Segunda etapa • Año 12

Martes 8 de mayo de 2018

jurídica

Nº 687

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

Nuevas expresiones y retos socioeconómicos

ESPECIAL

Pág. 2	**UN CONCEPTO UNIVERSAL.** La aplicación del Principio del interés superior del niño. Jorge Valencia Corominas
Pág. 3	**LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.** La herencia forzosa entre convivientes. Juan Alejandro Olavarría Vivian
Págs. 4-5	**EL PODER FÍSICO.** Teorías acerca de la posesión. El animus y el corpus como elementos constitutivos. Enrique Varsi Rospigliosi
Págs. 6-7	**USOS MIXTOS.** La propiedad predial y el desdoblamiento de derechos para los proyectos inmobiliarios. Claudia Lucena Mayorga
Pág. 8	**EL PATRIMONIO DEL DEUDOR.** Las garantías autónomas: las mal llamadas “cartas fianza”. Luciano Barchi Velaochaga

REGULACIÓN Y APLICACIÓN

El interés superior del **niño**

JORGE
VALENCIA COROMINAS

Abogado. Docente e investigador de la Universidad de Lima.

El interés superior del niño es un principio paradigmático, conceptualizado en el derecho internacional de los derechos humanos. Fue abordado por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y, posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Este último instrumento internacional generó un carácter vinculante, lo que significa que sus preceptos, principios y derechos reconocidos deben ser de obligatorio cumplimiento para los Estados. El derecho internacional coadyuvó a la legitimación de dicho principio, el que fue posteriormente incorporado a partir de la década de 1990 por las legislaciones civiles en América Latina.

Los Estados de la región fueron añadiendo progresivamente en sus cuerpos jurídicos el principio, el cual resultó tan innovador como la incorporación de la prueba del ADN en las legislaciones civiles de familia. *The best interest of the child*, o el mejor interés para el niño, ha sido reconocido como un principio rector en el sistema interamericano de derechos humanos. Al respecto, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva N° 17 señaló: "La expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de este y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

Por otro lado, el Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en la Observación General N°14 dispuso: "Los Estados tienen la obligación de respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial".

Impacto

En 1992, después de la aprobación del Código de los Niños y Adolescentes, y en una conversación con el maestro Nelson Ramírez Jiménez sobre el interés superior del niño, visualizando el futuro de la aplicación del principio, este señaló: "Bajo la aplicación de dicho principio, normas procesales y sustantivas podrán ser superadas. Ciertamente, el principio dio las directrices para la flexibilización de los procesos de familia".

Contenido

Dicho principio, respecto a su aplicación por los sistemas de administración de justicia nacionales de la región latinoamericana en materia de familia e infancia, fue evolucionando progresivamente desde la década de 1990. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el concepto es complejo, y su contenido es universal e individual, el primero como precepto de obligatorio cumplimiento para todos los operadores de justicia, y el segundo como aplicación de manera individual a cada niño para la satisfacción de sus intereses y necesidades, según la circunstancia que lo amerite.

Carlos Villagrasa afirma que el principio del interés superior del niño se presenta como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser concretado en cada situación específica. Con la técnica del concepto jurídico indeterminado, la ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser especificado en el momento de su aplicación.

En otras palabras, en estos supuestos la norma no nos ofrece la solución directa de cada caso, de tal modo que esta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o de experiencia, según la naturaleza del concepto.

Respecto a lo manifestado, resulta de interés la promulgación de la Ley N° 30466 en el Perú. Esta definió los parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño. Respecto a la aplicación de garantías procesales por los jueces especializados, indica el derecho del niño a expresar su opinión, con los efectos que la ley le otorga; la determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior; la percepción del tiempo, por lo cual se evita la dilación en los procesos y procedimientos; la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior; los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños y, finalmente, la evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración a los derechos del niño.

jurídica | Director: **Ricardo Montero Reyes** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** | Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de **El Peruano**
2008 © Todos los derechos reservados

ACERCAMIENTO A LA NORMATIVA MATRIMONIAL

Herencia forzosa entre convivientes

JUAN ALEJANDRO **OLAVARRÍA VIVIAN**

Abogado. Docente de la Universidad de Lima.

El derecho a la herencia no es un derecho fundamental de la persona humana, en la medida en que el ser humano puede existir y realizarse como tal y cumplir su destino sin que se afecte o mengüe su condición de persona o se debilite su esencia y valor como ser humano si es que durante su vida no llegase nunca a ser heredero de un causante. En efecto, los seres humanos pueden vivir y realizar todas sus actividades y luego fallecer sin haber recibido jamás herencia alguna en el trayecto de su vida, y no por ello dejan de ser menos personas o quedan desmerecidos de alguna manera.

Parejas de esposos pueden fallecer en un accidente sin que se llegue a establecer legalmente sucesión entre ellos en aplicación de la norma jurídica que recoge e instituye la presunción de conmoriencia, tal y como lo establece el artículo 62 de nuestro Código Civil, por lo cual, no es dable aseverar que la herencia forzosa como derecho típico o propio de la pareja matrimonial pueda ser tomada como un elemento irrazonablemente discriminador que atente contra los derechos fundamentales de los integrantes de una unión de hecho, para marginarlos en su condición de seres humanos y que, además, ello perjudique de algún modo su dignidad personal y finalmente su situación familiar.

El derecho a la herencia es renunciable y en ocasiones algunos derechos que emanan de la herencia prescriben como la colación y la acción de reducción. Situación incompatible con los derechos fundamentales de la persona humana que son imprescriptibles además de irrenunciables.

Peculiaridades

Es clara la tendencia creciente de las parejas en el país, de optar por la unión de hecho en comparación con el matrimonio, lo que implica necesariamente una mayor incidencia en elegir deliberada y sesudamente esta forma de hacer vida en común y de conformar un hogar y una familia, lo que implica hacer uso del ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la autonomía de la voluntad, más allá de la validez o razonabilidad de los móviles o causas que determinen a la pareja a vivir en convivencia y de realizarse como pareja sin optar por el matrimonio. Esta conclusión descansa también en los resultados de los censos nacionales y de las estadísticas provenientes de los mismos, así como en la mayor difusión de información mediante el empleo masivo de los medios de comunicación y del mayor acceso al conocimiento.

¿Era acaso necesario o ineludible instituir la herencia forzosa entre los integrantes de una unión de hecho para evitar un posible desamparo y perjuicio que ponga en situación crítica o precaria al conviviente sobreviviente? Definitivamente, consideramos que no, pues para ello siempre existía en la cabeza de los integrantes de la unión de hecho la posibilidad de otorgar un testamento y de nombrar como heredero, o en su caso como legatario, al conviviente. Más aún, que en nuestra legislación en caso de existir herederos forzosos en uno de los convivientes, la porción de libre disposición para nombrar legatarios es bastante prolija o amplia pues va desde la tercera parte hasta la mitad de la herencia, según sean hijos y demás descendientes en el primer caso, o padres o demás ascendientes en el segundo caso.

Con la creación de la herencia forzosa a favor de los convivientes, prácticamente se equipara en cuanto a sus efectos y consecuencias la situación de la pareja matrimonial bajo el régimen económico de la sociedad de gananciales con los integrantes de una unión de hecho; lo que atenta contra el principio de igualdad en sentido negativo o *a contrario sensu*, pues no se puede desconocer que se trata de dos figuras clásicas o tradicionales que el Derecho y la civilización han reconocido desde tiempos inmemoriales cuando menos como distintas e incluso como antagónicas y, por ende, merecedoras de tratamientos normativos distintos. Además, aunque ambas figuras sean fundadoras de familias o de estatus familiar, no por ello deben recibir un tratamiento normativo igualitario que podría resentir a sus integrantes, específicamente a los integrantes de la unión de hecho, pues el riesgo no solo va en terminar siendo calificados en una suerte de matrimonio *deminutio*, sino, peor aún, de verse sometidos dentro de una esfera jurídica indeseada que ponga en crisis la relación de pareja y la vida en común.

> "NO ES DABLE ASEVERAR QUE LA HERENCIA FORZOSA COMO DERECHO TÍPICO O PROPIO DE LA PAREJA MATRIMONIAL PUEDA SER TOMADA COMO UN ELEMENTO IRRAZONABLEMENTE DISCRIMINADOR".

Colofón

Este acercamiento o identificación en el tratamiento normativo al extender los efectos del régimen matrimonial a los integrantes de la unión de hecho –entre ellos el de la herencia forzosa para los concubinos– resiente el deber del Estado de promover el matrimonio, según el mandato constitucional establecido en el artículo 4 de la Carta Magna, pues de alguna manera se desincentiva la alternativa de las nupcias que formalmente exigen trámites y procedimientos previos, así como formas solemnes para su celebración y obligatorio registro, a diferencia del concubinato que basa su existencia en la voluntad común de la pareja, y que de no establecerse reglas claras y diferenciadoras para una y otra figura se corre el riesgo de dejar sentado en nuestro país que para efectos de convivir como pareja da igual casarse o no, habida cuenta que las consecuencias jurídicas serán prácticamente las mismas.

ENRIQUE
VARSI ROSPIGLIOSI
Presidente del Congreso Internacional de Derecho Civil Universidad de Lima (30 mayo al 1 junio 2018). Doctor y magíster en Derecho. Docente investigador de la Universidad de Lima. Investigador del Concytec.

ANIMUS Y CORPUS COMO ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La **posesión**, el inicio y teorías

Las posiciones discordantes acerca de la posesión se dan, justamente, por cuanto quien tiene el bien, de modo directo o indirecto, es persona distinta a su titular (Lama More, 2012, pp.50 y 51), lo que determina el estudio de los elementos constitutivos de la posesión.

Así surgen teorías divergentes expuestas por dos juristas alemanes, los romanistas Friedrich Karl von Savigny [1] (1779-1861) y Caspar Rudolf von Ihering [2] (1818-1892). En la segunda mitad del siglo XIX, analizaron la teoría posesoria en el Derecho romano –vigente en esa época como Derecho común– y plantearon posiciones contrapuestas en torno a la posesión. Finalmente, aparece Raymond Saleilles (1855-1912) con una teoría ecléctica. Estos tres autores, a decir de Rojina Villegas (2012), son los campeones de la posesión (p. 594).

Nunca existió una real polémica entre Savigny e Ihering. El primero nunca respondió, por lo menos no directamente, a las críticas que el segundo le hacía. Además, la obra de Ihering *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)* fue publicada en 1889 [3] , i. e. 28 años luego de la muerte de Savigny. Por otra parte, la diferencia de edad entre los dos juristas (39 años) y el enorme prestigio de Savigny nunca propiciaron un debate en igualdad de condiciones entre el maestro y su discípulo.

Téngase en cuenta que ambas teorías se expusieron antes de la entrada en vigencia del BGB de 1900, Código Civil alemán.

I. Poder físico voluntario

Es la teoría subjetiva, también llamada clásica o tradicional. Fue planteada por Savigny en 1803, a los 24 años, en su obra *Tratado de la posesión según los principios del Derecho romano* (publicada en español Madrid, 1845), la cual fue escrita en tan solo 6 semanas[4].

Su obra marca un antes y un después en materia de análisis de la posesión en el Derecho romano, dado que busca aclarar el confuso tratamiento de esta institución. Nadie antes que él había analizado con rigurosidad científica el *Digesto*.

La posesión es un *tener* más *querer*. Es el poder físico que se ejerce sobre una cosa con el ánimo de propietario, la denominada detentación, *animus detentionis*. Para que ese detentar se transforme en posesión, se requiere el *animus dominis*. Implica un querer, la respectiva consecuencia del tener. Está rígidamente sustentada en la teoría de la voluntad, *Subjevitasoder Willenstheorie*.

Así, detentación más *animus* es posesión, voluntad posesoria, *besitz willens*. Se resume en el *corpus* y *animus*. Ánimo de tener, *animus domini* y la tenencia *per se* de la cosa. El querer y detentar. Se expresa en la concurrencia copulativa de estos dos elementos, el intelectual (síquico, moral) y el material (físico, corpóreo).

Se resume en la siguiente fórmula: *Posesión* igual a *Corpus* más *Animus*.

Así, *Animus* es la voluntad de tener la cosa. *La posesión* en nombre propio o posesión en concepto de dueño implica el poder de hecho que se ejerce sobre un bien determinado con la intención, por parte del sujeto, de tener la cosa o gozar del derecho como propio. Esta se diferencia de la mera tenencia o posesión en nombre ajeno.

◆ *Animus domini*. Intención de ser propietario. Existe cuando el poder físico sobre la cosa se ejerce sin reconocer en otro un señorío superior en los hechos. Intención de hacer suya la cosa.

◆ *Animus rem sibi habendi*. Intención de tener la cosa para sí. Comportarse como dueño, *omnia ut dominum gessisse*. Ánimo de quedarse con la cosa.

El *animus domini* (como propietario) y el *animus rem sibi habendi* (poseer la cosa para sí) implica ejercer el derecho real como propio *(nomine proprio)* y no poseer por otro *(nomine aliene)*. Algunos autores utilizan ambos términos como sinónimos, fue Paulo quien los diferenció.

Para esta teoría, *no son poseedores:* el arrendatario, usufructuario, depositario, comodatario, pues a pesar de tener la cosa y tener *animus posidendi*, carecen del *animus domini*, saben que no son propietarios. No se trata de la convicción de ser titular (ser dueño), sino de comportarse como tal (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 325). *In utroqui terminis*, se consideran poseedores el usucapiente, el invasor, el ladrón al creerse dueños de la cosa *(opinio seu cogitatio domini)*, se conducen y actúan como propietarios a pesar de no serlo, solo gozan de la posesión como un hecho–*ius possessionis*.

Esta teoría estuvo reconocida en el Código Civil de 1852.

Artículo 465. "Posesión es la tenencia o goce de una cosa o de un derecho, con el ánimo de conservarlo para sí".

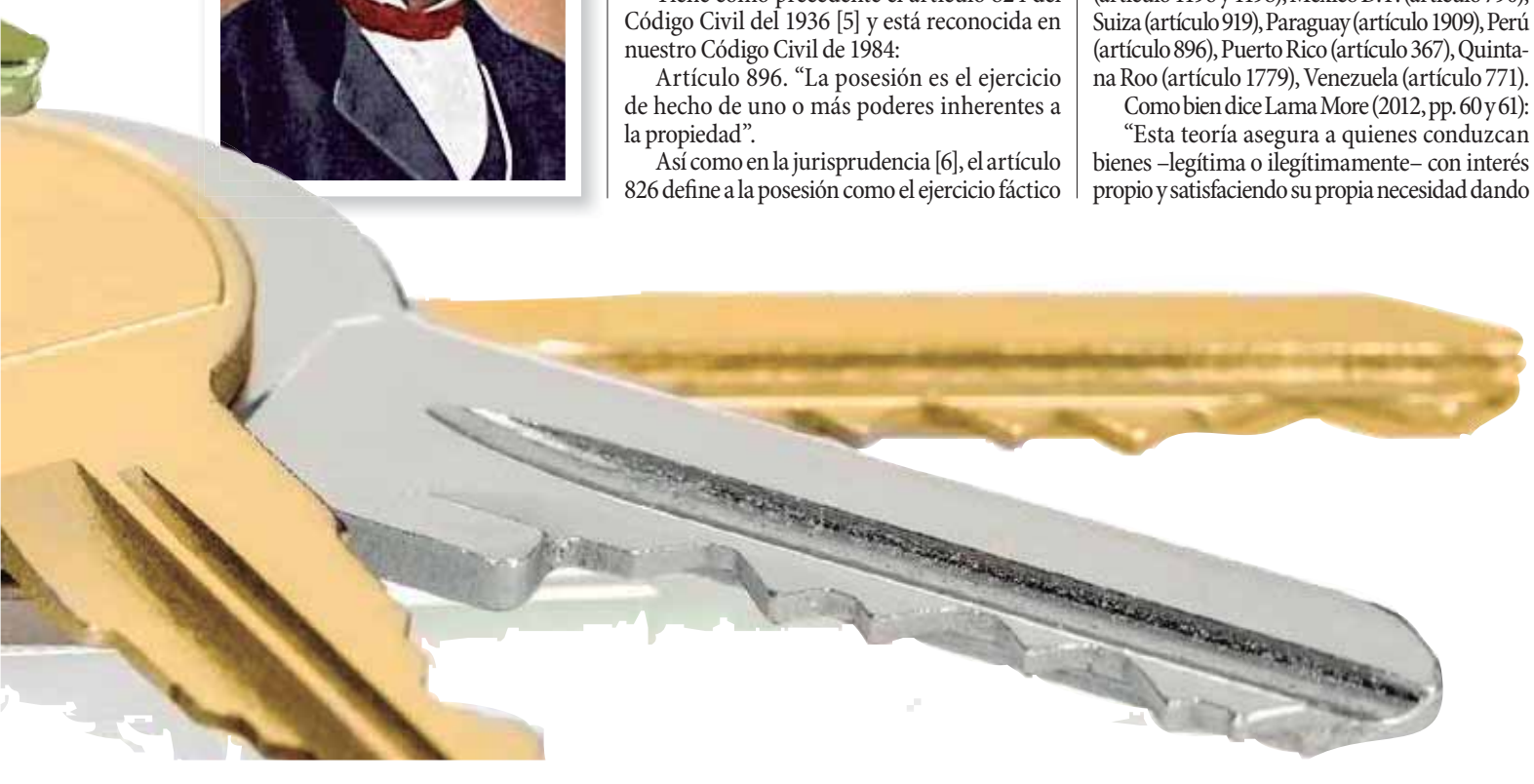
A decir de Cuadros Villena (1994, p. 296), la teoría subjetiva está presente en algunas instituciones de los derechos reales en los que la intención es calificativo de ellas: Posesión de buena y mala fe cuyos efectos son tan diferentes para los frutos y la prescripción.

Es tratada en el Código de Bolivia (artículo 87), Colombia (artículo 762), Chile (artículo 700), El Salvador (ar-

Económico

Llamada también teoría de la causa, ecléctica o intermedia. Es la teoría planteada por Raymundo Saleilles en su obra *La posesión: elementos que la constituyen y su sistema en el Código Civil del imperio alemán* (publicada en español en 1909). Toma de las teorías de Savigny e Ihering. Se aparta totalmente del primero, pero no del segundo, es más, se inspira en él. De alguna manera trata de conciliar ambas teorías.
Es un tener más querer, pero este último de contenido económico, de allí que se le conozca como teoría de la explotación económica.
La posesión es un fenómeno económico de apropiación de riqueza.

La polémica. Las teorías de los juristas alemanes Friedrich Karl von Savigny (izquierda) y Caspar Rudolf von Ihering (abajo) tienen aún gran trascendencia en la doctrina jurídica moderna.



tículo 745), Italia (artículos 1140), Japón (artículo 180), Portugal (artículo 1251 y 1253), Quebec (artículo 921), Uruguay (artículo 646).

II. Poder físico

Es la teoría objetiva planteada por Ihering en 1889 en su obra *La voluntad en la posesión (Crítica del método jurídico reinante)*, publicada en español en 1896. Esta teoría se contrapone a la expuesta por Savigny, su maestro en la Universidad de Berlín.

Es un *tener*. La posesión es una situación de hecho. La tenencia de la cosa, *possessio corpore*. Solo basta el hecho de tener el bien, mostrar respecto de este un aseñoramiento, dándole el matiz económico. Es el *corpus*, la relación exterior entre el poseedor y la cosa. Implica un control sobre el bien. Se considera que *la detentación* es un concepto creado por la ley. Solo se requiere al sujeto y a la cosa; *el animus domini* –si bien existe– no es importante, en todo caso, debe hablarse de *animus o affectio tenendi* (voluntad de tener).

Este *animus* está implícito en el poder, es parte de sí. El corpus lleva consigo cierta intención de poseer, el elemento intencional está presente, pero no como exigible (Peñailillo Arévalo, 2014, p. 326).

Por tanto, se resume en la siguiente fórmula: *Posesión* igual *Corpus*.

Para esta teoría, son *poseedores* el arrendatario, usufructuario, depositario, comodatario. Basta tener el bien para ser poseedor, independiente de la forma como lo obtuvo. Se tiene la *affectio tenendi* (tener), pero no tiene el *animus domini* (ser dueño). Es poseedor quien de hecho use el bien, se sirva de él, satisfaciendo su deseo o exigencia, i. e. todo aquel que tenga un vínculo fáctico, directo e inmediato (Lama More, 2008, pp. 86 y 87).

Esta teoría es mucho más amplia que la subjetiva.

Tiene como precedente el artículo 824 del Código Civil del 1936 [5] y está reconocida en nuestro Código Civil de 1984:

Artículo 896. "La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad".

Así como en la jurisprudencia [6], el artículo 826 define a la posesión como el ejercicio fáctico de uno de los poderes inherentes a la propiedad, independientemente del *animus domini* de quien lo ejerza; en este sentido, según la teoría de la posesión de Ihering a la que se afilia nuestro Código sustantivo, en la posesión hay una relación de hecho establecida entre la persona y el bien para su utilización económica, no requiriéndose del *animus*".

Esta teoría es tratada en la mayoría de códigos del Derecho comparado.

Así tenemos los Códigos de Alemania (artículos 854 y 855), Argentina (artículo 1909), Brasil (artículo 1196 y 1198), México D. F. (artículo 790), Suiza (artículo 919), Paraguay (artículo 1909), Perú (artículo 896), Puerto Rico (artículo 367), Quintana Roo (artículo 1779), Venezuela (artículo 771).

Como bien dice Lama More (2012, pp. 60 y 61):

"Esta teoría asegura a quienes conduzcan bienes –legítima o ilegítimamente– con interés propio y satisfaciendo su propia necesidad dando al bien una finalidad económica para su propio beneficio que no sean privados –o amenazados de privación– del bien, sino hasta que el órgano jurisdiccional decida a quién le corresponde legítimamente dicha conducción. Cualquier alteración fáctica, de origen privado, de ese estado de cosas, no resulta lícita y puede ser rechazada extrajudicialmente por el poseedor; o mediante los interdictos o acciones posesorias, según sea el caso. Por ello, en nuestro sistema patrimonial, será poseedor no solo quien reconoce en otro la propiedad, como es el caso de arrendatario, el comodatario, el usufructuario, etcétera, sino además quien no reconozca en otro la propiedad, como lo es el actual precario (artículo 911 del CC), el usurpador, el ladrón, quien se considere propietario del bien, sin serlo realmente, entre otros".

Conclusión

Siempre es bueno regresar a los orígenes de las instituciones, reconociendo a la doctrina como fuente primaria del Derecho.
Hay diversas teorías acerca de los elementos constitutivos de la posesión.
El poder físico comentado por Ihering es tratado en la mayoría de los códigos del Derecho comparado y viene a ser una teoría mucho más amplia y práctica, adaptándose al sinnúmero de relaciones jurídicas reales establecidas por medio de la posesión. En cambio, el poder físico voluntario de Savigny buscaba aclarar lo confuso que era esta institución.
La teoría de Ihering frente a la de Savigny presenta una doble ventaja (i) simplifica el régimen de la prueba y (ii) delimita las anomalías de la posesión que tanto preocuparon a Savigny.

Resumen comparativo

Una de las mayores dificultades que la doctrina apunta en el estudio de la posesión es realizar la distinción entre posesión y detentación (Gama, 2011, p. 75).

Teles de Menezes (2012, p. 114 y 115) nos resume las posiciones de Savigny e Ihering en la fórmulas algebraica desarrollada en el cuadro 1.

Para Gomes (2012, p. 38), la teoría de Savigny y de Ihering se distinguen en tres puntos fundamentales: la explicación de la naturaleza de la posesión; la fundamentación de la protección posesoria; y la determinación de los elementos constitutivos de la posesión.

Ambas teorías tienen, a decir de Chaves de Farias & Rosenvald (2009), un punto de partida en común: la detentación (p. 30).

El Derecho civil, columna vertebral de las relaciones individuales, viene transformándose y transformado diversas áreas del Derecho moderno. Ello exige presentar de manera innovadora las nuevas teorías y tendencias económicas, de mercado, de la contratación y de los derechos de las personas. En esta línea de pensamiento, la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima ha organizado el Congreso Internacional de Derecho civil, del 30 de mayo al 1 de junio del 2018, buscando presentar ese diálogo entre disciplinas que existe actualmente entre el Derecho civil y las demás áreas del Derecho. A la par de ello se busca difundir las propuestas de modificación y de mejoras a la normativa civil, partiendo del estudio teórico a la práctica común. Los temas a tratarse serán innovadores, que convoquen al público joven y emprendedor, de cara a las nuevas expresiones y retos socioeconómicos.

[1] Seguidor de la Escuela Histórica del Derecho. **[2]** Seguidor de la Jurisprudencia de intereses. **[3]** El mismo Ihering indica en el prólogo "Por este tiempo, mi teoría no revestía la forma que más tarde he reconocido como verdadera; lo cual hace que no sienta haber tardado más de cuarenta años en publicarla. Entonces la denominaba la Teoría de la causa, y en esta obra, en el capítulo IX, va un examen crítico de ella desde el punto de vista de la prueba" (Von Ihering C. R., 1896, pp. 8 y 9). **[4]** En las sucesivas ediciones, como precisa Mariani (2009), "Savigny va a haciendo agregados en forma de notas esclarecedoras de su pensamiento (algunas de las cuales, para ciertos autores, implican verdaderas innovaciones), en estas habla en general de 'los autores´ que no han comprendido bien su tesis […] pero no individualiza, ni para nada menciona a Ihering" (pp. 119 y 120). **[5]** "Artículo 824. Es poseedor el que ejerce de hecho los poderes inherentes a la propiedad o uno o más de ellos". **[6]** Cas. 877-2003, La Merced–Junín, DOEP., 30/6/2005.

DESDOBLAMIENTO DE DERECHOS PARA PROYECTOS INMOBILIARIOS

La **propiedad** predial

CLAUDIA
LUCENA MAYORGA

Abogada por la Universidad de Lima. Socia del Área Inmobiliaria de Miranda & Amado Abogados.

La escasez y el alto costo del suelo urbano obligan cada vez más a los desarrolladores inmobiliarios a rentabilizar lo máximo posible dicho bien escaso y costoso. A ello se suman las mayores complicaciones que día a día sufren las personas para su desplazamiento, factores que sin duda impulsan hoy la preferencia del mercado por los denominados "proyectos de usos mixtos".

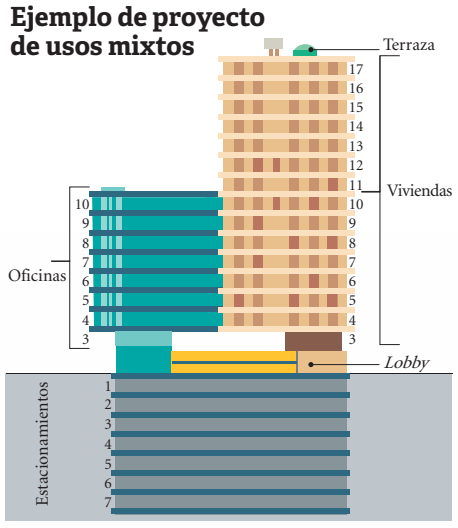
Proyectos de usos mixtos

Se trata de proyectos inmobiliarios que, ejecutados sobre un mismo terreno, combinan e integran distintos usos compatibles entre sí, tales como vivienda, comercio, hoteles, oficinas, entre otros, generando, de cara al desarrollador y al inversionista, el mejor aprovechamiento del terreno –principal activo de todo proyecto inmobiliario–, lo que va de la mano con el mayor y más rápido retorno de su inversión. Socialmente, además, se genera una dinámica vecinal positiva, mayor seguridad en el entorno y la reducción del tráfico como consecuencia del incremento del desplazamiento peatonal. En suma, se potencia el desarrollo urbano y se produce una adecuada sinergia entre las necesidades de las personas y los proveedores de bienes y servicios. (Ver gráfico 1)

La envergadura y la combinación de más de un tipo de desarrollo en un mismo proyecto supone, en la mayoría de casos, la necesidad de contar con la intervención de tantos inversionistas como tipos de desarrollo combine el proyecto. Ello generará, a su vez, que cada uno de estos requiera contar con derechos que garanticen el retorno de su inversión –lo que inicialmente estará asociado, sobre todo, con el terreno–. En algunos casos,

Gráfico 1

Ejemplo de proyecto de usos mixtos



Precisiones necesarias

■ Extensión del derecho de propiedad: la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales. (Artículo 954 del Código Civil).

■ Propiedad de suelo, subsuelo y sobre suelo: el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo. (Artículo 955 del Código Civil).

■ Acciones por obra que amenaza ruina: si alguna obra amenaza ruina, quien tenga legítimo interés puede pedir la reparación, la demolición o la adopción de medidas preventivas. (Artículo 956 del Código Civil).

■ Régimen de la propiedad predial: la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisiónm, y a los requisitos y limitaciones que establecen las disposiciones respectivas. (Artículo 957 del Código Civil).

■ Obligación de deslinde y amojonamiento: el propietario de un predio puede obligar a los vecinos, sean propietarios o poseedores, al deslinde y al amojonamiento. (Artículo 966 del Código Civil).

EL USO DE LAS HERRAMIENTAS QUE NOS PROPORCIONA LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE POSIBILITA CREAR HOY ESTRUCTURAS LEGALES QUE PERMITEN EL DESARROLLO DE PROYECTOS CADA VEZ MÁS COMPLEJOS. ESTAS SE ENCUENTRAN BASADAS PRINCIPALMENTE EN LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE SUPERFICIE, A VECES DE DIFERENTES GRADOS, Y EN EL ESTABLECIMIENTO DE REGÍMENES DE PROPIEDAD EXCLUSIVA Y PROPIEDAD COMÚN.

también será preciso contar con una pluralidad de desarrolladores, por el *expertise* que puede llegar a requerir cada uso específico; que reclamarán la asignación de algún tipo de titularidad respecto del terreno.

Legislación civil

El uso de las herramientas que nos proporciona la legislación civil vigente posibilita crear hoy estructuras legales que permiten el desarrollo de proyectos cada vez más complejos. Estas se encuentran basadas principalmente en la constitución de derechos de superficie, a veces de diferentes grados, y en el establecimiento de regímenes de propiedad exclusiva y propiedad común. Dichas estructuras, sin embargo, en algunos casos, podrían forzar efectos jurídicos no necesariamente deseados, como por ejemplo la necesidad de constituir superficies a favor de terceros, cuando no es de interés del propietario transferir la propiedad, ni siquiera temporalmente. Una alternativa a la constitución de derechos de superficie es la estructuración de este tipo de proyectos mediante el uso de tantas sociedades de propósito específico como distintos usos incluya el proyecto. Otro posible efecto no deseado es el establecimiento obligatorio de una junta de propietarios, reglamentos internos y de secciones de propiedad común si se optase por un régimen como el de propiedad exclusiva y propiedad común, que encuentra sentido en el caso de que el titular inicial tenga interés en transferir las unidades finales independientes, pero no necesariamente en el caso de proyectos desarrollados para generar renta fija. Por último, la generación de ineficiencias en el ámbito fiscal, al quedar grabados actos de transferencia y otros realizados con la finalidad de encajar en el tipo antes que responder a los intereses reales de los participantes.

El artículo 954 del Código Civil vigente establece que la propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial. Sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo cuerpo normativo, solo con la constitución del derecho de superficie –a favor de un tercero– se produce un efectivo desdoblamiento del suelo, sobresuelo y subsuelo. Es decir, una misma persona está impedida de darle usos distintos a los diferentes planos de su propiedad predial sin afectarlos a todos.

Actividades sobre un predio

Con la regulación civil vigente, el propietario del terreno no podría desarrollar estas distintas actividades sobre un predio –terreno– de su propiedad: (Ver gráfico 2)

Vale preguntar, ¿qué tan lejos estamos de hacer posible que un mismo titular pueda desdoblar temporalmente su derecho de propiedad predial para desarrollar un uso distinto en cada plano? Sería necesario abrir la posibilidad de que el propietario constituya uno o más derechos de superficie a su favor, generando así el desdoblamiento del derecho de propiedad predial en los tres planos que reconoce el artículo 954 del Código Civil; y, como consecuencia de ello, la máxima rentabilidad del caro y escaso suelo. Si buscamos resultados diferentes –mejores–, entonces habrá que hacer algo distinto.

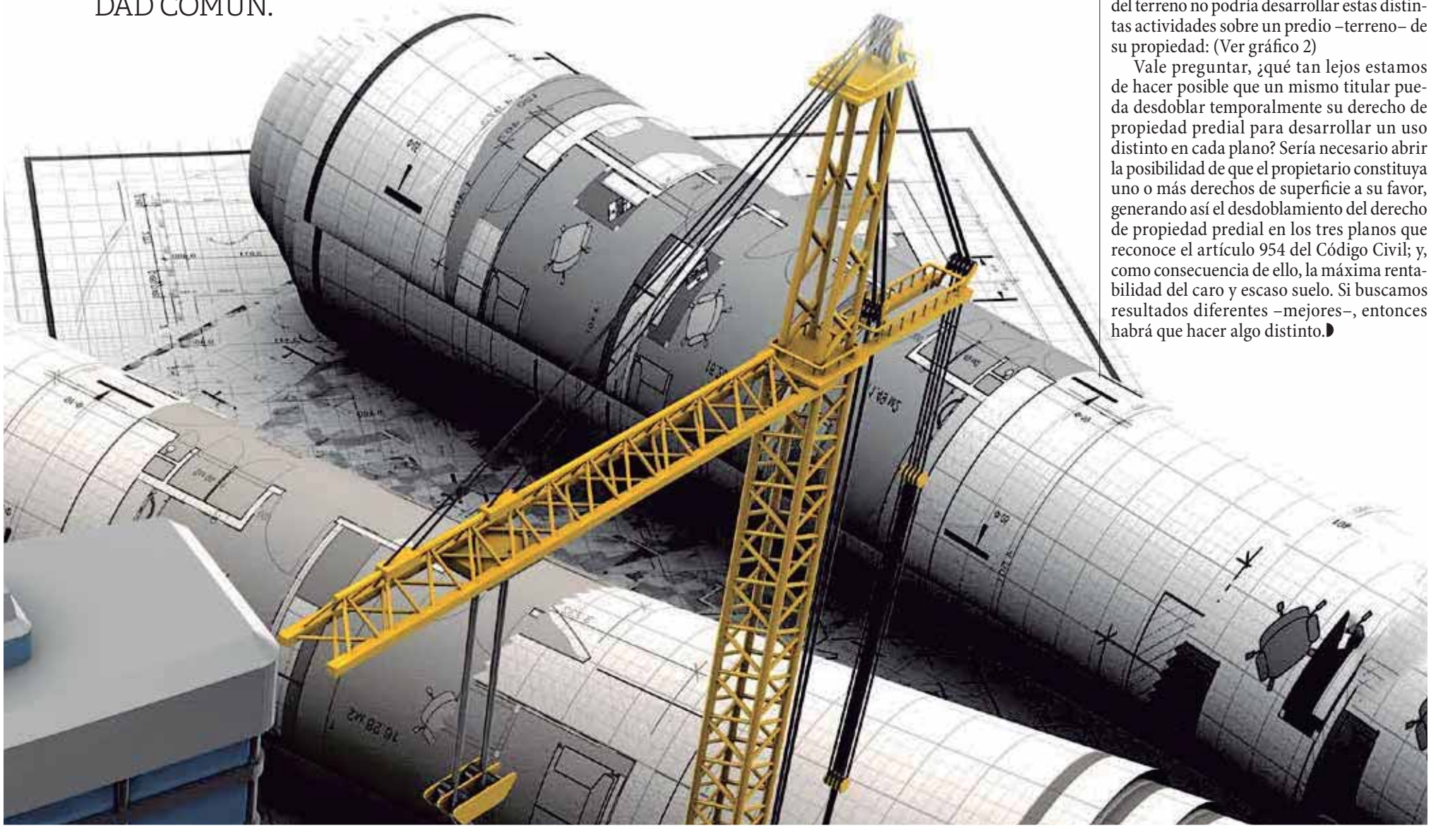
Gráfico 2

Predio

SOBRESUELO — **Sobresuelo:** ejecutar un proyecto -oficinas, comercio y vivienda-, financiándolo con una garantía otorgada respecto únicamente del sobresuelo (que alcanzará a las edificaciones que se desarrollen sobre él).

SUELO — **Suelo (ficción legal):** mantener la propiedad independiente del suelo y constituir una garantía respecto de este y/o de los potenciales flujos que reciba.

SUBSUELO — **Subsuelo:** ejecutar el proyecto de estacionamientos subterráneos financiándolo con una garantía otorgada respecto únicamente del subsuelo (que alcanzará a las edificaciones que se desarrollen en este), para posteriormente entregarlo en usufructo a una empresa que los administre y le genere un flujo.



APROXIMACIÓN A LAS MAL LLAMADAS CARTAS FIANZA BANCARIAS

Las **garantías** autónomas

LUCIANO
BARCHI VELAOCHAGA

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Derecho.
Profesor de Derecho civil patrimonial de la Universidad de Lima

El patrimonio del deudor se constituye en la garantía genérica de los acreedores. La condición del patrimonio del deudor, como garantía de la responsabilidad asumida, supone entonces que, previo a la constitución de la relación obligatoria, el eventual acreedor requiere obtener información sobre el eventual deudor y, una vez constituida, el acreedor necesita, hasta que se cumpla la obligación, supervisar la solvencia de su deudor.

No obstante, el costo de la búsqueda de la información y de supervisión podría ser lo suficientemente alto para desanimar al eventual acreedor respecto al intercambio. Al momento de constituir una relación obligatoria, el eventual acreedor (y no solo el eventual deudor) está en una situación de asimetría informativa, pues aquel desconoce que tan buen pagador es su eventual deudor.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en las relaciones obligatorias negociales, si el eventual acreedor no obtiene información que le brinde seguridad, podría dejar de constituir la relación obligatoria.

Sistema jurídico

Con el fin de reducir los costos que supone investigar y supervisar el patrimonio del deudor, el sistema jurídico permite que ciertos bienes debidamente identificados, de propiedad del deudor o de terceros, sirvan de garantía para asegurar el cumplimiento de una obligación mediante lo que se denominan garantías reales (prenda –garantía mobiliaria– e hipoteca).

Las garantías personales, en cambio, son aquellas en cuyo ámbito un sujeto asume una obligación con el fin de reforzar el interés del acreedor de obtener el cumplimiento de la obligación asumida por otro sujeto (deudor principal).

Normalmente se ha considerado que las «garantías reales» resultan más eficientes que las «garantías personales», entre otras cosas, porque la constitución de garantías, mediante la afectación de bienes específicos (garantías reales), implica una reducción significativa de los costos de transacción, mientras que las «garantías personales» si bien mejoran la posición del acreedor en cuanto terceras personas se obligan con el deudor, no reducen los costos de información, sino que, al contrario, se incrementan, pues no solo es necesario obtener información del patrimonio del deudor, sino también de los terceros que garantizan la deuda.

Respuesta eficaz

Las garantías independientes, como lo ha reconocido la doctrina extranjera, son «una respuesta eficaz a la necesidad de dar seguridad y rápida satisfacción al acreedor frente al incumplimiento de las obligaciones comprometidas» [1]. De esto se derivan importantes consecuencias.

Así, por ejemplo, parte de la jurisprudencia extranjera estima que el ordenante no tiene legitimidad para actuar en vía cautelar contra el garante para obtener la inhibición del pago de la garantía.

Nuevas formas

Si bien las garantías reales implican un menor costo de información ex ante y un menor costo ex post respecto al control del patrimonio, lo cierto es que los costos de ejecución son extremadamente altos. En cambio, han aparecido nuevas formas de garantías personales que permiten reducir los costos de información en la medida en que son otorgadas por entidades de reconocida solvencia (entidades bancarias y compañías de seguro mediante las pólizas de caución) y, además, su ejecución es inmediata.

El problema es que se suele reconducir estas nuevas garantías al paradigma de las garantías personales: la fianza. Lo que debe hacerse, entonces, para salir del entrampamiento, es indagar sobre la posibilidad de construir en nuestro Derecho el concepto de garantía personal atípica.

Estas nuevas formas de garantías personales son las mal llamadas «cartas fianza bancarias». Decimos mal llamadas, puesto que es preferible descartar el término «fianza» ya que genera confusión con la figura típica de la fianza, de la cual debemos distinguirla.

La «carta fianza bancaria» es, en estricto, una «garantía independiente o autónoma» términos que subrayan su característica fundamental: la autonomía de la garantía respecto a la relación subyacente que motiva su emisión. Esta característica es, precisamente, la que la distingue de la fianza clásica. Así, podemos decir que mientras la fianza es una garantía personal «accesoria», la «carta fianza bancaria» es una modalidad o especie de garantía personal «autónoma o independiente».

La autonomía de la garantía, respecto a la relación garantizada, es el elemento característico y se manifiesta por medio de una cláusula en la cual está inequívocamente expresada la renuncia del garante a deducir cualquier medio de defensa referido a la relación principal (comprendida aquella de la invalidez de su fuente contractual), de manera que se le asegure al beneficiario en cada caso el pago de la suma de dinero contractualmente establecida.

En otras palabras, el compromiso asumido por el garante es considerado válido con independencia de su causa, considerándose que la obligación que asume de pagar la garantía constituye una obligación autónoma, lo que explica adecuadamente que la obligación del garante sea una distinta de la del deudor de la relación subyacente (por lo cual la referencia a la «solidaridad» no es precisa) y que el garante no pueda oponer medios de defensa (lo que motiva un pago a primer requerimiento).

[1] RIVA, Jorge. Garantías independientes. Buenos Aires: Depalma, 1999, pág. 1.