A comenzar nuevamente.

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema Principal**

¿Cómo se viene vulnerando la teoría a la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la contratación estatal en el Perú?

### **1.2.2. Problemas Específicos**

- ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales?
- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las contrataciones del Estado?

## **1.3. Importancia del Problema**

En el diseño de la versión del contrato de asociación público-privada, se deberá incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad. Esto deberá plasmarse durante la fase de estructuración.

Así lo dispone el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, publicado el martes 28 de marzo del dos mil diecisiete en el diario oficial El Peruano, que modifica diversos

artículos del Reglamento de la Ley marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 410-2015- EF.

Asimismo, se establecen nuevos requisitos que deberán contener las bases para la licitación pública mediante asociaciones público-privadas. Así, por ejemplo, deberá fijarse una garantía de impugnación. Conforme a ella, cuando el costo total de inversión sea superior a trescientos mil UIT, las bases deben especificar que la garantía de impugnación será del 0.5 % de ese monto. Asimismo, esta garantía será del 1 % del costo total de inversión cuando esta sea menor a trescientos mil UIT. Del mismo modo, se han incluido otros requisitos para las bases, tales como: garantía de seriedad de propuestas, mecanismos para contrarrestar la presentación de ofertas temerarias y mecanismos que fomenten la competencia, transparencia y eviten actos de corrupción.

Además, se precisa que tanto el proponente como el postor adjudicatario podrán solicitar al Organismo Promotor de la Inversión Privada la reserva de la información prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo N° 043-2003-PCM).

## **1.4. Justificación y Viabilidad**

### **1.4.1. Justificación**

La Justificación se identifica con los móviles de la investigación, a decir de Aranzamendi: *“Son los propósitos definidos que son suficientemente importantes que fundamenten su realización”*<sup>1</sup>, por lo que pasamos a justificar de la siguiente manera:

---

<sup>1</sup> ARANZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima – Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011. P. 139.



#### **a) Justificación Teórica**

La presente investigación se justifica teóricamente en los sistemas, principios y reglas de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico. Es así, que se podrá establecer el alcance de la cláusula anticorrupción general de contrataciones del Estado.

#### **b) Justificación Metodológica**

El paradigma metodológico que justifica la presente investigación es desde una perspectiva cualitativa, toda vez, que se realizó una investigación dogmática, sustentada en principios y reglas sobre la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú. Se investigará en consideración a conceptos y comprensiones partiendo de pautas de los datos y no recogiendo datos para evaluar modelos, hipótesis o teorías, principios y reglas jurídicas preconcebidas.

La presente Investigación, para ser confiable como conocimiento científico propone técnicas y medidas procedimentales para resolver los problemas normativos, doctrinarios y jurisprudenciales.

#### **c) Justificación Social**

La investigación es relevantemente social, pues el problema radica en la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú, todo ello conforme la teoría general de la contratación y negocio jurídico.

#### **d) Justificación Jurídica y Legal**

La justificación Jurídica y legal de la investigación se encuentra en:

- a) Constitución Política del Perú;
- b) Ley Universitaria N° 30220;
- c) Estatuto de la UNASAM; y,

d) Reglamento de Grados y Título de la FDCCPP- UNASAM.

**e) Justificación Práctica**

La investigación tiende a resolver el problema jurídico de los alcances y cambios de perspectiva con respecto a la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

**1.4.2. Viabilidad**

**a) Viabilidad Teórica**

La presente investigación se podrá concretar del análisis de la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú, definiendo los sistemas, teorías, principios y reglas del Derecho Administrativo y Derecho Civil así como en su doctrina y jurisprudencia.

**b) Viabilidad Temporal**

El presente estudio evaluó los avances que se tiene durante el periodo 2017-2018.

**c) Viabilidad Social**

El estudio se realizó respecto a la aplicación normativa de la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú, limitándose al ámbito del Derecho Administrativo y Derecho Civil desde una perspectiva jurídico-doctrinal-normativo-jurisprudencial.

**1.5. Formulación de Objetivos**

**1.5.1. Objetivo General**

- Describir cómo se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la Contratación Estatal en el Perú.

### **1.5.2. Objetivos Específicos**

- Analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales.
- Exponer cuáles son los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las contrataciones del Estado.

## **1.6 . Formulación de Hipótesis**

### **1.6.1. Hipótesis General**

Se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la contratación estatal en el Perú, por cuanto se aplica como si fuera causal de resolución de contrato sin tener condición de hecho sobreviniente.

### **1.6.2. Hipótesis Específicas**

- Las consecuencias jurídicas de la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los contratos estatales, es el incumplimiento de la seguridad jurídica sobre las acciones idóneas en contra de los actos de corrupción antes de la negociación y durante la negociación, celebración y ejecución contractual.
- Los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las contrataciones del Estado son: que en los supuestos de actos de corrupción antes y durante la negociación contractual debe proceder la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, mientras que los actos de corrupción sobrevinientes a la celebración y durante la ejecución del contrato proceden la resolución del contrato.

## 1.7. Variables

### 1.7.1. Identificación de Variables

Hipótesis General	Hipótesis Específica	
	Primera	Segunda
<p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula Anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes</li> <li>• Servicios</li> <li>• Obras</li> </ul>	<p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula Anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes</li> <li>• Servicios</li> <li>• Obras</li> </ul>	<p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula Anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes</li> <li>• Servicios</li> <li>• Obras</li> </ul>

### 1.7.2. Operacionalización de Variables

VARIABLES	Definición Conceptual	Definición Operacional	Indicadores
(X) Teoría de la Ineficacia del negocio jurídico	Sistemas, teorías, conceptos y definiciones sobre la teoría de la ineficacia del negocio jurídico.	Permitirá conocer las bases de la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico en el código civil.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul>
(Y) Clausula anticorrupción	Fundamentos y conceptualizaciones sobre la cláusula anticorrupción.	Permitirá conocer los procedimientos de incorporación de la cláusula anticorrupción en las contrataciones del estado.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Obras</li> <li>• Bienes</li> <li>• servicios</li> </ul>

## 1.8. Metodología de la Investigación

### 1.8.1. Tipo y diseño de Investigación

### 1.8.1.1. Tipo de Investigación

Se debe de recordar que para investigar el comportamiento humano existen diversos tipos de investigación tales como; exploratorias, descriptivos, correlacionales y explicativos<sup>2</sup>. La presente investigación es descriptiva desde el punto de vista del tema de investigación, ya que se empezó con examinar e indagar como es jurídicamente la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

Como ciencia particular el tipo de investigación jurídica - dogmática<sup>3</sup>, pues se evaluó desde una perspectiva filosófica y constitucional, en su condición de principio, mediante la apreciación de diversas teorías jurídicas; un paradigma integrativo que el derecho debe superar es la norma legislada formalmente vigente y empaparse de la norma vivida en la sociedad: la norma hecha conducta, la norma eficaz. La incorporación del contexto, la articulación vigencia-validez-eficacia; los valores e intereses protegidos: la aplicación y los órganos jurisdiccionales, conforman el paradigma holístico que no rechaza ni excluye el estudio exegético de las normas, sino que lo integra y subsume como una vertiente más<sup>4</sup>. En el siguiente cuadro nos grafica<sup>5</sup> los objetivos y tipos de investigación que aplicados al campo de la investigación jurídica es posible plantear<sup>6</sup>:

Nivel	Objetivo	Holotipo
<b>Perceptual</b>	Explorar	Investigación Exploratoria.
	Describir	Investigación Descriptiva.
<b>Aprehensivo</b>	Comparar	Investigación Comparativa.
	Analizar	Investigación Analítica.
<b><u>Comprensivo</u></b>	<u>Explicar</u>	<u>Investigación Explicativa.</u>
	Predecir	Investigación Predictiva.
	Proponer	Investigación Proyectiva.

<sup>2</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997.

<sup>3</sup> QUIROZ SALAZAR, William, Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, 2007, p 54.

<sup>4</sup> HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal, 2000.

<b>Integrativo</b>	Modificar Proponer <u>Evaluar</u>	Investigación Interactiva. Investigación Confirmatoria. <u>Investigación Evaluativa.</u>
--------------------	---	--

Desde el punto de vista holístico aplicado a la investigación del derecho: **(a)** La presente investigación tiene el **Nivel Comprensivo** ya que el objetivo es explicar la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú, por lo cual, el holotipo es una investigación jurídica-explicativa. **(b)** La Investigación también tiene el **Nivel Integrativo** porque tiene como objeto **confirmar o negar** la aplicación correcta y bajo este nivel también buscará **evaluar** la cláusula anticorrupción en la contratación estatal y la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el Perú.

#### **1.8.1.2. Diseño de Investigación:**

Corresponde a una **Investigación No experimental:**

Porque en esta investigación no se tuvo dominio de las variables y no se las puede manipular deliberadamente.

La investigación no experimental será subdividida en diseños transeccionales o transversales y diseños longitudinales. La presente fue una **investigación no experimental Transversal**, porque esta investigación recolectó y describió datos en un periodo que comprende los años 2017-2018.

#### **1.8.2. Métodos de Investigación:**

Con la finalidad tener en cuenta los métodos utilizados para la presente investigación jurídica, se debe entender cuál es el enfoque metodológico que se pretende, ya que se

busca desentrañar el funcionamiento sistemático. Los métodos específicos a emplearse en la investigación jurídica<sup>7</sup> a nivel de pre grado.

**1.8.2.1. Método Dogmático<sup>8</sup>:** Encaminada al estudio e investigación de la doctrina con la finalidad de realizar abstracciones (instrumentos lógicos, inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de pulir los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su utilización. El derecho al estar conformado por instituciones, estos pueden ser explicados para el método dogmático en términos jurídicos sin apelar a consideraciones políticas, ideológicas o éticas. Este método se empleará en nuestra investigación para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas.

**1.8.2.2. Método Hermenéutico<sup>9</sup>:** En sentido amplio, este método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. En este sentido, siendo nuestro objeto de estudio susceptible de diversas interpretaciones será necesario para poder hacer la teorización de nuestro trabajo emplear este método.

**1.8.2.3. Método Exegético<sup>10</sup>:** Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será

---

<sup>7</sup> RAMOS NÚÑEZ, Carlos. (2001) *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Editorial Grijley, Lima, pp. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.

<sup>8</sup> *Ibídem*.

<sup>9</sup> *Ibídem*.

<sup>10</sup> *Ibídem*.

aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará al estudio de la normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

**1.8.2.4. Argumentación Jurídica<sup>11</sup>:** La argumentación jurídica es un proceso cognitivo especializado (teórico o práctico) que se realiza mediante concatenación de inferencias jurídicas consistentes, coherentes, exhaustivas, teleológicas, fundadas en la razón suficiente, y con conocimiento idóneo sobre el caso objeto de la argumentación. La argumentación jurídica se concretiza relacionando premisas, a la luz vinculante de los principios y demás cánones lógicos pertinentes, para obtener secuencial y correctamente, conclusiones que, según el caso, afirmen o nieguen la subsunción del hecho en la hipótesis jurídica o afirmen o nieguen la validez o invalidez o la vigencia formal o real de la norma jurídica dada, afirmen o nieguen la pertinencia o impertinencia, la aplicabilidad o inaplicabilidad o la compatibilidad incompatibilidad de la norma jurídica al caso concreto.

### **1.8.3. Plan de recolección de la información y/o delimitación de la investigación<sup>12</sup>**

#### **1.8.3.1. Población:**

##### **a) Universo físico:**

Constituido por el ámbito nacional y mundial. Para ello se recabará informe unificado, consistente en el marco y doctrina tanto Nacional, como Internacional (Nicaragua, Colombia, entre otros más).

##### **b) Universo Social:**

---

<sup>11</sup> ATIENZA, MANUEL (2004). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra, Lima, pp. 28 y ss.

<sup>12</sup> Por la naturaleza de la investigación que es dogmática, no es necesario la determinación de la población y la muestra puesto que no se harán mediciones, contrales ni se probarán hipótesis, sin embargo, por la formalidad del esquema solicitado por la Escuela de Post Grado de la UNASAM se cumple formalmente con este requisito, tomando como referencia para estos ítem a ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 251-258.



Se circunscribe a la dogmática, normatividad y jurisprudencia. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios, en la presente investigación estará conformada por documentales, siendo estos la doctrina, jurisprudencia y normatividad del tema señalado.

**c) Universo temporal:**

La investigación se circunscribe a los años 2017-2018.

**1.8.4. Instrumentos de recolección de la información. -**

<b>TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN</b>	<b>INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN</b>	<b>INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA</b>
Análisis documental.	Fichas de resumen.	Fuente: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas Textuales.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental.	Fichas bibliográficas.	Fuentes: Libros, tratados e internet.
Análisis documental	Fichas de análisis	Fuentes bibliográficas y carpetas fiscales.

**1.8.5. Plan de procesamiento y análisis de información**

**1.8.5.1 Estrategias o procedimientos de recogida de información:**

1. Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleará la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán las fichas textuales y de resumen.

2. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleará el Método de Argumentación Jurídica.

Para la obtención de información de la presente investigación se hará a través del método cuantitativo y cualitativo lo que permitirá recoger, datos numéricos y opiniones o valoraciones sobre el problema planteado.

Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aprobados en las encuestas y sobre todo, en la jurisprudencia y doctrina.

#### **1.8.5.2. Análisis e interpretación de la información:**

Análisis de contenido. Cuyos pasos a seguir son:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis; y,
- d) Selección del sistema de recuento o de medida.

#### **1.8.5.3. Criterios:**

Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación serán los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de la información en función a los objetivos de investigación, empelando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

#### **1.8.6. Unidad de análisis y muestra**

##### **1.8.6.1. Unidad de análisis:**

Para justificar la presente unidad de análisis se tiene que tener en consideración que el Universo Social, se circunscribe a la dogmática, normatividad, jurisprudencia, es así, que el universo y la muestra se corresponden en forma total. La unidad de análisis como propósito teórico o práctico de estudios en la presente investigación estará conformada

por documentales, siendo estos la doctrina, jurisprudencia y normatividad del tema señalado.

#### **1.8.6.2. Muestra:**

- **Tipo de muestra: Muestra no probabilística**, ya que la presente muestra no depende de la probabilidad, sino de las causas relacionadas con las características de abogado-investigador, no se basa en fórmulas de probabilidad, si no depende del proceso de toma de decisiones.
- **Marco Muestral:** Normatividad, Doctrina y Jurisprudencia.
- **Procedimiento de Selección:** Es dirigida.
- **Tipo de muestra Dirigida:** La muestra dirigida es de sujetos-tipos, ya que se busca la profundidad y riqueza de la información.
- **Técnica Muestral:** Técnica intencional: la muestra es escogida.
- **Tamaño de la Muestra:** no se puede medir al ser cualitativa.
- **Unidad de Análisis:** Documentos.

#### **1.8.7. Técnica de Validación de la Hipótesis**

En la presente investigación jurídica respecto a dimensión teórica, esta tiene su evaluación mediante la contratación de las hipótesis planteadas mediante la argumentación jurídica (o conocida como argumentación jurídica estándar – AJE)<sup>13</sup>. Argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales) conectadas entre sí de muy variadas formas.

---

<sup>13</sup> ATIENZA, M. Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997. Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.

Para conseguir este tipo de validez se deben fomentar procesos de cristalización más que de triangulación. Laurel Richardson sugiere que: «la imagen central para «la validez» de los textos postmodernos: «... no es el triángulo, una figura rígida, fijada y en dos dimensiones. Más que ésta figura, la imagen central o la figura central es el cristal, el cual combina la simetría y la sustancia con una infinita variedad de formas, sustancias, transmutaciones, multidimensionalidades, y ángulos de aproximación. Los cristales son prismas que reflejan la parte externa y se refractan sobre ellos mismos, creando diferentes colores, modelos, llevándote por diferentes direcciones y caminos. Lo que nosotros vemos depende de nuestro ángulo de reposo. No es la triangulación sino la cristalización lo que se debe fomentar en los procesos de investigación cualitativa. En la postmodernidad, con textos en donde se mezclan géneros, nosotros nos movemos desde la teoría de la geometría plana a la teoría de la luz, donde la luz puede ser tanto onda como partícula. La cristalización, sin perder la estructura, que construye la idea tradicional de «validez» pues permite mostrar que no existe una verdad singular, la cristalización nos proporciona una comprensión de los temas de manera parcial, dependiente y compleja».<sup>14</sup>

#### **1.8.8. Contexto:**

El contexto es el lugar donde se realizó la investigación, que en este caso es la ciudad de Huaraz, pero resulta ser una investigación cualitativa que tiene que ver con apreciación del tema señalado.

---

<sup>14</sup> RICHARDSON, L. (1997). *Fields of play: Constructing an academic life*. New Brunswick NJ: Rutgers University Press, pp. 125.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. Antecedentes de la Investigación

##### 2.1.1. Antecedentes Internacionales:

**Tesis:** “Alteración de las Circunstancias y Revisión Contractual”.

**Autores:** Roberto Fernández de Almeida.

**Directores de la Tesis:** Eugenio Llamas Pombo (dir. tes.).

**Lectura:** En la Universidad de Salamanca (España), en el año 2012.

**Idioma:** Español.

##### **Materias:**

Ciencias jurídicas y derecho, Derecho y legislación nacionales, Derecho civil.

Tesis en acceso abierto en: **GREDOS**

##### **Resumen:**

El punto estructural y de base del presente trabajo es resultado de una intensa reflexión en relación a los contratos que son celebrados con la presunción de que serán rigurosamente cumplidos, observándose los términos originariamente previstos, dicha posición esta galvanizada en la vieja máxima de la cláusula *¿pacta sunt servanda?*. Esa disposición, llevada hasta las últimas consecuencias, muchas veces acaba perpetuando, en el contrato respectivo, un cuadro de gran injusticia, cuando, en el lapso temporal relativo a la efectiva ejecución del pacto firmado, sobreviene una significativa alteración de aquellas condiciones primarias, que llevaron a las partes contratantes a la ultimación del propio contrato, con alteración de la base del negocio originario. Desde nuestro punto de vista, por lo tanto, la actual concepción del contrato, ahora basada en los principios que no pueden ser dejados de lado, de la buena fe objetiva, del equilibrio económico y de la

función social, pasó a requerir una atenuación del principio general derivado de la cláusula *¿pacta sunt servanda?*. Así, como corolario, la principal característica que consolidó la inserción, en los principales actuales sistemas jurídicos existentes, de una herramienta eficaz que contemple la revisión contractual por causa de una onerosidad excesiva sobreviniente, deriva de la referencia mayor de buena fe objetiva de los contratantes. Por eso, en resumen, en primer lugar, surge como lógico el entendimiento de que el derecho moderno de los contratos debe basarse en tres elementos fundamentales, a saber: 1) ética, principalmente en el sentido de buena fe objetiva de conducta de los contratantes; 2) aspecto social en los términos de la consabida función social del contrato; y, 3) operabilidad, es decir, perspectiva utilitarista de los acuerdos, con foco en la equivalencia contractual, siempre teniendo en cuenta la cláusula de posibilidad de revisión por onerosidad excesiva. Por otro lado, las relaciones jurídicas obligacionales, en la posmodernidad, con énfasis en los contratos de ejecución continuada o diferida, representan una plausible y previsible inseguridad, que puede desembocar en una ausencia casi total de seguridad jurídica ulterior, teniendo en cuenta la fluidez de las relaciones sociales, inherentes al ser humano actual. De ahí deriva la necesidad, en el ámbito contractual, por lo tanto, de establecer reglas claras para su revisión y calibración, en caso de sobrevenir, en la ejecución del contrato, una excesiva onerosidad. Este derecho de revisión representa, así, para el contratante en desventaja, en esta posmodernidad, un derecho fundamental derivado de valores deontológicos y éticos de la persona humana, en la medida que el contrato moderno debe, siempre, atender a los fines sociales más elevados, a la buena fe y a las actuales aspiraciones medias del hombre común, que derivan de los principios mayores, siendo estos la dignidad humana, legalidad, buena fe, moralidad y razonabilidad.

### **2.1.2. Antecedentes Nacionales:**

Que, de la revisión de los repositorios de las universidades nacionales no se encuentra tesis relacionado al tema.

### **2.1.3. Antecedentes Locales:**

Que, de la revisión de las investigaciones locales tanto en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM y de otras universidades, no se ha podido ubicar tesis relacionadas con la presente investigación.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Teoría General de los Derechos Humanos:**

#### **2.2.1.1. Derechos Humanos y el valor de la dignidad humana:**

Antes de dar inicio a cualquier estudio referido a los derechos humanos, se hace imperioso comenzar por algunas consideraciones relacionadas con el valor dignidad humana. *“Por dignidad ha de entenderse la calidad de digno, es decir, un atributo merecido o del cual se es sujeto de reconocimiento. Igualmente, el vocablo humano, en latín homo, alude a la condición de hombre en su sentido global”*<sup>15</sup>. De ahí que, se está ante un reconocimiento por la sola razón de ser miembro de la especie humana. Se trata, en síntesis, de un atributo inherente a la propia naturaleza del hombre.

Squella y Guzmán, señalan en la introducción de la obra *“Comienzo Presunto de la Historia Humana”*, lo siguiente: *“Dignidad es un término que alude al especial valor que damos a algo o a alguien entre los de su misma especie. Por tanto, dignidad del ser humano o, como establece el propio Maihofer, “dignidad humana”, “dignidad del*

---

<sup>15</sup> BERNAL PULIDO, C. (2007). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. 3ª Edición. Madrid: CEPC, pp. 43

*hombre” o “dignidad de la persona”, constituyen expresiones que remiten al valor especial que ese ser vivo tiene entre todos los seres vivos”.*<sup>16</sup>

### **2.2.1.2. Definición, principios y características que identifican a los Derechos**

#### **Humanos:**

##### **a) Definición de Derechos Humanos.**

Partiendo que los derechos humanos se conciben como el reconocimiento positivizado de aquellos atributos vinculados al valor dignidad humana, se trae a colación, en primer término, los derechos humanos son un conjunto de principios y garantías básicas para el ser humano, representadas por afirmaciones o ratificaciones del valor dignidad y el respeto de la persona frente al Estado.

El autor antes citado los califica como derechos supraestatales que emanan de la propia naturaleza del hombre, “(...) *son esencialmente derechos naturales consustanciales de la misma esencia del hombre mismo.*”.

##### **b) Características y principios.**

Los derechos humanos, como tales, tienen atributos propios y específicos, lo que permite diferenciarlos y categorizarlos. A su vez, comparten los rasgos propios de todos los derechos en general. De acuerdo a sus características propias, los derechos humanos son:

**1. Universales:** Todas las personas son titulares o sujetos activos de todos los derechos humanos, sin distinción de edad, sexo, raza, idioma, nacionalidad, religión, condición económica o social, ideas políticas, preferencia sexual, impedimento físico, enfermedad o cualquier otra condición. Esto no respetar la diversidad cultural; por el contrario, siendo el derecho a la cultura un derecho humano, el principio de universalidad

---

<sup>16</sup> SQUELLA, A., Y GUZMÁN, J. (2008). “Estado de Derecho y Dignidad Humana”. En Maestros del Derecho Penal. N°. 28 (introducción). Montevideo-Uruguay. IB de F.



lleva implícito su respeto por todas las culturas, lo que no impide el rechazo a aquellas prácticas culturales violatorias de los derechos humanos.

**2. Indivisibles, interdependientes, integrales y complementarios:** La dignidad de la persona humana se garantiza a través del respeto y reconocimiento de todos los derechos humanos, sean éstos de naturaleza política, civil, social, económica o cultural. Todos los derechos humanos tienen la misma importancia jerárquica, y, en conjunto, permiten a las personas vivir dignamente. El goce y ejercicio de todos los derechos por igual permite a los seres humanos desarrollar y construir libremente su propio proyecto de vida, que es la síntesis de lo que se denomina vida digna. Existen algunos derechos que por su importancia y por permitir a quien los disfruta el acceso a otros derechos, se los denomina “*derechos llave*” (como es el caso del derecho a la educación, del derecho al agua potable, etc.).<sup>17</sup>

**3. Su ejercicio no es absoluto:** El ejercicio de los derechos humanos debe hacerse con el debido respeto por los derechos de los demás. Esto implica que, en general, el ejercicio de los derechos humanos (no el derecho en sí) no es absoluto, ya que puede ser regulado o limitado por el Estado, siempre dentro de los límites y de acuerdo a los estándares internacionalmente aceptados, como se desarrollará más adelante.

Este punto debe ser siempre analizado con mucha atención, ya que, por una parte, el ejercicio de algunos derechos humanos nunca puede ser objeto de restricción o limitación (como es el caso del derecho a la integridad personal, entre otros), a la vez que, por otra parte, la posibilidad de limitar o restringir el ejercicio de derechos humanos puede ser fuente de abuso o desviación de poder por parte del Estado.

**4. Irrenunciables, inalienables e intransferibles:** Las personas no pueden renunciar a los derechos humanos, ni tampoco negociar con ellos, aunque sea por propia

---

<sup>17</sup> BERNAL PULIDO, C. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. 3ª Edición. Madrid: CEPC, 2007. pp. 43.

voluntad. Tampoco el Estado puede disponer de los derechos de las personas, ni obligarlas a renunciar de los mismos. Como se señaló en el numeral anterior, en situaciones extremas algunos derechos pueden ser limitados o suspendidos, pero nunca eliminados o extinguidos. Asimismo, después que un Estado ha asumido compromisos internacionales reconociendo determinados derechos humanos, éstos no pueden ser desconocidos internamente, ni aún sometiendo la decisión al voto soberano, mediante plebiscito, consulta popular o referéndum.

**5. Inviolables:** Los derechos humanos no admiten ninguna situación para ser violados. El Estado, como principal responsable de su respeto, garantía y protección, no puede justificar nunca su violación. Los Estados deben regirse por el respeto a los derechos humanos y las normas internas dictadas y/o que se dicten, no pudiendo ser contrarias a éstos, así como tampoco las políticas que se implementen tampoco.

**6. El principio de exigibilidad:** Implica que existen instrumentos, mecanismos y procedimientos a fin de proteger los derechos humanos, y para exigir la debida reparación en caso de violación. Del mismo modo, la no existencia de una norma positiva que los prevea no implica que los derechos no deban ser reconocidos por el Estado. Esta característica es de suma importancia, porque de lo contrario, bastaría con no incluir dentro del ordenamiento jurídico interno un derecho para eximir al Estado de su respeto y cumplimiento.

**7. Protegidos internacionalmente:** La comunidad internacional puede y debe intervenir cuando considere que un Estado está violando los derechos humanos de su población. No es posible argumentar violación de la soberanía cuando los organismos internacionales competentes intervienen para requerir que una violación a los derechos humanos sea investigada y las víctimas debidamente reparadas.

## **2.2.2. La Clausula Contractual en el Derecho:**

### **2.2.2.1. Concepto:**

La cláusula es la determinación final, se establece la relación de todos los puntos que se tratan. Antes que se piense que se trata de un documento similar a una minuta, se debe tener en cuenta que una cláusula es un documento que se redacta bajo los principios legales correspondientes. La definición de cláusula a pesar de ser concreta y correspondiente a un basamento legal, puede ser utilizada para denotar un acuerdo de cualquier índole, sin importar a que margen de la ley establecida por el órgano correspondiente.

La cláusula definitiva de un acuerdo se firma y/o se sella según sea el caso; en la antigüedad, la manera en la que se pactaban cláusulas eran distintas, algunas cláusulas inclusive eran selladas con sangre, obviamente la sociedad ha evolucionado al punto de convertir las cláusulas en herramientas apropiadas de acuerdo al momento en cuestión. Es importante destacar que la correspondencia entre el concepto y la vida cotidiana de una persona suponen un compromiso entre ambas partes. Es por eso que una cláusula siempre estipulará un contrato completo, incluyendo puntos en los que se impongan sanciones y castigos a quienes no cumplan con los basamentos de la o las cláusulas que han sido apoyadas en primera instancia, con una firma.

La aplicación de la cláusula en distintos aspectos administrativos al igual que en la vida cotidiana marcan un punto de inflexión en un tratado. Un ejemplo de esto es un contrato de trabajo, en las que se establecen cuáles son las disposiciones para cada una de las partes (empleado y empleador), estas disposiciones son las funciones que el empleado debe desempeñar dentro de la empresa, cuales son las formas y maneras en las que debe hacer su trabajo, y por parte del empleador (quien lo contrata) se establecen las cláusulas de beneficios, salario y respeto. Estas cláusulas por lo general son escritas en forma de

pequeños párrafos, enumerados, con una identificación al alcance con el objetivo que el documento sea fácil de leer.<sup>18</sup>

### **2.2.2.2 Evolución Histórica de las Cláusulas Generales de Contratación en el Contexto de la Relación Contractual:**

Como instrumento jurídico el contrato ha evolucionado de símil forma que las sociedades. Para Louis Josserand la historia del contrato es la de un desarrollo constante. Pero no es un desarrollo fluido, ordenado, sino lleno de obstáculos, fatigas y desconciertos.<sup>19</sup>

El contrato constituye una valoración jurídica de las circunstancias sociales, económicas, políticas y morales de cada época.<sup>20</sup>

#### **a) En Grecia.**

Para los Griegos el concepto de contrato se vinculaba estrechamente a la idea de justicia conmutativa<sup>21</sup>, resaltaban el synallagma, que según los griegos se hallaba en todas las relaciones de cambio, sean voluntarias o no, debía haber una reciprocidad de prestaciones.

#### **b) En el Derecho Romano.**

Los jurisconsultos romanos no se preocuparon por definir las instituciones jurídicas mediante abstracciones conceptuales. En el Digesto de Justiniano, el texto de Javoleno, puede expresar de una mejor forma el pensamiento de la época, dicho texto advierte que *"en Derecho Civil toda definición es peligrosa, pues es difícil que no tenga que ser*

---

<sup>18</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Concepto Definición. *Clausula*. Disponible en: consultado el 04/12/17 Perú, 1993 pp 126.

<sup>19</sup> JOSSEAND, Louis, (1950) Derecho Civil, Bosch, Buenos Aires, T. II, VOL. II, p. 14.

<sup>20</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, (2009). Contratación Masiva Protección al Consumidor, Editorial Motivensa, Lima, p.28.

<sup>21</sup> Nociones de Justicia elaborada por Aristóteles, filósofo que dividió a la Justicia en general y correctiva. Dentro del concepto de justicia correctiva, en la que aparecen las transacciones, es que surge el Derecho de las relaciones de cambio, es decir, de las conmutaciones de bienes (en tais sinalagmasin).

*alterada*'<sup>22</sup>. Es por ello, que los jurisconsultos romanos no concibieron una teoría general del contrato.

Lo que conoció y reguló el Derecho romano fueron las llamadas convenciones, donde una de las partes daba alguna cosa o hacía algo para luego recibir, a cambio algo, que la otra parte prometía a su vez dar o hacer. Para el maestro De La Puente y Lavalle, el Derecho justiniano admite la existencia de contratos innominados, pero para ello se requiere que exista una reciprocidad de prestaciones, por lo cual solo se otorgaba esta categoría a las convenciones *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*.<sup>23</sup>

Al lado de las convenciones se conocieron también los llamados pactos, que eran acuerdos de voluntades pero que no generaban obligación alguna y desde luego no otorgaban acción para exigir su cumplimiento.

Por lo tanto, había contrato cuando se contraía una obligación por medio de una determinada forma solemne<sup>24</sup>, por la suscripción de un documento o por realizar un determinado comportamiento. En cambio, el simple acuerdo de voluntades era un nudo pacto desprovisto de acción.

Sin embargo, De La Puente y Lavalle, precisa que, en el Derecho romano clásico la palabra *contractus* no significó el acuerdo de voluntades, sentido moderno en la actualidad, sino la relación jurídica o el vínculo obligatorio en sí (la obligación). El acuerdo de voluntades (consentimiento) adquirió significado en el Derecho justiniano y fue llamado *pactum* o *conventio* y no *contractus*. De ahí que la historia nos muestra el desarrollo incipiente que, el Contrato ostentó hasta esa época.

---

<sup>22</sup> SOTO COAGUILA, Carlos A., Op.Cit., p.202.

<sup>23</sup> DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, (2007). *El contrato en general*, T. I, Palestra, Lima, p.24.

<sup>24</sup> Las convenciones o negocios entre los romanos estaban rodeados de solemnidades y ritos para su validez se realizaba ante el pretor que actuaba como el actual notario, dando fe pública del negocio. De la Puente y Lavalle, también nos refiere que la *stipulatio* era uno de los ritos; los pactos literales (*litteris*), los patos reales (*re*), el pacto consensual (*consensus*), mediante el cual se concedía acción por el mero acuerdo de voluntades (*solus consensus obligat*), éste último sin necesidad de un ropaje especial (solemnidades), sin embargo, para ello era necesario que ese pacto recayera en convenciones de uso frecuente y de importancia práctica. De la Puente y Lavalle, Manuel, (2007). *El contrato en general*, T. I, Palestra, Lima, p.23.

Es menester dejar indicado que el concepto de contrato no fue conocido como tal muchos siglos después, a tal extremo que en el siglo XV, según el profesor Guido Astuti, el sistema de contratos siguió siendo un sistema de causas o de figuras típicas conocidas como fuentes de obligaciones.

Fue una época de poco desarrollo en relación a la figura jurídica del contrato; sin embargo, la referencia más notable se encuentra en el Derecho español, por cuanto fue el primero en admitir, en el Ordenamiento de Alcalá del año 1348<sup>25</sup>, el valor del simple acuerdo de voluntades o consentimiento, la Ley única del título XVI de dicho ordenamiento estableció que *“sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro y hacer contrato con él”*, con lo cual se reconoce pleno valor al contrato consensual.

#### **c) Derecho Canónico.**

Se ha reconocido al Derecho canónico como una influencia determinante para la formación del concepto moderno del contrato. Inicialmente el contrato tuvo valor debido al juramento religioso -acto solemne- que habitualmente lo acompañaba. Sin embargo, esta práctica fue paulatinamente dejada de usar, reconociéndose pleno valor al consentimiento.

En esta época el faltar a una promesa es un engaño, una mentira, y, por consiguiente un pecado (*mendacium est si quis non cumpleat quod promisit*). La doctrina canónica confirió un valor fundamental al consenso, y estableció la idea de que la voluntad es la fuente de la obligación.<sup>26</sup>

#### **d) Derecho Moderno.**

En esta época, surge otra de las corrientes del pensamiento jurídico que influyó en el desarrollo del concepto moderno de contrato, representado en el Voluntarismo Jurídico,

---

<sup>25</sup> TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, (2009). Derecho Penal , Editorial Motivensa, Lima, p.70

<sup>26</sup> Imponiendo el deber de fidelidad a la palabra dada y el deber de veracidad en todas sus relaciones.

según esta doctrina, cualquier persona que deseaba obligarse, quedaba obligada por su sola voluntad. Esta corriente, a su vez, contribuyó con el desarrollo y el auge del tráfico comercial de la época.

La última corriente fue la Escuela del Derecho Natural, desarrollada entre los siglos XVI y XVIII, proclama la libertad individual y la autonomía de la voluntad; donde por primera vez se afirma que: “*solus consensus obligat*”. Siendo Grocio y Pufendorf los padres directos del consensualismo contractual moderno.

De esta forma se arriba al concepto moderno de contrato concebido como el “*acuerdo de voluntades por medio del cual las personas se obligan jurídicamente*”. Este concepto, a su vez, halla sustento en presupuestos ideológicos y sociológicos imperantes en el siglo XVIII. El primero de los presupuestos es el factor económico<sup>27</sup>, fundado en el lema: “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui meme*”, y en la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual, actuando en el interés de cada persona son los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones. El segundo presupuesto se halla en la idea sustancial de la igualdad jurídica de las partes contratantes, donde el contrato es el mejor medio de arreglo de los intereses privados. Y el tercer presupuesto se encuentra en la supremacía de la libertad individual de las personas.

Sobre estas bases ideológicas y el pensamiento de los juristas Domat y Pothier<sup>28</sup>, se elaboró el primer gran Código Civil, el Code Civil francés o Code Napoleón.<sup>29</sup>

En este proceso evolutivo del contrato, se plasmaron principios, fundamentales, uno de ellos, el principio de la autonomía privada.<sup>30</sup> Sin embargo, a fines del siglo XVIII y

---

<sup>27</sup> Surgen necesidades prácticas del tráfico comercial, que llevan a suprimir las trabas que significan las formas solemnes.

<sup>28</sup> Para Pothier, un contrato es una especie de convención y, a su vez, ésta es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas algún compromiso, resolver uno existente o modificarlo. Pothier, R.J., (1978). Tratado de las obligaciones, Heliasta, Buenos Aires, p.12.

<sup>29</sup> El Code Francés expresa en el artículo 1.101 que el contrato es una convención por la cual, una o varias personas se obligan, hacia una o varias otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa; estableciendo, a su vez, en el artículo 1.134 que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre las partes contratantes que las han celebrado.

todo el siglo XIX, fue arduamente criticado, una de las principales críticas estuvo referida al abuso de unos contratantes sobre otros, debido a la desigualdad económica existente entre las partes al momento de negociar un contrato. Por esta razón, la doctrina jurídica del siglo XX consideró necesario imponer severas limitaciones al principio de la autonomía privada con la finalidad de corregir el abuso en la contratación.<sup>31</sup>

Al respecto, en la doctrina nacional, el maestro De La Puente y Lavalle, coincide en la idea de que la desigualdad económica generó un abuso en la contratación, por lo que el Estado ya no podía continuar concediendo a los particulares amplia libertad para regular entre ellos sus relaciones, decidió entonces, intervenir más de cerca en la relación contractual a fin de intentar equilibrar las posiciones de los contratantes, estrechando así el campo de acción de la autonomía privada.<sup>32</sup>

Definitivamente esta situación marcó un hito en la contratación, pues, desde entonces, la autonomía privada ya no imperó soberanamente, es el Estado, quien interviene en las relaciones contractuales, modificando las cláusulas del contrato mediante la intervención legislativa o judicial. A este fenómeno de intervención y dirigismo del Estado en las relaciones contractuales un sector de la doctrina lo ha calificado como la crisis o decadencia del contrato.<sup>33</sup>

De lo expuesto podemos mencionar que, en el campo jurídico, y aún en el económico, es imposible prever todas las posibles formas de contratar, ya que el progreso

---

<sup>30</sup> Entendido como el poder jurídico o facultad para crear relaciones jurídicas y la libertad para determinar el contenido de lo que se quiere crear, constituyó, la piedra angular del contrato.

<sup>31</sup> Al respecto, no le faltaba razón al maestro Guillermo A. Borda, cuando afirmaba que la libertad y la igualdad de las partes, pilares fundamentales de la teoría liberal del contrato, "subsisten hoy en el plano jurídico, pero tienden a desaparecer en el económico". Borda, Guillermo A., (1995) *Manual de contratos*, decimoséptima edición actualizada, Perrot, Buenos Aires, p.15

<sup>32</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, (1993). *El contrato en general*, T. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p.36.

<sup>33</sup> Sobre el particular, José Luis De Los Mozos señala que no se puede decir que "el contrato esté en crisis, cuando se habla de una "sociedad contractual" como modelo de la sociedad postindustrial, más allá del ámbito estrictamente jurídico, o incluso de una "política contractual". De los Mozos, José Luis, La Autonomía Privada: Notas para una relectura del Título de los contratos en el Código Civil español, en Atilio A. Alterini, José Luis de los Mozos y Carlos Alberto Soto Coaguila, (2000). *Instituciones de Derecho Privado-Contratación Contemporánea*, Vol., I, Editorial Temis, Palestra Editores, Bogotá, p.195.



de la sociedad, el avance de la ciencia, la tecnología y la informática, unida a la producción masiva y estandarizada de los bienes y servicios, han generado que la contratación privada no sea igual en el tiempo. Qué duda cabe que, desde hace varias décadas un nuevo sistema de contratación: la contratación masiva<sup>34</sup> o predispuesta, se viene desarrollando a profundidad. En este sistema de contratación las partes contratantes ya no elaboran conjuntamente el contenido del contrato, ya no discuten cada una de sus cláusulas, por el contrario, éste es predispuesto en forma unilateral por una de ellas y con anticipación a la celebración del contrato.

Por lo tanto, en el panorama jurídico y económico actual, el contrato clásico, paritario es una forma de contratación excepcional; la regla contractual, hoy en día, es la contratación en masa. En este nuevo sistema de contratación masiva los contratos están predispuestos por una de las partes contratantes y la otra, generalmente un consumidor, únicamente se adhiere a las condiciones preestablecidas.

### **2.2.3. Las Cláusulas Generales de Contratación en el Derecho Peruano:**

#### **2.2.3.1. Definición de las cláusulas generales de contratación:**

La doctrina peruana, anterior a la dación del Código Civil de 1984, no se ocupó de la temática de las cláusulas generales de contratación, únicamente analizaron la figura de los contratos por adhesión.<sup>35</sup>

Actualmente el Código Civil, en el Artículo 1392°, define a las cláusulas generales de contratación como *"aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos"*.

---

<sup>34</sup> Principalmente las modalidades contractuales que actualmente permiten el tráfico masivo de bienes y servicios son: 1) las cláusulas generales de contratación y 2) los contratos por adhesión.

<sup>35</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, (1962). Derecho de los contratos, T.I., UNMSM, Lima, pp.40 y 41.

En la Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil, se señaló que: “(...) estas cláusulas son formuladas de manera preventiva y unilateral por una persona o un grupo de personas, que fijan de un modo abstracto el contenido normativo general o accesorio de una serie de contratos individuales, de manera que estos se ajustan a aquéllas. Desde luego, estas cláusulas sólo son vinculantes en la medida que se celebran los contratos individuales”.<sup>36</sup>

Manuel De La Puente y Lavalle, en su tesis para optar el grado académico de doctor en Derecho en el año 1979, define a las cláusulas generales de contratación, como: “Las condiciones, cláusulas o estipulaciones (...) formuladas preventivamente en forma unilateral por la empresa o conjunto de empresas, en forma general y abstracta, que son publicadas o hechas a conocer con miras a que, con base a ellas, se celebren una serie indefinida de contratos individuales, las cuales solo tendrán carácter vinculatorio cuando se celebren los respectivos contratos”.<sup>37</sup>

Para el Maestro Arias-Schreiber, “son el otro medio moderno utilizado en la masiva comercialización de bienes y servicios”. Se trata de esquemas abstractos, que en la práctica se conocen como “cláusulas de cajón”.<sup>38</sup> Para Carlos Cárdenas Quirós, “las cláusulas generales de contratación son disposiciones predispuestas, generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante solo una vez celebrados los correspondientes contratos”<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Revoredo De Debaquey, Delia, Código Civil. Exposición de motivos y comentarios, Vol. VI, Okura Editores, Lima, 1985, p. 54. Siendo el doctor Max Arias Schreiber Pezet ponente del Libro sobre Contratos en General, recoge nuevamente su opinión, en su obra: Exégesis del Código Civil peruano de 1984, T I, Segunda Ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pp. 160 y ss.

<sup>37</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Op. Cit., T.I., pp.300 y 301.

<sup>38</sup> ARIAS SCHERIBER Pezet, Max, (1998). Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación, *Sección de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica* pp.9-10.

<sup>39</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 658, marzo-abril, 2000, p.1226.

Para Soto Coaguila, *“las cláusulas generales de contratación son un conjunto inmutable de cláusulas, condiciones o estipulaciones redactadas en forma previa y unilateral por una persona natural o jurídica con la finalidad de fijar las condiciones de una serie indefinida de futuros contratos particulares, cada uno de los cuales tendrá sus propios elementos”*.<sup>40</sup>

Federico De Castro y Bravo con relación a las cláusulas generales de contratación, señala que: *“se designan como tales condiciones a los conjuntos de reglas que un particular (empresario o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan a priori los tratos previos entre las partes; una de estas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo, inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes”*.<sup>41</sup>

Las cláusulas generales constituirán parte integrante del contrato únicamente cuando, cumpliendo con los requisitos previstos por la ley, se celebre un contrato específico entre el empresario pre-disponente y un sujeto de derecho que se adhiera a las condiciones preestablecidas. Por consiguiente, sólo tendrán eficacia una vez celebrado un contrato en particular.

Las cláusulas generales de contratación pueden estar insertadas en los contratos o publicitadas fuera de estos; es decir, pueden estar físicamente incluidas dentro del texto escrito que contiene el contrato a celebrarse o en un documento separado que se anexará

---

<sup>40</sup> SOTO COAGUILA, Carlos A., Op.Cit., p.97.

<sup>41</sup> DE CASTRO y BRAVO, (1984) Federico, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Cuadernos Civitas, pp. 12 y 13.

luego a él. También puede darse el caso de que las cláusulas generales de contratación se encuentren publicadas en una norma legal que las apruebe, tal es el caso de las cláusulas generales de contratación aplicables a los contratos de préstamo hipotecario<sup>42</sup>, o como ocurre con las cláusulas generales de contratación de los servicios de telefonía.<sup>43</sup>

Las cláusulas generales de contratación no están contenidas en el formulario de un contrato por adhesión, sino que pasan a formar parte de él cuando se celebre.<sup>44</sup>

Finalmente, las cláusulas generales irrumpen en escena: la buena fe en la fase de las tratativas<sup>45</sup>, como criterio de limitación al accionar de los privados anterior a la constitución del vínculo contractual, y después como criterio orientador del intérprete en la apreciación de la responsabilidad contractual<sup>46</sup>, y de la cooperación del acreedor al cumplimiento; al lado de la buena fe se ponen el orden público, las buenas costumbres, el interés social y así sucesivamente. A la buena fe, Salvador Romano<sup>47</sup> dedica páginas que hoy pueden parecer poco entusiastas, mientras las consideraciones de Ugo Natoli desarrolladas en el estudio de los problemas conexos a la actuación de la relación obligatoria.<sup>48</sup>

Para retomar el título de un famoso ensayo de Stefano Rodotà, las cláusulas generales tienen su tiempo: para cada período considerado son instrumentos de control del comportamiento de las partes, pero también de la operación en sí, y de su

---

<sup>42</sup> Aprobadas por la Superintendencia de Banca y Seguros mediante la Resolución N° 325- 2001, publicada el 07 de mayo de 2001.

<sup>43</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD-OSIPTEL: "Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones" (19 de diciembre de 2003). Resolución de Consejo Directivo N° 035-99-CD-OSIPTEL: "Aprueban cláusulas generales de contratación aplicables al servicio de larga distancia en telefonía fija bajo la modalidad de abonado" (13 de diciembre de 1999).

<sup>44</sup> El Dr. Aníbal Torres, grafica lo siguiente, por ejemplo cuando abrimos una cuenta de ahorros en un banco, contratamos un seguro, o la instalación del servicio telefónico a nuestra casa, suscribimos el formulario de contrato que nos presenta el proveedor, pero la regulación completa de la relación contractual está integrada por el formulario del contrato de adhesión que suscribimos y por las cláusulas generales contenidas en otro documento que no suscribimos.

<sup>45</sup> BENATTI, Francesca, (1963). *La responsabilidad precontractuale como regla de comportamiento*. Editorial Banca, p. 149

<sup>46</sup> MASSIMO, Bianca, (1964). *La autonomía del intérprete: a propósito del problema de la responsabilidad contractual*. Editorial. Rivdir, p. 478.

<sup>47</sup> ROMANO, Salvador, (1959). *La buona fede nel diritto privato*, milan vol. V. p. 1959.

<sup>48</sup> NATOLI, Ugo, (1975). *La Attuazione del Rapporto Obbligatorio*. Milan, p. 184

conformidad a los valores y a los principios del ordenamiento. La libertad contractual no es, en efecto, absoluta, precisamente en aquel tiempo se vuelve a discutir de límites impuestos por el interés público y, por lo tanto, de la colocación del acto de los privados en su contexto social.<sup>49</sup>

En resumen, tras la trama de un texto que permanece casi inalterado desde 1942, en el espacio de treinta años se construye una cadena de técnicas interpretativas que permite salvaguardar la autonomía contractual son cerrarla a los valores externos; esos penetran en la dimensión jurídica mediante las cláusulas generales, las fuentes de integración y los nuevos límites dictados por el legislador.

Las reglas del código son, por tanto, integralmente revisadas por la doctrina. No por la jurisprudencia, que hace una aplicación pasiva, puesto que, la libertad del intérprete es siempre considerada por el juez como un homenaje a la letra de la ley. Constituye una excepción Andrea Torrente, que inicia el discurso sobre la discrecionalidad de la valoración judicial, sobre la necesaria elasticidad de las reglas, especialmente las cláusulas generales, y sobre la oportunidad de la adaptación de las reglas a las nuevas expresiones de la vida económica y social.<sup>50</sup>

Sin embargo, estamos aún distantes de la discrecionalidad que habría sido teorizada poco después, en sus virtudes y sus defectos por la doctrina sensible al rol del juez comprendido como mediador de intereses y promotor del progreso jurídico.

### **2.2.3.2. Características de las cláusulas generales de contratación:**

La doctrina ha establecido las siguientes características:

---

<sup>49</sup> RODOTA, Stefano. (1965). El tiempo de la cláusula general, Editorial civdir, p.709.

<sup>50</sup> TORRENTE, Andrea, (1969). *Il giudice e il diritto*. Editorial Ascarelli. Millan, p. 2313.

- a) **La predisposición o pre-formulación:** Es el acto por el cual una persona<sup>51</sup> natural o jurídica, concibe intelectualmente y redacta en forma previa y unilateral las cláusulas generales.
- b) **La generalidad:** Está referida al hecho de que las cláusulas generales se formulan sin tener relación con un contratante específico<sup>52</sup>, por lo tanto, están dirigidas al público en general, a la masa humana. Son impersonales<sup>53</sup>, para Torres Vásquez, la generalidad, garantiza a los consumidores, igualdad de trato sin discriminación alguna; todos adquieren los bienes y servicios en los mismos términos y condiciones.
- c) **La uniformidad:** Se presenta cuando las cláusulas generales son comunes a una serie indefinida de contratos particulares.<sup>54</sup>
- d) **La abstracción:** Las cláusulas generales son concebidas independientemente de una concreta relación jurídica, se elaboran en forma abstracta. Asimismo, son abstractas por no estar referidas a un contenido contractual específico, sino que pasaran a formar parte del contenido de una pluralidad de contratos que el pre-disponente celebre en el futuro. En otros términos, no se refieren al contenido de un contrato específico, sino al contenido de una serie de contratos futuros.<sup>55</sup>
- e) **La inmutabilidad:** Esta característica esencial de las cláusulas generales no ha sido incorporada por el codificador peruano en el Código Civil, ya que de acuerdo a lo establecido por los Artículos 1395° y 1400° del Código Civil vigente, las partes contratantes tienen la facultad para pactar que determinadas cláusulas generales no se apliquen a un contrato en particular, es decir, sobre la base de su autonomía privada

---

<sup>51</sup> El que redacta las cláusulas generales de contratación puede ser un sujeto individual, una empresa o un grupo de empresas

<sup>52</sup> Cárdenas Quirós, Carlos, (1984). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, *Revista de Derecho editada por Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, p. 21; Juan Carlos Rezzonico, *Contratos con cláusulas predispuestas*. y Juan Carlos VALLESPINOS, (1984). *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 288.

<sup>53</sup> Torres Vásquez, Aníbal, *Op.Cit.*, p.150.

<sup>54</sup> Cárdenas Quirós, Carlos, *Op.Cit.*, p. 21.

<sup>55</sup> Torres Vásquez, Aníbal, *Op. Cit.*, p.151.

pueden excluir algunas condiciones del bloque de las cláusulas generales de contratación<sup>56</sup>. Sin embargo, las cláusulas generales pre-formuladas por el pre-disponente deben ser un conjunto único e indiscutible, y, como tales, no pueden ser modificadas<sup>57</sup>. Sobre el particular, De La Puente y Lavalle, señala que permitir a las partes contratantes la modificación de las cláusulas generales de contratación es atentar contra su naturaleza y destruir la verdadera finalidad de su utilización, consistente en facilitar la contratación masiva de bienes y servicios. El tratadista peruano y del mismo modo Juan Farina<sup>58</sup>, señalan que las cláusulas generales de contratación no son normas de orden público y menos normas imperativas, por lo tanto, la inmutabilidad de estas cláusulas es necesaria dadas las exigencias del tráfico masivo. Desde luego, si se modifican algunas de las cláusulas generales -que es posible- estaríamos ante un contrato paritario o negociado y no ante uno celebrado sobre la base de cláusulas generales de contratación.<sup>59</sup>

Sin lugar a dudas, existe la posibilidad de que se puedan modificar algunas, o aún todas las cláusulas generales, pero en este caso, como se ha señalado anteriormente, no estaremos ante un contrato celebrado sobre la base de cláusulas generales, sino frente a uno paritario o negociado, donde existen las tratativas previas o la negociación al acuerdo final y, por lo tanto, tal contrato no podrá ni deberá estar sujeto a las reglas de la contratación masiva o predispuesta; en estos casos, deben aplicarse las reglas del contrato negociado.

**f) La imposición:** Está referida a que una de las partes (usuario o consumidor) se somete a las reglas determinadas por la otra (pre-disponente), es decir, se trata de la

---

<sup>56</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, Op.Cit, pp. 88-90; del mismo modo Cárdenas Quiróz, Carlos, Op.Cit.,p. 21

<sup>57</sup> Ibídem.

<sup>58</sup> Farina, Juan M., (1993). Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, p.57.

<sup>59</sup> De la Puente y Lavalle, Manuel, Op.Cit, pp.89, 90, 162-164.

inevitable aceptación de las condiciones o bien de una falta total de posibilidades de renegociar o modificar las reglas fijadas.<sup>60</sup>

**g) La contractualidad:** En el sentido que son formuladas con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie de contratos futuros con elementos propios (sobre la identidad de las partes, el objeto, el fin económico que persiguen satisfacer los contratantes, las modalidades, etc).

**h) Constituyen el contenido parcial de los contratos:** A los cuales se incorporen. No forman el contenido total del contrato como sucede con el formulario de contrato por adhesión, sino que son elementos que se incorporan a la oferta cada vez que las partes celebran un contrato individual.

**i) Pueden ser incorporadas a contratos paritarios o a contratos por adhesión:** El contrato individual al cual se incorporan las cláusulas generales puede ser por adhesión, en cuyo caso no hay negociación de los términos y condiciones contractuales contenidos en el formulario ni del contenido normativo de las cláusulas generales, o puede ser paritario, caso en el que existe negociación del contenido contractual, pero no la hay respecto del contenido normativo de las cláusulas generales.

**j) Eliminación de la etapa de las tratativas respecto del contenido normativo de las mismas:** El cual a su vez, va a pasar a formar parte de la configuración interna de los contratos particulares que se celebren, lo que puede generar un peligro para la toma de una decisión adecuada en el mercado, razón por la que se justifica la intervención del Estado mediante la ley, el juez o la autoridad administrativa para evitar abusos, desequilibrios irrazonables e inequitativos.

**k) Son vinculatorias:** Las cláusulas generales de contratación solamente serán vinculatorias cuando se incorporen a los contratos futuros que se celebren con arreglo a

---

<sup>60</sup> Torres Vásquez, Aníbal, Op.Cit., p.150.



ellas. Si han sido aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas formuladas para contratar con arreglo a ellas, si no tienen tal aprobación se incorporan cuando han sido conocidas o conocibles por la contraparte.

### **2.2.3.2. Finalidad de las cláusulas generales de contratación:**

A nivel de la doctrina nacional, el tema ha sido tratado tangencialmente. Iniciaremos citando la Exposición de Motivos del Código Civil peruano, donde se expresa que las cláusulas generales de contratación son un medio contractual contemporáneo que se utiliza para el comercio a gran escala de bienes y servicios, pero su regulación en el Código -en palabras de los codificadores- fue motivada por los riesgos que presenta esta modalidad contractual ya que *“(...) no existe paridad entre los contratantes y uno de ellos ostenta todas las ventajas de su posición y no pocas veces se prestan a la comisión de abusos. De allí la razón que se ha tenido para legislarlas con detenimiento”*<sup>61</sup>. En esa misma línea de ideas, Max Arias Schreiber expone que: *“Cuando se preparó el Anteproyecto de la Parte General, llegamos a la conclusión de que era ineludible legislar sobre esta materia. Básicamente nos preocupaba el hecho de que quien establece el esquema impone sus reglas a la contraparte, la que de no adherirse simple y llanamente no celebra el contrato; todo lo cual agranda la brecha existente entre la parte fuerte y débil de la relación contractual. Había, en suma, que defender al consumidor”*.<sup>62</sup>

Alfredo Bullard, con un método de análisis distinto<sup>63</sup>, sostiene que la contratación masiva está orientada a reducir los costos de transacción en los contratos, pero, además,

---

<sup>61</sup> Revoredo De Debakey, Delia, Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Op. Cit., Vol. VI, pp. 54-55 y Max Arias Schreiber, Exégesis del Código Civil peruano de 1984, Op. Cit., pp. 160-161.

<sup>62</sup> Arias Schreiber Pezet, Max, Op. Cit., T.I., p. 157.

<sup>63</sup> El método que Bullard utiliza es el Análisis Económico del Derecho. El AED puede considerarse como una metodología de análisis que, sin renunciar a otros métodos, tiene la característica de

se vale para ello de otro presupuesto consistente en la eficiencia. Advierte que la regulación de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación en el Código Civil están destinadas a proteger al consumidor. Para este autor, el fenómeno de la contratación masiva se presenta como un problema de defensa y protección al consumidor, pero no desde la perspectiva del control o revisión del contenido contractual, sino del proceso de transmisión de información a los consumidores<sup>64</sup>. Según Bullard el “*legislador civil tuvo (...) una visión errada del problema. Se preocupó más de un poder económico supuestamente abusivo, que de cuidar la existencia de mecanismos adecuados de transmisión de información a los consumidores*”.<sup>65</sup>

Otro importante sector de la doctrina sostiene, que las cláusulas generales de contratación son consecuencia necesaria de la contratación en masa y están destinadas a facilitar esta contratación<sup>66</sup>. Según Manuel De La Puente y Lavalle, la función de la contratación masiva, a través de las cláusulas generales de contratación, es permitir el tráfico masivo de bienes y servicios, para lograr su fluidez, las cláusulas generales de contratación están orientadas a favorecer la producción y el comercio, y no al productor o al comerciante.<sup>67</sup>

---

valerse de ciertos elementos y conceptos de la Economía a fin de entender el Derecho desde otro ángulo. Para mejor entender podemos decir que, el AED es un método de valoración e interpretación de las reglas jurídicas, fundado en el criterio de la eficiencia, entendida como la asignación óptima de los recursos (es decir, la asignación que maximiza las utilidades en conjunto que se pueden recabar de los recursos mismos). En base a ello, una regla (o la posible interpretación de la regla) merece ser aprobada si orienta los comportamientos de los destinatarios de manera que garantiza la máxima eficiencia; es reprobada si legitima comportamientos ineficientes o menos eficientes de aquellos que serían inducidos por una regla (o una interpretación) diversa. Ver Bullard, Alfredo, *Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*, en *Derecho Civil Peruano, perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993.

<sup>64</sup> BULLARD, Alfredo, (1993). *La contratación masiva y la defensa del consumidor*, en *El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 28, 39 y 40.

<sup>65</sup> *Ibíd*em, pp.40-41.

<sup>66</sup> De La Puente y Lavalle, *Op.Cit.*, T.III, p.76.

<sup>67</sup> De La Puente y Lavalle, *Op.Cit.*, T.III, p.71-77.

## **2.2.4. La Teoría de la Ineficacia del Acto Jurídico:**

### **2.2.4.1. Acto jurídico eficaz:**

Mediante el acto jurídico, las personas regulan sus intereses con el fin de satisfacer sus diversas necesidades. Consiguientemente, el acto jurídico es celebrado para que produzca efectos jurídicos, es por ello que la ley lo define como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas. La eficacia del acto jurídico es el objetivo perseguido por la parte o las partes que lo celebran y también es el fin de la regulación legal de la autonomía privada.

El acto jurídico es eficaz cuando produce los efectos que le son propios, consistentes en la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, es decir, derechos y deberes. La figura del acto jurídico es regulada por el ordenamiento jurídico para que produzca sus efectos peculiares, y con ese fin realizar los sujetos los actos concretos<sup>68</sup> en la vida real. Tales efectos son los queridos por las partes (efectos voluntarios), además de los contemplados por el ordenamiento jurídico (efectos legales).

Como expresa Díez-Picazo y Ponce De León, *“Dentro del cuadro general de los efectos del negocio (eficacia negocial típica) podemos distinguir un grupo de efectos que se producen como realización práctica de un propósito lícito y tutelado por el ordenamiento jurídico y otro grupo de efectos que se producen por el imperio de la ley (eficacia negocial ex lege o eficacia legal), donde a su vez pueden distinguirse los efectos antepuestos a la disposición privada (eficacia legal imperativa) y los efectos propuestos al ordenamiento privado y que sólo funcionan en defecto de él (eficacia legal dispositiva o supletoria)”*.<sup>69</sup>

Por regla el acto jurídico solamente produce efectos para la parte, cuando es unilateral, o entre las partes, cuando es bilateral o plurilateral (principio de la relatividad

<sup>68</sup> ALBALADEJO, Manuel. (1993). *El Negocio Jurídico-Segunda Edición*. Boch, Barcelona. P. 403.

<sup>69</sup> DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. (1961). Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, en *Anuario de Derecho Civil*, serie I, N° 2, t. XIV, Fascículo II, Octubre – Diciembre, Madrid. p. 810.

del acto jurídico). En otros términos, el acto jurídico es una *res inter alios acta* (principio de relatividad del acto jurídico), produce efectos entre las partes, pero no los produce en favor ni en contra de terceros.

Excepcionalmente, el acto jurídico puede surtir efectos respecto de terceros (extraños al acto jurídico). Por ejemplo, el contrato de seguro de vida; el de seguro de crédito; el de seguro de responsabilidad civil; el contrato de fideicomiso; el copropietario puede adquirir servidumbres en beneficio del predio en común, aunque lo ignoren los demás copropietarios (Art. 1042° del C.C.). En fin, quedan comprendidos en las excepciones al principio de la relatividad del acto jurídico, todo acto por el cual una de las partes (el promitente) se obliga frente a la otra (el estipulante) a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (Art. 1457° del C.C.), así como los casos en los cuales es un tercero el que asume una obligación derivada de un acto en el cual no es parte; en las compras mediante tarjeta de crédito, el deudor primario del precio no es el comprador, si no la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

En el acto jurídico, generalmente, produce sus efectos desde el momento mismo en que se perfecciona (en que nace) y para el futuro, pero a diferencia de la ley, puede tener efectos retroactivos por voluntad de las partes o por disposición de la ley. Los efectos pueden ser inmediatos (como en una compra venta al contado) o diferidos (cuando, por ejemplo, en una compraventa se difiere el pago del precio o la entrega del bien), instantáneos (las prestaciones se pueden cumplir en un solo momento) o duraderos (dura la ejecución de la prestación, así, por ejemplo, el arrendador debe mantener al arrendatario en el uso útil del bien por todo el tiempo que dura el contrato).

Los modos de eficacia de un acto jurídico son los siguientes<sup>70</sup>:

---

<sup>70</sup> DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. (1961). *Eficacia del Negocio Jurídico*, en Anuarios de Derecho Civil, t. XIV, Fascículo II, Octubre – Diciembre, Madrid. pp. 812-813.

I) *Eficacia constitutiva de relaciones jurídicas*: Con el acto jurídico el sujeto o sujetos que lo celebran crean una relación jurídica que antes no existía. Por ejemplo, con el matrimonio se crea una relación jurídica entre marido y mujer; por el contrato de arrendamiento se crea una relación jurídica entre el arrendador y arrendatario.

II) *Eficacia modificativa de relaciones jurídicas*: Con el acto jurídico se puede alterar la estructura o contenido de un acto jurídico preexistente. Por ejemplo, cuando se incrementa o reduce una renta que viene pagando el arrendatario; la renovación de una obligación a su vencimiento por el plazo que acuerden las partes; el acreedor recibe como cancelación total o parcial un bien distinto del que se le debía.

III) *Eficacia preceptiva de la relación jurídica*: Con el acto jurídico no se crea una simple relación social, sino que se crea, modifica o extingue, una relación jurídica que no es otra cosa que un conjunto de derechos y deberes u obligaciones, respaldados por la fuerza coercitiva del Estado. Por eso, el acto jurídico es una norma particular vinculante para las partes en él involucradas. Las partes deben cumplir todo lo que el acto jurídico les impone y pueden hacer todo lo que les autoriza. Por ejemplo, en un contrato de compra venta, se establece que el vendedor está obligado a transferir la propiedad del bien vendido y el comprador está obligado a pagar el precio pactado; las partes contratantes deben adecuar su conducta a esta norma particular, porque si el vendedor no entrega el bien vendido o el comprador no paga el precio, pueden ser obligados a ello incluso coercitivamente. Las estipulaciones o cláusulas del acto jurídico no constituyen simples consejos o ruegos por las partes, por el contrario, son mandatos imperativos de obligatorio cumplimiento.

IV) *Eficacia declarativa*: Mediante el acto jurídico se puede constatar la existencia de una relación jurídica preexistente (como reconocer un hijo; reconocer una deuda) o aclarar un significado (esto sucede cuando se interpreta el acto jurídico).

V) *Eficacia extintiva de relaciones jurídicas*: Con el acto jurídico se puede poner fin a una relación jurídica. Por ejemplo, por el mutuo disenso las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto (Art. 1313° del C.C.).

VI) *Eficacia preliminar o previa*: A diferencia de los casos anteriores de eficacia definitiva del acto jurídico, es posible también una eficacia preliminar (o pre-eficacia o eficacia prodrómica). Por ejemplo, en los actos sometidos a condición suspensiva, pendiente ésta no surge la relación jurídica final (eficacia pendiente) que el acto debe producir, sin embargo, las partes están vinculadas por una relación preliminar consistente en derechos y deberes que no son los correspondientes a la situación final, sino que consisten en el deber que tienen las partes a no impedir o forzar de mala fe el cumplimiento de la condición y el derecho a los actos conservatorios del acreedor condicional. El contenido de la relación preliminar es compatible con el efecto final, que, en el caso del ejemplo, se alcanzará si es que se verifica la condición. Alcanzando el efecto final se extingue la relación preliminar.

VII) *Eficacia pendiente*: Esta se encuentra pendiente a que se verifique la condición suspensiva o la *conditio iuris* o a que se produzca el vencimiento del plazo suspensivo. En estos casos el acto jurídico subordina su eficacia, no su validez, a la verificación de un acontecimiento futuro.

El acto jurídico tiene una eficacia relativa, porque surte sus efectos solamente entre lo sujetos que en él son partes, por haber intervenido en su celebración por sí o mediante representante y frente a los sujetos que sin haber intervenido en la celebración son los destinatarios del acto jurídico y no frente a terceros.

Respecto de terceros, el acto jurídico es una *res inter alios acta* (una cosa hecha por otros). Los terceros no pueden adquirir derechos ni contraer deberes u obligaciones de un acto jurídico en el cual no son parte. El acto jurídico es un acto de ejercicio de la

autonomía de la voluntad privada para regular los intereses propios, no para invadir la esfera jurídica ajena. Este principio está contenido en el Artículo 1363° del C.C., que dispone que: *“los contratos solo producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”*. Aunque esta regla está referida solamente a los contratos, aunque puede aplicarse a todo tipo de acto jurídico, incluso puede ser trasladada al campo del acto jurídico disponiendo: *“el acto jurídico solo produce sus efectos entre las partes que lo otorgan y sus herederos”*. Sin embargo, ese principio no es absoluto, porque se presentan casos en que con un acto jurídico se puede afectar a personas que son ajenas a su celebración (el contrato en favor de tercero, los acreedores pueden solicitar que se declare la invalidez de los actos de sus deudores con los cuales se perjudique la recuperación de sus créditos, etc.). Es decir, el acto jurídico tiene una eficacia inter partes y también puede tener una eficacia respecto a terceros, en los casos previstos por la ley.

El acto jurídico vincula a las partes como la ley misma, o sea surte efectos entre las partes y sus herederos, salvo que se trate de derechos y obligaciones intrasmisibles. No produce efectos respecto a terceros, salvo en los casos previsto por la ley. Puede ser disuelto por mutuo disenso o unilateralmente cuando se ha conferido, convencionalmente o por la ley, a una de las partes el poder de liberarse unilateralmente del vínculo jurídico.

Los terceros se clasifican en terceros relativos: los sucesores a título particular y los acreedores, y los terceros absolutos. El sucesor a título particular sucede a una persona en determinado derecho, pero es extraño a los otros actos jurídicos realizados por su antecesor, los cuales no lo tocan para beneficiarlo ni para perjudicarlo. El acreedor puede interferir en los actos que realice su deudor cuando con tales actos ponen en peligro el recupero de la acreencia, por ejemplo, la acción pauliana, la acción de nulidad por simulación, o puede ejercer los derechos de su deudor cuando éste no los ejerce como

sucede con la acción oblicua o subrogatoria. Los terceros absolutos o *penitus extranei* son los que no tienen ninguna relación con los que son parte en un acto jurídico.

Celebrado el acto jurídico queda insertado como parte integrante del ordenamiento jurídico de una comunidad, de modo que no es solamente de interés de las partes, sino que puede también interesar y afectar a terceros, porque los actos jurídicos se celebran sobre la base de las situaciones jurídicas creadas por otros actos jurídicos ya celebrados anteriormente. Así, celebrado el matrimonio, este es algo que no interesa solamente, al marido o a la mujer, sino que otras personas tienen que contar con este hecho para determinar, por ejemplo, la cualidad de los bienes (si son propios o son comunes), la condición de los hijos (si son matrimoniales o extramatrimoniales, nacionales o extranjeros). Si recibimos de nuestro deudor un bien en garantía de pago de la deuda, lo hacemos sobre la base de un acto jurídico anterior, en el cual no somos parte, en virtud del cual nuestro deudor ha adquirido válidamente dicho bien. Luego, todo acto jurídico puede desplegar alguna eficacia frente a terceros.

Como el acto jurídico despliega alguna eficacia respecto de terceros, se puede clasificar a la eficacia en directa o indirecta. La directa se produce entre las partes y solo excepcionalmente respecto de terceros, cuando las partes o la ley así lo disponen. La eficacia indirecta se produce cuando el acto jurídico repercute en la esfera jurídica ajena como consecuencia de una conexión entre las diversas relaciones jurídicas, ya sea porque estas se encuentran en una relación de supraordinación o subordinación, o porque se condicionan recíprocamente (eficacia refleja). Por ejemplo, la venta del bien arrendado puede poner fin al arrendamiento no inscrito; si el acreedor acepta del deudor un bien en pago de la deuda, queda liberado el fiador. O, también, la eficacia indirecta se da cuando las partes fundan en el acto jurídico una pretensión frente a terceros o bien que opongan la celebración del acto jurídico a la pretensión mantenida por terceros frente a ellas, o



bien que terceros se valgan de la celebración del acto jurídico para fundar sus pretensiones frente a las partes.

#### **2.2.4.2. Acto jurídico ineficaz:**

Si el acto jurídico no produce sus efectos normales (todos o alguno de ellos) o deja de producir los efectos que se han venido produciendo es calificado de ineficaz. Dicho de otro modo, el acto es ineficaz tanto cuando no se dan los efectos (sociales, económicos, etc.) perseguidos, como cuando se hacen cesar o los efectos no pueden hacerse valer frente a ciertas personas.

El acto ineficaz no produce los efectos que le son propios, es decir, los que se deducen de su contenido o de las normas supletorias que lo regulan. Ello no impide que el acto ineficaz produzca otros efectos dispuestos por la ley, aunque no sean deseados por las partes (por ejemplo, la obligación de pagar los daños derivados del incumplimiento de un contrato).

El acto jurídico puede ser ineficaz entre las partes y frente a terceros o puede ser eficaz entre las partes, pero ineficaz u inoponible frente a terceros.

El acto jurídico es calificado de ineficaz cuando no produce ninguno de sus efectos o produce algunos, pero no todos.

#### **2.2.4.3. Causas de la ineficacia del acto jurídico:**

La ineficacia puede provenir:

1° De la invalidez del acto jurídico.

2° De causas extrañas al acto jurídico válido.

En el primero de los casos estamos frente a la denominada ineficacia estructural (denominada también ineficacia por invalidez o ineficacia originaria), y en el segundo

nos encontramos ante la ineficacia funcional<sup>71</sup> (llamada también ineficacia por causa extrínseca o ineficacia sobreviviente).

Un sector de la doctrina distingue entre la ineficacia o invalidez. Windscheid<sup>72</sup> dice que el negocio no vale si no reúne los requisitos exigidos por la ley, será ineficaz cuando por cualquier razón no produce efectos. Betti<sup>73</sup> manifiesta que un negocio en el cual falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales, o un contrato que carece de uno de los presupuestos necesarios, constitutivos del tipo negocial al que pertenece es inválido. En cambio, es ineficaz el negocio en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, y sin embargo impide su eficacia una circunstancia extrínseca a él. Hoy se siente la necesidad de superar el binomio ineficacia-invalidez, por aparecer como dos categorías diferentes, cuando en realidad la relación es de género a especie, puesto que el contrato inválido tiene que ser también ineficaz.<sup>74</sup>

#### **A. Causas de la ineficacia estructural:**

La ineficacia estructural determina la invalidez del acto jurídico. Las manifestaciones de la invalidez son la nulidad y la anulabilidad; la inexistencia, en nuestro ordenamiento jurídico, está asimilada a la nulidad.

El ordenamiento jurídico tutela a los actos de autonomía privada para que produzcan sus efectos jurídicos, siempre que se ajusten a los requisitos previstos en la ley, y sanciona con la nulidad o anulabilidad a los celebrados por las personas en su autonomía privada sin observar los requisitos previstos en la ley.

La ineficacia estructural puede deberse:

---

<sup>71</sup> MARTÍN PEREZ, José Antonio (1995). *La Recisión del Contrato*. Bosch, Barcelona. p. 186.

<sup>72</sup> WINDSCHEID. *Diritto Delle Pandette*. p. 326. Cit. MARTÍN PEREZ, José Antonio (1995). *La Recisión del Contrato*. Bosch, Barcelona. p. 183.

<sup>73</sup> BETTI, Emilio (1960). *Teoría General del Negocio Jurídico*. p. 468. Cit. MARTÍN PEREZ, José Antonio (1995). *La Recisión del Contrato*. Bosch, Barcelona. p. 184.

<sup>74</sup> MARTÍN PEREZ, José Antonio (1995). *Ob. Cit.*, p. 186.

1° *A causas inherentes a la estructura del acto jurídico.* Esto sucede cuando faltan los elementos intrínsecos que determinan su invalidez como son la falta de manifestación de voluntad (acto jurídico inexistente) o de los denominados “*requisitos de invalidez*” o elementos esenciales o sustanciales.

Origina la ineficacia estructural la ausencia de los requisitos *ad substantiam* (o requisitos de validez) en el momento de la concertación del acto jurídico. Esos requisitos sustanciales son: a) los comunes a todo acto jurídico: b) los señalados en el Art. 140° del C.C.; c) los exigidos por cada acto jurídico en particular, por ejemplo, la falta de precio en la compraventa (Art. 1529° del C.C.), la no inscripción del gravamen hipotecario en el registro de propiedad inmueble (Art. 1099° inciso 3 del C.C.); y d) los añadidos por las partes, por ejemplo, las partes pueden convenir que un acto jurídico no formal como es la compraventa, solamente quedará perfeccionado cuando sea elevado a escritura pública. La falta de cualquiera de estos requisitos legales o convencionales invalida el acto jurídico.

2° *Cuando el acto se ha celebrado contraviniendo normas que establecen su invalidez.* El acto, aun reuniendo sus requisitos de validez, es declarado inválido por la ley. Así, el acto celebrado contraviniendo normas imperativas, al orden público o las buenas costumbres (Art. 5° del Título Preliminar del Código Civil); cuando la condición suspensiva es ilícita o imposible (Art. 171° del C.C.); la condición potestativa depende de la mera voluntad del deudor (Art. 172° del C.C.). Casos como estos también afectan la estructura interna del acto, lo que determina su invalidez.

3° *Cuando el acto jurídico adolece de algún defecto por el que la ley autoriza su invalidación, y, con ello su ineficacia.* Por ejemplo, los actos celebrados por incapaces relativos o los llevados a cabo bajos los efectos del error, dolo, violencia o intimidación (Art. 222° del C.C.); el acto jurídico consigo mismo (Art. 166° del C.C.).

4° Cuando el acto jurídico es simulado carece de eficacia entre las partes y frente a terceros (Art. 193° del C.C.).

En estos casos estamos en presencia de la ineficacia por invalidez, lo que supone la presencia de una “condición de invalidez” en el acto mismo (ineficacia estructural).

El acto inválido o no produce efectos (acto nulo), o no los produce con la estabilidad prometida (acto anulable). La carencia de efectos, en los primeros, o la amenaza de destrucción que pesa sobre los segundos, proceden de un hecho intrínseco al acto como es la ausencia de un elemento esencial o la presencia de un vicio o defecto en estos elementos.

#### **B. Causas de ineficacia estructural:**

Entre algunos de los supuestos de ineficacia proveniente de causas extrañas a la estructura del acto jurídico podemos mencionar los siguientes:

1° *La condición y el plazo.* El acto jurídico celebrado bajo condiciones o plazo no produce sus efectos peculiares en tanto dure la pendencia de la condición o el plazo suspensivo, o desde que se verifica la condición resolutoria o se vence el plazo resolutorio.

2° *La resolución.* La resolución deja sin efecto un acto jurídico válido por causal sobreviniente a su celebración. Así, la resolución de la obligación por pérdida del bien debido antes de su entrega al acreedor (Art. 1138° del C.C.); la resolución del contrato cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación (Art. 1428° del C.C.); la resolución del contrato cuando la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible (Art. 1431° a 1434° del C.C.); la resolución del contrato cuando una de las prestaciones llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles y no es posible el reajuste para que cese la excesiva onerosidad (Art. 1440° del C.C.); la resolución del contrato por vicios ocultos existentes en el momento en que se

produce la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien (Art.1511° del C.C.).

3° *La rescisión.* La rescisión deja sin efecto un acto jurídico por causal existente al momento de su celebración; el acto rescindible no está afectado en su origen por una causal que determine su invalidez por nulo o anulable, pero si por una causal que puede dar lugar a su disolución. El código civil regula los siguientes casos de rescisión del contrato: a) La acción rescisoria por lesión (Art. 1447° del C.C.); b) La rescisión por venta de bien ajeno, acción que compete únicamente al comprador de buena fe (Art. 1539° del C.C.); y, c) La acción de rescisión que compete al comprador cuando el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor a un décimo de la indicada en el contrato (Arts. 1575° y 1578° del C.C.).

4° *El mutuo disenso o resciliación.* Por el mutuo disenso o resciliación, las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efecto, siempre que no perjudique el derecho de terceros (Art. 1313° del C.C.).

5° *La revocación.* La revocación es la declaración unilateral de voluntad por la que se deja sin efecto otra declaración de voluntad (o acto jurídico) de la misma persona, cuando esta tenga la potestad de hacerlo por ministerio de la ley. Por ejemplo, la revocación de la oferta (Art. 1384° del C.C.), del poder (Art. 149° del C.C.); del testamento, a fin de proteger la última voluntad del testador, la que no puede ser atacada mientras éste (el testador) viva (Art. 798° a 804° del C.C.); de la donación (Art.1637° del C.C.); en el contrato en favor de tercero, el estipulante puede revocar el derecho del tercero en tanto este no declare, tanto al estipulante como al promitente su voluntad de hacer uso de ese derecho (Art. 1464° del C.C.); en el contrato de mandato con representación, la revocación del poder implica la extinción del contrato (Art. 1808° del C.C.).

6° *La reversión*. Por la reversión el acto jurídico queda sin efecto debido a que el bien enajenado es restituido al dominio de quien ya fue su dueño. Así, en el contrato de donación, el donante puede reservarse el derecho de reversión del bien donado (Art. 1631° del C.C.).

7° *La retractación*. La retractación es el retiro del consentimiento prestado para el perfeccionamiento de un acto jurídico por quien tiene tal potestad. Así, el derecho que tienen las partes de retractarse del contrato preparatorio en el cual se ha entregado arras de retractación (Art. 1480° del C.C.); el derecho del comprador de retractarse del contrato cuando al momento de hacerse la venta había perecido una parte del bien (Art. 1533° del C.C.).

8° *El retracto*. El retracto deja sin efecto el acto jurídico con relación al comprador o al que recibe un bien en pago debido a que un tercero, facultado por la ley, se subroga en su lugar y en todas las estipulaciones del contrato. Las personas que tienen derecho de retracto son las señaladas en el Art. 1599° del C.C.

9° *La inoponibilidad*. El acto inoponible es ineficaz frente a unos sujetos y es eficaz frente a otros. Por ejemplo, el acto jurídico declarado ineficaz vía acción pauliana es ineficaz frente al tercero acreedor vencedor en dicha acción, pero es eficaz entre las partes que lo celebraron y frente a otros terceros; en otros términos, es inoponible, es decir, no se puede hacer valer frente al acreedor que promovió la acción pauliana, pero es oponible, o sea se puede hacer valer entre los sujetos que lo celebraron (Art. 195 y ss. del C.C.).

La inoponibilidad puede ser positiva o negativa. Es positiva cuando el acto, no estando en juego su validez y eficacia estructural, incide disfuncionalmente respecto de intereses de sujetos ajenos a los que lo celebraron, o sea la ley establece que el acto se tendrá como no celebrado frente a determinados terceros. Por ejemplo, es inoponible el

acto de disposición o gravamen celebrado por el deudor en perjuicio del acreedor quirografario (Art.195° del C.C.); la revocación del poder no comunicada a los terceros interesados en la celebración del acto jurídico (Art. 152° del C.C.).

La inoponibilidad negativa es cuando los que celebraron el acto jurídico no puede oponer la invalidez o ineficacia del acto a ciertos terceros, generalmente en protección de la seguridad jurídica y la tutela de la buena fe. Por ejemplo, la protección que proporciona el Art. 2014° del C.C. a los terceros sub adquirientes a título oneroso y de buena fe, que adquirieron de quien resulto titular del derecho transmitido en virtud de un acto que después se anula, rescinde o resuelve.

10° *La excepción de incumplimiento del contrato.* En los contratos con prestaciones recíprocas en que estas deban cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, es decir, el contrato deja de producir efectos, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento (Art.1426° del C.C.).

11° *La excepción de caducidad de plazo.* Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas, sobreviene el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primero lugar puede suspender su ejecución -se suspende la eficacia del contrato- hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento (Art. 1427° del C.C.).

12° *La separación de cuerpos.* Por la separación de cuerpos se suspende los deberes relativos al lecho y habitación y se pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales -deja de producir estos efectos- dejando subsistente el vínculo matrimonial (Art. 332° del C.C.).

13° *El divorcio.* El divorcio disuelve el vínculo matrimonial (Art. 348° del C.C.), o sea deviene definitivamente ineficaz.

14° *La caducidad*. El acto jurídico, en los casos que lo dispone el ordenamiento jurídico, pierde eficacia por el transcurso del tiempo o por otros hechos sobrevinientes al otorgamiento. Ejemplos, a) Por disposición del Art. 715° del C.C., el testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deje de estar en campaña y llegue al lugar del territorio nacional donde le sea posible otorgar testamento en las formas ordinarias (los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo (Art. 691° del C.C.); b) El testamento marítimo caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente el testador (Art. 720° del C.C.), debido a que en el plazo puede otorgar testamento en una de las formas ordinarias; c) El testamento caduca parcialmente, en cuanto a la institución de heredero: 1. Si el testador deja herederos forzosos que no tenía cuando otorgo el testamento y que vivan (o sea cuando con posterioridad al otorgamiento del testamento, el testador tiene hijos o los adopta, o siendo soltero, viudo o divorciado contrae matrimonio, en cuyo caso el cónyuge o los hijos tienen la calidad de herederos, modificándose así la sucesión testamentaria); o que estén concebidos al momento de su muerte, a condición de que nazcan vivos; 2. Si el heredero renuncia a la herencia o muere antes que el testador sin dejar representación sucesoria (o sea sin dejar hijos u otros descendientes), o cuando el heredero es el cónyuge y se declara la separación judicial por culpa propia o el divorcio (ósea el testamento no caduca si el cónyuge heredero no es el culpable de la separación o el divorcio, o si la separación es convencional); 3. Si el heredero pierde la herencia por declaración de indignidad o por desheredación, sin dejar descendientes que puedan representarlo (Art. 805° del C.C.).

Como se aprecia, en todas estas causas de ineficacia se deben a circunstancias extrínsecas al acto jurídico. A estos elementos, cuya ausencia produce la ineficacia de un acto jurídico que nace válidamente, se les reconoce como “*requisitos de eficacia*”. Así, por ejemplo, son requisitos de eficacia del acto: que se verifique la condición suspensiva



o que se cumpla el plazo suspensivo; que en los contratos con prestaciones recíprocas cada parte satisfaga su prestación, porque en caso de que una falte al cumplimiento de su prestación la otra puede optar por la resolución del contrato, y con ello se borre su eficacia; que el deudor no cause daño a su acreedor con sus actos de disposición o gravamen, porque en caso contrario el acto puede ser declarado judicialmente ineficaz frente al acreedor vencedor en la acción pauliana; que se produzca el fallecimiento del testador.

La ineficacia por falta de algún “*requisito de eficacia*” supone la existencia de un acto jurídico válido, pero, debido a un hecho externo, no produce efectos o no puede seguir produciéndolos, ya porque el acto válido es solamente un elemento de presupuesto normativo del cual se derivan los efectos, por ejemplo, el testamento válido no produce efectos sino a la muerte del testador (los elementos del presupuesto normativo son el testamento y el fallecimiento del testador), o ya por que las partes incumplen con ejecutar sus prestaciones, o por sobrevenida excesiva onerosidad de la prestación, o porque está pendiente la condición o el plazo suspensivo, o porque la prestación a cargo de una de las partes deviene en imposible, etcétera.

En otros términos, las causas de ineficacia del acto jurídico por invalidez (ineficacia estructural) son la nulidad (la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico esta asimilada a la nulidad) y la anulabilidad; y las causas de la ineficacia por falta de un *requisito de eficacia* (ineficacia funcional) son, por ejemplo, la rescisión, resolución, revocación, retractación, la pendencia de la condición o plazo suspensivo, la excepción de incumplimiento, la caducidad del plazo.<sup>75</sup>

Tanto las circunstancias intrínsecas como las extrínsecas son igualmente necesarias para la producción de los efectos jurídicos.

---

<sup>75</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis (1961). *Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico*. En Anuario de Derecho Civil, Serie I, N° 2, T. XIV, Fascículo II, Madrid. p. 824.

#### **2.2.4.4. Clases de ineficacia:**

La ineficacia del acto jurídico es de varias clases:

a. *Ineficacia Estructural e Ineficacia Funcional*: Cuando la ineficacia es estructural, el acto jurídico no produce efectos porque al momento de su concertación falta un elemento referido a su estructura o exige algún vicio. Por ejemplo, falta la manifestación de voluntad o cualquiera de los otros requisitos de validez enunciados en el Art. 140° del C.C., o la voluntad está viciado por error, dolo, violencia o intimidación (Art. 222° del C.C.). La causal de ineficacia estructural nace coetáneamente con la formación del acto.

Si la ineficacia es funcional, el acto no obstante de ser válido, no produce alguno o todos los efectos que le son propios por una causal extraña a su estructura, como puede ser la falta de la verificación de la condición suspensiva o verificación de la resolutoria, la resolución del contrato por incumplimiento (Art. 1428° del C.C.), la revocación de la donación por las causales de indignidad o desheredación (Art. 1637° del C.C.). La causal de ineficacia funcional casi siempre es sobreviniente a la celebración del acto jurídico.

b. *La Ineficacia Total o Ineficacia Parcial*: La ineficacia es total cuando afecta a todas las estipulaciones del acto jurídico, por consiguiente, no produce ningún efecto, por ejemplo, la declaración de nulidad o de resolución de una compraventa.

La ineficacia es parcial cuando en el acto produce una parte de sus efectos pero no los demás. El acto contiene una o más estipulaciones ineficaces junto a otras que son eficaces. Por ejemplo, el testamento produce los efectos queridos por el testador, menos las disposiciones en favor del notario y sus parientes, y de testigos testamentarios, por cuanto el Art. 688° del C.C. dispone que tales disposiciones son nulas. Otro ejemplo, nadie puede dar por donación más de los que puede dar por testamento, el contrato de donación es inválido, por tanto ineficaz, en la parte que exceda de esta medida (Art. 1629° del C.C.).

c. *Ineficacia Inicial e Ineficacia Posterior*: La ineficacia es inicial o *ab initio* cuando el acto jurídico no produce efectos desde su celebración, como en los casos siguientes:

1. El acto jurídico no ha quedado válidamente constituido, por lo que no puede producir efectos jurídicos (es acto nulo).

2. El acto jurídico ha quedado válidamente constituido, pero el ordenamiento jurídico, por alguna razón, establece su ineficacia. Por ejemplo, el donante que ha desmejorado de fortuna puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos (Art. 1633° del C.C.).

3. El acto se ha constituido válidamente, pero para que produzca sus efectos falta que concurra algún requisitos de eficacia (acto potencialmente eficaz). Por ejemplo, el acto sometido a condición o a plazo suspensivo.

Estamos frente a una ineficacia posterior cuando el acto inicialmente eficaz, o al menos potencialmente eficaz, sobreviene ineficaz por razones diversas, como, por ejemplo, los casos siguientes:

1° La presencia de vicios o defectos en los elementos esenciales o requisitos de validez pueden dar lugar a que ulteriormente el acto jurídico sea declarado ineficaz. Este es el caso del acto anulable a iniciativa de la parte, cuya determinación está afectada por los vicios de la voluntad. El acto anulable sobreviene ineficaz como consecuencia de la declaración judicial de nulidad.

2° El acto jurídico válido puede devenir en ineficaz cuando, por disposiciones de la ley o de las partes, concurren determinadas circunstancias que afecten las relaciones reguladas, caso en el que las partes puedan atacar el acto para destruir su eficacia. Ejemplos, la retractación, la rescisión, la resolución, entre otros.

3° Por su naturaleza, el acto jurídico permite su posterior destrucción por virtud de ciertos actos, así el caso de la revocación. Por ejemplo, el acto por el cual el notario

restituye al testador el testamento cerrado, produce la revocación de dicho testamento (Art. 700° del C.C.); la designación por el representado de un nuevo representante para el mismo acto para el cual había otorgado poder, importa la revocación del poder anterior (Art. 151° del C.C.) y con ello su ineficacia.

4° El acto tiene una eficacia temporalmente limitada o para que subsista necesita que se den determinadas circunstancias. Por ejemplo, el acto sujeto a condición o plazo resolutorio; el testamento militar caduca a los tres meses desde que el testador deja de estar en campaña y llega a un lugar del territorio nacional donde sea posible que otorgue testamento en las formas ordinarias prescritas en el Código (Art. 715° del C.C.).

d. *Ineficacia Legal e Ineficacia Voluntaria*: La ineficacia legal del acto jurídico está dispuesta por ley, el testamento no produce efectos sino a partir del momento de la muerte del testador (Art.686° del C.C.).

La ineficacia voluntaria está dispuesta por la voluntad del otorgante u otorgantes. Por ejemplo, los actos sometidos a condición.

e. *Ineficacia Definitiva e Ineficacia Transitoria*: El acto jurídico con ineficacia definitiva no tiene la posibilidad de llegar a ser eficaz. Por ejemplo, la ineficacia derivada de los actos nulos, los mismos que no pueden convalidarse por confirmación, ratificación o conversión.

El acto que adolece de ineficacia transitoria, llamada también ineficacia suspendida, no produce efectos temporalmente. Veamos algunos ejemplos: el acto cuya eficacia está subordinada a una autorización administrativa; el testamento mientras viva el testador; los actos bajo condición o plazo suspensivo, casos en los que el acto no produce efectos sino a partir de la muerte del testador, o de la verificación de la condición o del cumplimiento del plazo. Si estos hechos no se producen el acto deviene en ineficaz definitivo, por

ejemplo, si no se verifica la condición suspensiva, el acto jurídico queda definitivamente ineficaz.

f. *Ineficacia Absoluta e Ineficacia Relativa*: El acto jurídico con ineficacia absoluta carece de efectos para toda persona, por eso se dice que es una ineficacia *erga omnes*. Por ejemplo, el acto nulo no produce efectos para nadie, por cuya razón la acción para la declaración de nulidad puede ser hecha valer por quien quiera, que tenga interés, contra cualquiera.

La ineficacia absoluta puede ser total o parcial. Es total cuando todas las estipulaciones del acto no producen efectos para nadie como el caso de la compraventa nula. Y es parcial, cuando solamente algunas de las estipulaciones del acto no producen efectos a nadie, mientras que las otras surten todos sus efectos frente a todos los que quedan involucrados en dicho acto. Por ejemplo, en un testamento con estipulaciones a favor de los parientes del testador y otras a favor del notario ante el cual se otorgó, las primeras son eficaces ante los parientes o sus herederos (Art. 686 del C.C.), mientras que las estipulaciones a favor del notario adolecen de ineficacia absoluta, ni el notario ni sus herederos tienen derecho a reclamar herencia alguna (Art. 688° del C.C.).

Cuando la ineficacia es relativa, denominada también *strictu sensu*, el acto no produce efectos en cuanto a determinadas personas, pero sí con relación a otras. Los actos con ineficacia relativa se denominan inoponibles<sup>76</sup>. Ejemplos: el matrimonio putativo, es inoponible al cónyuge de buena fe y a los hijos (Art. 284 del C.C.); el acto declarado ineficaz vía acción pauliana produce efectos entre las partes que lo celebraron, pero no con relación al acreedor vencedor de dicha acción, es decir, es inoponible al acreedor triunfante en el proceso judicial (Art. 195 del C.C.); el contrato de arrendamiento no inscrito surte sus efectos entre las partes, pero no frente al adquirente de la propiedad del

---

<sup>76</sup> LLOVERAS DE RESK, María Emilia (1985). *Tratado Teórico-Práctico de las Nulidades*. Buenos Aires. De Palma.

bien arrendado, quien puede dar por concluido el arrendamiento (Art. 1708° inciso 2 del C.C.), o sea el contrato de arrendamiento no inscrito es inoponible al adquiriente del bien en propiedad; el acto celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le ha conferido es ineficaz con relación al representado, pero el representante queda obligado frente al tercero con quien celebró el acto (Art. 161° del C.C.).

La ineficacia relativa también puede ser parcial o total, según que solamente alguna de las estipulaciones del acto jurídico o todas ellas sean ineficaces frente a todos los sujetos.

g. *Ineficacia automática e Ineficacia Provocada*: La ineficacia automática opera de pleno derecho, *ipso iure*, por el solo mandato de la norma jurídica, no requiere de sentencia judicial que lo declare, y si se pretende ante los tribunales para que la declaren, la acción y la sentencia son meramente declarativas, se declara su estado de ineficacia ya existente. Por ejemplo, el acto al cual le falta la manifestación de voluntad (Art. 219 inciso 1 del C.C.). la ineficacia automática es creada por la ley en protección del interés general, razón por la que el juez puede declararla de oficio.

En la ineficacia provocada, el acto jurídico nace eficaz, pero deviene en ineficaz por una sentencia judicial que lo declare a instancia del sujeto autorizado por ley para impugnar el acto (acto impugnabile)<sup>77</sup>. La sentencia que declara la ineficacia del acto es constitutiva, puesto que declara ineficaz a un acto que hasta ese momento era eficaz. Por ejemplo, el acto jurídico anulable es eficaz desde su celebración, pero deviene ineficaz por defecto de la sentencia judicial que lo declara nulo (Art. 222° del C.C.). La ineficacia provocada es un medio de protección de intereses particulares, motivo por el cual

---

<sup>77</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis (1961). Ob. Cit. pp. 825 - 826.

solamente puede ser declarada a instancia de la parte interesada y autorizada por ley para impugnar el acto.

h. *Ineficacia Pendiente*: El acto jurídico tiene una plena eficacia actual, pero acaecido un suceso futuro el acto deviene en ineficaz. Por ejemplo, los actos sujetos a condición o plazo resolutorio, tienen plena eficacia, pero pendiente, ya que, si se cumple la condición o una vez llegado el término, cesan de producir sus efectos.

#### **2.2.4.5. La invalidez del acto jurídico:**

El acto jurídico válido es el que reúne todos los requisitos exigidos por ley (tanto los comunes a todo acto jurídico como los específicos para cada acto en particular), además de los voluntariamente añadidos por las partes, y siempre que tales requisitos carezcan de vicios que los afecten; caso contrario, deviene en inválido. En cambio, la eficacia está referida a la producción de efectos jurídicos.

Hay actos jurídicos, como el contrato que para que existan válidamente se requiere que, además de reunir todos los requisitos esenciales, las partes estén conformes sobre todas las estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria (Art. 1359° del C.C.). Sin embargo, el contrato, vale decir, el acto jurídico, puede tener validez reservada (suspendida) cuando carezca de alguna estipulación, siempre y cuando ésta sobrevenga; por ejemplo, el Art. 1360° del C.C. establece: *“es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, en cuyo caso opera retroactivamente”*. Si se comprueba que la estipulación reservada no puede ya sobrevenir, el acto no queda constituido válidamente, no hay contrato. Mencionaremos otro ejemplo; la validez de los actos jurídicos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el registro, queda subordinada a que se cumpla con este requisito de la inscripción y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a su inscripción; si se omite o retarda

el cumplimiento de estos requisitos, quienes lo hubieran celebrado serán ilimitadas o solidariamente responsables frente a aquellos con quienes hayan contratado y frente a terceros (Art. 7° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).

La concurrencia de todos los requisitos de validez determina que el acto jurídico exista válidamente; el concepto de “*validez del acto jurídico*” coincide con el de “*existencia del acto jurídico*”. El acto o negocio válido es existente para el Derecho. El acto al cual le falta alguno de los requisitos de validez adolece de nulidad absoluta (la inexistencia se asimila a la nulidad absoluta) (Art. 219° del C.C.) y si concurren los requisitos de validez, pero están viciados, el acto adolece de anulabilidad (Art. 221° del C.C.).

En definitiva, la invalidez constituye la hipótesis principal y característica de la ineficacia del acto jurídico. Es inválido un acto jurídico cuando la ley lo priva de sus efectos normales, por falta de uno de sus elementos esenciales, o por ser contrario al ordenamiento jurídico cuando viola normas imperativas, el orden público, o las buenas costumbres (no se puede calificar como válido a un acto jurídico que viola el ordenamiento jurídico).

De ordinario, el acto válido es también eficaz y el acto inválido es ineficaz. Sin embargo, que el acto sea válido no implica que necesariamente sea eficaz y sucede que hay actos inválidos que producen efectos.

No se debe identificar la invalidez con la ineficacia. La invalidez se refiere a una apreciación valorativa del acto, mientras que la ineficacia es atinente a sus efectos. La invalidez constituye una de las causales de ineficacia del acto, es decir, no toda ineficacia proviene de la invalidez, porque hay también una ineficacia de actos válidos (ineficacia funcional).



De lo expuesto se deducen dos principios generales: a) Todo acto jurídico válido es eficaz; y, b) Todo acto jurídico inválido es ineficaz; pero estos principios no son absolutos, porque presentan excepciones.

En efecto, no todo acto válido es eficaz<sup>78</sup>. Hay actos jurídicos válidos, pero ineficaces. La ineficacia de un acto válido puede deberse a la ley, por ejemplo, por disposición del Art. 686° del C.C., el testamento no produce efectos sino después de la muerte del testador (el supuesto de hecho de la norma contenida en el Art. 686° del C.C. está integrado por el testamento y la muerte del testador), o la voluntad de las partes, como el caso de un contrato celebrado bajo condición suspensiva que existe válidamente, pero es ineficaz durante la dependencia de la condición.

Tampoco no todo acto inválido es ineficaz. Hay actos inválidos pero eficaces. Veamos algunos ejemplos: a) Los actos anulables producen todos sus efectos en tanto no se declare la nulidad (eficacia provisional que puede ser definitiva si el acto es confirmado o por prescripción de la acción de anulabilidad); b) Un acto jurídico simulado es solo aparente, no existe como acto real, sin embargo, la simulación no puede ser opuesta al tercero que de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (Art. 194° del C.C.), es decir, la apariencia es eficaz por cuanto está legitimando el derecho del tercero; c) El matrimonio de un sordo mudo que no sepa expresar su voluntad de manera indubitable es nulo por falta de voluntad, pero si aprende a expresarse sin lugar a dudas y no ejercita la acción de nulidad dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó su incapacidad, el matrimonio se convalida, deviene en plenamente eficaz, por cuanto a caducado su derecho a pedir la nulidad (Art. 274° inciso 2 del C.C.); d) El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso un derecho de persona que en el registro público aparece con facultad para otorgarlo, mantiene su adquisición

---

<sup>78</sup> MESINEO, Francesco (1979). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires. p. 488.

una vez inscrito su derecho, aunque después se anule el del otorgante por causas que no aparecen inscritas (Art. 2014° del C.C.), o sea el acto inválido surte sus efectos frente al tercero adquirente.

El Código Civil reconoce dos formas de invalidez: la nulidad y la anulabilidad. A nuestro parecer, esta posición del código es correcta, porque de este modo se gradúa la reacción del derecho frente a las diferentes causales de invalidez del acto jurídico, respetando, cuando el caso lo amerite, el principio fundamental de la conservación del acto; además, se limitan las formas de invalidez a los dos tipos fundamentales que, según la experiencia tradicional, son indispensables y se evita un excesivo fraccionamiento. Sin embargo, con relación al acto anulable no hay acuerdo ni en la doctrina ni en la legislación sobre si es válido o inválido, en todo caso, si de él se puede hablar de validez será para referirse solamente, si cabe la expresión, a una validez provisional herida de muerte por la existencia de defectos o vicios que afectan los elementos esenciales de su propia estructura interna.

La nulidad y la anulabilidad, como dos formas o categorías de invalidez del acto jurídico, son supuestos de ineficacia estructural u originaria. A los actos jurídicos que tienen una estructura defectuosa, lo que sucede cuando ha sido formado con falta de algún elemento esencial o requisito de validez o contraviniendo el ordenamiento jurídico, el orden público o las buenas costumbres, la ley lo sanciona con la invalidez. En todos estos casos, el acto jurídico no ha llegado a formarse válidamente.

En materia de nulidades rigen Los principios: a) Nulidad y anulabilidad son supuestos de ineficacia estructural u originaria; b) Toda causal de nulidad o de anulabilidad deben necesariamente existir en el momento de la celebración del acto jurídico; no hay causales de nulidad o anulabilidad sobreviviente a la celebración del acto o negocio; y c) Las causales de nulidad y las de anulabilidad son establecidas por ley

(principio de legalidad); no hay causales de nulidad o anulabilidad establecidas por convenio; los magistrados están prohibidos de crear causales de nulidad o anulabilidad, pues ellos en su función de administración de justicia están sometidos a la ley.

El debate doctrinario sobre la validez o invalidez del acto o negocio anulable ha sido superado en el Código Civil que reconoce como inválidos a los actos nulos y a los anulables. Así, en materia de Derecho de Familia, el matrimonio nulo (Arts. 274° a 276° del C.C.) y el matrimonio anulable (Arts. 277° y ss. del C.C.) están comprendidos dentro de la invalidez del matrimonio que es el título que lleva el Capítulo Quinto, del Título I del Libro III. De otro lado, en el Libro II, Título IX, denominado Nulidad del Acto Jurídico, regula tanto la nulidad como la anulabilidad, por ejemplo, las causales de nulidad están señaladas en el Art. 219° del C.C. y las de anulabilidad en el Art. 221° del C.C.; esto es acorde con la doctrina que clasifica a la nulidad en absoluta y relativa. Existe una invalidez radical, absoluta, debida a motivos muy graves; la falta de manifestación de voluntad o de otros requisitos de validez del acto, y una invalidez relativa, provocada, generalmente debida a la existencia de vicios de la voluntad o a que el sujeto adolece de incapacidad relativa.

El acto anulable adolece de invalidez, pero este puede ser convalidado mediante confirmación.

Entre el acto nulo y el anulable existen las siguientes diferencias:

- El acto jurídico nulo le falta algún elemento esencial o requisito de validez o es contrario a las normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres; el anulable tiene un vicio en su formación. Es decir, la nulidad supone un defecto sumamente grave en la formación del acto jurídico, en tanto que la anulabilidad supone la existencia de un vicio en su formación.

- El nulo no produce los efectos que le son propios, aunque puede producir otros efectos como un hecho jurídico distinto (ejemplo, la indemnización de daños y perjuicios); mientras que el anulable si produce sus efectos, aunque puede no producirlos *ab initio* por efecto de la sentencia que lo declare nulo.
- Las causales de nulidad son establecidas en protección de intereses generales y públicos; las de anulabilidad son fijadas en protección de intereses particulares y privados.
- Son titulares de la acción de nulidad cualquiera de las partes, los terceros que tengan intereses económicos o morales que se deriven del acto nulo, el Ministerio Público en los casos que le toca intervenir y, aun, el juez puede declarar de oficio la nulidad que es manifiesta. En cambio, la acción de anulabilidad puede interponerla solamente la parte perjudicada por la causal.
- Los actos anulables pueden convalidarse mediante confirmación; los nulos no son confirmables.
- La sentencia en materia de nulidad es declarativa, mientras que la sentencia que declara nulo un acto anulable es constitutiva.
- La acción de nulidad prescribe a los diez años, y la de anulabilidad a los dos años.

#### **2.2.4.6. Acto jurídico inexistente:**

La figura del acto jurídico inexistente ha dado lugar a arduos debates doctrinales. La opinión dominante es la que identifica el “*acto jurídico inexistente*” con el “*acto jurídico nulo*”; solamente desde un punto de vista empírico y colocándose en el plano de los hechos es posible perfilar una noción de inexistencia material distinta de la inexistencia jurídica o nulidad. Según la teoría opuesta, la inexistencia es distinta a la nulidad, pues constituye un vicio más grande y radical que ésta, que excluye toda posibilidad de identificar el acto jurídico como tal.

Con el afán de clarificar esta cuestión, comencemos recordando que cualquier acontecimiento (natural o humano) o falta a de él, regulado por el Derecho, es un hecho jurídico. Las especies de los actos humanos con trascendencia jurídica son: el acto jurídico (ejemplo, un contrato), el acto meramente ilícito (ejemplo, escribir un libro), el acto ilícito doloso (ejemplo, un homicidio) o culposo (ejemplo, un accidente de tránsito que ocasiona un daño), el acto involuntario conforme con el ordenamiento jurídico (ejemplo, un loco se gana la lotería) o contrario al ordenamiento jurídico (un niño de corta edad dispara un arma de fuego y mata a otra persona). El hecho humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad orientada a producir efectos jurídicos consistentes en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es una especie de hecho jurídico, denominado acto jurídico o negocio jurídico. Por tanto, el acto jurídico así celebrado tiene existencia necesariamente, por lo que, a primera vista, resulta un contrasentido decir que un acto jurídico es inexistente, porque es como afirmar la inexistencia de lo que existe; no hay el binomio; “*acto jurídico existente*” y “*acto jurídico inexistente*”.

Todo comportamiento humano existe en la realidad como un evento positivo o negativo. Precisamente porque existe en la realidad es calificado por el derecho como jurídicamente existente (Ejemplo, un contrato, un homicidio) o inexistente jurídicamente (ejemplo, el juego de un niño). Por consiguiente, no todo evento que existe en la realidad tiene significación jurídica (no todo lo que existe en la realidad, existe jurídicamente); puede existir en la realidad e inexistir jurídicamente (ejemplo, no es jurídico el acto por el cual invito a un amigo a un paseo; si no concurro a la cita mi amigo no puede demandarme judicialmente).

De otro lado, hay hechos que no existen en la realidad, pero existen jurídicamente, por ejemplo, el hijo se presume matrimonial aunque la madre pruebe que no es de su

marido (Art. 362° del C.C.), es decir, realmente el hijo no es del marido, pero jurídicamente si lo es, bastando para ello que el marido diga que es su hijo aunque la madre pruebe fehacientemente que no es verdad. De ahí que una cosa es la “*realidad real*” y otra la “*realidad jurídica*”, aclarando sí que la “*realidad jurídica*” es la misma “*realidad real*”, pero valorada, concretizada, de tal forma de hacerla más convincente, solo excepcionalmente la “*realidad jurídica*”, por disposición expresa de ley, puede ser distinta a la “*realidad real*”, tal como, ejemplo, el caso del Art. 362° del C.C. De otra parte, los actos humanos que tiene defectos jurídicos, no siempre constituyen actos o negocios jurídicos, pero por producir efectos (si bien no negóciables) son hechos jurídicos (el matrimonio celebrado por el raptor con la raptada menor carente de discernimiento no constituye un “*acto jurídico*” -el matrimonio es inexistente-, pero si es un “*hecho jurídico*”, por cuanto el raptor tiene responsabilidad penal y civil).

Cuando en la doctrina se habla de “*acto jurídico inexistente*”, no se quiere afirmar la inexistencia de ningún “*hecho jurídico*”, sino se quiere decir que no existe un hecho que merezca la calificación de “*acto jurídico*” porque le falta algunos de los elementos esenciales previstos por el ordenamiento jurídico para que exista válidamente; hay sólo una “*apariencia de acto jurídico*” que, sin embargo, puede constituir un “*hecho jurídico*” si es que el ordenamiento jurídico le aneja efectos.

Si hay manifestación de voluntad, pero si falta un requisito de validez el acto jurídico es inexistente, pero esa voluntad manifestada puede constituir un hecho jurídico si tiene consecuencias jurídicas. Como dice Barbero<sup>79</sup>, “*la manifestación continua sienta ciertamente un “hecho” indestructible, pero no constituye “negocio”; y, por tanto, los efectos que puedan tener, no serán, de todos modos, “efectos negóciables”*”.

---

<sup>79</sup> BARBERO, Doménico (1967). *Sistema del Derecho Privado*, trad. De SANTIAGO SENTIS, Melendo. Buenos Aires. p. 634.

En situaciones como la mencionada, lo inexistente es un acto humano como “*acto jurídico*”, pero como “*hecho jurídico*” si puede existir si es que se produce efectos jurídicos. Así, si de mala fe se celebra un matrimonio ante funcionario incompetente, cuya incompetencia es conocida por ambos contrayentes, con el único propósito de tener acceso carnal; el “*acto jurídico del matrimonio*” es inexistente, y como tal no produce los efectos que le son propios (aunque de hecho los haya producido; por ejemplo, que se tiene por hijo matrimonial y así se inscribe en el Registro Civil a la persona que nace en el seno del “*supuesto matrimonio*”, inexistente para el derecho); pero como hecho jurídico (acto ilícito) existe, produce efecto por que da lugar a la responsabilidad administrativa, penal y civil del funcionario incompetente. Para la legislación Peruana, este matrimonio es nulo y la acción no puede ser planteada por los cónyuges (Art. 274° inciso 9 del C.C.).

Cuando el acto humano no constituye un hecho jurídico por no proyectar efectos susceptibles de crear relaciones jurídicas o de modificarlas o extinguirlas (por ejemplo, el contrato celebrado en broma o por razones de enseñanza, el matrimonio realizado en una representación teatral; la compraventa del bien propio, etc.), nos encontramos ante situaciones que excluyen toda posibilidad de identificar un hecho jurídico; sea en sus especies de acto jurídico o de acto ilícito, por consiguiente no requiere de regulación jurídica. No negamos que como eventos acaecidos tengan existencia real, lo que sucede es que no tienen existencia jurídica (como acto jurídico ni como hecho jurídico). Por sí solos no son idóneos para producir efectos negociales ni dan lugar a la responsabilidad administrativa, penal o civil. El derecho no tiene por qué ocuparse de ello por irrelevantes. Es obvio que con relación a ellos no puede operar ninguna convalidación por conversión, prescripción, caducidad, etc. De lo que sigue, que la teoría de la inexistencia

carece de utilidad práctica. Es ocioso y está fuera del ámbito del Derecho el seguir debatiendo sobre la existencia o inexistencia jurídica de hechos como los mencionados.

En cambio, hay otros hechos como, por ejemplo, el matrimonio de un enfermo mental, del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable, el acto con simulación absoluta, el celebrado bajo los efectos de la violencia física o por error en la declaración, etc., los cuales no son actos jurídicos por faltarle la manifestación de voluntad, pero que por desplegar consecuencias jurídicas, el ordenamiento jurídico unas veces los sanciona con la nulidad y otras con la anulabilidad. Son inexistentes como actos jurídicos, pero existen como hechos jurídicos.

El Código Civil peruano, al igual que la doctrina y su la legislación comparada predominantes, identifica la inexistencia con la nulidad del acto jurídico. Si falta la manifestación de voluntad o algún requisito de validez estamos frente a un acto inexistente que el ordenamiento jurídico califica como inválido, sancionándolo con la nulidad absoluta (Art. 219° del C.C.). En situaciones como la mencionada no es posible hablar de inexistencia sin vincularla con la nulidad, lo que justifica que autores como Capitant afirmen que las palabras “*nulidad absoluta e inexistencia son sinónimas*”.<sup>80</sup>

Barbero<sup>81</sup> se pronuncia sobre la equiparación entre la nulidad e inexistencia, pero reconoce que esta posición ha sido combatida enérgicamente. Por tanto, dice este autor, de hacerse la distinción, hay que tomar la “*inexistencia*” en un sentido *ante litteram* con relación al negocio; será inexistente el negocio no cumplido; lo cual es una perogrullada, como lo es la inexistencia de la casa no construida, de la persona no concebida, de la letra de cambio no firmada. Por ejemplo, es inexistente en este sentido, el contrato del cual solo se ha hecho la propuesta y no se ha dado ni puede darse la aceptación, el matrimonio con el consentimiento solamente de uno de los novios. No son ya inexistentes, en el

---

<sup>80</sup> COLIN, Ambrose y CAPITANT, Henry (1941). *Curso de Derecho Civil Frances*. T.I. Madrid. p. 190.

<sup>81</sup> BARBERO, Doménico (1967). Ob. Cit. p. 634.



mismo sentido, son inexistentes en cuanto nulos, el matrimonio entre las personas del mismo sexo, o celebrado en ausencia del oficial del estado civil, el testamento oral (llamado *nuncupativo*), pues aquí hay el hecho, pero le es negada la raíz, la relevancia negocial, que el sujeto o los sujetos se han propuesto. La cuestión es académica y se resuelve en estos términos: el negocio es “*inexistente*” cuando falta la declaración de voluntad (negocio “*no nato*”); puede ser “*nulo*” por defecto de forma o de requisito de sustancia (negocio nacido muerto).

La doctrina que acepta entre actos inexistentes y actos nulos no es uniforme en establecer la delimitación entre unos y otros. Para unos, el acto jurídico inexistente es aquel al cual le falta la manifestación de voluntad (el contrato del cual solo se ha hecho la oferta y no se ha dado la aceptación) o los requisitos de validez (elementos sustanciales)<sup>82</sup> y el acto nulo es el que infringe normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres (nulidad absoluta) o cuando sus requisitos esenciales adolecen de algún vicio (nulidad relativa o anulabilidad). Para otros<sup>83</sup>, la inexistencia se da cuando el acto no ha tenido ni un inicio de concepción por tanto no vale ninguna conversión, como sucede cuando falta la manifestación de voluntad (hay solo una sombra o fantasma de negocio). En cambio, será nulo, con nulidad absoluta o radical, cuando habiendo sido concebido, o sea, hay manifestación de la voluntad, pero le falta alguno de los requisitos de validez. Por lo que el acto se ha formado, pero nace muerto; no produce efectos.

Se afirma que la idea del acto inexistente surgió en el seno de la comisión que realizó los trabajos preparatorios del Código Francés del año 1804, atribuyéndose la paternidad al mismo Napoleón, quien, en el consejo de estado, al observar al que luego sería el Art. 146<sup>a</sup> del Código, hizo la distinción entre el matrimonio existente, per anulable, por haberse contraído con vicios del consentimiento, y el matrimonio inexistente, por

---

<sup>82</sup> AUBRY, C. y RAU, C. (1878). *Cours de Droit Civil Français*. Cuarta Edición. Paris. p. 118.

<sup>83</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1985). *El Negocio Jurídico*. Madrid, Civititas S.A., p. 464.

ausencia de consentimiento libre ante el oficial del registro civil<sup>84</sup>. Como dice Zannoni<sup>85</sup>, la doctrina francesa clásica consideró implícita la regla de que no hay nulidad sin texto expreso de la ley: *pas de nullité sans texte*. Aceptado este principio la doctrina se enfrentó con el caso del matrimonio que hipotéticamente se celebrara entre dos contrayentes del mismo sexo. Ninguna norma del Code sancionaba la nulidad del matrimonio, y, sin embargo, sería contrario a la razón reputarlo por eso válido; a partir de Zachariae y más tarde de Aubry y Rau, se esbozó este distingo: “*una cosa es existir con vicios y otra es no existir*”. El matrimonio de nuestro ejemplo sería, pues, inexistente.

Otros atribuyen la paternidad de la doctrina de los actos inexistentes a Zachariae<sup>86</sup>, quien, refiriéndose al matrimonio, distinguió entre condiciones esenciales y condiciones de validez del acto jurídico. Las primeras constituyen una cuestión de hecho, saber si el hecho que las leyes califican de matrimonio se ha realizado; y las segundas una cuestión de Derecho, saber si el matrimonio válido en los hechos, tiene validez en el Derecho. Si faltan las condiciones esenciales, el matrimonio es inexistente y si faltan las segundas es nulo.

La regla de las nulidades matrimoniales del Derecho Francés establecía *pas de nullités sans texte* (no hay nulidad sin texto expreso que la establezca).

Aubry y Rau<sup>87</sup> distinguieron entre “*actos lesivos*”, “*actos fraudulentos*” y “*actos inexistentes*”. Para estos autores, es imposible pensar en la existencia del acto jurídico cuando faltan los elementos relativos a su naturaleza o a su objeto, o cuando no está acompañado de las condiciones y solemnidades fijadas por ley. La ineficacia de estos actos no requiere de la declaración judicial y no son confirmables ni prescriptibles.

---

<sup>84</sup> DE LOS MOZOS, José Luís (1960). Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año CVIII. *La Inexistencia del Negocio Jurídico*. p. 470.

<sup>85</sup> ZANNONI, Eduardo A. (1986). *Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos*. Astrea. Buenos Aires. p. 139.

<sup>86</sup> ZACHARIAE, Kad S. (1857). *Le Droit Civil Francais, annoté et rétabli par G. Massé et Ch. Vergé*. Paris. Durand.

<sup>87</sup> AUBRY, C. y RAU, C. (1878). Ob.. Cit. p. 118.

Lafaille<sup>88</sup> dice que los franceses Zachariae y Aubry y Rau “inventaron la teoría de los actos inexistentes que dentro de la anarquía técnica y jurídica que reinaba entre los comentaristas del Código Francés, ayudó a salvar muchas dificultades”.

Baudry-Lacantinerie y Barde<sup>89</sup> distinguen entre “acto anulable” y “acto inexistente”. El acto inexistente es aquel que ha sucedido de hecho, pero que no tiene existencia legal, siendo una simple apariencia del acto y el acto anulable es el que reúne todos los elementos esenciales para su formación, pero que adolece de algún vicio que puede conducir a su anulación por la justicia. Propugnan que se unifique en una sola categoría a los actos radicalmente nulos y a los relativamente nulos; no admiten que se califiquen como nulos a los actos en que la existencia no es más que aparente porque puede conducir a equívocos. La anulación del contrato requiere de sentencia judicial, en cambio, la inexistencia opera de pleno derecho, si interviene la justicia es solo para constatarla. El contrato anulable produce efectos en tanto no exista una sentencia judicial que lo anule y el inexistente no produce ningún efecto. El contrato anulable puede ser atacado solo por determinadas personas, en cambio, la inexistencia puede ser invocada por todo aquel cuyo derecho pueda ser afectado, pudiendo el juez declarar de oficio que tiene una existencia aparente. El contrato anulable puede ser confirmado, no así el inexistente, lo que no existe no es susceptible de confirmación o de prescripción.

Josserand<sup>90</sup> distingue entre “actos inexistentes” (les falta un elemento constitutivo), “actos afectados de nulidad absoluta”, y “actos anulables”. Sustenta esta división, sosteniendo que la sanción no puede ser la misma para el caso de ausencia de consentimiento y para el supuesto en que el consentimiento este simplemente viciado. Las sanciones de los actos ineficaces son: la “inexistencia”, la “nulidad absoluta” y la

---

<sup>88</sup> LAFAILLE, H. (1930). *Curso de Derecho Civil*. B.J.A. p. 181.

<sup>89</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L. (1908). *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. T.3. Vol. 14. Paris. p. 268.

<sup>90</sup> JOSSERAND, Louis (1950). *Derecho Civil*. Buenos Aires. Trad. De SANTIAGO CUNCHILLOS y MANTE ROLA. p. 135.

“*nulidad relativa*” o “*anulabilidad*”. El acto inexistente es un “*acto abortado*”, esto es, algo más que nada, razón por la que excepcionalmente se le puede conceder ciertos efectos, por ejemplo, un matrimonio inexistente puede revestir el aspecto de un matrimonio putativo.

Contemporáneamente, el jurista italiano Scognamiglio<sup>91</sup> dice que para advertir la importancia decisiva de la distinción entre contrato existente y contrato inexistente, basta decir que la nulidad que opera como mera sanción del ordenamiento al contrato disconforme con sus prescripciones, constituye el resultado de una valoración normativa del acto, lo que presupone en todo caso su existencia (si el contrato no tiene existencia no tiene sentido indagar si es válido o no). De lo que se deduce que la inexistencia -si bien se refiere al no ser del contrato, y por consiguiente a cualquier cosa que esta fuera de toda calificación jurídica-, asume siempre un significado para el derecho porque permite identificar una figura y causa autónoma de irrelevancia e ineficacia del contrato. Según Scognamiglio, el interés por la noción de la existencia no surge cuando queremos referirnos a aquella especie en la cual nada concurre del contrato; la cuestión se presenta para la hipótesis-límite en la cual el recurso a tal noción se revela oportuno a los fines de una correcta sistematización, de no pocas figuras controvertidas de anomalías del contrato.

Así, es inexistente el contrato estipulado en broma, por razones de enseñanza, en escena; mientras no se haya producido el encuentro de la propuesta y la aceptación; cuando es irrealizable su función típica (por ejemplo, la compraventa de cosa propia), o cuando el contrato atípico no satisface un interés que merezca tutela jurídica o cuando se orienta a cumplir una función no permitida por el ordenamiento (por ejemplo, los pactos sucesorios), casos en los cuales no vale ninguna convalidación. Concluye Scognamiglio

---

<sup>91</sup> SCOGNAMIGLIO, Renato (1980). *Contratti in generale*. Milano. pp. 231 – 232.

diciendo que los argumentos en contra de la distinción caen frente al argumento ofrecido por la excepcional relevancia y eficacia indirecta que el derecho acuerda al contrato nulo, como son la conversión y otras medidas sanatorias que son instituciones características de la figura de la nulidad. Estas soluciones normativas responden a la exigencia de conservación del contrato nulo, del cual se presupone su existencia; mientras no se podrían, viceversa, referir a la hipótesis de inexistencia del contrato.

La doctrina del acto jurídico inexistente nació en el Derecho Francés como producto de la mentalidad de la exégesis, pero no está consagrada en el Código Civil de dicho país. Como afirman Planiol y Ripert<sup>92</sup>, la jurisprudencia francesa no se ha pronunciado nunca sobre los actos inexistentes. La palabra se encuentra en distintas sentencias, pero no es seguro que se le haya dado otro sentido que el de la nulidad.

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

El Código Civil Italiano de 1942, no admite la categoría de los actos jurídicos inexistentes; solamente considera a la nulidad y a la anulabilidad. Messineo<sup>93</sup> dice que: *“A pesar de que no se encuentre nunca en la ley el término “inexistencia” (e, incluso, en algún texto parezca equipararse inexistencia a nulidad; “nula o no subsistente de otra manera”), por más que el autor se tiende a distinguir entre negocio existente y negocio nulo, considerando que, en la inexistencia, no hay el hecho jurídico que pueda dar vida*

---

<sup>92</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1939). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. T. 2. La Habana. p. 199.

<sup>93</sup> MESINEO, Francesco (1979). *Ob. Cit.* p. 490.

*al negocio, mientras que en la nulidad el hecho jurídico existe, aunque sea ineficaz. Podemos limitarnos a replicar que la falta de utilidad práctica de la distinción, porque, aun refiriéndose a la nulidad, los efectos negativos de ésta no son menos intensos que los que derivan de la inexistencia”.*

Barbero<sup>94</sup> sostiene que el negocio “nulo”, a manera de un nacido muerto, es como si jamás hubiese sido realizado. En calidad de “*negocio jurídico*” bien se lo puede calificar de inexistente; inexistencia y nulidad son perfectamente sinónimas; a la verdadera “*nulidad*” se le denomina también “*inexistencia*”.

Compartimos la opinión que no distingue entre actos inexistentes y actos nulos, asimilando los primeros a los segundos. Algunas razones que fundamentan esta posición:

a) El “*acto jurídico es inexistente*”, porque le falta un elemento *ad substantiam*, en la realidad existe como evento acaecido (tiene existencia material, pero no es acto jurídico) y como tal tiene la posibilidad de producir algún efecto, por lo que puede devenir en hecho jurídico; por tanto, ante la ausencia de un elemento sustancial, la apariencia del acto jurídico tiene que ser sancionada con la nulidad absoluta.

Por una lógica elemental, no se puede afirmar que “*existe válidamente*” como “*acto jurídico*” un “*acto humano*” al cual le falta la declaración de voluntad (porque el sujeto carece de discernimiento, o actúa bajo los efectos de la violencia física, etc.), o los requisitos de validez, o cuando el objeto o la causa-fin son ilícitos, el objetivo es imposible o indeterminado, o cuando contraviene a las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En tales casos bien se puede afirmar que el acto es inexistente como acto jurídico (pero puede existir como hecho jurídico); es improductivo de efectos negociales, por lo que el ordenamiento jurídico lo sanciona con la nulidad

---

<sup>94</sup> BARBERO, Doménico (1967). Ob. Cit. p. 633.

absoluta. Por consiguiente, para el Derecho, inexistencia y nulidad del acto jurídico son expresiones equivalentes.

El acto es inexistente porque nada concurre en él, del acto jurídico ni del hecho jurídico (ejemplo, el contrato celebrado en broma), no necesita de regulación legal para declarar su inexistencia. De él no se ocupa ni tiene por que ocuparse el Derecho.

b) Aun admitiéndose la distinción entre “*acto jurídico inexistente*” y “*acto jurídico nulo*”, si las consecuencias de ambos son las mismas, adolecen de ineficacia absoluta desde el inicio y a perpetuidad, tal distinción carece de utilidad práctica<sup>95</sup>. Por tanto, no se justifica una regulación de la inexistencia aplicada a situaciones donde únicamente hay nulidades.

c) Tanto en el acto jurídico nulo como el inexistente, pueden llegar a tener existencia como actos jurídicos válidos y eficaces. Por ejemplo, un contrato celebrado entre dos menores de 16 años es un hecho que existe en la realidad, pero jurídicamente es inexistente por no tener la calificación del acto jurídico, pero puede llegar a tenerlo por efecto de la prescripción de la acción de nulidad.

d) No pocas veces se manifiesta la dificultad de distinguir los casos de inexistencia de los de nulidad. Así, la presencia del funcionario público que solemniza el acto es condición de existencia del acto jurídico matrimonio. ¿Qué sucede con el matrimonio celebrado ante funcionario público incompetente? Para Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcade<sup>96</sup>, el matrimonio es inexistente y no nulo. En cambio, para Planiol y Ripert<sup>97</sup>, si la incompetencia es por razón de la persona, del lugar o de las funciones, el matrimonio es nulo y no inexistente; la apariencia de matrimonio debe desechar la teoría de la inexistencia.

---

<sup>95</sup> LLOVERAS DE RESK, María Emilia (1985). Ob. Cit. p. 53.

<sup>96</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, G. y HOUQUES-FOURCADE, M. (1908). Ob. Cit. p. 442.

<sup>97</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1939). Ob. Cit. p. 209 y ss.

e) Muchas veces el acto jurídico inexistente, al igual que el nulo, produce todos o algunos de los efectos del acto jurídico; y, tanto el uno como el otro son susceptibles de prescripción. Por ejemplo, una compraventa con simulación absoluta es un acto jurídico inexistente porque no hay obligación de transferir la propiedad de un bien ni de pagar el precio (no puede haber compraventa sin que el vendedor se obligue a transferir la propiedad de un bien y sin que el comprador se obligue a pagar el precio del dinero), pero esta inexistencia de la compraventa no puede ser opuesta al tercero que de buena fe y a título oneroso haya adquirido la propiedad del bien titular aparente, es decir, la compraventa inexistente produce todos sus efectos frente a dicho tercero. Aún más, esta compraventa simulada, inexistente, puede llegar a producir todos los efectos negociales entre las partes y frente a cualquier tercero, por efecto de la prescripción de la acción de nulidad por simulación. Lo que equivale a firmar que la “*nada jurídica*” (en el ejemplo no hay contrato de compraventa) puede producir efectos jurídicos, lo que no es extraño en el derecho.

#### **2.2.4.7. Nulidad y anulabilidad, diferencias:**

Eliminada la distinción entre actos inexistentes y actos nulos, queda únicamente la distinción entre actos nulos que carecen de efectos (*quod nullum est nullum producit effectum*), y actos anulables que producen normalmente sus efectos, pero están amenazados de destrucción a petición de parte interesada. A los actos nulos se les denomina también actos con nulidad radical o nulidad absoluta, y a los anulables, actos con nulidad relativa o actos impugnables<sup>98</sup>, o actos provisionalmente válidos o actos con invalidez pendiente<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> VON TUHR, Andreas (1947). *Derecho Civil, Teoría General del Derecho Civil Alemán*, trad. De TITO RAVÁ, Depalma. Buenos Aires. p. 308.

<sup>99</sup> SAVIGNY, M.F.C. (1978 – 1979). *Sistema de Derecho Romano Actual*. Trad. MESIAS, Jacinto y POLEY, Manuel. Segunda Edición, Góngora y Compañía Editores. Madrid. pp. 344-345.



La nulidad sea absoluta o relativa, es una sanción de validez preinscrita por la ley por adolecer el acto jurídico de la falta de un elemento sustancial o por la existencia de defectos o vicios en el momento de su celebración. Esto significa que la nulidad solamente se produce por una causa originaria, congénita, orgánica. Consustancial al acto, como es la violación de una forma imperativa, la falta de un requisito de validez o la existencia de vicios de la voluntad.

Se habla de nulidad expresa o textual cuando es dispuesta por la ley (ejemplo, Art. 219° inciso 1 que dice: “*el acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente*”), y la nulidad virtual o tácita cuando no estando sancionada expresamente, se deduce por el acto contrario a norma de carácter imperativo, al orden público o a las buenas costumbres.

Tanto la nulidad como la anulabilidad se deben a causas existentes (no a causas sobrevenidas) al momento de la celebración (o perfeccionamiento, conclusión o concertación) del acto jurídico; no hay una invalidez sucesiva. La nulidad y la anulabilidad operan solamente por disposición expresa del ordenamiento jurídico.

Cuando el “*acto*” le falta los elementos esenciales para su validez como “*acto jurídico*” o cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, el ordenamiento jurídico lo sanciona con la nulidad absoluta, privándolo de su fuerza vinculante de autorregulación de interés privado. El acto jurídico nulo está destituido de todo efecto jurídico; es inválido e ineficaz desde el inicio, salvo ordenamiento jurídico, excepcionalmente, le confiera algunos efectos. En cambio, cuando nos faltan los elementos esenciales, pero estos presentan vicios, el ordenamiento jurídico sanciona al acto con la anulabilidad. El acto jurídico anulable produce todos sus efectos desde el inicio, pero puede ser declarado judicialmente nulo a iniciativa del sujeto cuya determinación éste vicia por incapacidad relativa, por vicios de la voluntad o cuando es

perjudicado por un acto disimulado (simulación relativa). El acto jurídico anulable es inválido, por ineficaz. La ineficacia del acto anulable es sucesiva, sobreviene como consecuencia de la declaración de nulidad. Por ser inválido puede ser convalidado mediante confirmación o por prescripción de la acción de anulabilidad. Metafóricamente se dice que el acto nulo nace muerto y el anulable nace gravemente enfermo.

La nulidad absoluta constituye el modo más eficiente de reacción del derecho contra los actos jurídicos que se ponen a sus disposiciones, y se produce *ipso iure*, sin necesidad de impugnación previa, es decir, para que la nulidad opere como causal de ineficacia, no tiene la necesidad de ser declarado judicialmente; las partes se pueden comportar como si ese evento nunca hubiese tenido lugar.

En cambio, el acto anulable produce sus efectos y los producirá en forma definitiva si es confirmado o como consecuencia de la prescripción de la acción de anulabilidad, o cesará de producirlos si es declarado judicialmente nulos.

La nulidad está establecida por el ordenamiento jurídico en protección no solamente de intereses privados, sino también de intereses en general de la comunidad, de allí está legitimados para promover la acción de nulidad cualquiera que tenga interés, pudiendo ser declara de oficio por el Juez. Por el contrario la anulabilidad está establecida en exclusiva protección de intereses particulares, por lo que está legitimado para instar la acción únicamente la parte interesada cuya determinación está viciada o el tercero afectado con la simulación relativa.

El acto nulo, reputado inexistente para el derecho no puede ser convalidado mediante confirmación. El acto anulable si puede ser confirmado expresa o tácitamente. Sin embargo, el acto jurídico nulo, radicalmente nulo, absolutamente nulo, por disposición del ordenamiento jurídico de lo que puede todo hasta considerar vivo al muerto o muerto al vivo, puede desplegar toda su eficacia, como si se tratara de un acto jurídico valido,

como consecuencia de la prescripción de la acción de la nulidad a los diez años (Art. 2001° inciso 1 del C.C.); así es y así debe ser por razones de seguridad y estabilidad jurídicas a fin de que los seres humanos podamos vivir en paz y no en conflictos eternos.

El hecho de que el acto carezca de efectos no impide que el hecho se establezca o se pretenda establecer relaciones a tenor del acto nulo (ejemplo, en la compraventa nula, el aparente comprador se posesiona del bien). Esto puede dar lugar a la necesidad de obtener una declaración de nulidad para hacer cesar el estado de hecho o cortar la perturbación, ya que nadie puede hacer justicia por su propia mano. La acción (demanda, excepción o reconvención), sino a destruir la apariencia de validez, haciendo constar que la realidad ha quedado inmutable no obstante al acto; por tanto, la sentencia que declara la nulidad de un acto que adolece de nulidad absoluta no tiene carácter constitutivo, sino simplemente declarativo<sup>100</sup>. Lo que no sucede con el acto anulable que produce normalmente sus efectos si es declarado judicialmente nulo, estos efectos se extinguen; por consiguiente, la sentencia que declara nulo un acto anulable tiene carácter constitutivo (extingue los efectos producidos). En otros términos, la sentencia que pronuncia la anulación es constitutiva, mientras que la que declara la nulidad es declarativa. La declaración de anulación produce, en la relación entre las partes, una situación jurídica nueva.

La acción de nulidad prescribe a los 10 años (Art. 2001° inciso 1 del C.C.). Para algunas legislaciones (por ejemplo, la italiana –Art. 1422°-, la argentina) de la absolutez de la nulidad se desprende no solamente la total ineficacia del acto nulo, sino también la imprescriptibilidad de la acción. Y la acción de anulabilidad prescribe a los 2 años (Art. 2001° inciso 4 del C.C.).

---

<sup>100</sup> ALBALADEJO, Manuel (1993). *El Negocio Jurídico, 2da Edición*. Bosch, Barcelona. p. 413.

Finalmente, la diferencia fundamente entre nulidad y anulabilidad radica en el hecho de que la suerte del acto jurídico, en la hipótesis de la anulabilidad, a diferencia de la nulidad depende esencialmente de la voluntad de la parte afectada.

#### **2.2.4.8. Tratamiento legal de la ineficacia:**

Nuestra legislación no distingue claramente entre la validez y la ineficacia del acto jurídico. Como hemos dicho, el acto es invalido cuando le falta o está viciado algunos requisitos exigidos para que llegue a configurarse, teniendo en cuenta tanto los requisitos generales comunes a todo tipo de acto, señalados en el Artículo 140° del C.C., como los requisitos específicos adicionales exigidos para cada acto en particular, además de los añadidos por la voluntad de las partes; y es ineficacia cuando, siendo válido o inválido, no puede producir todos o partes de los efectos que le son peculiares o cuando los efectos no son oponibles a ciertos terceros o cuando cesan de producirse los efectos que venían produciéndose.

Existe la ineficacia estructural o invalidez que supone una causal coetánea a la celebración del acto jurídico, que no depende de la voluntad de la gente, si no que se funda en el principio de legalidad, la ineficacia funcional que se debe generalmente a una causa sobreviniente a la celebración del acto jurídico, salvo escasas excepciones como el de la rescisión del contrato en la que la causal existe en el momento del perfeccionamiento de dicho acto jurídico. La ineficacia estructural presenta dos categorías, la nulidad y la anulabilidad. La ineficacia funcional supone la existencia de un acto jurídico válido, sin anomalías en su estructura. Las causas de ineficacia funcional se deben a defectos extraños a la estructura del acto jurídico o a pacto entre las partes que celebraron el acto jurídico (mutuo disenso).

No se puede identificar validez con ineficacia, porque reuniendo el acto los requisitos de validez y sin vicio alguno que los afecte, una circunstancia de hecho extrínseca o

intrínseca (que no constituye requisito de validez) puede impedir su ineficacia. De acuerdo a esta consideración, la ineficacia puede deberse: a) A la invalidez del acto, es decir, a causas internas, y b) A causas externas a un acto válido.

El ordenamiento jurídico regula tanto la ineficacia por invalidez (ineficacia estructural) como la ineficacia debida a causas externas a un acto válido (ineficacia funcional). En este estudio nos referimos solamente a la ineficacia estructural o por invalidez.

Conforme al ordenamiento jurídico civil, los derechos reales o personales sobre bienes transmitidos o terceros por quienes han llegado a ser propietarios en virtud de un acto ineficaz, ya por haberse declarado nulo, rescindido o resuelto, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamos del poseedor actual, salvo los derechos de los actos adquirientes de buena fe y a título oneroso, quienes mantienen su adquisición. Para confirmar esta regla, transcribimos a título de ejemplo los siguientes artículos: Art. 194° del C.C., la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quienes de buena fe y a título oneroso hayan adquirido derechos del titular permanente. Art. 1372° del C.C., la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicialmente o extrajudicialmente. En ambos casos los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este artículo cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos de buena fe. El Art. 2014° del C.C., establece: *“El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de las causas que no*

*consten en los registros públicos. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.*

El Código Civil reconoce como únicas formas de invalidez: la nulidad y la anulabilidad. En sentido conforme a este criterio legal se ha pronunciado la Corte Superior de Lima: *“Para que el acto jurídico tenga existencia jurídica es necesaria la presencia de elementos tales como la manifestación de voluntad, la capacidad, el objeto, la finalidad y la forma, que vienen a constituir los requisitos esenciales para su validez; que la carencia de uno de los requisitos es la que conduce a la nulidad de dicho acto; que nuestro ordenamiento civil distingue dos clases de nulidades: la que tiene por principio el interés público (absoluta) y la que se concede en favor de determinadas personas por perjudicas su derecho (relativa), la primera conduce al acto nulo y la segunda al acto anulable... que al producir inicialmente sus efectos, a pedido de parte puede devenir nulo”* (2da Sala Civil de la Corte Superior de Lima, Exp. 1640-91).

El Código Civil utiliza como sinónimas las expresiones nulidad absoluta e inexistencia del acto jurídico y vincula la invalidez con la nulidad. No hay una terminología constante para indicar a la nulidad; unas veces se habla de nulidad, otras de invalidez y otras se dice *“no hay”* acto jurídico, *“no tiene eficacia”*, *“no puede adquirir derechos”*, etcétera.

Con la nulidad absoluta, el ordenamiento jurídico priva al acto jurídico de la fuerza vinculante que tiene como autorregulador de intereses privados. Por tanto, el acto nulo adolece de ineficacia absoluta, salvo que excepcionalmente el ordenamiento jurídico le vincule ciertos efectos. Así, el acto jurídico nulo puede ser fuente de efectos, aun de ellos negociales, en la medida en que las partes, si bien no vinculadas, han ejecutado prestaciones que no parece justos sean efectuadas por la nulidad. Ejemplo, la nulidad del contrato de trabajo, no puede tener efecto respecto de la parte del trabajo ya realizado; la

nulidad del contrato de arrendamiento no puede afectar el derecho del arrendador de cobrar la renta por el tiempo en que el arrendatario ya usó el bien; la declaración de nulidad del acto constitutivo de sociedad no puede afectar la eficacia del acto realizado en nombre de la sociedad (relaciones contractuales de hecho). Otras veces el ordenamiento jurídico dispone que el acto jurídico nulo produce todos sus efectos frente a los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso; por ejemplo, el acto nulo por simulación absoluta no puede ser opuesto a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente. O en fin, el acto nulo, puede producir algún efecto singular, que si bien no sirve para realizar ni siquiera en parte la finalidad perseguida por los estipulantes, encuentra su razón de ser en la actuación de mala fe una de las partes, con la consiguiente sanción de resarcimiento del daño causado (interés negativo). En sentido aproximado al expuesto se ha pronunciado la jurisprudencia española al sostener que *“no toda disconformidad con la ley ha de llevar siempre consigo la sanción extrema de nulidad, ni que sea preciso por la validez de los actos contrarios a la ley, que tal validez sea dispuesta de modo textual en la Ley misma. El art. 6.3 del código civil español no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que da lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: a) aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y determinante de la ley que así lo disponga; b) actos contrarios a la Ley, en que la ley misma disponga, que a pesar de ello, su validez, debiendo reconocerles validez a tales actos “contra legem”; y, c) actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que este formule declaración expresa sobre su nulidad o validez”*.

### **2.2.5. La Cláusula Anticorrupción en el Perú:**

En el diseño de la versión del contrato de asociación público-privada, se deberá incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad. Esto deberá plasmarse durante la fase de estructuración.

Así lo dispone el Decreto Supremo N° 068-2017-EF, publicado el martes 28 de marzo en el diario oficial *El Peruano*, que modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

Asimismo, se establecen nuevos requisitos que deberán contener las bases para la licitación pública mediante asociaciones público privadas. Así, por ejemplo, deberá fijarse una garantía de impugnación. Conforme a ella, cuando el costo total de inversión sea superior a trescientos mil UIT, las bases deben especificar que la garantía de impugnación será del 0.5 % de ese monto. Asimismo, esta garantía será del 1% del costo total de inversión cuando esta sea menor a trescientos mil UIT. Por otro lado, en caso se trate de proyectos que no contengan componente de inversión, la garantía será calculada utilizando el costo total del proyecto.

Del mismo modo, se han incluido otros requisitos para las bases, tales como: garantía de seriedad de propuestas, mecanismos para contrarrestar la presentación de ofertas temerarias y mecanismos que fomenten la competencia, transparencia y eviten actos de corrupción.

Además, se precisa que tanto el proponente como el postor adjudicatario podrán solicitar al Organismo Promotor de la Inversión Privada la reserva de la información prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo N° 043-2003-PCM).



Lo que viene ocurriendo en el caso Odebrecht ha ido mostrando algunos vacíos normativos sobre cómo actuar, por ejemplo, para impedir la fuga de capitales, para evitar la transferencia de propiedad, para asegurar el pago de la reparación civil a favor del Estado y que todo ello se realice sin paralizar las obras que el país requiere.

Frente a ello, a través de un mensaje a la Nación, en el año 2017, el presidente Pedro Pablo Kuczynski anunció nuevas medidas del Ejecutivo en la lucha anticorrupción. Entre ellas, destaca la decisión de suspender el derecho de las empresas cuestionadas de realizar transferencias de dinero al exterior, la retención de cualquier pago pendiente que tenga el Estado a favor de estas empresas, y si alguna de ellas desea vender sus bienes el comprador, deberá presentar ante el Ministerio de Justicia una solicitud en la que manifieste su interés y deberá depositar en la cuenta del fideicomiso el monto fijado, hasta ese momento, de reparación civil.

Estas medidas buscan ser el primer paso para tratar de prevenir que no se rompa la cadena de pagos, evitar que la población se perjudique con estos actos de corrupción e intentar que el Estado pueda recuperar parte del dinero que le fue sustraído a través de la corrupción, y en ese sentido es saludable. Sin embargo, aún quedan algunos vacíos que será necesario llenar a la brevedad. Por ejemplo, ¿qué criterios tomará en cuenta el Ministerio de Justicia para decidir qué empresa puede o no puede comprar los activos de alguna de las compañías cuestionadas? Para evitar cualquier malentendido, estos criterios deberían ser de conocimiento público en el menor tiempo posible.

Por otro lado, el presidente Kuczynski indicó que todos los contratos de concesión del Estado obligatoriamente incorporarán la cláusula anticorrupción. Se trata de una buena decisión, pero no basta. Por ejemplo, en el caso del gasoducto del sur, la discusión fue si para aplicar la cláusula era necesaria una sentencia judicial consentida, o si con la declaración de uno de los miembros del consorcio era suficiente. Si se requiere de

sentencia tomaría mucho tiempo antes que el Estado pudiera dejar sin efecto estas concesiones, con lo cual la medida no sería todo lo eficiente que se cree. El Gobierno está dando primeros pasos positivos y requiere serenidad para convertirlos en eficientes.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) incorporará en todos sus contratos de concesión una cláusula anticorrupción, en línea de lo anunciado por el presidente Pedro Pablo Kuczynski, en materia de lucha anticorrupción.

Para ello, el MTC ha solicitado hoy a los contratistas y concesionarios, incluir la cláusula en todos los contratos de concesión vigentes en infraestructura del transporte.

Dicha cláusula garantizará al Estado que el proceso de concesión y la firma de los contratos; así como las adendas suscritas se han llevado a cabo en estricto cumplimiento de la normativa legal peruana.

#### **2.2.5.1. La cláusula anticorrupción en las contrataciones del Estado:**

En las contrataciones del Estado conforme a las bases estandarizadas para los procesos de selección y dentro del contrato proforma se establece, como cláusula décimo sexta: anticorrupción, lo siguiente:

*“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.*

*Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o*

*indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

### **2.3. Definición de Términos:**

- **Clausula Anticorrupción:** Cláusula contenida en las contrataciones del Estado, en donde se obliga a los contratistas a negociar, participar y celebrar contrataciones con moralidad y ética y evitando actos de corrupción que de advertirse se podrá declarar la resolución del contrato.

- **Contrataciones del Estado:** Contratos públicos, que se celebran con el Estado, en las fases de preparación, negociación, proceso y contratación para bienes, obrar y servicios conforme a la Ley de la materia.

- **Negocio Jurídico:** El negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades, mediante el cual el individuo o los individuos se proponen conseguir un resultado jurídico de carácter autorregulador de los propios intereses, que el ordenamiento jurídico reconoce y protege, ya sea por el solo hecho de la voluntad o voluntades declaradas, ya sea, además, con la concurrencia de otros requisitos.

- **Ineficacia de Acto Jurídico:** La ineficacia de los actos jurídicos se ve determinado por ciertas circunstancias en la cual no se ha cumplido con ciertos requisitos o no se ha cumplido con los efectos que las partes han querido. Entonces, a falta de elementos resulta la ineficacia del acto jurídico.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. Resultados Doctrinarios

En una época como la nuestra en la cual el liberalismo (entendido como liberalismo económico) ha resurgido con un extraordinario vigor por obra y gracia de convenios y tratados internacionales de diferentes tipos, dominando las organizaciones supranacionales y convirtiéndose en el espíritu que impregna la economía global y mundializada; en una época en que la llamada *lex-mercatoria* cobra especial fuerza y se convierte en factor dominante de los textos que pretenden fundar un Derecho uniforme; pero en que, al mismo tiempo, suenan las señales de alarma, en forma de voces airadas que propugnan la defensa a ultranza del Estado de bienestar, las conquistas sociales y se escuchan llamamientos a una cruzada antiliberal; en esta época, no me parece impertinente poner al día nuestras ideas sobre el tema de la libertad contractual, en la medida en que ella es la institución central por la que corren, han de correr o dejan de correr los mencionados impulsos. Comenzaré esta reflexión con un acarreo de materiales o de citas que han sido muy arbitrariamente seleccionadas, aunque nos pueden permitir encontrar las pistas de algunos de los temas sobre los que hay que tomar partido.

Federico de Castro, que dedicó a este tema sus dos últimos trabajos: *“Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”* (La defensa de la competencia, el orden público, la protección del consumidor), publicado en el Anuario de Derecho Civil en el número correspondiente a octubre de 1982, y *“Leyes imperativas, autonomía de la voluntad y usos de ley uniforme”*, publicado en el Anuario de Derecho Civil en diciembre del año 1985. De Castro, inspirado en la tradición del humanismo cristiano y preocupado siempre por la defensa de la persona frente a las grandes organizaciones, sean

Estados, sindicatos o corporaciones transnacionales, escribía hace más de diez años una dura crítica de lo que expresamente llamaba concepción liberal del contrato con estas palabras: *“La concepción liberal de autonomía de la voluntad hizo pensar, y todavía hoy hay quien así lo piensa, que ella supone entregar a los particulares una ‘reserva de casa’, una ‘zona protegida’, en la que el Estado no tiene otra cosa que hacer que dejar hacer”*. Mas, aunque sea de modo inconsciente, al irse perdiendo el respeto a los dogmas liberales, no pudo menos que sentirse que, si ello es así, los poderes públicos no podrían intervenir para nada en esa zona prohibida, en tanto no se toque a la esfera de lo público. Cuando se pide el auxilio de las autoridades, para que se haga cumplir lo prometido en un contrato, poniendo así al servicio de los particulares el aparato estatal, se ha salido de la zona prohibida. Cuando el Estado, en sus códigos, se compromete a dar fuerza de ley a los contratos, lo hace arrogándose una actividad pública (Administración de Justicia) y entonces ya no puede actuar de un modo indiscriminado.

Normalmente, por el contrario, tiene que discriminar. No puede imponer algo que implique un resultado contrario a la justicia o a la moral. Así, se atribuye a los jueces un poder de censura, que les permite desproteger los contratos contrarios a las buenas costumbres o al orden público y que abre camino a una nueva concepción del orden público. La concepción liberal del contrato entra también en crisis en los movimientos de reacción frente al uso exagerado y abusivo de ciertas figuras, como las condiciones generales de los negocios, en el tráfico mercantil, en daño de consumidores.

Ludwig Raiser que en la posguerra de 1945 fue Rector de la Universidad de Göttingen y en 1958 escribió un trabajo sobre la libertad contractual, publicado en aquel año. Recordaba Raiser que la dogmática civilista considera que la autonomía privada es un principio connatural a la estructura del Derecho Civil en cuanto que permite al particular auto reglamentar sus propias relaciones.

La dogmática civilista considera la libertad contractual como un componente basilar de la autonomía a fin de que se constituyan entre los sujetos relaciones fundadas sobre el acuerdo. En virtud de la autonomía privada, el particular debe poder decidir con autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones preexistentes.

Desde el punto de vista jurídico –añade Raiser– dos hechos son relevantes. En primer lugar, el ordenamiento, por lo menos en línea de principio, renuncia a entrometerse en las relaciones privadas con mandatos propios y, además, reconoce como jurídicamente vinculantes los acuerdos creados por las partes, atribuyéndoles su tutela jurisdiccional. Hay que preguntarse si ello es debido a que el ordenamiento jurídico considera el procedimiento que conduce al acuerdo como una garantía de corrección de lo pactado, en línea con los valores fundamentales del ordenamiento, o si bien es porque quiere mantenerse neutral respecto de los valores y los objetivos perseguidos por los contratantes.

En uno y en otro caso sería erróneo suponer que, por debilidad, la libertad contractual se tolera o acepta como una especie de fenómeno natural pre o extra jurídico.

Néstor De Buen, en su libro: *“La decadencia del contrato”*, publicado en México, en el año 1965, en donde arranca con unas palabras de su padre, don Demófilo De Buen, sobre el *“desengaño del contrato”*, que son las siguientes: *“¿Llevará el desengaño del contrato a desechar su concepto como inútil o pernicioso? ¿Exigirá la reducción de su ámbito? ¿Impondrá un nuevo concepto de tal instituto? ¿Seguirá considerándolo como la manifestación más genuina de la autonomía de la voluntad? ¿Es sólo, tal desengaño, un fenómeno transitorio y morboso?”*. Néstor De Buen quiere dar respuesta a tales interrogantes y, después de un largo estudio, extrae unas conclusiones que no esconden su

gusto por la socialización o decididamente por el socialismo, señalando: *“La decadencia del contrato constituye un hecho incontrovertible. No cabe emplear, en contra de esa realidad, el argumento de que el contrato constituye un continente que acepta múltiples contenidos”*.

Etimológica y jurídicamente el contrato es, sobre todas las cosas, un acuerdo espontáneo de voluntades, y donde no existe ese acuerdo, no puede hablarse de contrato. Se explica esta decadencia en función de que el *sustratum* para la vida del contrato, se ha disgregado. El liberalismo, como fenómeno político, económico y jurídico, está dejando su lugar a una tendencia social que exige su propio lenguaje jurídico. De ahí que sea sorprendente encontrar en las legislaciones socialistas, una terminología totalmente inadecuada. ¿Cuál será el destino del contrato? Radbruch ha dicho que todo régimen social, cualquiera sea la tendencia en que se sustente, deja un margen, en ocasiones muy reducido, al juego de la libertad de los hombres. El contrato, figura predominantemente liberal, deberá vivir en este ámbito pequeño que la sociedad actual deja a la libertad humana.

Después de haber sido considerado, inclusive, como el actor creador del Estado, cuando en el siglo XVIII Juan Jacobo Rousseau dio forma a la figura de contrato social, el contrato se ha visto convertido, y lo será aún más, según el paso del tiempo, en un modesto instrumento del derecho y, tal vez, en un futuro inmediato, solamente en una reliquia histórica. De estos textos, por lo demás muy distintos entre sí, surgen preguntas inquietantes. ¿Cuál es el futuro del contrato? ¿Se trata de una reserva de caza, según las palabras de De Castro o de un campo en el que el Estado renuncia a entrometerse según la expresión de Raiser? ¿Cómo se explica que se atribuya fuerza de ley a los contratos y se entregue a los contratantes la tutela jurisdiccional? Y si el Estado tiene algo que decir, porque así lo exigen los valores fundamentales del ordenamiento –como dice Raiser– o la



justicia y la moral –como decía De Castro–, ¿A quién debe entregarse el poder de intervención para definir los valores fundamentales o las ideas sobre la justicia y la moral si es que hay que hacerlo? ¿Debe ser el Parlamento, en la medida en que constituye la representación popular, quien lo haga por vía de una ley? Y, en este caso, ¿Existe algún límite constitucional al poder de intervención? ¿Pueden los gobiernos decir alguna palabra en esta materia por vía de los reglamentos? Y dentro de las mismas coordenadas y por cerrar la vieja división de los poderes, ¿Por qué de ordinario se acostumbra a entregar a la administración de las intervenciones estatales en las reservas de caza de los jueces? Comenzaré mi reflexión en busca de respuesta a las interrogantes enunciadas partiendo de una idea expuesta por Roppo (“II Contrato”, Bolonia año 1977). Con la Revolución Francesa y con el advenimiento de los códigos civiles, la libertad contractual fue, en el estricto sentido de la palabra, una libertad.

Como señala el autor citado, la libertad contractual significó ante todo la abolición de los vínculos que ataban al individuo a los grupos y a las corporaciones o a las relaciones de status, recordando la vieja fórmula o ley de Maine, según la cual el entero proceso de desarrollo de las sociedades humanas se puede describir como un proceso del status al contrato. Fórmula con la que se quería expresar la idea de que mientras en las sociedades antiguas las relaciones entre los hombres venían determinadas, en amplia medida, por la pertenencia de cada persona a un orden o grupo y por la posición ocupada por éstos, en las sociedades modernas, según Maine, las relaciones tienden a ser el fruto de la libre elección de los interesados, de su iniciativa individual y de su autonomía. Libertad contractual significa, por consiguiente, liberación de los vínculos que en la sociedad antigua –dice Roppo– convierten al individuo en prisionero de una red de incapacidades legales que impiden la plena expansión de su iniciativa y de su potencialidad productiva y configuran una ordenación económico-social cerrada y escasamente dinámica. Libertad

contractual, significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad. Convendrá saber si la libertad contractual conserva hoy algo de esta antigua formulación.

Debe destacarse que, aunque el concepto de contrato tenga indiscutibles raíces romanas, no se constituye definitivamente, sino en el momento en que aportan nuevos materiales las corrientes del pensamiento del ius naturalismo que son las que quedarán plasmadas en la Revolución Francesa y en los códigos civiles.

En este sentido debemos analizar la contratación estatal en sus momentos diferentes, primero durante la etapa de selección, luego en la celebración y ejecución; a ello tenemos que relacionarlo con la aplicación de la cláusula de anticorrupción en las contrataciones del Estado y los efectos que pueda generar.

Con respecto a la parte preparatoria y selección de contratación (procedimiento administrativo), rige la primera parte de la cláusula de anticorrupción que a la letra señala: *“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”*.

Sin embargo, sus efectos en su condición de contrato (es un negocio jurídico inexistente), pudiéndose advertir dos posiciones: a) pues aún no se ha firmado contrato

alguno y se ha dado durante el proceso de selección, llevando a responsabilidades penales, civiles y administrativas y no sobre el contrato; y, b) que se ha firmado de manera dolosa para favorecer al contratante (empresa), entonces sería anulable dicho contrato (figura que no existe en la legislación de contrataciones del estado).

Con respecto a los momentos de la celebración, ejecución y culminación del contrato estatal le sería aplicable la segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción, que precisan: *“Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

En este sentido se puede advertir que la construcción de las segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción constituye una obligación contractual que ante su incumplimiento generaría la resolución del Contrato, siendo esto una ineficacia estructural; sin embargo, no se ha precisado el supuesto en el cual no se consigna dicha cláusula, cual serían las consecuencias o efectos jurídicos en su condición de acto jurídico o contrato.

## **3.2. Resultados Normativos**

### **3.2.1. Derecho Interno:**

En las contrataciones del Estado conforme a las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE el año 2017 para los procesos de selección y dentro del contrato proforma que se firmará se establece, como cláusula décimo sexta: anticorrupción lo siguiente: *“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.*

*Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

### **3.2.2. Derecho Internacional:**

La preocupación por el impacto que la corrupción tiene en la democracia, la economía y la vida de los países, ha abierto el debate a nivel internacional no sólo en la implementación de normativa interna sino en el establecimiento de tratados, convenios y convenciones multilaterales que plantean medidas para avanzar hacia la erradicación de

este flagelo global. En esa línea, nuestra propuesta y posición con respecto de algunas medidas planteadas para fortalecer el combate a la corrupción, se sustenta en lo que, a nivel global, se ha planteado como estándares mínimos necesarios para que las políticas públicas sean realmente efectivas frente a las formas y actores de la corrupción.

Por ello, desarrollamos lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento internacional de la que el Perú es parte, y que constituye constituyen, por lo tanto, obligaciones aceptadas y suscritas por el Estado que son una tarea pendiente.

Convención de las naciones unidas contra la corrupción (uncac):

La UNCAC, aprobada en 2003 y vigente desde 2005, constituye el instrumento global más completo en materia de lucha contra la corrupción. Actualmente, está firmada por 140 Estados, de los cuales más de la mitad la han ratificado. El Perú fue impulsor de dicha Convención y ha participado en el Programa Piloto de Revisión de la Implementación de la UNCAC. Hoy, justamente, nuestro país está siendo objeto de la Ira. Ronda de Evaluación de la Implementación de la UNCAC, junto con otros países.

La Prescripción según la UNCAC En su Artículo 29°, que forma parte del Capítulo sobre Penalización y Aplicación de la Ley, señala que *“Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”*. Puede verse que la Convención considera que los plazos de prescripción deben ser adecuada para permitir la sanción efectiva de los actos de corrupción; y evitar, algo que viene ocurriendo en nuestro país con frecuencia: la impunidad de estos ilícitos penales por vencimiento de la prescripción.

Debe considerarse que, si bien, la UNCAC no especifica una medida como la imprescriptibilidad, el piso mínimo que plantea es que se trate de los plazos más amplios posibles.

También, debe incorporarse el debate sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal cuando se trate de prófugos de la justicia. Inhabilitación en la UNCAC con relación a la posibilidad de que una persona sancionada y condenada por actos de corrupción pueda retornar a la función pública está contemplado, también, en la Convención de las Naciones Unidas. Así, en el numeral 1 del Artículo 30° referido a Proceso, Fallo y Sanciones, establece que: *“Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”*. Y, en el numeral 7, se plantea más concretamente que: *“Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”*.

Otros aspectos vinculados Existen otros aspectos de la Convención que consideramos pertinente incluir en el presente documento, por su relevancia y concepción integral. Además, porque constituyen insumos que deben ser tomados en consideración para la implementación de política anticorrupción nacionales.

Así tenemos que, la Convención define lo que es un funcionario público como: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u

honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; y, iii) Toda otra persona definida como “*funcionario público*” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “*funcionario público*” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte (numeral i) del art. 2).

### **3.2.3. Derecho Comparado:**

#### **3.2.3.1. En Nicaragua:**

En Nicaragua se puede apreciar la Ley de Contrataciones del Estado, que derogó enteramente la Ley de Contrataciones Administrativas del Estado que databa desde el año 1981. La Ley Nro. 323 fue aprobada el 2 de diciembre del año 1999 y su Reglamento, Decreto 21-2000 el 02 de marzo del año 2000; a esta Ley se le han incorporado reformas parciales (Leyes Nros. 349 y 427) a fin de derogar artículos que no eran limitativos y en algunos casos discrecionales en su interpretación y aplicación, esto permitió mejorar su marco normativo.

Las compras y contrataciones es una de las áreas más vulnerables a las prácticas de corrupción, en ese sentido la Ley Nro. 323, su Reglamento y reformas contienen articulados de prevención de corrupción (transparencia, publicidad, conflicto de intereses); principios de igualdad, competencia, participación y sanciones, y recursos de

impugnación, etc. Aunque la actual Ley de contrataciones muestra fortalezas de control de prevención, esta presenta materias excluidas, tres puntos que permiten la discrecionalidad y fomentan el abuso:

- 1) Inciso a, adquisiciones del Ministerio de defensa.
- 2) Inciso j, cuando se determinen situaciones de emergencia.
- 3) Inciso k, cuando existan razones de urgencia, seguridad u otras de interés público.

Refiriéndonos al inciso a, es limitativo a la transparencia de las compras del Ministerio de Defensa, no establece limitante alguna en cuanto a las compras que no son con fines militares; por ejemplo; vehículos civiles, computadoras, papelería, etc.

En el caso de los incisos, j y k, los términos de urgencia y emergencia, son invocados con frecuencia por muchas de las instituciones estatales de manera muy extensiva, hasta caer en el abuso y la discrecionalidad. Ejemplo de ello, es que las compras con prescindencia de procedimientos o contratación directa superaron más del 55% del total de las compras realizadas durante el año 2005.

En este aspecto la CGR ha sido complaciente, argumentando que no quiere ser vista como un obstáculo del desarrollo de los planes y programas de las instituciones estatales, olvidándose que puede hacer lo uno, sin dejar de hacer lo otro; es decir, autorizar la prescindencia de procedimientos y darle seguimiento inmediato, a fin de garantizar la transparencia. Por lo anterior, es necesario reformar la Ley y Reglamento de compras y contrataciones, sobre todo por que urge modernizar su ámbito de aplicación e interpretación de cara al CAFTA y demás tratados de libre comercio que están en vísperas de ser suscritos por el Estado nicaragüense.



### **3.2.3.2. En Colombia:**

Ley 1778 del año 2016 *“Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*.

Se plantea por primera vez la existencia de Programas de Cumplimiento Anticorrupción como un factor de graduación de la sanción a imponer a la persona jurídica que incurra en cualquiera de las conductas de soborno a servidores extranjeros descritas en el Artículo 1° de dicho proyecto de Ley. Por otra parte se establece que la Superintendencia de Sociedades promoverá entre sus vigiladas Programas de Transparencia empresarial y mecanismos internos de anticorrupción, prevención y auditoría. Los criterios para determinar los sujetos a dicho régimen serán determinados por la misma Superintendencia atendiendo criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.

Ley 1474 de 2011 - Estatuto Anticorrupción:

Los artículos 30 y 34 de este Estatuto son las normas que deben revisarse en materia de cumplimiento corporativo anticorrupción. El primero de ellos es modificatorio del Artículo 433° del Código Penal y tipifica el denominado delito de *“Soborno Transnacional”*. El segundo regula las medidas que pueden imponerse a las personas jurídicas por conductas ejecutadas por sus administradores y/o representantes legales que se hayan beneficiado de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público. Tales medidas pueden ser desde multas –Desde 500 hasta 2.000 smlmv– impuestas por la Superintendencia de Sociedades hasta la vinculación como tercero civilmente responsable. Por otra parte se establecen responsabilidades importantes para el sector privado, referidas a aspectos tales como: i) La inclusión de los interventores como sujetos disciplinables; ii) La exclusión de beneficios a quienes cometan delitos

contra la administración pública; iii) La tipificación de los delitos de tráfico de influencias de particulares; iv) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades; v) La obligación para los contratistas de constituir encargos fiduciarios para la administración de los anticipos y de invertir de manera exclusiva estos recursos en la ejecución del contrato que le dio origen; vi) La prohibición de contratar con quienes hayan financiado campañas electorales; vii) El levantamiento del secreto profesional para los revisores fiscales; viii) La administración desleal y la corrupción privada; ix) La responsabilidad de las personas jurídicas, entre otros.

### **3.3. Casos Emblemáticos**

#### **3.3.1. Caso Odebrecht en el Perú:**

El caso Odebrecht es un desafío central para la economía y política del país. Si la sociedad civil y nuestras autoridades actuamos con firmeza y decisión, tenemos una oportunidad para detener la corrupción a gran escala y la impunidad que la alimenta.

En efecto, gracias a un acuerdo alcanzado entre Odebrecht y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sabemos que la empresa brasileña coimeó en nuestro país por al menos 29 millones de dólares entre los años 2005 y el 2014. Aunque no sabemos aún la identidad de los corrompidos y los proyectos en que hubo coima, estas revelaciones confirman lo que muchos hemos sospechado durante meses, que había una alta probabilidad de prácticas *non sanctas* por parte de Odebrecht. Asimismo, la gravedad de las revelaciones exige que nuestras autoridades nos den rápidas y convincentes explicaciones.

¿Cuáles son los costos de la corrupción? ¿Cuáles son sus consecuencias económicas y políticas? El primer costo es, por supuesto, la coima misma. Los pagos indebidos a funcionarios y políticos a cambio de favores no pueden quedar en la impunidad, pues si

ello sucede el crimen sí paga para los corruptos. Cuando no se castigan las coimas hay menor incentivo y premio para los funcionarios y políticos honestos de dedicarle tiempo y esfuerzo a servir en la administración pública. Así, si la impunidad campea, quienes avanzan en sus carreras son los corruptos en desmedro de los honestos.

Peor aún, en nuestro país es frecuente que los peces gordos jamás respondan frente a la justicia cuando estallan los escándalos. En particular, en muchos casos son los funcionarios de rango medio o bajo los que fungen de chivos expiatorios mientras que hay completa impunidad para los grandes ladrones. Los peces gordos, al haber robado más, tienen más recursos con los cuales torcer y manipular las investigaciones y la administración de justicia en su favor. Debido al tratamiento asimétrico de la justicia frente a la corrupción, quienes deciden ser corruptos pueden estar tentados a robar en grande para reducir el riesgo de cualquier castigo futuro.

Pero las coimas son apenas la punta del iceberg del costo económico de la corrupción. El costo económico principal es la ineficiente asignación de recursos que se manifiesta de tres formas. La primera, es que la coima suele aumentar artificialmente el costo de los proyectos, pues el coimero gana más cuanto mayor es el sobreprecio. En segundo lugar, las coimas incrementan la probabilidad de que hagan proyectos que no se necesitan en desmedro de proyectos necesarios. Finalmente, las coimas suelen alterar las condiciones de los contratos para favorecer a las empresas corruptas en perjuicio del ciudadano. Por ejemplo, es muy sospechoso que en nuestro país el concesionario del Gasoducto del Sur disfrute de ingresos garantizados que se financian a través de aumentos en las tarifas de luz. En los siguientes meses sabremos si hubo o no corrupción en la concesión del Gasoducto.

Otro costo económico de la corrupción es que hace que las empresas que tienen prácticas honestas no participen en los procesos públicos de licitación pues saben que los

resultados estarán amañados. Así, la corrupción rampante que vivimos en el Perú, priva a nuestro Estado de muchos empresarios honestos que prefieren ir a países menos corruptos. Es interesante anotar, por ejemplo, que Odebrecht jamás ganó licitación pública alguna en Chile.

Sin embargo, los costos más graves de la corrupción son políticos. La corrupción desmoraliza al ciudadano y pone en tela de juicio la legitimidad de los gobernantes. El ciudadano se pregunta, ¿Por qué voy a confiar en autoridades corruptas o que toleran la corrupción? ¿Por qué tengo que pagar impuestos para que empresas corruptas se los metan al bolsillo? Algunas personas también dirán ¿por qué no puedo robar yo también si a los ladrones de saco y corbata, que roban por millones, no les pasa absolutamente nada?

Más aún, la corrupción sistémica que vive nuestro país corroe la misma fábrica social. Las empresas corruptas suelen ofrecer charlas, consultorías y trabajos varios a miembros de la sociedad civil a cambio de su apoyo o, cuando menos, su silencio. Quienes aceptan estos pagos, a sabiendas de la reputación de las empresas que los hacen, no son víctimas sino cómplices de la corrupción. Es harto lamentable que muchos profesionales y periodistas que han recibido pagos de Odebrecht o empresas similares no lo hagan público y, lo que es peor, opinen sobre el tema con desparpajo.

La respuesta del gobierno frente al escándalo de Odebrecht deja mucho que desear. La reacción inicial de PPK fue tibia y hasta complaciente con la empresa brasileña. Luego de varios días el gobierno ha anunciado que Odebrecht no participará más de licitaciones públicas lo cual, con todo respeto, es un saludo a la bandera, pues Odebrecht está en proceso de liquidar sus activos en nuestro país. En otras palabras, lo último que le interesa a Odebrecht es participar en nuevas licitaciones en el Perú, cuando su dueño está en prisión. Por ejemplo, lo que Odebrecht quiere hacer con el Gasoducto del Sur es vender su participación en el proyecto. Lamentablemente, nuestro gobierno respalda la

política de la empresa brasileña en lugar de aprovechar la coyuntura para revisar el contrato en favor de los intereses del consumidor eléctrico nacional.

Lo que el gobierno debería hacer *ipso facto* es paralizar todos los proyectos activos de Odebrecht y las constructoras brasileñas, OAS, Camargo Correa y Andrade Gutierrez. La razón es que sabemos que todas estas empresas han utilizado la coima y los sobornos como forma de hacer negocios en el Brasil. Y si lo han hecho en el país vecino ¿Por qué no lo habrían hecho también en nuestro país? Pero el Ejecutivo no toma ninguna medida efectiva y concreta para investigar de cabo a rabo el accionar de estas empresas en el Perú.

Y es que hay muchos proyectos altamente sospechosos que tienen que ser investigados en el plazo más breve. Ejemplos, incluyen la Interoceánica del Sur, con sus 22 adendas que triplicaron su presupuesto y, el ya mencionado Gasoducto del Sur. En este último proyecto alguien tiene que explicarnos cómo así el proyecto pasó de costar 1 334 millones de dólares, y sin ingresos garantizados, en el año 2008 a 7 500 millones, con ingresos garantizados, en el año 2014, de acuerdo con el testimonio del ex Presidente Alan García Pérez.

Se estima que tan solo Odebrecht ha ejecutado proyectos por más de 12 mil millones de dólares en los últimos quince años. Así, las posibles coimas y otros costos económicos son astronómicos. Por ejemplo, si Odebrecht hubiera pagado 5% de coima por ganar la buena pro de estos proyectos, entonces solamente el costo de las coimas llegaría a los 600 millones de dólares. ¿No se da cuenta entonces nuestro gobierno de la magnitud de las coimas y sobornos de las que estamos hablando?

Urge, además, que se nos explique por qué no hay ni un solo resultado concreto en la lucha contra la mega-corrupción en nuestro país. ¿No somos capaces de combatir la corrupción en el Perú? ¿Tenemos que resignarnos a que el valiente Juez Sergio Moro o el

Departamento de Justicia de los Estados Unidos destapen las mafias y corruptelas en nuestro propio país?

Más allá de la responsabilidad penal de algunos ¿Nadie va a asumir la responsabilidad política? ¿Cómo así podemos permitir que empresas corruptas del extranjero vengan a asaltar al Estado peruano sin que pase absolutamente nada? ¿Nadie sospechaba siquiera un poco que estas empresas no venían con las mejores intenciones al Perú?

El gobierno no parece percatarse que la corrupción es la principal barrera al desarrollo del país. Seguiremos siendo subdesarrollados si no le ponemos coto al robo sistemático contra el Estado peruano. Pero nunca es tarde para hacer lo correcto. La sociedad civil debe reaccionar y ejercer constante presión sobre nuestras autoridades hasta que tengamos resultados concretos y satisfactorios. Si queremos que nuestros hijos alcancen el desarrollo, entonces pongamos manos a la obra en derrotar el cáncer de la corrupción.

## CAPITULO IV

### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

#### 4.1. Discusión Doctrinaria

##### 4.1.1. Posturas o Argumentos a Favor:

Una aportación realmente interesante de los derechos humanos a la lucha contra la corrupción reside en la posibilidad de utilizar los mecanismos de derechos humanos, jurisdiccionales o no, para el combate de la corrupción. Peters señala que cuando la corrupción constituye una amenaza estructural para numerosos derechos humanos y se produce la inacción o medidas anticorrupción claramente deficientes, el Estado deviene responsable, bajo el Derecho internacional por su fracaso en cumplir con sus obligaciones de prevención y protección en materia de derechos humanos.<sup>101</sup>

Como ya hemos visto, la promoción y el fortalecimiento de los derechos humanos constituyen en sí mismos medidas preventivas contra la corrupción. Junto a ellos, un análisis cuidadoso de actos de corrupción permitiría a los profesionales que trabajan en ese ámbito identificar violaciones de derechos específicos y, en muchas ocasiones, tomar medidas efectivas contra las personas responsables, utilizando herramientas lógicas y legales que están disponibles bajo el sistema de derechos humanos; es decir, de los múltiples mecanismos que tienen por objeto vigilar el cumplimiento de los derechos humanos en los ámbitos nacional, regional e internacional.

##### 4.1.2. Posturas o Argumentos en Contra:

Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar

---

<sup>101</sup> PETERS, A. (2015), “Corruption and Human Rights”, en Basel Institute on Governance. Working paper series, 20, pp. 7-30.

por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad. Convendrá saber si la libertad contractual conserva hoy algo de esta antigua formulación. Debe destacarse que, aunque el concepto de contrato tenga indiscutibles raíces romanas, no se constituye definitivamente, sino en el momento en que aportan nuevos materiales las corrientes del pensamiento del *ius naturalismo* que son las que quedarán plasmadas en la Revolución Francesa y en los códigos civiles.

En este sentido debemos analizar la contratación estatal en sus momentos diferentes, primero durante la etapa de selección, luego en la celebración y ejecución; a ello tenemos que relacionarlo con la aplicación de la cláusula de anticorrupción en las contrataciones del Estado y los efectos que pueda generar.

Con respecto a la parte preparatoria y selección de contratación (procedimiento administrativo), rige la primera parte de la cláusula de anticorrupción que a la letra señala: *“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”*. Sin embargo, sus efectos en su condición de contrato (es un negocio jurídico inexistente), pudiéndose advertir dos posiciones: a) pues aún no se ha firmado contrato alguno y se ha dado durante el proceso de selección, llevando a responsabilidades penales, civiles y administrativas y no sobre el contrato; y, b) que se ha firmado de



manera dolosa para favorecer al contratante (empresa), entonces sería anulable dicho contrato (figura que no existe en la legislación de contrataciones del estado).

Con respecto a los momentos de la celebración, ejecución y culminación del contrato estatal le sería aplicable la segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción, que precisan: *“Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

En este sentido se puede advertir que la construcción de las segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción constituye una obligación contractual que ante su incumplimiento generaría la resolución del Contrato, siendo esto una ineficacia estructural; sin embargo, no se ha precisado el supuesto en el cual no se consigna dicha cláusula, cual serían las consecuencias o efectos jurídicos en su condición de acto jurídico o contrato.

#### **4.1.3. Posición o Argumentos Personales:**

La primera parte de la cláusula anticorrupción relacionada con problemas de corrupción durante los actos preparatorios de contratación y el proceso de selección, se trata de ineficacia estructural en su condición de dolosa, es decir devendrá en un acto

jurídico anulable. Con respecto a la segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción, su incumplimiento es un caso de ineficacia funcional, por cuanto resulta ser sobreviniente; entonces, la cláusula anticorrupción no deberá entenderse en su integridad como una obligación contractual bajo la buena fe contractual, si no también es una declaración jurada que antes de la firma no medio corrupción alguna.

## **4.2. Discusión Normativa**

### **4.2.1. Análisis o Discusión de la Normatividad Interna:**

En las contrataciones del Estado conforme a las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE el año 2017, para los procesos de selección y dentro del contrato proforma que se firmará, se establece como cláusula décimo sexta: anticorrupción lo siguiente: *“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.*

*Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta*

*de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

#### **4.2.2. Análisis o Discusión de la Normatividad Internacional:**

La preocupación por el impacto que la corrupción tiene en la democracia, la economía y la vida de los países, ha abierto el debate a nivel internacional no sólo en la implementación de normativa interna sino en el establecimiento de tratados, convenios y convenciones multilaterales que plantean medidas para avanzar hacia la erradicación de este flagelo global. En esa línea, nuestra propuesta y posición con respecto de algunas medidas planteadas para fortalecer el combate a la corrupción, se sustenta en lo que, a nivel global, se ha planteado como estándares mínimos necesarios para que las políticas públicas sean realmente efectivas frente a las formas y actores de la corrupción.

Por ello, desarrollamos lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento internacional de la que el Perú es parte, y que constituye constituyen, por lo tanto, obligaciones aceptadas y suscritas por el Estado que son una tarea pendiente.

Convención de las naciones unidas contra la corrupción (uncac):

La UNCAC, aprobada en 2003 y vigente desde 2005, constituye el instrumento global más completo en materia de lucha contra la corrupción. Actualmente, está firmada por 140 Estados, de los cuales más de la mitad la han ratificado. El Perú fue impulsor de dicha Convención y ha participado en el Programa Piloto de Revisión de la Implementación de la UNCAC. Hoy, justamente, nuestro país está siendo objeto de la 1ra. Ronda de Evaluación de la Implementación de la UNCAC, junto con otros países.

La Prescripción según la UNCAC En su Artículo 29°, que forma parte del Capítulo sobre Penalización y Aplicación de la Ley, señala que *“Cada Estado Parte establecerá,*

*cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”.* Puede verse que la Convención considera que los plazos de prescripción deben ser adecuada para permitir la sanción efectiva de los actos de corrupción; y evitar, algo que viene ocurriendo en nuestro país con frecuencia: la impunidad de estos ilícitos penales por vencimiento de la prescripción.

Debe considerarse que, si bien, la UNCAC no especifica una medida como la imprescriptibilidad, el piso mínimo que plantea es que se trate de los plazos más amplios posibles.

También, debe incorporarse el debate sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal cuando se trate de prófugos de la justicia. Inhabilitación en la UNCAC con relación a la posibilidad de que una persona sancionada y condenada por actos de corrupción pueda retornar a la función pública está contemplado, también, en la Convención de las Naciones Unidas. Así, en el numeral 1 del Artículo 30° referido a Proceso, Fallo y Sanciones, establece que: *“Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”.* Y, en el numeral 7, se plantea más concretamente que: *“Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la*

*presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”.*

Otros aspectos vinculados Existen otros aspectos de la Convención que consideramos pertinente incluir en el presente documento, por su relevancia y concepción integral. Además, porque constituyen insumos que deben ser tomados en consideración para la implementación de política anticorrupción nacionales.

Así tenemos que, la Convención define lo que es un funcionario público como: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; y, iii) Toda otra persona definida como “*funcionario público*” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “*funcionario público*” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte (numeral i) del art. 2).

#### **4.2.3. Análisis o Discusión del Derecho Comparado:**

##### **4.2.3.1. En Nicaragua:**

En Nicaragua se puede apreciar la Ley de Contrataciones del Estado, que derogó enteramente la Ley de Contrataciones Administrativas del Estado que databa desde el año

1981. La Ley Nro. 323 fue aprobada el 2 de diciembre del año 1999 y su Reglamento, Decreto 21-2000 el 02 de marzo del año 2000; a esta Ley se le han incorporado reformas parciales (Leyes Nros. 349 y 427) a fin de derogar artículos que no eran limitativos y en algunos casos discrecionales en su interpretación y aplicación, esto permitió mejorar su marco normativo.

Las compras y contrataciones es una de las áreas más vulnerables a las prácticas de corrupción, en ese sentido la Ley Nro. 323, su Reglamento y reformas contienen articulados de prevención de corrupción (transparencia, publicidad, conflicto de intereses); principios de igualdad, competencia, participación y sanciones, y recursos de impugnación, etc. Aunque la actual Ley de contrataciones muestra fortalezas de control de prevención, esta presenta materias excluidas, tres puntos que permiten la discrecionalidad y fomentan el abuso:

- 1) Inciso a, adquisiciones del Ministerio de defensa.
- 2) Inciso j, cuando se determinen situaciones de emergencia.
- 3) Inciso k, cuando existan razones de urgencia, seguridad u otras de interés público.

Refiriéndonos al inciso a, es limitativo a la transparencia de las compras del Ministerio de Defensa, no establece limitante alguna en cuanto a las compras que no son con fines militares; por ejemplo; vehículos civiles, computadoras, papelería, etc.

En el caso de los incisos, j y k, los términos de urgencia y emergencia, son invocados con frecuencia por muchas de las instituciones estatales de manera muy extensiva, hasta caer en el abuso y la discrecionalidad. Ejemplo de ello, es que las compras con prescindencia de procedimientos o contratación directa superaron más del 55% del total de las compras realizadas durante el año 2005.

En este aspecto la CGR ha sido complaciente, argumentando que no quiere ser vista como un obstáculo del desarrollo de los planes y programas de las instituciones estatales,

olvidándose que puede hacer lo uno, sin dejar de hacer lo otro; es decir, autorizar la prescindencia de procedimientos y darle seguimiento inmediato, a fin de garantizar la transparencia. Por lo anterior, es necesario reformar la Ley y Reglamento de compras y contrataciones, sobre todo por que urge modernizar su ámbito de aplicación e interpretación de cara al CAFTA y demás tratados de libre comercio que están en vísperas de ser suscritos por el Estado nicaragüense.

#### **4.2.3.2. En Colombia:**

Ley 1778 del año 2016 *“Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*.

Se plantea por primera vez la existencia de Programas de Cumplimiento Anticorrupción como un factor de graduación de la sanción a imponer a la persona jurídica que incurra en cualquiera de las conductas de soborno a servidores extranjeros descritas en el Artículo 1° de dicho proyecto de Ley. Por otra parte se establece que la Superintendencia de Sociedades promoverá entre sus vigiladas Programas de Transparencia empresarial y mecanismos internos de anticorrupción, prevención y auditoría. Los criterios para determinar los sujetos a dicho régimen serán determinados por la misma Superintendencia atendiendo criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.

Ley 1474 de 2011 - Estatuto Anticorrupción:

Los artículos 30 y 34 de este Estatuto son las normas que deben revisarse en materia de cumplimiento corporativo anticorrupción. El primero de ellos es modificadorio del Artículo 433° del Código Penal y tipifica el denominado delito de *“Soborno Transnacional”*. El segundo regula las medidas que pueden imponerse a las personas jurídicas por conductas ejecutadas por sus administradores y/o representantes legales que

se hayan beneficiado de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público. Tales medidas pueden ser desde multas –Desde 500 hasta 2.000 smlmv– impuestas por la Superintendencia de Sociedades hasta la vinculación como tercero civilmente responsable. Por otra parte se establecen responsabilidades importantes para el sector privado, referidas a aspectos tales como: i) La inclusión de los interventores como sujetos disciplinables; ii) La exclusión de beneficios a quienes cometan delitos contra la administración pública; iii) La tipificación de los delitos de tráfico de influencias de particulares; iv) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades; v) La obligación para los contratistas de constituir encargos fiduciarios para la administración de los anticipos y de invertir de manera exclusiva estos recursos en la ejecución del contrato que le dio origen; vi) La prohibición de contratar con quienes hayan financiado campañas electorales; vii) El levantamiento del secreto profesional para los revisores fiscales; viii) La administración desleal y la corrupción privada; ix) La responsabilidad de las personas jurídicas, entre otros.

### **4.3. Análisis o Discusión de los Casos Emblemáticos**

#### **4.3.1. Análisis o Discusión del Caso Odebrecht en el Perú:**

El consorcio Odebrecht es un conglomerado de empresas de “*armas tomar*”, hacen lo que a su juicio indique la realidad política en cada lugar desde sus inicios: nacieron en medio de la Segunda Guerra Mundial. Su expansión iniciada en Angola en el año 1975, en medio de la guerra mantenida por Estados Unidos de un lado, Cuba y la URSS del otro por el control del país; en medio de secuestros de funcionarios y empleados de la empresa, atentados con explosivos iniciaron la construcción de la presa más importante: entonces fueron guerrilleros y diplomáticos, dieron dinero a ambos bandos; pero sobre todo fueron visionarios, llegaron a acuerdos con el coronel Dos Santos, quien pronto



asumió el poder y se mantiene desde entonces, teniendo en esa empresa *“sus ministerios de obras públicas, de comercio e industria”*.

Con el correr de los tiempos, todavía en la dictadura se les abrió Perú, en donde prevalecía una de las guerrillas más feroces, Sendero Luminoso, negociaron con el Gobierno y la guerrilla, pagaron secuestros, sobornos y peajes en las zonas de control insurgente, según ha declarado Marcelo Odebrecht: *“no había otra forma de hacerlo”*. Luego de Fugimori, cuando llegó la democracia, siguieron siendo parte de la historia de esa nación, pagaron a los Políticos, según parece, a todos los ex presidentes, Fugimori, Alan García, Alejandro Toledo y Ollanta Humala.

Colombia no fue la excepción, de los papeles norteamericanos se desprendió que pagaron USD\$ 11.0 millones en sobornos, algo que no es tan fácil en ese país, burlaron la legislación y también dieron dinero para la política en aras de asegurarse y, de paso, sin que el establishment se enterara hasta ahora, dieron dinero a la guerrilla por secuestros, peajes para realizar sus obras y lo que hiciera falta, incluido el narcotráfico. En esas acciones unas veces utilizaron la diplomacia y en otras, como en Angola, hasta aviones de la fuerza aérea brasileira o asistencia de otros gobiernos, como el de Italia, no había límites, lo importante era el resultado. Entrado el siglo XXI con la democracia triunfante en todo el mundo, puesto que todos los países la adoptan, incluido el comunismo ruso y los que no, dicen haberla adoptado o asumen parcialmente la economía de mercado, Odebrecht utiliza el arma más efectiva en este sistema, el soborno y el financiamiento de las campañas electorales que permite corromper a los mandatarios antes de llegar al poder. Según el Departamento de Justicia, doce países fueron blancos de sobornos y de financiación política ilícita, todo un record. Primero fue dinero, luego, dinero y asistencia electoral a cargo Joao Santana. Tenían personal para todo; a los eficientes funcionarios y enemigos conversos de Angola, los pasaron al manejo de ingenios en Cuba, otra fuerza

militar contraria en la guerra en ese país; a los que se formaron en la paz de Río de Janeiro, los enviaron a las capitales latinoamericanas a comprar los mercados: en los mejores restaurantes sobornaron a ministros e hicieron alianzas con los empresarios locales, República Dominicana, incluida.

Perú con sobornos denunciados por USD\$ 29 millones, logró el primer acuerdo con Odebrecht para la devolución de ganancias ilícitas tras la develación de los sobornos en diciembre, a principios de enero realizó las primeras detenciones, con Edwim Luyo, acusado de cohecho y lavado de activos, quien aceptó los cargos; siguieron Miguel Ángel Navarro y el ex viceministro Jorge Cuba, junto a su esposa Jessica Tejada, famosa deportista, titular de una cuenta offshore abierta por Navarro, de la que ella declaró no tener conocimiento. Al terminar la primera semana de febrero del año 2017, el mundo conoció que se había dictado orden de arresto internacional en contra del ex presidente Toledo, de viaje por Francia. El gobierno ofrece unos USD\$ 30 mil por información de su paradero, que se cree en USA, todavía prófugo y a quien Odebrecht habría dado USD\$ 21 millones; además han sido citados e interrogados, los ex presidentes, Alan García y Ollanta Humala, en el caso de éste último, por la recepción de USD\$ 3.0 millones para su campaña de cuyo manejo se imputa a su esposa. La Procuradora Katherine Ampuero que revisa los sobornos de Odebrecht en Perú, hace poco solicitó una investigación preliminar contra el presidente Pedro Pablo Kuczynski por supuestos aportes de Odebrecht Latinvest Perú, a favor de Latin America Enterprise, aparentemente ligada al mandatario.

#### **4.4. Validación de Hipótesis:**

En la presente investigación se formularon las siguientes hipótesis:

*a) Hipótesis General:*

Se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la Contratación Estatal en el Perú, por cuanto se aplica como si fuera causal de resolución de contrato sin tener condición de hecho sobreviniente.

*b) Hipótesis Específicas:*

- Las consecuencias jurídicas de la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales, es el incumplimiento de la seguridad jurídica sobre las acciones idóneas en contra de los actos de corrupción antes de la negociación y durante la negociación, celebración y ejecución contractual.
- Los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las Contrataciones del Estado, son que en los supuestos de actos de corrupción antes y durante la negociación contractual debe proceder la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, mientras que los actos de corrupción sobrevinientes a la celebración y durante la ejecución del contrato proceden la resolución del Contrato.

Las hipótesis planteadas se han probado conforme a los siguientes fundamentos:

**4.4.1. Argumento Doctrinario:**

Libertad contractual significaba pues la restitución al individuo, una vez consagrado el principio de igualdad de todos los individuos, de la abstracta posibilidad de determinar por sí mismo su propio destino en el mundo del tráfico y de las relaciones jurídicas y, junto a ello, la fundación de un sistema en que la multiplicidad de las iniciativas libres debería hacer el mundo más dinámico, más abierto a las innovaciones. Significa, por tanto, el paso a una forma superior de sociedad. Convendrá saber si la libertad contractual conserva hoy algo de esta antigua formulación. Debe destacarse que, aunque el concepto de contrato tenga indiscutibles raíces romanas, no se constituye definitivamente, sino en

el momento en que aportan nuevos materiales las corrientes del pensamiento del *ius naturalismo* que son las que quedarán plasmadas en la Revolución Francesa y en los códigos civiles.

En este sentido debemos analizar la contratación estatal en sus momentos diferentes, primero durante la etapa de selección, luego en la celebración y ejecución; a ello tenemos que relacionarlo con la aplicación de la cláusula de anticorrupción en las contrataciones del Estado y los efectos que pueda generar.

Con respecto a la parte preparatoria y selección de contratación (procedimiento administrativo), rige la primera parte de la cláusula de anticorrupción que a la letra señala: *“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato”*.

Sin embargo, sus efectos en su condición de contrato (es un negocio jurídico inexistente), pudiéndose advertir dos posiciones: a) pues aún no se ha firmado contrato alguno y se ha dado durante el proceso de selección, llevando a responsabilidades penales, civiles y administrativas y no sobre el contrato; y, b) que se ha firmado de manera dolosa para favorecer al contratante (empresa), entonces sería anulable dicho contrato (figura que no existe en la legislación de contrataciones del estado).

Con respecto a los momentos de la celebración, ejecución y culminación del contrato estatal le sería aplicable la segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción, que precisan: *“Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de*

*no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

En este sentido se puede advertir que la construcción de las segunda y tercera parte de la cláusula anticorrupción constituye una obligación contractual que ante su incumplimiento generaría la resolución del Contrato, siendo esto una ineficacia estructural; sin embargo, no se ha precisado el supuesto en el cual no se consigna dicha cláusula, cual serían las consecuencias o efectos jurídicos en su condición de acto jurídico o contrato.

#### **4.4.2. Argumento Normativo:**

En las contrataciones del Estado conforme a las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE el año 2017 para los procesos de selección y dentro del contrato proforma que se firmará se establece, como cláusula décimo sexta: anticorrupción, lo siguiente:

*“EL CONTRATISTA declara y garantiza no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.*

*Asimismo, el CONTRATISTA se obliga a conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 248-A.*

*Además, EL CONTRATISTA se compromete a comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas”.*

La preocupación por el impacto que la corrupción tiene en la democracia, la economía y la vida de los países, ha abierto el debate a nivel internacional no sólo en la implementación de normativa interna sino en el establecimiento de tratados, convenios y convenciones multilaterales que plantean medidas para avanzar hacia la erradicación de este flagelo global. En esa línea, nuestra propuesta y posición con respecto de algunas medidas planteadas para fortalecer el combate a la corrupción, se sustenta en lo que, a nivel global, se ha planteado como estándares mínimos necesarios para que las políticas públicas sean realmente efectivas frente a las formas y actores de la corrupción.

Por ello, desarrollamos lo que establece la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento internacional de la que el Perú es parte, y que constituye constituyen, por lo tanto, obligaciones aceptadas y suscritas por el Estado que son una tarea pendiente.

Convención de las naciones unidas contra la corrupción (uncac):

La UNCAC, aprobada en 2003 y vigente desde 2005, constituye el instrumento global más completo en materia de lucha contra la corrupción. Actualmente, está firmada

por 140 Estados, de los cuales más de la mitad la han ratificado. El Perú fue impulsor de dicha Convención y ha participado en el Programa Piloto de Revisión de la Implementación de la UNCAC. Hoy, justamente, nuestro país está siendo objeto de la 1ra. Ronda de Evaluación de la Implementación de la UNCAC, junto con otros países.

La Prescripción según la UNCAC En su Artículo 29°, que forma parte del Capítulo sobre Penalización y Aplicación de la Ley, señala que *“Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia”*. Puede verse que la Convención considera que los plazos de prescripción deben ser adecuada para permitir la sanción efectiva de los actos de corrupción; y evitar, algo que viene ocurriendo en nuestro país con frecuencia: la impunidad de estos ilícitos penales por vencimiento de la prescripción.

Debe considerarse que, si bien, la UNCAC no especifica una medida como la imprescriptibilidad, el piso mínimo que plantea es que se trate de los plazos más amplios posibles.

También, debe incorporarse el debate sobre la suspensión del plazo de prescripción de la acción penal cuando se trate de prófugos de la justicia. Inhabilitación en la UNCAC con relación a la posibilidad de que una persona sancionada y condenada por actos de corrupción pueda retornar a la función pública está contemplado, también, en la Convención de las Naciones Unidas. Así, en el numeral 1 del Artículo 30° referido a Proceso, Fallo y Sanciones, establece que: *“Cada Estado Parte penalizará la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de esos delitos”*. Y, en el numeral 7, se plantea más concretamente

que: “Cuando la gravedad de la falta lo justifique y en la medida en que ello sea concordante con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de establecer procedimientos para inhabilitar, por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un período determinado por su derecho interno, a las personas condenadas por delitos tipificados con arreglo a la presente Convención para: a) Ejercer cargos públicos; y b) Ejercer cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado”.

Otros aspectos vinculados Existen otros aspectos de la Convención que consideramos pertinente incluir en el presente documento, por su relevancia y concepción integral. Además, porque constituyen insumos que deben ser tomados en consideración para la implementación de política anticorrupción nacionales.

Así tenemos que, la Convención define lo que es un funcionario público como: i) Toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) Toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; y, iii) Toda otra persona definida como “*funcionario público*” en el derecho interno de un Estado Parte.

No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el Capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “*funcionario público*” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte (numeral i) del art. 2).



En Nicaragua se puede apreciar la Ley de Contrataciones del Estado, que derogó enteramente la Ley de Contrataciones Administrativas del Estado que databa desde el año 1981. La Ley Nro. 323 fue aprobada el 2 de diciembre del año 1999 y su Reglamento, Decreto 21-2000 el 02 de marzo del año 2000; a esta Ley se le han incorporado reformas parciales (Leyes Nros. 349 y 427) a fin de derogar artículos que no eran limitativos y en algunos casos discrecionales en su interpretación y aplicación, esto permitió mejorar su marco normativo.

Las compras y contrataciones es una de las áreas más vulnerables a las prácticas de corrupción, en ese sentido la Ley Nro. 323, su Reglamento y reformas contienen articulados de prevención de corrupción (transparencia, publicidad, conflicto de intereses); principios de igualdad, competencia, participación y sanciones, y recursos de impugnación, etc. Aunque la actual Ley de contrataciones muestra fortalezas de control de prevención, esta presenta materias excluidas, tres puntos que permiten la discrecionalidad y fomentan el abuso:

- 1) Inciso a, adquisiciones del Ministerio de defensa.
- 2) Inciso j, cuando se determinen situaciones de emergencia.
- 3) Inciso k, cuando existan razones de urgencia, seguridad u otras de interés público.

Refiriéndonos al inciso a, es limitativo a la transparencia de las compras del Ministerio de Defensa, no establece limitante alguna en cuanto a las compras que no son con fines militares; por ejemplo; vehículos civiles, computadoras, papelería, etc.

En el caso de los incisos, j y k, los términos de urgencia y emergencia, son invocados con frecuencia por muchas de las instituciones estatales de manera muy extensiva, hasta caer en el abuso y la discrecionalidad. Ejemplo de ello, es que las compras con prescindencia de procedimientos o contratación directa superaron más del 55% del total de las compras realizadas durante el año 2005.

En este aspecto la CGR ha sido complaciente, argumentando que no quiere ser vista como un obstáculo del desarrollo de los planes y programas de las instituciones estatales, olvidándose que puede hacer lo uno, sin dejar de hacer lo otro; es decir, autorizar la prescindencia de procedimientos y darle seguimiento inmediato, a fin de garantizar la transparencia. Por lo anterior, es necesario reformar la Ley y Reglamento de compras y contrataciones, sobre todo por que urge modernizar su ámbito de aplicación e interpretación de cara al CAFTA y demás tratados de libre comercio que están en vísperas de ser suscritos por el Estado nicaragüense.

Ley 1778 del año 2016 *“Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”*.

Se plantea por primera vez la existencia de Programas de Cumplimiento Anticorrupción como un factor de graduación de la sanción a imponer a la persona jurídica que incurra en cualquiera de las conductas de soborno a servidores extranjeros descritas en el Artículo 1° de dicho proyecto de Ley. Por otra parte se establece que la Superintendencia de Sociedades promoverá entre sus vigiladas Programas de Transparencia empresarial y mecanismos internos de anticorrupción, prevención y auditoría. Los criterios para determinar los sujetos a dicho régimen serán determinados por la misma Superintendencia atendiendo criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social.

Ley 1474 de 2011 - Estatuto Anticorrupción:

Los artículos 30 y 34 de este Estatuto son las normas que deben revisarse en materia de cumplimiento corporativo anticorrupción. El primero de ellos es modificatorio del Artículo 433° del Código Penal y tipifica el denominado delito de *“Soborno Transnacional”*. El segundo regula las medidas que pueden imponerse a las personas

jurídicas por conductas ejecutadas por sus administradores y/o representantes legales que se hayan beneficiado de delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio público. Tales medidas pueden ser desde multas –Desde 500 hasta 2.000 smlmv– impuestas por la Superintendencia de Sociedades hasta la vinculación como tercero civilmente responsable. Por otra parte se establecen responsabilidades importantes para el sector privado, referidas a aspectos tales como: i) La inclusión de los interventores como sujetos disciplinables; ii) La exclusión de beneficios a quienes cometan delitos contra la administración pública; iii) La tipificación de los delitos de tráfico de influencias de particulares; iv) El régimen de inhabilidades e incompatibilidades; v) La obligación para los contratistas de constituir encargos fiduciarios para la administración de los anticipos y de invertir de manera exclusiva estos recursos en la ejecución del contrato que le dio origen; vi) La prohibición de contratar con quienes hayan financiado campañas electorales; vii) El levantamiento del secreto profesional para los revisores fiscales; viii) La administración desleal y la corrupción privada; ix) La responsabilidad de las personas jurídicas, entre otros.

#### **4.4.3. Argumentos Sobre Caso Emblemático:**

El caso Odebrecht es un desafío central para la economía y política del país. Si la sociedad civil y nuestras autoridades actuamos con firmeza y decisión, tenemos una oportunidad para detener la corrupción a gran escala y la impunidad que la alimenta.

En efecto, gracias a un acuerdo alcanzado entre Odebrecht y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sabemos que la empresa brasileña coimeó en nuestro país por al menos 29 millones de dólares entre los años 2005 y el 2014. Aunque no sabemos aún la identidad de los corrompidos y los proyectos en que hubo coima, estas revelaciones confirman lo que muchos hemos sospechado durante meses, que había una

alta probabilidad de prácticas *non sanctas* por parte de Odebrecht. Asimismo, la gravedad de las revelaciones exige que nuestras autoridades nos den rápidas y convincentes explicaciones.

¿Cuáles son los costos de la corrupción? ¿Cuáles son sus consecuencias económicas y políticas? El primer costo es, por supuesto, la coima misma. Los pagos indebidos a funcionarios y políticos a cambio de favores no pueden quedar en la impunidad, pues si ello sucede el crimen sí paga para los corruptos. Cuando no se castigan las coimas hay menor incentivo y premio para los funcionarios y políticos honestos de dedicarle tiempo y esfuerzo a servir en la administración pública. Así, si la impunidad campea, quienes avanzan en sus carreras son los corruptos en desmedro de los honestos.

Peor aún, en nuestro país es frecuente que los peces gordos jamás respondan frente a la justicia cuando estallan los escándalos. En particular, en muchos casos son los funcionarios de rango medio o bajo los que fungen de chivos expiatorios mientras que hay completa impunidad para los grandes ladrones. Los peces gordos, al haber robado más, tienen más recursos con los cuales torcer y manipular las investigaciones y la administración de justicia en su favor. Debido al tratamiento asimétrico de la justicia frente a la corrupción, quienes deciden ser corruptos pueden estar tentados a robar en grande para reducir el riesgo de cualquier castigo futuro.

Pero las coimas son apenas la punta del iceberg del costo económico de la corrupción. El costo económico principal es la ineficiente asignación de recursos que se manifiesta de tres formas. La primera, es que la coima suele aumentar artificialmente el costo de los proyectos, pues el coimero gana más cuanto mayor es el sobreprecio. En segundo lugar, las coimas incrementan la probabilidad de que hagan proyectos que no se necesitan en desmedro de proyectos necesarios. Finalmente, las coimas suelen alterar las condiciones de los contratos para favorecer a las empresas corruptas en perjuicio del

ciudadano. Por ejemplo, es muy sospechoso que en nuestro país el concesionario del Gasoducto del Sur disfrute de ingresos garantizados que se financian a través de aumentos en las tarifas de luz. En los siguientes meses sabremos si hubo o no corrupción en la concesión del Gasoducto.

Otro costo económico de la corrupción es que hace que las empresas que tienen prácticas honestas no participen en los procesos públicos de licitación pues saben que los resultados estarán amañados. Así, la corrupción rampante que vivimos en el Perú, priva a nuestro Estado de muchos empresarios honestos que prefieren ir a países menos corruptos. Es interesante anotar, por ejemplo, que Odebrecht jamás ganó licitación pública alguna en Chile.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** La cláusula de anticorrupción o anti soborno, es una herramienta para la lucha en contra de la corrupción, en especial en los procesos de contratación del estado en el Perú, pues prohíbe todo acto de corrupción desde la etapa preparatoria de contratación, pasando por el procedimiento administrativo de selección, también en la celebración, ejecución y culminación del contrato, realizando nuevamente el principio de buena fe contractual; sin embargo, se ha estipulado como obligación contractual, la misma que ante su incumplimiento puede generar resolución del contrato y no otras consecuencias jurídicas que deberán ser reguladas por el ordenamiento jurídico peruano, para darle mayor eficacia.

**SEGUNDA:** La cláusula de anticorrupción aprobado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, que se encuentra consignada en cada uno de los contratos proforma de las contrataciones del Estado, proformas que luego se materializarán en contratos definitivos; sin embargo, no deberían entenderse como solamente obligaciones contractuales, pues de su contenido causara efectos en hechos antes de los contratos también.

**TERCERA:** Los hechos o actos de corrupción que hayan sucedido antes de la contratación trae como consecuencia efectos de ineficacia estructural (nulidad o anulabilidad), pues si los actos de corrupción se han dado antes de la celebración del contrato, o en todo caso podría contarse como una declaración contractual a que no existió corrupción anterior a la celebración del Contrato. En cambio, la segunda parte si

se trata propiamente de una obligación cuyo incumplimiento es sobreviniente y genera ineficacia funcional (concretamente resolución de contrato).

## **RECOMENDACIONES**

**PRIMERA:** Al legislador se le recomienda a que amplíe los efectos del incumplimiento de las cláusulas de anticorrupción, estableciendo infracciones administrativas sobre los participantes, consorcios, personas naturales o jurídicas, así como de los funcionarios involucrados, para generar efectos disuasorios y conservar la moralidad de las contrataciones del Estado y cautelar los recursos que le son inherentes.

**SEGUNDA:** Es menester para el legislador imponer medidas y sanciones drásticas que permitan combatir la corrupción dentro de nuestro sistema jurídico, para ello, la incorporación de las cláusulas anticorrupción dentro de la celebración de los contratos con el Estado, resultan un arma válida a efectos de combatir la corrupción; conforme se indicó líneas arriba, estamos por buen camino.

**TERCERA:** El legislador deberá hacer la distinción legislativa de la cláusula de anticorrupción y sus efectos, pues los hechos ocurridos antes de la celebración del contrato no se pueden exigir como obligaciones sobrevinientes u obligaciones contractuales, pues a la luz de la teoría del acto jurídico dichos vicios son de carácter estructural, debiendo corresponderle las sanciones de nulidad o anulabilidad del contrato.



## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- ARANZAMENDI, Lino. La investigación Jurídica. Diseño del Proyecto de Investigación y Estructura y Redacción de la Tesis. 2da. Ed.: Lima – Perú. Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2011. P. 139.
- LUCIO, Pilar, Metodología de la Investigación. Mc Graw Hill, México 1997.
- QUIROZ SALAZAR, William, Investigación Jurídica. Editorial IMSERGRAF EIRL, Lima, 2007, p 54.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Las tendencias holísticas propician un mundo más humano y libre de dependencias ideológicas, 12a. ed., Caracas, Medio Internacional, 2001.
- HURTADO DE BARRERA, Jacqueline, Metodología de la investigación holística, Caracas, Sypal, 2000.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2001) Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento. Editorial Grijley, Lima, pp. 92 y ZELAYARAN DURAN, Mauro (2007). Metodología de la Investigación Jurídica. Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 65 y ss.
- ATIENZA, MANUEL (2004). Las razones del Derecho. Teoría de la Argumentación jurídica. Editorial Palestra, Lima, pp. 28 y ss.
- ATIENZA, M. Derecho y Argumentación. Bogotá: Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1997. Las Razones del Derecho. México: Ediciones Universidad Autónoma de México, 2003. Argumentación Constitucional Teoría y Práctica. México: Editorial Porrúa, 2011.

- BERNAL PULIDO, C. (2007). El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. 3ª Edición. Madrid: CEPC, pp. 43
- SQUELLA, A., Y GUZMÁN, J. (2008). “Estado de Derecho y Dignidad Humana”. En Maestros del Derecho Penal. N°. 28 (introducción). Montevideo-Uruguay. IB de F.
- BERNAL PULIDO, C. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. 3ª Edición. Madrid: CEPC, 2007. pp. 43.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, CONCEPTO DEFINICIÓN. Clausula. Disponible en: consultado el 04/12/17 Peru, 1993 pp 126.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, (2009). Contratación Masiva Protección al Consumidor, Editorial Motivensa, Lima, p.28.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, (2007). El contrato en general, T. I, Palestra, Lima, p.24.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, (2009). Derecho Penal, Editorial Motivensa, Lima, p.70.
- DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel, (1993). El contrato en general, T. I, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, p.36.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio, (1962). Derecho de los contratos, T.I., UNMSM, Lima, pp.40 y 41.
- ARIAS SCHERIBER PEZET, Max, (1998). Contratos celebrados por adhesión y cláusulas generales de contratación, Sección de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica pp.9-10.

- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, (2000). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 658, marzo-abril, 2000, p.1226.
- DE CASTRO y BRAVO, (1984) Federico, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Cuadernos Civitas, pp. 12 y 13.
- BENATTI, Francesca, (1963). La responsabilidad precontractuale como regla de comportamiento. Editorial Banca, p. 149.
- MASSIMO, Bianca, (1964). La autonomía del intérprete: a propósito del problema de la responsabilidad contractual. Editorial. Rivdir, p. 478.
- ROMANO, Salvador, (1959). La buona fede nel diritto privato, milan vol. V. p. 1959.
- NATOLI, Ugo, (1975). La Attuazione del Rapporto Obbligatorio. Milan, p. 184.
- RODOTA, Estefano. (1965). El tiempo de la cláusula general, Editorial civdir, p.709.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, (1984). Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas», en *Ius et Veritas*, Año VII, N° 13, Revista de Derecho editada por Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 21; Juan Carlos Rezzonico, Contratos con cláusulas predispuestas, y Juan Carlos VALLESPINOS, (1984). El contrato por adhesión a condiciones generales, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 288.
- FARINA, Juan M., (1993). Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, p.57.

- BULLARD, Alfredo, (1993). La contratación masiva y la defensa del consumidor, en El Derecho Civil peruano. Perspectivas y problemas actuales, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pp. 28, 39 y 40.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. (1961). Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico, en Anuario de Derecho Civil, serie I, N° 2, t. XIV, Fascículo II, Octubre – Diciembre, Madrid. p. 810.
- WINDSCHEID. Diritto Delle Pandette. p. 326. Cit. MARTÍN PÉREZ, José Antonio (1995). La Recisión del Contrato. Bosch, Barcelona. p. 183.
- BETTI, Emilio (1960). Teoría General del Negocio Jurídico. p. 468. Cit. MARTÍN PEREZ, José Antonio (1995). La Recisión del Contrato. Bosch, Barcelona. p. 184.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1961). Eficacia e Ineficacia del Negocio Jurídico. En Anuario de Derecho Civil, Serie I, N° 2, T. XIV, Fascículo II, Madrid. p. 824.
- LLOVERAS DE RESK, María Emilia (1985). Tratado Teórico-Práctico de las Nulidades. Buenos Aires. De Palma.
- MESINEO, Francesco (1979). Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires. p. 488.
- BARBERO, Doménico (1967). Sistema del Derecho Privado, trad. De SANTIAGO SENTIS, Melendo. Buenos Aires. p. 634.
- DE LOS MOZOS, José Luís (1960). Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Año CVIII. La Inexistencia del Negocio Jurídico. p. 470.
- ZANNONI, Eduardo A. (1986). Ineficacia y Nulidad de los Actos Jurídicos. Astrea. Buenos Aires. p. 139.

- ZACHARIAE, Kad S. (1857). Le Droit Civil Francais, annoté et rétabli par G. Massé et Ch. Vergé. Paris. Durand.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J. (1939). Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. T. 2. La Habana. p. 199.
- SAVIGNY, M.F.C. (1978 – 1979). Sistema de Derecho Romano Actual. Trad. MESIAS, Jacinto y POLEY, Manuel. Segunda Edición, Góngora y Compañía Editores. Madrid. pp. 344-345.

## ANEXOS

### 1-A MATRIZ DE CONSISTENCIA:

<b>TÍTULO: CLAUSULA ANTICORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA VULNERACIÓN A LA TEORÍA DE LA INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO EN EL PERÚ</b>					
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	MARCO TEÓRICO	METODOLOGÍA
<b>General</b>	<b>General</b>	<b>General</b>	<b>VARIABLES DE LA HIPÓTESIS GENERAL</b>	<b>SUMARIO</b>	<p><b>TIPO: Enfoque cualitativo:</b> Toda vez que se realizara una investigación dogmática - Jurídica</p> <p><b>NIVEL: DESCRIPTIVO</b></p> <p><b>DISEÑO:</b> NO EXPERIMENTAL LONGITUDINAL</p> <p><b>MÉTODOS:</b> Los métodos generales de Investigación a emplearse serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Método Descriptivo</li> <li>• El método Inductivo</li> </ul> <p>Los métodos específicos a emplea en la investigación serán:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Método Dogmático;</li> <li>• Método Hermenéutico</li> <li>• Método Exegético</li> <li>• Método de la Argumentación Jurídica</li> </ul> <p><b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fichajes</li> <li>• Ficha de análisis documental.</li> </ul>
¿Cómo se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la Contratación Estatal en el Perú?	Describir cómo se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la Contratación Estatal en el Perú.	Se viene vulnerando la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción en la Contratación Estatal en el Perú, por cuanto se aplica como si fuera causal de resolución de contrato sin tener condición de hecho sobreviniente.	<p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <p>Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico</p> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula Anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes</li> <li>• Servicios</li> <li>• Obras</li> </ul>	I.- Clausula anticorrupción II.- Teoría de la Ineficacia del negocio jurídico	
<b>Específico 1</b>	<b>Específico 1</b>	<b>Específico 1</b>	<b>Variables de las Hipótesis Especificas</b>		
¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la vulneración de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales?	Analizar cuáles son las consecuencias jurídicas de la vulneración de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales.	Las consecuencias jurídicas de la vulneración de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico mediante la cláusula anticorrupción contenida en los Contratos Estatales, es el incumplimiento de la seguridad jurídica sobre las acciones idóneas en contra de los actos de corrupción antes de la negociación y durante la negociación, celebración y ejecución	<p><b>Específica 1</b></p> <p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Etapas del Contrato</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Negociación</li> </ul>		

		contractual.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Celebración</li> <li>• Ejecución.</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes.</li> <li>• Servicios.</li> <li>• Obras.</li> </ul>		
<b>Específico 2</b>	<b>Específico 2</b>	<b>Específico 2</b>	<b>Específica 2</b>		
¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las Contrataciones del Estado?	Exponer cuáles son los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración de la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las Contrataciones del Estado.	Los fundamentos jurídicos para corregir la vulneración a la teoría de la ineficacia del negocio jurídico en el caso de la cláusula anticorrupción contenidas en las Contrataciones del Estado son: que en los supuestos de actos de corrupción antes y durante la negociación contractual debe proceder la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico, mientras que los actos de corrupción sobrevinientes a la celebración y durante la ejecución del contrato proceden la resolución del Contrato.	<p><b><u>Variable independiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teoría de la Ineficacia del Negocio Jurídico</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nulidad</li> <li>• Anulabilidad</li> <li>• Resolución</li> <li>• Rescisión</li> </ul> <p><b><u>Variable Dependiente</u></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Clausula Anticorrupción</li> </ul> <p><b>Indicadores:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bienes</li> <li>• Servicios</li> <li>• Obras</li> </ul>		