

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
Escuela de Posgrado**



La invalidez y convalidación del contrato por actos de
corrupción

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho Civil
que presenta:

Michell Ivan Quispe Flores

Asesor:

Eduardo Emmanuel Buendia De Los Santos

Lima, 2023

Informe de Similitud


Yo, Eduardo Emmanuel Buendia De Los Santos, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada «La invalidez y convalidación del contrato por actos de corrupción», del autor Michell Ivan Quispe Flores

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/04/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

05 de abril de 2023

Apellidos y nombres del asesor: Buendia De Los Santos, Eduardo Emmanuel	
DNI:41864065	
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8468-0653	
	Firma

RESUMEN

La presente investigación se justifica en la existencia potencial del fenómeno de la corrupción en la realidad contractual de nuestro país, donde la respuesta estatal se ha enfocado principalmente en la persecución del delito en la vía penal; y en el inadecuado tratamiento contractual por las autoridades competentes al detectar su presencia. Estos hechos vuelven necesario el estudio de la corrupción como fenómeno y su vinculación con el contrato (especialmente donde interviene el Estado), además de conocer cómo reacciona el ordenamiento jurídico a través del estudio de sus remedios clásicos de nulidad y anulabilidad. Los objetivos de la presente investigación son determinar si un contrato que proviene de actos de corrupción es nulo o anulable; establecer si es posible convalidar un contrato que procede de actos de corrupción y si la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción podría convalidarlo. Los métodos utilizados para el desarrollo de la investigación son el método dogmático, comparativo y funcional. La conclusión principal alcanzada a través de la investigación, es que el contrato celebrado a través de actos de corrupción donde participa el Estado es nulo y no anulable a todos sus efectos; y que el Estado, que siempre cautela los intereses generales de la sociedad, no puede recurrir a la convalidación para darle validez a este tipo de contratos bajo ninguna causal, inclusive a través de la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: EL CONTRATO CON EL ESTADO: ¿NULIDAD O ANULABILIDAD?	11
1. Nociones Preliminares de la invalidez y nulidad.....	11
2. La nulidad del contrato.....	13
2.1. La nulidad en el Sistema Jurídico Italiano	13
2.1.1. Nociones fundamentales.....	13
2.1.2. Tipología.....	14
2.1.3. Elementos cuya ausencia acarrea la nulidad.....	16
2.1.4. La Función del remedio y los intereses tutelados.....	27
2.2. La nulidad en el Sistema Jurídico Alemán	28
2.2.1. Nociones fundamentales.....	28
2.2.2. Tipología.....	29
2.2.3. Elementos sobre los que recae la nulidad	29
2.2.4. La Función del remedio y los intereses tutelados.....	36
2.3. La nulidad en el Sistema Jurídico Peruano	36
2.3.1. Nociones fundamentales.....	36
2.3.2. Tipología.....	37
2.3.3. Elementos cuya ausencia acarrea la nulidad.....	39
2.3.4. La Función del remedio y los intereses tutelados.....	53
3. Supuestos de nulidad recogidos en el Código Civil peruano	55
3.1. Nulidad Estructural.....	55
3.1.1. Falta de manifestación de voluntad del agente	55
3.1.2. Objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable.....	56
3.1.3. Cuando no revista la forma prescrita	58
3.2. Nulidad Sanción	59
3.2.1. Cuando su fin sea ilícito y el caso del artículo V del Título Preliminar.....	59
3.3. Nulidad Textual.....	62
4. La declaración de nulidad.....	63
5. La anulabilidad en el contrato.....	64
5.1. La anulabilidad en el Sistema Jurídico Italiano	64
5.1.1. Nociones fundamentales.....	64

5.1.2.	Intereses tutelados	65
5.1.3.	Supuestos	66
5.1.4.	Convalidación	68
5.2.	La impugnación en el Sistema Jurídico Alemán	69
5.2.1.	Nociones fundamentales.....	69
5.2.2.	Intereses tutelados	70
5.2.3.	Supuestos	71
5.2.4.	Confirmación.....	73
5.3.	La anulabilidad en el Sistema Jurídico Peruano	73
5.3.1.	Nociones fundamentales.....	73
5.3.2.	Intereses tutelados	74
5.3.3.	Supuestos de anulabilidad recogidos en el Código Civil peruano de 1984.....	74
5.3.4.	Convalidación	78
6.	El caso del Estado en los contratos.....	78
7.	Conclusiones del Capítulo 1	81
CAPÍTULO II: LA CORRUPCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO		82
1.	La corrupción como acto contrario al ordenamiento jurídico.....	83
1.1.	Los efectos de la corrupción	88
1.2.	Actos de corrupción en el Perú.....	92
1.3.	La corrupción: antes y durante el contrato.....	95
2.	La corrupción como supuesto de invalidez.....	107
2.1.	La corrupción como acto que genera un supuesto de nulidad.....	107
2.2.	La corrupción como supuesto de anulabilidad	118
2.3.	Efectos de la declaración de nulidad	119
2.4.	¿Y los terceros? El supuesto de la cesión de posición contractual	120
3.	Casos Comparados de Corrupción	121
3.1.	Pronunciamientos del CIADI	121
3.1.1.	World Duty Free Co. Ltd. V. Republic of Kenya	121
3.1.2.	Caso Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan	124
3.1.3.	Caso Inceysa Vallosoletana SL v Republic of El Salvador	126
3.1.4.	Caso Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“BAPEX”) y Bangladesh Oil Gas And Mineral Corporation (“PETROBANGLA”)	128

3.1.5.	Caso Ampal-American Israel Corp, Egi-Fund Investors LLC, Egi-Series investments LLC, Bss-Emg Investors LLC and Mr. David Fischer v. Arab Republic of Egypt	132
3.1.6.	Caso Unión Fenosa Gas S.A v. República Árabe de Egipto	134
3.2.	Pronunciamientos de High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court.	136
3.2.1.	Caso Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan Group LLC	136
3.2.2.	Caso National Iranian Oil Company (NIOC) v. Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation LTD	138
3.3.	Pronunciamientos de la International Court of Arbitration (ICC)	141
3.3.1.	ICC Award Case N° 5622	141
3.3.2.	ICC Award Case N° 11307	142
3.3.3.	ICC Award Case N° 12990	144
3.3.4.	ICC Award Case N° 13914	145
3.4.	Pronunciamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá	147
3.4.1.	Caso Concesionaria Ruta Del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI	147
4.	Conclusiones del Capítulo 2	158
CAPÍTULO III: LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN: ¿UN SUPUESTO DE CONVALIDACIÓN DEL CONTRATO?		159
1.	La Cláusula Anticorrupción	159
1.1.	La cláusula anticorrupción como supuesto de ¿Convalidación? ¿Conversión? ¿Renovación? ¿Renegociación?	163
1.1.1.	Conversión	163
1.1.2.	Renovación	166
1.1.3.	Convalidación	167
1.1.4.	Renegociación	168
2.	Análisis de los Casos Relevantes	169
2.1.	Caso “Concesión Línea Amarilla”	169
2.2.	Caso Rutas de Lima	182
2.3.	Construcción de la vía Costa Verde –Tramo Callao	193
2.4.	Caso “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”	202
2.5.	Caso “Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, tramos 2 y 3”	211

2.6. Caso “Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1 tramo 1”
219

3. Conclusiones del Capítulo 3228

CONCLUSIONES.....229

BIBLIOGRAFÍA.....230



INTRODUCCIÓN

El Estado peruano, ente que ejerce el gobierno de la República del Perú en todos sus niveles, requiere, para el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus fines, la contratación de bienes, servicios, consultorías y obras con personas naturales y jurídicas de derecho privado dentro del marco de la Ley N.º 30225; Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y el Decreto Legislativo N.º 1362, el cual regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos, y su Reglamento Decreto Supremo N.º 240-2018-EF, los cuales en general buscan maximizar los recursos estatales y el cumplimiento oportuno de los fines públicos. En ese sentido, estas normas detallan el sendero regular que debe recorrer toda persona natural o jurídica que pretenda contratar con el Estado y obtener, así, un beneficio económico para el desarrollo de su giro empresarial.

No obstante, esta regularidad se ve afectada cuando el contrato se produjo como consecuencia de actos de corrupción, los cuales “(...) implican el mal uso del poder público, es decir, el incumplimiento de los principios del buen gobierno, así como de los preceptos éticos formalizados o instituidos en la sociedad, que, además, tienen el propósito de obtener ventajas o beneficios indebidos para quien actúa o para terceros en perjuicio del bienestar general (...)” (Defensoría del Pueblo 2013:12). En nuestro país, la corrupción se encuentra fuertemente arraigada y cada cierto tiempo se revelan grandes escándalos, como aquellos presentes en el gobierno del expresidente Alberto Fujimori, durante los años noventa; y, actualmente, los relacionados a las empresas constructoras brasileñas como OAS y Odebrecht.

La corrupción tiene gran repercusión en la sociedad, ya que la altera de forma estructural y en ámbitos como el social, cultural y económico. Ello conlleva a que la inversión privada, especialmente la extranjera, se vea afectada; pues invertir en un país donde su presencia está arraigada representa un riesgo para su capital. Así, para combatir la corrupción, el Estado responde con la implementación de políticas públicas, las cuales se ven reflejadas, principalmente, a través de normas penales, administrativas e incluso deontológicas, las cuales, representan el juicio de valor negativo que le otorga el ordenamiento jurídico a este tipo de conductas completamente reprochables.

De este modo, es preciso el estudio de la vinculación de la corrupción con el contrato; específicamente, donde el Estado es parte (ya que también existe la corrupción privada que no es materia de la presente investigación) y pertinente; la correcta determinación de su impacto sobre la validez del negocio jurídico; su carácter de nulo o anulable y la posibilidad de su subsanación, puesto que gran parte de estos contratos vienen ejecutándose por largos periodos, durante los cuales, se han celebrado adendas, han cambiado sus participantes (las empresas originarias del contrato han cedido su participación a otra empresa con intervención del propio Estado), etc.

Asimismo, cuando se advierte de manera sobrevenida la existencia de actos de corrupción en su origen o durante su desarrollo, las autoridades se plantean alternativas para remediar esta circunstancia anómala, como la renegociación de los términos del contrato, la resolución o la inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción, cuyos efectos estarían supeditados a la validez del contrato original o, incluso, a la obtención de una declaración de nulidad total o parcial del contrato por parte de una autoridad judicial o arbitral, lo cual conllevaría la restitución de las inversiones, y que se traduciría en una afectación al Estado.

Los objetivos de la presente investigación son determinar si un contrato que proviene de actos de corrupción es nulo o anulable; establecer si es posible convalidar un contrato que procede de actos de corrupción, y si la inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción podría convalidarlo. Asimismo, la presente investigación pretende responder a las siguientes preguntas: ¿Es nulo o anulable un contrato que proviene de actos de corrupción? ¿Es posible la convalidación de un contrato que proviene de actos de corrupción? ¿La inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción convalida el contrato?

La consecución de los objetivos y las respuestas respectivas a las preguntas descritas proporcionará un diagnóstico actual, sobre el desenlace de los contratos celebrados por el Estado con empresas privadas, donde previamente se ha advertido la existencia de actos de corrupción, el futuro de aquellos contratos donde aún no existen suficientes elementos para advertir su presencia y aquellos que se vienen celebrando con la inclusión de la cláusula anticorrupción.

En ese sentido, la presente investigación se dividirá en tres capítulos.

En el primer capítulo, analizamos la invalidez del contrato a través de sus remedios convencionales: nulidad, enfatizando los supuestos recogidos por la doctrina y nuestro ordenamiento jurídico (falta de manifestación de voluntad del agente, objeto física o jurídicamente imposible o indeterminable, no revista la forma prescrita, fin ilícito y, en el caso del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, nulidad textual); y la anulabilidad, a través de sus supuestos reconocidos por el ordenamiento jurídico (error, dolo). En ambos casos, se hace hincapié en los intereses que se tutelan, los efectos de su declaración y, por último, sobre algunas particularidades específicas propias del Estado en los contratos.

En el segundo capítulo, examinamos la corrupción como un fenómeno patológico presente, transversalmente, en todo ámbito relacionado con la función estatal a nivel mundial, y cuyo estudio no se restringe al ámbito jurídico, sino que requiere una óptica multidisciplinaria desde aspectos culturales, económicos, políticos y sociales, en razón de su origen, efectos, evolución y los intereses que vulneran o privilegian su tratamiento en el marco jurídico peruano; así como su relación con el contrato, antes de su celebración y durante su ejecución (determinamos los momentos contractualmente relevantes). De la misma forma, estudiamos la corrupción como un supuesto de nulidad o anulabilidad del contrato donde interviene el Estado, y cuáles serían los efectos de su declaración.

En el tercer capítulo, analizamos el supuesto de cláusula anticorrupción como un modo sobrevenida de convalidación del contrato, y, si es posible, subsumirla en alguno de los supuestos de conversión, renovación y convalidación contemplados en la doctrina, y si puede ser utilizado por las partes contractuales para convalidar y renegociar un contrato que adolece de nulidad. También, estudiamos algunos casos relevantes de contratos celebrados por el Estado con privados, vinculados a escándalos de corrupción, como son los proyectos denominados

“Proyecto Vía Expresa Línea Amarilla”, “Rutas de Lima”, “Construcción de la vía Costa Verde-Tramo Callao”, “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”, “Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, tramos 2 y 3”, “Sistema Eléctrico de transporte masivo de Lima-Callao Línea 1 tramo 1”, sobre los cuales se encuentran pronunciamientos judiciales que advierten la presencia de actos de corrupción en su origen o investigaciones en sede fiscal que presumen su existencia.

Por último, pretendemos que las conclusiones sinteticen lo esencial de la presente investigación.

Lima, marzo de 2022



CAPÍTULO I: EL CONTRATO CON EL ESTADO: ¿NULIDAD O ANULABILIDAD?

Sumario: 1. Nociones Preliminares de la invalidez y la nulidad; 2. La nulidad del contrato; 2.1. La nulidad en el sistema jurídico italiano; 2.1.1. Nociones fundamentales; 2.1.2. Tipología; 2.1.3. Elementos cuya ausencia acarrea nulidad; 2.1.4. Función e intereses tutelados; 2.2. La nulidad en el sistema jurídico alemán; 2.2.1. Nociones fundamentales; 2.2.2. Tipología; 2.2.3. Elementos sobre los cuales recae la nulidad; 2.2.4. Función e intereses tutelados; 2.3. La nulidad en el sistema jurídico peruano; 2.3.1. Nociones fundamentales; 2.3.2. Tipología; 2.3.3. Elementos cuya ausencia acarrea nulidad; 2.3.4. Función e intereses tutelados; 3. Supuestos de nulidad recogidos en el Código Civil Peruano; 3.1. Nulidad Estructural; 3.1.1. Falta de manifestación de voluntad del agente; 3.1.2. Objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable; 3.1.3. Cuando no revista la forma prescrita; 3.2. Nulidad Sanción; 3.2.1. Cuando su fin sea ilícito y el caso del artículo V del Título Preliminar; 3.2.3. Nulidad Textual; 4. La declaración de nulidad; 5. La anulabilidad del contrato; 5.1. La anulabilidad en el sistema jurídico italiano; 5.1.1. Nociones; 5.1.2. Intereses tutelados; 5.1.3. Supuestos; 5.1.4. Convalidación; 5.2. La impugnación en el sistema jurídico alemán; 5.2.1. Nociones; 5.2.2. Intereses tutelados; 5.2.3. Supuestos; 5.2.4. Confirmación; 5.3. La anulabilidad en el sistema jurídico peruano; 5.3.1. Nociones; 5.3.2. Intereses tutelados; 5.3.3. Supuestos; 5.3.4. Convalidación; 6. El caso del Estado en los contratos; 7. Conclusiones del capítulo 1.

En el presente capítulo, analizamos desde la doctrina, la configuración de la invalidez del contrato donde interviene el Estado, a través del estudio de los remedios de la nulidad y anulabilidad del negocio jurídico, los intereses que tutelan, y los supuestos recogidos por nuestro Código Civil.

1. Nociones Preliminares de la invalidez y nulidad

Cuando se piensa en un negocio jurídico, se considera que este debe estar orientado en las mismas líneas directrices que el ordenamiento jurídico, es decir, el resultado del acuerdo entre las partes debe reflejar las mismas bases del sistema jurídico.

De esta forma, lo que el ordenamiento jurídico considere positivo debe ser materia de protección, mientras que aquello que considere negativo debe ser sancionado por su contravención.

Cuando los particulares celebran negocios, que el ordenamiento jurídico considere que no reúnen lo indispensable para ser calificados como positivos, estaremos ante un escenario, donde los valores particulares del negocio y los valores sociales intrínsecos del ordenamiento son distintos, y donde deberán prevalecer estos últimos.

En ese sentido, para que un negocio jurídico sea calificado como positivo, requiere contar con todos los elementos mínimos necesarios que la ley dispone para su configuración. Para la

presente investigación, tomaremos en cuenta los elementos esenciales del negocio jurídico, entendidos como requisitos de validez.

Sin adentrarse respecto a la distinción entre validez, invalidez, ineficacia e inexistencia y la distinción clásica de elementos esenciales, accidentales, naturales o elementos, presupuestos y requisitos del negocio jurídico, debemos señalar que todo negocio más allá de los títulos, tiene una estructura mínima identificable con la concurrencia de la manifestación de voluntad, el sujeto, objeto, causa y la formalidad, y puede presentar vicios o patologías que el ordenamiento jurídico sancionará con la nulidad o anulabilidad dependiendo del grado de afectación.

De esta forma, la invalidez se presenta:

“Cuando en un negocio jurídico falta o se encuentra viciado alguno de *los elementos esenciales* del mismo: a) Declaración de voluntad; b) Objeto; c) Causa; d) Forma (cuando está sometida a sanción de invalidez); o, cuando se carezca de uno de *los presupuestos necesarios al tipo de negocio al que pertenece (...)*” (Fernández 2016: 25-26).

La gravedad de la afectación a sus elementos esenciales determinará el tipo de remedio aplicable. Así, mientras que la nulidad representará la sanción más fuerte debido al grado de afectación a intereses de carácter general, e impidiendo el despliegue de sus efectos; por otro lado, la anulabilidad permitirá un negocio con efectos precarios pasibles de ser finiquitados o convalidados.

Es importante resaltar que solo nos encontraremos ante la figura de la invalidez cuando la patología exista de forma originaria y afecte los elementos esenciales del negocio jurídico. No podríamos hablar de invalidez frente a la aplicación de otros remedios como la rescisión o resolución, debido a que no estaríamos ante supuestos estructurales, a pesar que puedan estar presentes de forma originaria.

Por otro lado, para la determinación de la invalidez, no puede considerarse, en su evaluación, el aspecto subjetivo de los celebrantes, ya que no nos encontramos en el ámbito penal, donde para calificar una conducta como penalmente punible y ser sancionada por el ordenamiento jurídico debe valorarse el elemento subjetivo (dolo o culpa) en la comisión de un ilícito.

Ello ocurre, precisamente, porque no importa realmente si existió culpa al momento de celebrar el negocio jurídico (esto no reemplaza ni subsana patologías elementales), ya que el análisis negocial es puramente objetivo respecto de sus elementos, excluyendo cualquier dimensión subjetiva en su calificación.

Por otra parte, y habiendo considerado la invalidez como la respuesta del ordenamiento jurídico frente a la afectación de los elementos esenciales del negocio jurídico, surge la siguiente pregunta: ¿Cuándo nos encontramos propiamente frente a un contrato válido?

Frente a esta interrogante, la doctrina ha respondido de formas distintas, no necesariamente excluyentes, sino que las respuestas variarán dependiendo del ordenamiento jurídico estudiado.

Así, la validez de un contrato (no eficacia), de forma símil a una fórmula matemática, se obtendrá de la conjunción exitosa de todos los elementos imprescindibles de un negocio jurídico general, y además de aquellos particulares propios de cada tipo contractual (como la patrimonialidad).

No será igual analizar la validez de un contrato de donación de bienes muebles a otro de bienes inmuebles; o un contrato de concesión entre particulares frente a un contrato de concesión con

el Estado. Esto se debe a que, dependiendo del negocio jurídico y del tipo contractual (o su ausencia), el marco normativo no se restringirá solamente aquel contemplado en el Código Civil, sino que dadas sus propias particularidades e importancia encontrará refugio en normas especiales que regulan la materia particular.

En consecuencia, en la presente investigación nos enfocamos en analizar la nulidad y anulabilidad como aquellos remedios contemplados por la ley (y solo por ella) en protección de intereses públicos y privados respectivamente, frente a la invalidez del negocio jurídico.

2. La nulidad del contrato

2.1. La nulidad en el Sistema Jurídico Italiano

2.1.1. Nociones fundamentales

Cuando se piensa en el remedio de la nulidad, lo primero que surge en nuestra mente, es la reacción del ordenamiento jurídico —como un todo orgánico— frente a un negocio jurídico, que este cataloga como negativo, y frente al cual busca protegerse para funcionar adecuadamente.

En ese sentido, la nulidad tendrá un doble efecto de protección: el primero de forma concreta para las propias partes celebrantes del negocio; y, el segundo, de forma abstracta para el funcionamiento coherente del ordenamiento jurídico.

Si bien es usual que, el estudio de cualquier figura jurídica inicie con una definición, coincidimos con Roppo, cuando advierte que:

“La idea de una definición general y unitaria de la nulidad tiende a ser abandonada por la doctrina. Prevalece un planteamiento relativista y pluralista. Se toma nota de que el legislador, en el arbitrio de sus elecciones, por un lado, vincula la nulidad a supuestos de hecho muy distintos entre sí; y por el otro regula los diversos supuestos de hecho de nulidad en modos distintos entre sí (...)” (Roppo 2009: 681).

De esta forma, al existir tal variedad en el tratamiento de los supuestos por el legislador, buscar una definición de *nulidad* no genera ninguna utilidad práctica real, pero en abstracto, puede entenderse como la respuesta de un ordenamiento jurídico en protección de la noción estructural de los negocios que busca cautelar y considera dignos de protección.

En cualquier caso, cuando la doctrina italiana realiza el estudio de la nulidad, coincide que:

“es nulo el negocio jurídico al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa (...)” (Stolfi 1959: 80).

En otras palabras, la nulidad será consecuencia de la falta de alguno de los elementos estructurales del negocio, o cuando este contravenga los parámetros brindados por el ordenamiento, para desplegar los efectos que le serían propios al tipo negocial que las partes quisieron celebrar.

2.1.2. Tipología

La doctrina italiana ha cumplido con identificar ciertos tipos de nulidad, los cuales, a su vez, se ven reflejados en el Código Civil de 1942.

La nulidad, entendida como una valoración negativa del ordenamiento jurídico frente a determinados negocios, puede diferenciarse en razón del alcance de la sanción o en razón de su origen.

La nulidad en razón del alcance de la sanción, puede dividirse en total y parcial, dependiendo del grado de afectación que irradiará la nulidad al interior del negocio. De esta forma, si el negocio se encuentra orgánicamente articulado, y la afectación se presentara solo de forma aislada sobre una disposición separable, entonces será posible que el negocio sobreviva.

La doctrina italiana, recoge esta distinción, y expone que:

“La nulidad puede ser total y parcial. Es total cuando afecta a todo el negocio; es parcial cuando se refiere solo a una estipulación o a varias, o a uno de varios negocios conexos entre sí. (...) esta regla no es aplicable cuando resulte que los contratantes no habrían concertado el acto sin aquella parte de su contenido que es inválida (...)” (Stolfi 1959: 81).

De lo expuesto por Stolfi, debemos resaltar el supuesto de excepción referido a la nulidad parcial —presente en el artículo 1419¹ del Código Civil de 1942—, por la cual, a pesar de que la nulidad afecte una o varias de las estipulaciones de naturaleza individualizable y separable, si esta hubiera sido determinante en la celebración del contrato, el negocio será totalmente nulo.

La excepción contenida en la norma, es completamente justificable, en tanto, no sería lógico que las partes se encuentren sujetas al cumplimiento de un negocio, cuando la razón que los llevó a la celebración ya no está presente. Más aún, cuando el contrato debe servir como una herramienta a través de la cual, las partes logren la satisfacción de sus intereses particulares.

Es importante resaltar que, como lo dispone el segundo párrafo del artículo 1419 antes citado, no todos los casos donde se produzca la nulidad de una o varias disposiciones del contrato, importará que se esté vaciando su contenido. Así, si existieran normas imperativas aplicables, estas sustituirán y reemplazarán a las cláusulas nulas.

Por otro lado, en razón de su origen, podemos clasificar a la nulidad en textual y virtual.

La nulidad textual, alude completamente a la existencia de una norma específica que sanciona la presencia de determinados supuestos de hecho. El nacimiento de un supuesto de este tipo se encuentra completamente en el plano legislativo, y se entiende que encuentra su justificación, al menos en el plano teórico, en el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto.

¹ El artículo 1419 del Código Civil Italiano de 1942 señala que: “La nulidad parcial de un contrato, o la nulidad de cláusulas específicas, comporta la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad.

La nulidad de cláusulas específicas no comporta la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas”.

Así también, la nulidad textual, cumple una función de apoyo a los órganos encargados de la administración de justicia, debido a que, brinda claridad al juzgador respecto a la valoración positiva o negativa que tiene el ordenamiento frente a determinados supuestos y les brinda una calificación anticipada.

De esta forma, coincidimos con Roppo, la nulidad textual cuando señala que:

“(…) adquiere un *real valor operativo* (...). En un primer sentido, la previsión textual sirve para hacer nulos contratos o reglas contractuales que, en su ausencia, probablemente no lo serían (...). En un segundo sentido, la previsión textual sirve para *hacer cierta una nulidad, que de otra manera sería dudosa y controvertida*. (...) En un tercer caso, la previsión textual sirve no tanto o no solo para determinar o aclarar una nulidad, sino a *introducir un tratamiento del contrato nulo, divergente de la disciplina común* (...)” (Roppo 2009: 682-683).

En los supuestos identificados por Roppo, somos de la opinión que el legislador está pensando directamente en el juzgador, quien enfrentará los problemas interpretativos que genere una consideración dudosa de la nulidad, y a través de sus decisiones, reafirmará las directrices que el ordenamiento jurídico comprende como positivas.

Por otro lado, también abre la posibilidad que, el legislador en ejercicio de sus atribuciones, pueda, por motivos justificados, plantear excepciones al tratamiento común de la nulidad sobre determinados supuestos, por considerar que, el beneficio que procuran a la sociedad es mayor que el perjuicio que pudiera ocasionar al funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Este tipo de nulidad, lo podemos encontrar en el artículo 1418 del Código Civil, el cual señala que:

“El contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario (...)”.

De esta forma se evidencia la intención del legislador, de no brindarle un tratamiento único a la nulidad del contrato; por el contrario, deja abierta la posibilidad que, determinados supuestos puedan gozar de un régimen diferenciado por motivos justificados y considerados positivos para la sociedad. Cabe resaltar que, los motivos deben ser idealmente obtenidos a través de la ponderación del legislador de los beneficios del supuesto exceptuado y la inestabilidad al ordenamiento jurídico que pudiera ocasionar su existencia.

En antítesis a la nulidad textual, la doctrina ha identificado a la nulidad virtual, la cual, a diferencia de la primera, carece de disposiciones expresas en los cuerpos normativos, y se obtendrá más bien, a través de un análisis inferencial del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La doctrina a través de Roppo, ha identificado los criterios de la nulidad virtual, los cuales:

“Son reconducibles a una u otra de las dos diversas *rationes* “políticas” del remedio, a las que pueden hacerse corresponder dos grandes familias de nulidades contractuales: la familia de las nulidades estructurales, las que reconducen los contratos nulos porque son insensatos o incompletos (...); y la familia de las nulidades políticas, a las que se vinculan los contratos nulos porque son desaprobados (...)” (Roppo 2009: 683-684)

De los dos criterios identificados por Roppo, se advierte que el primero hace alusión a la falta de alguno de los elementos necesarios para la configuración estructural del negocio, convirtiéndolo en uno irrealizable; mientras que, el segundo hace referencia a las nulidades

políticas, que son aquellas que contravienen el ordenamiento jurídico a pesar de contar al menos en apariencia con los elementos estructurales.

Es en este tipo de nulidad, donde el juzgador deberá realizar un análisis concienzudo, caso por caso, sobre el negocio jurídico que se encuentra evaluando y la armonía del ordenamiento jurídico en su conjunto, utilizando indicadores como las leyes, el orden público y las buenas costumbres para la determinación de su validez.

2.1.3. Elementos cuya ausencia acarrea la nulidad

A efectos de realizar un estudio del remedio de la nulidad, es preciso que tengamos en cuenta cuáles son los elementos que configuran la estructura misma del negocio, y cómo es que su presencia tiene como resultado la validez del contrato.

A nivel normativo, el Código Civil italiano de 1942 contempla, dentro de su artículo 1325², los requisitos que debe reunir cualquier contrato en abstracto (el acuerdo de las partes, la causa, el objeto y la forma) para ser considerado válido. Cabe indicar que, el texto de la norma, no habla expresamente de validez, sino más bien se limita a enumerar los requisitos de validez.

Estos elementos han sido recogidos igualmente por la doctrina, la cual señala que:

“(…) son esenciales los indispensables para que exista cualquier negocio (…). Son estos: la existencia de uno o más sujetos legitimados, la voluntad, una forma de manifestar esa voluntad y la causa. Tales elementos deben encontrarse en todo negocio (…); sin tales elementos el negocio que los necesite será nulo” (Trabucchi 1967: 151).

En ese sentido, la normativa y la doctrina italiana coinciden, al menos de forma aparente en los elementos que todo negocio jurídico debe cumplir para ser considerado válido, y no sea sancionado con nulidad.

Cabe indicar, que la inclusión expresa dentro de un código, de una norma que recoja los requisitos del negocio jurídico, es una función propia del legislador, quien a través de su actuación orientará el desarrollo de la doctrina, y vinculará de forma importante a los órganos encargados de la administración de justicia.

A. El acuerdo de las partes

El acuerdo de las partes, puede entenderse como la confluencia de dos voluntades —provenientes de dos partes distintas—, las cuales se unen y forman una “voluntad común” que se plasma en el contrato, es decir, este resultado se obtendrá a través de la conjunción de una oferta y su aceptación entre los sujetos intervinientes.

² El artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “(…) Los requisitos del contrato son:

- 1) El acuerdo de las partes;
- 2) La causa;
- 3) El objeto;
- 4) La forma cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”.

En esa línea, el elemento volitivo y su exteriorización cobrará vital importancia en la dinámica de formación del acuerdo, toda vez que constituyen la herramienta idónea para que las partes puedan autorregular sus intereses.

En ese sentido, podemos identificar dos momentos distintos en el tratamiento de la voluntad, uno de carácter interno —subjetivo— y el otro externo —objetivo—; donde el primero corresponde a la voluntad interna de las partes, y el segundo, a su exteriorización. Así, Trabucchi afirma que:

“(…) cuando hablamos de este elemento no aludimos exclusivamente a los motivos que fundamentaron el ánimo del declarante, pues el derecho regula las relaciones entre los hombres y para ello se precisa que la voluntad se exteriorice o declare (…)” (Trabucchi 1967: 159).

Por su parte, Ferri, de manera más drástica, señala que:

“Debe quedar claro que (…) El negocio jurídico tiene un significado interno, un espíritu, distinto del querer interno del declarante y no puede existir una mera declaración, una forma negocial, que no esté animada por un contenido de voluntad objetiva (…)” (Ferri 1969: 171).

De esta forma, se rechaza que la voluntad subjetiva sea esencial al negocio jurídico, y resalta la importancia de dejar de lado los aspectos subjetivos, y enfocarnos en la voluntad plasmada de forma objetiva en la declaración. Este rechazo encuentra justificación en la protección que el ordenamiento jurídico le brinda a la contraparte contratante, quien solo puede llegar a conocer la voluntad interna de la otra parte a través de su exteriorización.

Esto nos demuestra la importancia que ha adquirido la exteriorización de la voluntad común en la formación del negocio jurídico. Más aún, cuando se configura como una voluntad distinta a la voluntad interna de cada parte (desde una perspectiva individual).

Ahora bien, la existencia independiente de una “voluntad común” objetivada en el contrato, conlleva la existencia necesaria de más de una parte.

Así, el primer requisito contenido en el artículo 1325³ del Código Civil italiano de 1942, es el “acuerdo de las partes”, lo cual conlleva necesariamente la conjunción de más de una declaración en pro de la configuración de la voluntad común. Sobre el particular, Ferri afirma lo siguiente:

“(…) el acuerdo involucra las manifestaciones o declaraciones, o en general los comportamientos exteriores de los contratantes. Para tener un acuerdo es necesario que la voluntad se haya externalizado de algún modo (…)” (Ferri 2004: 4-5).

Lo afirmado por dicho autor, refuerza la postura objetiva respecto a la independencia de la voluntad que fue plasmada en el negocio (expresa o tácitamente) de la voluntad individual interna de cada una de las partes celebrantes por separado. Por consiguiente, estamos de acuerdo con el sector de la doctrina que considera lo siguiente:

³ El artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “(…) Los requisitos del contrato son:

- 1) **El acuerdo de las partes;**
- 2) La causa;
- 3) El objeto;
- 4) La forma cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad” [El resaltado es nuestro]

“No basta, pues, la coincidencia exterior de las declaraciones, sino que es necesario que, en su conjunto, el significado del comportamiento de las partes, valorado objetivamente, exprese una voluntad común y concordante de constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” (Bianca 2007: 227).

Después de todo, si no fuera de este modo, estaríamos hablando de dos declaraciones completamente disímiles, que no guardan armonía en aspectos estructurales del negocio jurídico, o en alguna de sus estipulaciones. Sobre el particular, a efectos de la presente investigación, utilizaremos indistintamente los términos “acuerdo” o “consentimiento” para referirnos al mismo fenómeno.

Respecto a la temporalidad en la formación de la voluntad común, se producirá de forma simultánea o diferida, dependiendo del momento en que la voluntad individual de cada una de las partes se exteriorice y encuentre su coincidencia con la voluntad de la contraparte. Será simultánea cuando ambas declaraciones se produzcan al mismo tiempo, y será diferida cuando la declaración que contiene la oferta y aquella que contiene su aceptación se presenten en momentos distintos.

Por otro lado, cuando el artículo 1325 del Código Civil de 1942 hace referencia en su numeral 1 al acuerdo de las “partes”, debemos señalar que el término “parte” ha tenido, dentro de la doctrina, discrepancias respecto a identificarla como “centro de intereses” o como “sujeto”.

Por un lado, se encuentra Alpa, quien sostiene que:

“(…) la noción de ‘parte’, aludida en la definición del Código es más limitada que la noción de ‘sujeto que expresa una voluntad’ (...). La parte debe ser entendida, por lo tanto, como un ‘centro de intereses’” (Alpa 2004: 124).

Por otro lado, en una posición contraria, se encuentra Bianca, quien señala que:

“(…) si se mira a la disciplina del contrato ha de observarse que esta hace referencia a los sujetos que constituyen y asumen la relación contractual y no a un “centro de intereses” abstracto que como tal no es destinatario de asignaciones jurídicas (...)” (Bianca 2007:76).

Cualquiera sea la posición que adoptemos, sea como centro de intereses o como sujetos, cuando se habla de “parte” nos referimos a la representación de dos figuras antagónicas (que pueden ser personas naturales o jurídicas) en un mismo contrato, y las que en ejercicio de su libertad regulan sus propios intereses.

Cuando se identifica que la “parte” interviniente en un negocio jurídico es una persona natural, debe tomarse en cuenta que, aquella debe contar con la capacidad suficiente para su celebración, sea de carácter legal o natural. Así, la doctrina ha distinguido la incapacidad a través de Roppo, quien sostiene que:

“las incapacidades legales (...) derivan de: minoría de edad, interdicción (judicial y legal), inhabilitación (...). La incapacidad natural es aquella a la que la ley alude con la más expresiva fórmula de la *incapacidad ‘de entender o de querer’* (...)” (Roppo 2009: 710).

Es decir, mientras que la incapacidad legal es una categorización impuesta en razón de una norma legal y abstracta; la incapacidad natural, juega un aspecto residual, ya que se encuadran en ella todos los sujetos que no cuentan con la capacidad de entender o querer, pero que no son incapaces legales.

Además, es necesario hacer referencia a la sanción que impone el artículo 1425⁴ y 428⁵ del Código Civil Italiano de 1942, en tanto:

“(…) la incapacidad natural no se sanciona con la nulidad del contrato, ni siquiera dentro de los límites en los cuales aquella es relevante, sino con la simple anulabilidad (…)” (Ferri 2004: 22).

Aquí podemos encontrar un rasgo característico muy importante, ya que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, la incapacidad natural no representará la nulidad automática del contrato celebrado por un sujeto incapaz.

Otro aspecto relevante para la doctrina italiana, relacionado con las partes, es el referido a la “legitimidad”, entendida como:

“(…) el poder de disposición del sujeto en relación con una determinada posición jurídica” (Bianca 2007: 86).

De lo señalado por el autor, debemos entender que los efectos que se produzcan como consecuencia de la celebración del negocio jurídico puedan desplegarse de manera efectiva sobre el sujeto (si es que, por ejemplo, se hubiera actuado a través de representante). En ese sentido, la sanción respecto a la legitimidad será distinta a la nulidad. Coincidimos con Bianca cuando expone que:

“la legitimación es un requisito subjetivo de eficacia del contrato. Por tanto, la falta de legitimación no comporta la invalidez del contrato, sino su ineficacia respecto del objeto del que la parte no es competente para disponer” (Bianca 2007: 86).

De esta manera, se advierte la consecuencia distinta de la legitimidad respecto a la validez, toda vez, que el remedio de la primera se enfoca en la ineficacia, y no en la nulidad del negocio jurídico. Además, que sus supuestos se materializan, generalmente, en la participación de las partes en los contratos a través de actos de representación orgánica o voluntaria.

B. La causa

La causa se ha destacado en la formación del negocio como uno de sus elementos más controvertidos, y ha recibido igual protección por parte de los ordenamientos jurídicos; de esta manera, en el presente punto, estudiaremos su tratamiento dentro del sistema jurídico italiano.

La doctrina resalta la importancia de la causa para el contrato. Así, Bianca afirma que:

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (…), es necesario que ese acuerdo se justifique por un

⁴ El artículo 1425 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “el contrato es anulable si una de las partes era legalmente incapaz para contratar.

Es igualmente anulable, cuando concurren las condiciones establecidas en el art. 428, el contrato estipulado por una persona incapaz de entendimiento y de voluntad”.

⁵ El artículo 428 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “(…) Los actos realizados por la persona, que, no estando interdicto, se pruebe que estuvo, por cualquier causa, incluso transitoria, incapaz de entender o de querer al momento en el cual los actos han sido realizados, pueden ser anulados a solicitud de la persona misma, sus herederos o causa habientes, si resulta un grave perjuicio al autor (…)”.

interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

En consecuencia, el interés y su correspondencia con el ordenamiento cobra una especial relevancia. Será el ordenamiento jurídico el que determine, a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres), la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes. Además, será el propio legislador, quien determinará su contenido, irradiará y orientará las directrices estructurales en función de las cuales se mueve la realidad contractual. Dicho esto, puede afirmarse lo siguiente:

“Se trata de un requisito que tiene un valor funcional; no se justifica en sí y por sí más que en cuanto sirve como medio escogido para conseguir un cierto resultado que el legislador estima de notable importancia” (Stolfi 1959: 39).

Normativamente, la causa del negocio se encuentra en el numeral 2 del artículo 1325⁶ del Código Civil italiano de 1942, donde es recogida textualmente como uno de los requisitos del contrato.

Por otro lado, es importante mencionar que, del derecho italiano surgió una gran influencia para los ordenamientos jurídicos causalistas: la concepción “objetiva” de la causa, cuyo exponente más importante fue Emilio Betti, quien sostenía que:

“La causa del negocio es, propiamente, la función económico-social que caracteriza el tipo de negocio como acto de autonomía privada (típica en este sentido) y determina su contenido mínimo necesario” (Betti 2018: 160).

De esta forma, podemos distinguir dos aspectos de la causa: su carácter de “función” y su carácter “social”, los cuales se encuentran reflejados en el papel de interrelación que cumple cada negocio jurídico particular con la sociedad en su conjunto. Estos aspectos se ven reflejados igualmente en el acogimiento por el ordenamiento de determinados negocios denominados típicos.

En ese sentido, la materialización de la causa a nivel abstracto representará un juicio de valor positivo por parte del ordenamiento jurídico, dirigido a los negocios particulares celebrados por los miembros de la sociedad; de esta forma, la socialización de la causa será la que justifique su tutela.

En esta misma línea, se pronuncia Messineo, quien señala lo siguiente:

“El legislador ha adoptado decididamente por la (...) *doctrina objetiva de la causa*, reconociendo esta en la función (...) económica social, que el contrato cumple; y consiste en la *modificación de una situación existente* que el derecho objetivo considera importante *para sus propias finalidades*; como tal, la causa es constante e inmutable, sea cual fuere la tentación personal (...) de cada una de las partes” (Messineo 2007: 132).

Cabe indicar que, del pronunciamiento de Betti y Messineo, se denota un completo rechazo al carácter individualista propio de la teoría subjetiva de la causa, y por el contrario se privilegia

⁶ El artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “(...) Los requisitos del contrato son:

- 1) El acuerdo de las partes;
- 2) La causa;**
- 3) El objeto;
- 4) La forma cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”. [El resaltado es nuestro]

aquello socialmente trascendente, que se encuentra reflejado en los negocios jurídicos del mismo tipo (considerados “relevantes”); los cuales, por su similitud, contienen una causa común y de configuración abstracta.

Frente a la pura abstracción de la causa, con el transcurrir del tiempo, los motivos de las partes intervinientes en el contrato han cobrado una especial relevancia, ya que previamente eran solo considerados desde un punto de vista objetivos y eran rechazados de forma categórica. En ese sentido, Trabucchi sostiene que:

“La causa (...) entendida, como fin inmanentemente típico, como razón y función económico-social de todo negocio, no debe confundirse con el fin individual o idea que movió a cada contratante a realizar el negocio (interés o motivo) (...)” (Trabucchi 1967: 178).

Por consiguiente, primigeniamente los motivos internos propios de los contratantes para conseguir una finalidad personal y una finalidad común, eran considerados irrelevantes. Sin embargo, existe un ámbito donde adquieren importancia, y surgen cuando estos son plasmados dentro de la configuración del negocio.

De la misma forma, la doctrina ha desarrollado la denominada “causa concreta del contrato”, donde no basta la verificación de coincidencia entre el esquema realizado por las partes y el modelo contractual, en tanto es necesario buscar el significado práctico de la operación en relación con las finalidades que formaron parte del contrato. Así, Bianca sostiene que:

“(...) son múltiples las indicaciones y frecuente el empleo de la causa como función concreta del contrato, es decir, como síntesis de los intereses que el contrato pretende realizar (...)” (Bianca 2007: 476).

Con la consideración de la causa concreta del contrato, se rompe el objetivismo absoluto de la causa, y se consideran importantes los motivos exteriorizados e incluidos dentro del negocio jurídico. Sobre el particular, solo podemos referirnos a motivos comunes concretos (no individuales), por los cuales las partes quisieron llevar adelante el contrato.

El Código Civil Italiano, en su artículo 1418, recoge el supuesto de nulidad del negocio por ilicitud en el motivo. Por tanto, a pesar de su carácter excepcional, su presencia es considerada trascendente para el propio ordenamiento jurídico, e incluso sanciona su presencia patológica con nulidad.

En esa misma línea, Alpa afirma que:

“(...) la distinción entre *causa* y *motivo* no es tan simple como podría parecer. De hecho, varía según se considere el motivo como circunstancia objetiva (y no como razón psíquica interna); o bien la causa en sentido subjetivo de finalidad de la manifestación de voluntad” (Alpa 2015: 90).

El hecho de distinguir el motivo de la causa, orientará la importancia que el ordenamiento jurídico le asigne, y determinará su relevancia para la configuración del negocio. Además, que la relevancia del motivo se verá afectada desde la óptica que se le haya querido dar, y será distinta si la consideramos desde un aspecto puramente subjetivo (fuero interno), o desde un aspecto objetivo (exteriorización).

Habiéndose flexibilizado, el carácter irrelevante del motivo sobre la causa, y de haberse desligado propiamente de la función social como la concebía Betti, la doctrina italiana establece lo siguiente:

“(…) prefiere hablar de causa como fundamento económico-individual del contrato; en este sentido, entran dentro de la causa las expectativas que las partes objetivamente podían esperar respecto de los resultados del negocio. Las anomalías de funcionamiento de la causa alteran la economía del negocio (…).” (Alpa 2015: 93).

Con este criterio, se supera la concepción tradicional de la “causa”, y permite desligar al “motivo” de la “irrelevancia” dentro del negocio jurídico; entenderlo en función de las expectativas, como aquello que las partes procuran obtener de la celebración del negocio, y que influye necesariamente en la libertad de las partes para autorregular sus intereses.

Hasta este punto, se ha tratado lo referente a la importancia de la causa y cómo los motivos se han hecho un lugar en su configuración; sin embargo, la consideración de la causa dentro del contrato adquiere relevancia al momento de evaluar si un negocio jurídico, en concreto —no abstracto— se mantiene dentro de la consideración positiva del ordenamiento jurídico o deviene en ilícita al contrariarlo.

Precisamente, uno de los cuestionamientos hacia la teoría objetiva de la causa y el factor principal de su superación fue, que no podía entenderse cómo la “causa” abstractamente impuesta a las partes podía configurarse “ilícita”; cuando se había otorgado de manera masiva a todos los negocios típicos recogidos dentro del propio ordenamiento.

Dentro de aquellos que albergan la consideración de la ilicitud de la causa en su aspecto objetivo, tenemos a Messineo, quien señala que:

“(…) la causa en los contratos nominados es obra exclusiva del legislador y que, por tanto, ella *no puede (...) ser ilícita (...)*. Esto en el sentido de que las partes utilizan el contrato, no (o no solamente) para conseguir el fin al que ha sido destinado, sino para conseguir fines ulteriores que la ley no permite” (Messineo 2007: 416).

Lo indicado por Messineo solo encuentra su justificación, en que no eran las “partes”, quienes aportaban este elemento al negocio, sino que era el legislador quien lo integraba al contemplarla como una figura típica dentro del ordenamiento, es decir, era una figura constante que las partes completaban a través de su manifestación de voluntad; sin embargo, podía ponerse el caso que las partes quisieran más de lo que ofrecía el tipo contractual, en cuyo caso, la causa devenía en ilícita.

No concuerdo con esta postura, en tanto, aceptarla generaría la posibilidad de que los contratos puedan ser considerados válidos en principio, a pesar de surgir de una motivación ilícita diferenciada de las partes, lo cual, en nuestra opinión, no refleja la armonía que debe existir entre los negocios particulares y el ordenamiento jurídico en general.

Por otro lado, existe otro sector de la doctrina italiana que pretende armonizar la concepción objetiva de la causa con la redacción del artículo 1343 del Código Civil de 1942⁷. Así, Scognamiglio sostiene que:

“(…) la ilicitud de la causa tiene que ser referida al objeto y/o contenido en los que se concretiza el acto negocial” (Scognamiglio 2001: 172).

⁷ El artículo 1343 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “la causa es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres”.

De esta forma, reconoce que, si consideramos imposible la configuración de la causa de forma abstracta, solo quedaría aceptar que la ilicitud se refiere al objeto del contrato y no a la causa en sí.

Bajo esta perspectiva, sería imposible encontrar supuestos de ilicitud en los contratos típicos, sino solamente en aquellos innominados (pero permitidos dentro del ordenamiento jurídico), aunque su configuración no involucraría demasiado a las partes celebrantes del negocio, sino más bien al legislador por permitir que puedan ser considerados válidos a pesar de no contar con una causa aparente otorgada de forma abstracta.

En conclusión, la concepción de la causa del negocio jurídico, ha sufrido una gran transformación desde su concepción tradicional hasta la actualidad, pasando de considerar la idea de causa abstracta, hacia la inclusión de los “motivos” dentro de su contenido. Así también, constituye el fundamento principal para calificar si el negocio celebrado es digno de tutela a través de un análisis de correspondencia positiva con el ordenamiento jurídico.

C. El objeto

El Código Civil italiano de 1942 no define el “objeto del contrato”; solo señala, en su artículo 1346⁸, cuáles son sus requisitos (ser posible, lícito, determinado o determinable). En ese contexto, ante la falta de una definición legislativa, la doctrina ha contemplado varias posturas sobre el objeto del contrato.

Por un lado, se encuentran aquellos que consideran al objeto como un bien material, y, por otro, aquellos que lo consideran como prestación.

Sobre esta divergencia de posturas dentro de la doctrina, se encuentra Messineo, quien sostiene que:

“Una sección del nuevo Código está dedicada, en apariencia, al objeto del contrato (arts. 1346-1349). Pero basta la simple lectura de la misma, para darse cuenta de que allá se habla casi siempre de la *prestación* (...) puede demostrarse por esta observación: en dicho artículo se menciona, entre los requisitos del llamado objeto, la licitud del mismo, pero el objeto —por sí— no puede ser lícito o ilícito, porque es *neutro*, si por objeto se entiende, como propiamente debe entenderse, una cosa (es decir un bien económico) (...); mientras que es legítimo hablar de licitud o ilicitud, solamente si por objeto se entiende la prestación” (Messineo 2007:169).

De esta forma, en lugar de referirse al objeto como un bien económico (como Messineo considera correcto), el Código Civil regula dentro de sus normas al objeto como “prestación”, dado que un bien, por su naturaleza, no podría cumplir con los requisitos exigidos normativamente de licitud o ilicitud.

De igual manera, Ferri sostiene que:

“(…) El nuevo Código deja entender, en numerosas normas, que el legislador, cuando habla de ‘objeto del contrato’, hace referencia a las prestaciones, a las cuales están obligadas las partes” (Ferri 2014:216).

⁸ El artículo 1346 del Código Civil Italiano de 1942 señala que: “El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable”.

Por otro lado, un segundo sector de la doctrina, en nuestra opinión, equivocadamente considera que el objeto del contrato solamente se refiere a un bien, y señala además que este solo será esencial cuando se refieran a negocios patrimoniales. Así, Stolfi sostiene que:

“El objeto sólo es esencial para los negocios patrimoniales, ya *inter vivos* o *mortis causa*; pero no de los personales, porque solamente los primeros hacen surgir una relación entre las personas y las cosas, mientras de los segundos únicamente surgen relaciones entre personas (...)” (Stolfi 1959: 19).

Discrepamos con lo sostenido por Stolfi, en tanto, estamos convencidos que cualquier tipo de negocio, sea patrimonial o extrapatrimonial, cuenta con un objeto, el cual a su vez puede encontrarse relacionado o no a un bien material, y donde la patrimonialidad solo determinará su pertenencia al ámbito contractual.

Respecto al requisito de posibilidad del objeto, de la redacción del artículo 1346⁹ del Código Civil Italiano, podemos advertir que comprende a la imposibilidad física y jurídica. Así, Ferri sostiene que:

“el objeto debe ser posible, ello se tiene que entender en el sentido de que la actividad que las partes se han obligado a desarrollar, debe ser material o físicamente posible (...) La doctrina distingue entre una imposibilidad “material” o “física” y una imposibilidad “jurídica”” (Ferri 2004: 217-226).

En cuanto a la posibilidad material, debemos señalar que comprende a su correlación con las leyes naturales, es decir, a su posibilidad de realización, debido a que nadie podría obligarse a efectuar algo sobrenatural, ni que escape las capacidades humanas (el juicio de posibilidad no deberá realizarse en base a la posibilidad concreta de las partes para su realización, sino más bien en base a su posibilidad abstracta).

En ese sentido, el objeto debe ser, al momento de la celebración del negocio, al menos abstractamente posible. Así, Bianca sostiene que:

“(...) no se refiere a la aptitud concreta de las partes de absolver el compromiso adquirido, sino a la posibilidad de realizar, en abstracto, ese compromiso, así sea haciendo un esfuerzo diligente superior al normal” (Bianca 2007: 344).

Por consiguiente, el juicio de posibilidad del objeto del negocio jurídico deberá realizarse tomando en cuenta su posibilidad abstracta de realización, y no la posibilidad concreta de las partes celebrantes. Es decir, que ninguna persona en correspondencia con las leyes naturales podrá ser capaz de cumplir la prestación.

De la misma forma, cuando el objeto se refiere a los bienes, estos deben existir al momento de la celebración de negocio o, al menos, debe ser posible su existencia en el futuro, ya que, si no es naturalmente viable esta posibilidad, devendría absolutamente imposible y no podría pactarse sobre ella.

La posibilidad jurídica del objeto, por otro lado, se presenta cuando es congruente, con las normas imperativas, orden público y las buenas costumbres contempladas por el ordenamiento jurídico; en ese sentido:

⁹ El artículo 1346 del Código Civil Italiano de 1942 señala que: “El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable”.

“La doctrina distingue entre la imposibilidad ‘material’ o ‘física’ y una imposibilidad ‘jurídica’. Se comprenden en este segundo tipo de imposibilidad las prestaciones que tienen por objeto patrimonios nacionales y, en general, cosas fuera del comercio o actividades no susceptibles de valoración económica” (Ferri 2004: 218).

Vale decir, cuando nos referimos a la imposibilidad física, teníamos como parámetro máximo las leyes naturales, que por principios son inmutables; en el caso de la imposibilidad jurídica, sucede precisamente lo contrario, dado que el marco jurídico es, en principio, mutable, tiende a evolucionar con la sociedad. Además, el juicio de valor que impone el ordenamiento, sobre los distintos supuestos de hecho que se presentan en la realidad, es distinto episódicamente durante el paso del tiempo.

Adicionalmente, estamos de acuerdo con aquellos que han asimilado el objeto ilícito con el objeto jurídicamente imposible.

Por otro lado, tenemos a la determinabilidad, que abarca todo concepto de objeto que se pueda concebir, sea como bien o como prestación. La doctrina a través de Ferri sostiene que:

“(…) se halla referido, no solo a la prestación como tal, sino también a la cosa o al bien que la prestación, a su vez, puede tener por objeto; ello, en tanto la indeterminación de la cosa se traduce en la indeterminación de la prestación” (Ferri 2004: 216).

En consecuencia, el objeto debe ser pasible de individualización exitosa, tanto en la cantidad como en sus características intrínsecas de forma originaria; en caso no fuera posible de individualizar al momento de la celebración, deberá estipularse, dentro del negocio, el modo (operación) a través de la cual será identificada (determinabilidad sobrevenida).

Por último, es importante señalar que, en lo referente al contrato, el objeto del negocio debe contener necesariamente un carácter patrimonial, donde las prestaciones deben ser posibles de ser valorizables en dinero; lo cual, encuentra su justificación en la función primaria de intercambio de bienes y servicios que cumple el contrato en la sociedad.

D. La forma

La forma, como elemento del negocio jurídico, debe ser inmediatamente relacionada con la exteriorización de la voluntad y, específicamente, con aquella realizada de forma expresa por las partes para la configuración del negocio. Se puede pensar en ella como el revestimiento obligatorio de la voluntad, impuesto por el ordenamiento jurídico o por las propias partes.

El ordenamiento jurídico italiano recoge el principio de libertad de forma para los negocios jurídicos, y son las partes, las que eligen libremente, como exteriorizar su voluntad. En ese sentido, la doctrina entiende a través de Alpa que:

“la forma es el modo en el cual debe ser redactado el negocio, o externalizada la voluntad negocial. Normalmente la forma es libre (...) rige el principio de la libertad de formas. Algunas veces, sin embargo, puede ser prescrita la utilización de una forma determinada cuyo respeto condiciona en algunos casos la validez del negocio, mientras en otros condiciona la prueba en juicio (...)” (Alpa 2015: 132).

Lo expuesto encuentra su fundamento en el Código Civil italiano de 1942, el cual sanciona con nulidad la inobservancia de la forma (impuesta por la ley o por las propias partes), al considerarla

indispensable para su validez en los casos que la ley la requiera. Además, se advierte que la forma no tiene una única vinculación exclusiva a la validez del negocio, sino también una complementaria para su prueba.

Por otro lado, el ordenamiento italiano acepta que la forma pueda ser impuesta también por las propias partes. De este modo, resultan importantes las apreciaciones de Trabucchi, quien sostiene que:

“la forma se establece por la ley; pero también las partes pueden en virtud de la autonomía de su voluntad fijar la necesidad de observar una determinada forma para sus acuerdos futuros (forma voluntaria; en dichos casos se presume que la forma se establece *ad substantiam* (...))” (Trabucchi 1967: 175).

Sobre ello, tendremos que distinguir el límite de la autonomía privada de las partes, sobre la configuración de la forma para la celebración de un negocio, ya que un inadecuado entendimiento nos podría llevar a pensar que las partes pueden autoimponerse una forma distinta a la prescrita por la ley. Posición sobre la cual discrepamos, dado que las partes, en estos supuestos, solo podrían pactar con niveles de seguridad superiores a los otorgados por la ley, y nunca al revés.

Del mismo modo, luego de aceptar que la forma puede de ser impuesta por la ley y por las partes, Scognamiglio sostiene que existen:

“(…) dos tipos principales de forma escrita: la escritura privada y el acto público. Por escritura privada se entiende el documento suscrito por las partes, (...) requisito que sirve para determinar de modo inimpugnable (...) la paternidad del acto (...). Una formalidad mucho más rigurosa es la del acto público, que consiste en la redacción por escrito y por el funcionario público (por lo general el notario en materia de contratos), de la declaración que las partes hacen ante el y testigos, y que requiere la firma de aquel, las partes y estos (...). La intervención del funcionario público le otorga al acto una fuerza probatoria especial, en torno a la proveniencia de él. A que las partes estamparon la firma en su presencia y, en particular, sobre la autenticidad de la firma (...)” (Scognamiglio 1996: 121).

En el derecho italiano, se pueden diferenciar los instrumentos que contienen las declaraciones de voluntad de las partes, en públicos y privados, dependiendo de la participación o no de un funcionario público en su otorgamiento.

Frente a la importancia de la forma en un ordenamiento jurídico, coincidimos plenamente con Ferri, quien expresa que:

“la prescripción de una forma particular para ciertos contratos se liga, tanto con la exigencia, de interés general, de asegurar particular certeza a determinados cambios jurídicos, cuando con la exigencia de proteger a las partes, al asegurarse, mediante la solemnidad del acto, una mayor ponderación en el cumplimiento de los negocios de mayor importancia (...)” (Ferri 2004: 118).

De lo anterior, podemos extraer tres ideas clave: la existencia de un interés general, la protección de las partes y la ponderación en el cumplimiento.

Respecto del interés general, la prescripción de una forma guarda coherencia con los intereses que busca tutelar el ordenamiento jurídico, con las normas referentes a la formación del negocio, y la sanción ante la ausencia de alguno de sus elementos. Además, de redireccionar la atención a un ámbito propio del legislador, que materializa, a través de sus normas, los intereses generales

de forma abstracta (y que a su vez son susceptibles de cambio, lo que considera importante hoy día, puede no serlo dentro de diez años).

Respecto de la protección de las partes y ponderación en el cumplimiento, son criterios concretos, en tanto están orientados a que las partes puedan acrecentar la seriedad con la que contratan. En esta línea se encuentra Roppo, quien identifica que:

“(…) algunas entre las principales funciones de la forma (...): favorecer la ponderación de los contratantes; promover la certeza de la relación contractual entre las partes; garantizar la certeza de las situaciones jurídicas frente a terceros” (Roppo 2009: 220).

De esta manera, la adopción de una forma en la celebración del negocio jurídico implica que las partes le presten un nivel adicional de atención y reflexión a su contenido, reflejando así, la importancia que el ordenamiento jurídico le brinda a determinados negocios jurídicos, por el rol que cumplen dentro de la sociedad.

2.1.4. La Función del remedio y los intereses tutelados

La función del remedio está directamente vinculada con su ámbito de protección, de esta forma debemos considerar que el remedio de la nulidad busca la protección específica de los *intereses generales*, los cuales configuran directrices que el ordenamiento jurídico considera positivos.

En ese sentido, es lógico que cualquier interesado pueda ejercer la acción ante los órganos judiciales o arbitrales respectivos. Más aún cuando la afectación a un interés general protegido por el ordenamiento jurídico se refleja en cada uno de los habitantes de la sociedad.

La legitimación de la acción de nulidad se encuentra regulada en el artículo 1421 del Código Civil de 1942, el cual señala que:

“Salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser hecha valer por todo aquel que tenga interés en ello, y puede ser determinada de oficio por el juez”

Como se advierte de la norma, existe la posibilidad de que la nulidad pueda ser determinada de oficio por un juez, lo que representa el reflejo perfecto de que el interés tutelado es uno de carácter general y no uno de carácter particular, donde los intereses que se busca proteger son de carácter privado.

En otras palabras, los supuestos patológicos sobre los cuales actúa el remedio representan tal grado de afectación al correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico, que se permite al juzgador reestablecer su equilibrio, a través de la nulidad del negocio jurídico, aún cuando ninguna de las partes intervinientes la haya invocado.

En ese sentido, respecto a los legitimados para invocar la nulidad, se acierta cuando se señala que:

“si la nulidad es absoluta, puede hacerse valer por cualquiera que tenga interés (...) la nulidad puede ser opuesta por cualquier interesado a todo el que pretenda ejercitar un derecho basándose en el acto nulo” (Stolfi 1959: 85).

Habiendo delimitado que cualquier persona con interés puede ejercer la acción de nulidad, debemos recordar el plazo en que pueden ejercer este derecho. Así, el artículo 1422 del Código Civil señala que:

“La acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, sin perjuicio de los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición”.

Consideramos que es un acierto que la norma italiana haya comprendido y dejado claro en su texto la imprescriptibilidad de la acción de nulidad. De otro modo, podrían surgir posiciones que sustenten la posibilidad de convalidar un negocio jurídico nulo por el transcurso del tiempo, lo cual no es aceptable en ningún sistema jurídico que privilegie la protección de los intereses generales que protegen a la sociedad, frente a los intereses particulares que solo protegen a las partes intervinientes del negocio.

2.2. La nulidad en el Sistema Jurídico Alemán

2.2.1. Nociones fundamentales

El ordenamiento jurídico alemán no ha contemplado una norma que nos brinde una definición de nulidad, sino, por el contrario, se ha limitado a enunciar sus supuestos de forma disgregada a lo largo del Código Civil (BGB).

Para encontrar una definición de nulidad, debemos recurrir a la doctrina, quien a través de Oertmann sustenta que:

“El negocio es nulo cuando, por virtud de alguna circunstancia impeditiva, no es apto para producir el efecto jurídico apetecido” (Oertmann 1933: 280).

Lo cual significa que la reglamentación del negocio no surte los efectos que se concibieron al momento de la celebración. Esta falta de efectos corresponde a la negativa del ordenamiento de considerar dicho negocio como válido. Cabe señalar que las circunstancias impeditivas a las que se hace referencia, representan la existencia de alguno de los supuestos prescritos por el legislador dentro de la norma, los cuales son sancionados expresamente con nulidad.

En esa línea, el Código Civil alemán (BGB) a diferencia de otros ordenamientos como el peruano, no ha contemplado dentro de su contenido alguna norma recopilatoria sobre las causales de nulidad. De este modo, para la debida identificación de sus supuestos se requerirá de un análisis inverso del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Sobre el particular, considero que la presencia de una norma recopilatoria de “causales de nulidad” no es estrictamente necesaria en ningún ordenamiento jurídico, pero es coherente con la intención del legislador de dejar el menor margen interpretativo posible a las partes y al juzgador sobre si un supuesto de hecho concreto se encuentra incluido en alguna de las causales preestablecidas.

Por otro lado, cuando se presente un supuesto de ineficacia, la ausencia de efectos tendrá un carácter permanente, vale decir que, en principio, el negocio jurídico inválido no podrá adquirir eficacia de forma posterior, a excepción de los supuestos especiales de autorización, donde un negocio se vuelve eficaz.

Por último, coincidimos con Larenz, cuando señala que:

“La designación de un negocio ineficaz a todos los respectos y permanentemente como «nulo» no debe inducir a estimar que tal negocio sea algo <<no existente>>. El negocio existe como *acto realizado*, esto es, como evento; solo que se le deniegan los efectos jurídicos *a que se dirige (...)*” (Larenz 1978: 624).

De lo anterior, podemos advertir que a pesar que el ordenamiento jurídico le niega al negocio los efectos que le corresponderían de no presentarse las circunstancias impeditivas, esto no significa que el negocio sea inexistente, sino más bien, que este hecho producirá efectos jurídicos distintos a los de la reglamentación negocial, y se traducirán en efectos extracontractuales, como las sanciones penales.

2.2.2. Tipología

La nulidad, entendida como un supuesto de ineficacia del negocio jurídico, puede a su vez de forma cuantitativa presentarse en forma total —cuando la patología afectara el íntegro del negocio—, y parcial cuando afectara solo una parte disgregable del mismo.

Normativamente, el Código Civil alemán (BGB) en su § 139 recoge este supuesto, y señala que:

“Si una parte del negocio jurídico es nula, lo es también la totalidad si no puede suponerse que el mismo se habría celebrado igualmente sin la parte declarada nula”

De la norma pueden disgregarse algunos presupuestos que deben cumplirse:

En primer lugar, el negocio jurídico celebrado entre las partes debe ser divisible, es decir, que en caso que la nulidad afectara una parte separable del mismo, esto no significará la afectación integral del negocio. Este supuesto presentará una excepción, cuando la disposición afectada haya sido el motivo determinante para llevarlo adelante.

En segundo lugar, la norma se pone en el supuesto que las partes igual hubieran celebrado el negocio prescindiendo de la parte afectada por nulidad. Este supuesto nos lleva a pensar en la relevancia de la disposición separable, y que tan “determinante” fue para la exteriorización de la voluntad.

En suma, si realizado el análisis en abstracto se determinara que las partes, a pesar de la patología, igual hubieran celebrado el negocio, el contrato sobrevivirá; pero en caso se determinara que las partes, conociendo la patología, alguna de ellas no hubiera contratado, entonces el íntegro del negocio será nulo.

2.2.3. Elementos sobre los que recae la nulidad

2.2.3.1. Capacidad

El sistema jurídico alemán no ha contemplado expresamente una norma que nos señale cuándo un sujeto cuenta con capacidad para la celebración de un negocio jurídico; sin

embargo, dicho estado puede ser inferido realizando un análisis inverso de los supuestos de incapacidad contemplados en el § 104 del BGB¹⁰.

Dentro de los supuestos contenidos en la norma, no podrán celebrar negocios jurídicos el incapaz de obrar, quien no ha cumplido siete años de edad, o quien se encuentra en un estado de alteración patológica de la actividad mental que excluya la libre determinación de la voluntad, y quien está incapacitado a causa de una enfermedad mental permanente o transitoria.

El primero de los supuestos está directamente relacionado con la edad de aquel que celebra el negocio jurídico (menor de siete años), donde, por su inexperiencia, el ordenamiento jurídico busca protegerlo de responder por negocios que no pudiera comprender a su cabalidad, inclusive de aquellos que le sean favorables.

De igual forma sucede con los demás supuestos, donde la alteración psicológica restringe en el sujeto la aptitud para formar libremente y adecuadamente su voluntad, y que esta sea tomada en cuenta para la producción de los efectos jurídicos contenidos en el reglamento negocial.

Dichos supuestos, de ser verificados, se encuentran sancionados a su vez con nulidad (§ 105 del Código Civil alemán (BGB)¹¹). Sobre el particular, cabe señalar que todos son supuestos donde falta la idoneidad para formar una voluntad que determine la producción de efectos jurídicos, y son aquellos que el ordenamiento jurídico alemán ha considerado dignos de protección.

Bajo esta premisa, coincidimos con Enneccerus, Kipp y Wolff, quienes comentando el BGB sustentan lo siguiente:

“(…) se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada la capacidad. Considera, pues, por regla general, como capaz a la persona que efectivamente concluye un negocio (…)” (Enneccerus, Kipp y Wolff 1935: 92, Tomo I).

La capacidad del sujeto que externaliza su voluntad será determinada por su aptitud para concluir negocios jurídicos, y que de estos se desprendan los efectos propios del reglamento negocial que buscaban con su celebración. En caso no contara con esta aptitud y se encontrara en alguno de los supuestos contemplados por razón de su edad o su estado mental, el ordenamiento jurídico le privará de los efectos que en otras circunstancias le hubiera otorgado.

De esta forma, coincidimos completamente con lo señalado por Oertmann cuando señala que:

“La incapacidad para los negocios produce un *efecto radical* determinando la *completa nulidad* de la declaración emitida por el sujeto incapaz, no siendo siquiera posible la confirmación posterior por parte de su representante (…)” (Oertmann 1933: 206).

Que el ordenamiento jurídico excluya de forma categórica un supuesto de confirmación de este tipo de declaración, encuentra su justificación precisamente en la protección que el ordenamiento jurídico le brinda a este tipo de sujetos, los cuales por su propia condición no están en la aptitud de realizar una adecuada determinación de su voluntad.

10 El párrafo § 104 del Código Civil alemán señala que: “Es incapaz de celebrar negocios jurídicos: 1. Quien no ha cumplido siete años de edad; 2. Quien se encuentra en un estado de entorpecimiento enfermizo de la actividad mental que excluya la libre determinación de la voluntad, en tanto que dicho estado no sea transitorio por su naturaleza; 3. Quien está incapacitado a causa de enfermedad mental”.

11 El párrafo § 105 del Código Civil alemán señala que: “la declaración de voluntad de un incapaz de celebrar negocios jurídicos es nula”.

2.2.3.2. Declaración de voluntad

La importancia de la declaración de voluntad relacionada con el negocio jurídico y el contrato es un factor común en la mayoría, sino en todos los sistemas jurídicos existentes. El derecho alemán no es la excepción, y considera su presencia dentro del negocio como un elemento indispensable para su configuración. En ese sentido Loewenwarter sostiene que:

“la declaración de voluntad es el elemento esencial del negocio jurídico, por el cual la persona interesada quiere cambiar una situación o lograr un fin deseado (...)” (Loewenwarter 1943: 46).

De esta forma, el autor resalta la importancia de la “exteriorización” de la voluntad y su relación con el “propósito” del declarante, es decir, “el cambio” que está buscando dentro de su esfera jurídica que puede consistir inclusive en permanecer en el mismo *status quo*.

Por su parte, Enneccerus, Kipp y Wolff entienden respecto a la declaración de voluntad que:

“(...) 1. El contenido de la declaración tiene que dirigirse a provocar un efecto jurídico, o sea a la constitución, extinción o modificación de una relación jurídica. A una voluntad con ese contenido la llamamos *voluntad de negocio* (...). 2. Por declaración (de la voluntad de negocio) se entiende sencillamente la *exteriorización* (de la voluntad de negocio) (...). a) La exteriorización, como acto humano que es, requiere la *voluntad de obrar* (...) b) (...) La conducta externa tiene que ser tal que permite inferir de la misma una determinada voluntad de negocio, pues de lo contrario no hay exteriorización (declaración alguna) (...). 3. Ahora bien, la conducta externa que permite inferir una voluntad de negocio solo es una exteriorización de voluntad (declaración de voluntad), si el exteriorizante *es consciente* de que de ella puede deducirse una voluntad de negocio (...)” (Enneccerus, Kipp y Wolff 1935: 54-58, Tomo I).

Todos los puntos enunciados por los autores —voluntad de negocio, voluntad de obrar, exteriorización, conciencia de la declaración—, son importantes, en tanto, avizoran lo que nosotros podríamos denominar como “declaración de voluntad expresa y tácita” y aspectos de la capacidad del declarante para su exteriorización, y así configurar exitosamente el negocio para que produzca los efectos deseados.

La importancia de la declaración residirá en el elemento volitivo, que será la base del reglamento negocial, y, por el cual, las partes lograrán la producción de los efectos propios del negocio a través de la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. Este elemento volitivo será evidente cuando la declaración se efectúe de forma expresa; sin embargo, cuando estemos ante un supuesto de comportamiento concluyente, esta deberá ser verificada, inclusive si terceros la consideraran como una expresión de voluntad.

La declaración de voluntad emanada por las partes celebrantes podrá ser inferida a través de actos concluyentes. Sobre el particular, Larenz sostiene que será tácita.

“(...) cuando se designa con ella un acto o una manifestación de palabra que realmente no expresa de modo inmediato una determinada voluntad de producir efectos jurídicos, pero sí *indirectamente* en cuanto que permite inferir de lo dicho o realizado de modo inmediato una voluntad de producir efectos jurídicos que en ello se manifiesta” (Larenz 1968: 488).

Es precisamente este ejercicio inferencial, efectuado por el destinatario de la declaración, el que le permite identificar el elemento volitivo imprescindible y la “seriedad” (§ 118 del Código Civil Alemán¹² (BGB)) con la que se ha efectuado la exteriorización de la voluntad.

Otro supuesto, asimilable a la declaración de voluntad, se producirá cuando exista un silencio con contenido jurídico negocial, el cual no tiene un asidero normativo propio dentro del Código Civil, pero encuentra su respaldo en la doctrina, la cual sostiene a través de Larenz que:

“En una serie de casos dispone la ley que el silencio en una determinada situación se considere como una declaración de contenido determinado. Tales preceptos generalmente no son reglas de interpretación que únicamente declararían que el silencio en tal situación se ha de entender, en caso de duda, como declaración de voluntad con un contenido determinado, sino normas legales dispositivas que prescriben la producción de efectos jurídicos bajo la ficción de una declaración de voluntad” (Larenz 1968: 492).

De lo señalado por el autor, se advierte que el silencio como ficción para tener un efecto jurídico negocial requiere encontrarse necesariamente contemplado dentro de la ley, o inclusive surgir de la voluntad de las partes. En ese sentido, la evaluación del silencio como un supuesto de declaración deberá ser analizado caso por caso, verificando para tal fin que la ley o las partes no le hayan brindado un contenido específico.

Por otro lado, dado que el perfeccionamiento del negocio jurídico se producirá con el encuentro de dos declaraciones de voluntad coincidentes (recíprocas), dígase oferta y aceptación, conforme a lo señalado por el § 151 del Código Civil Alemán (BGB)¹³, esta cumplirá distintas funciones. En ese sentido, Larenz sostiene que:

“(…) aparece la *doble función* de la declaración de voluntad. De una parte es, como *acto determinante*, un medio de autodeterminación, una realización de la voluntad del declarante dirigida a producir un efecto jurídico. Pero al propio tiempo es, como manifestación destinada a ser conocida por otros, un acto de *comunicación social*, interpersonal” (Larenz 1968: 451).

Esta doble función nos muestra que, si bien la función principal de la declaración es la consecución de determinados efectos jurídicos, la exteriorización se elaborará conforme a un código lingüístico y expresiones propias del oferente, la cual puede no ser entendida de la misma forma por el receptor de la oferta, el cual interpretará esta declaración de acuerdo a sus propios formantes.

Habiendo identificado al elemento volitivo como el de mayor importancia para la formación del negocio, el ordenamiento jurídico responderá con la nulidad ante aquellos supuestos que no puedan producir los efectos propios del reglamento negocial. Este será el caso cuando la

¹² El párrafo §118 del Código Civil alemán (BGB) señala que: “Una declaración de voluntad no pensada en serio, y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida, es nula”.

¹³ El párrafo §151 del Código Civil alemán señala que: “El contrato se perfecciona por la aceptación de la oferta, sin que la aceptación necesite ser declarada frente al oferente si semejante declaración no es de esperar según los usos del tráfico o si el oferente ha renunciado (...)”.

declaración de voluntad haya sido emitida por un incapaz (§ 117¹⁴), cuando exista un supuesto de reserva mental (§ 116¹⁵) o la declaración sea carente de seriedad (§ 118¹⁶).

2.2.3.3. Forma

La forma es uno de los elementos presentes en la mayoría de los sistemas jurídicos, en tanto representa la preocupación del ordenamiento respecto a la celebración de determinados negocios, donde debe prestarse un mayor cuidado en su formulación. El derecho alemán ha contemplado dentro de sus normas a la falta de forma como un supuesto de nulidad del negocio. Así, el § 124 de su Código Civil (BGB) señala que:

“un negocio jurídico que falta a la forma prescrita por la ley es nulo. La falta de la forma determinada por negocio jurídico, en la duda, tiene igualmente por resultado la nulidad”

De la norma, se desprende la existencia de supuestos donde la ley imponga una forma que debe ser acatada de manera obligatoria por las partes; y otros, donde las partes en ejercicio de su libre determinación podrán adoptar aquella que mejor convenga a sus intereses y a la naturaleza del negocio a celebrar.

De la misma forma, la doctrina ha contemplado al principio de la libertad de forma como una regla, la cual será aplicada para el grueso de los negocios jurídicos. De esta forma, Enneccerus, Kipp y Wolff sostienen que:

“(…) el C.c alemán, de acuerdo con el derecho común (y también con el austriaco) ha mantenido *la libertad de forma como regla* (…)” (Enneccerus, Kipp y Wolff 1935: 92, Tomo I).

En ese sentido, en aquellos casos, donde sean las partes las que elijan la forma, serán decisivos los factores extra legales. Debido a que la imposición de una formalidad a cualquier negocio siempre implicará un mayor costo en su celebración, lo que funciona de incentivo o desincentivo en la determinación de las partes para su celebración.

Del mismo modo, las formas cumplen algunas funciones relacionadas al cuidado y la atención que las partes deben otorgarle a la celebración del negocio. Así, se afirma que:

“(…) las disposiciones de forma tienen por objetivo la protección contra la precipitación, la mayor seguridad de la conclusión del negocio (...) y del contenido del mismo, facilitar la prueba y, a veces también, la posibilidad de que sea conocido por terceras personas (...)” (Enneccerus, Kipp y Wolff 1935: 119, Tomo I).

Por consiguiente, cuando el ordenamiento jurídico impone una forma, ocasiona que las partes le brinden un mayor cuidado; y se procurará un mayor nivel de seguridad a aquellos negocios que son privilegiados por el ordenamiento en razón del rol que cumplen en la economía, en la celeridad de la prueba y en su publicidad.

¹⁴ El parágrafo § 117 del Código Civil alemán señala que: “(1) Si una declaración de voluntad, que debe emitirse frente a otro, se emite con la conformidad de este solo de forma aparente, es nula (...)”.

¹⁵ El parágrafo § 116 del Código Civil alemán señala que: “Una declaración de voluntad no es nula por reservarse el declarante para sí no querer lo declarado. La declaración es nula si se emite frente a otro y este conoce la reserva”.

¹⁶ El parágrafo § 118 del Código Civil alemán señala que: “Una declaración de voluntad no pensada en serio, y que se emite con la esperanza de que tal falta de seriedad no pase desapercibida, es nula”.

Asimismo, la normativa y la doctrina alemana distinguen las formas prescritas entre la escritura (§ 126¹⁷) y las formas públicas (§ 128¹⁸, § 129¹⁹). De esta forma, el Código Civil Alemán (BGB):

“(…) menciona tres formas. (...) *la forma* escrita, que consiste (...) en la forma escrita de puño y letra (...) *La segunda forma* consiste en la autorización o legalización de la firma por el Juez (...) o por el notario (...) *La tercera forma* consiste en la documentación del contenido del contrato con el Juez o Notario, quienes deben al mismo tiempo asesorar a las partes (...)” (Loewenwarter 1943: 64-65).

Este abanico de posibilidades busca que las partes de forma progresiva otorguen la seguridad jurídica adecuada a los negocios donde son partícipes. Es decir, mientras más complejo sea el negocio que se pretenda celebrar, se buscará dotarlo de una mayor seguridad jurídica, y adoptará una forma más compleja dentro de las opciones que ofrece el ordenamiento jurídico. Así, mientras menos complejo sea el negocio, las partes se limitarán a adoptar la forma más simple disponible.

Este criterio es, precisamente, aquel que lleva a comprender que el ordenamiento jurídico permite a las propias partes autoimponerse una “forma” de origen convencional, y donde a través de un acuerdo decidan dotar de mayor seguridad al negocio que aquel que haya prescrito la ley.

Sobre la forma convencional y su finalidad en el negocio, la doctrina alemana señala que:

“(…) el contenido de la disposición comercial sobre la observancia de una forma puede ser el de que la forma tenga un significado constitutivo para la declaración (...), o que la declaración, si bien debe realizarse en la forma determinada, también es válida si no la observa (...) o, por último, que la determinación de la forma solo sea una disposición sobre el establecimiento de un medio de prueba” (Flume 1998: 311).

Es decir, si bien se permite que las partes autodeterminen una forma convencionalmente y se la autoimpongan, es necesario que en su elaboración se señale expresamente la sanción en casos de su inobservancia, debido a que no estamos ante un caso de formalidad legal, y no será suficiente que se contemple de forma no obligatoria, en tanto serán las mismas partes en ejercicio de la misma autodeterminación quienes eventualmente la incumplan.

¹⁷El parágrafo § 126 del Código Civil alemán señala que: “si está prescrita por la ley por la forma escrita, el documento debe ser suscrito de propia mano de quien lo expide mediante la firma o por medio de la rúbrica, judicial o notarialmente autenticada (...)”.

¹⁸El parágrafo § 128 del Código Civil alemán indica que: “si la documentación judicial o notarial de un contrato está prescrita por ley, basta que sea documentada por un juez o por un notario, primero la oferta y después la aceptación del contrato”.

¹⁹El parágrafo §129 del Código Civil alemán determina que: “si para una declaración está prescrita por ley autenticación pública, la declaración debe ser redactada por escrito y la firma del declarante ser autenticada por la autoridad competente o por un funcionario o notario competente (...)”.

2.2.3.4. Licitud

El Código Civil alemán ha contemplado dentro de su contenido los supuestos de nulidad por contravención a una prohibición legal (§ 134²⁰) y nulidad por contravención a las buenas costumbres (§ 138²¹).

De esta forma, advertimos que el negocio, entendido como un hecho destinado a la producción de ciertos efectos jurídicos deseados por las partes, no debe contravenir un parámetro impuesto por el ordenamiento para ser considerado válido. Este parámetro podrá tener un origen expreso, a través de la existencia de una norma prohibitiva, usualmente en cuerpos normativos sobre materias especiales, o, por otro lado, un asidero dentro de la moral social y la comunidad.

Respecto a la prohibición legal que infringen los negocios jurídicos, la doctrina ha aportado algunos ejemplos. En ese sentido, Larenz sostiene que:

“Las prohibiciones legales que producen la nulidad del negocio celebrado en contra de la prohibición son —por ejemplo— la del encubrimiento de cosas (...), la del cohecho (...) y la del soborno de un empleado con fines de competencia (...). No obstante, la nulidad tiene lugar en estos casos sólo cuando ambos participantes hubieren causado el tipo legal de la norma punitiva también en el aspecto subjetivo” (Larenz 1968: 591).

Los supuestos identificados corresponden al ámbito penal donde mejor se reflejan la postura del ordenamiento jurídico frente a determinados negocios reprochables, sea en su contenido, resultado o inclusive en las circunstancias en las que hubiere sido celebrado. Esta prohibición, a pesar de encontrarse de forma más común en el ámbito penal, no se limita al mismo y estará contenida usualmente en cuerpos normativos distintos al Código Civil.

Por otro lado, el derecho alemán contempla la posibilidad que un negocio jurídico contrario a una prohibición legal sea válido, cuando la propia ley contemple la posibilidad. Esta excepción no es propiamente tal, por cuanto al ser un supuesto admitido por la ley, este deja de estar prohibido.

Dentro de los supuestos de ilicitud, se encuentra el negocio que transgrede las buenas costumbres, por el cual se entiende la grave contravención de la moral socialmente aceptada. Sobre el particular, Larenz sostiene que:

“(…)No se trata en absoluto de que el ordenamiento jurídico pretenda compeler positivamente a una conducta moral, ya sea en el sentido de la «moral predominante», y incluso según las exigencias de la ética estricta, lo cual no le es posible, sino solamente de que deniegue el reconocimiento y, con ello, la coaccionabilidad, a los negocios jurídicos, que infringen gravemente la moral social, reconocida por una gran mayoría de la comunidad jurídica, o los principios ético-jurídicos inmanentes del ordenamiento jurídico vigente, especialmente los de rango constitucional” (Larenz 1968: 599).

²⁰ El párrafo § 134 del Código Civil alemán señala que: “Un negocio jurídico contrario a una prohibición legal es nulo, a no ser que de la ley resulte otra cosa”.

²¹ El párrafo § 138 del Código Civil alemán señala que: “(1) Un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres es nulo (...) (2) Es en especial nulo el negocio jurídico mediante el cual alguien, aprovechándose de una situación de necesidad, la inexperiencia, la falta de juicio o un vicio de la voluntad norable de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero unos beneficios patrimoniales en relación con una prestación que están en desproporción evidente respectivo a dicha prestación”.

Cabe resaltar que la privación de efectos que produce la nulidad sobre el reglamento negocial debe tener un carácter objetivo, vale decir, la inmoralidad debe ser expresada a través de la externalización de la voluntad y debe verse reflejado en el negocio. En caso que la inmoralidad se mantenga en el ámbito subjetivo de una sola de las partes, y no se vea reflejado en el negocio, este se mantendrá eficaz y producirá los efectos que le eran inherentes.

2.2.4. La Función del remedio y los intereses tutelados

La función de la nulidad dentro del ordenamiento jurídico alemán es la eliminación de los efectos jurídicos a todos aquellos negocios en los cuales se presente una circunstancia impeditiva contemplada por ley.

En ese sentido, la privación de los efectos del negocio jurídico responderá a la protección que desea brindar el ordenamiento a los sujetos intervinientes ante determinados supuestos. La inclusión de estos supuestos corresponde completamente a una dimensión político-legislativa, donde se busca la protección del interés general de la sociedad.

El interés común que protege la nulidad se verá reflejado en los sujetos legitimados para su ejercicio. Sobre el particular, Oertmann sostiene que:

“La nulidad se da, cuando existe, por regla general *desde un principio*; cualquiera puede alegarla, sin necesidad de una resolución judicial previa” (Oertmann 1933: 281).

De esta forma, para actuar conforme a la nulidad no será necesario el pronunciamiento de una autoridad judicial. Además, en caso se optara por conseguir un pronunciamiento, no resultará necesario que sea invocada por las partes, debido a que el juzgador deberá determinarla sin la alegación específica de ninguno de los intervinientes en el negocio.

2.3. La nulidad en el Sistema Jurídico Peruano

2.3.1. Nociones fundamentales

Como señalamos anteriormente, estamos convencidos de que, cuando hablamos de nulidad, la primera idea que debe surgir en nuestra mente es la “contravención” o falta de armonía del negocio celebrado, y el negocio que es protegido y considerado positivo por el ordenamiento jurídico.

Esta contravención o falta de armonía se refleja en la afectación de los elementos mínimos necesarios para la configuración exitosa del negocio jurídico, vale decir, en los elementos esenciales. En ese sentido, coincidimos con Espinoza cuando sostiene que:

“La nulidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que se configura por una patología de los elementos esenciales del negocio jurídico” (Espinoza 2009: 489).

El grado de afectación sobre los elementos esenciales del negocio se presentará de formas diversas, y tendrá como consecuencia la configuración de negocios patológicos, insubsanables por naturaleza, y a los cuales les serán privados todos los efectos que correspondieran al tipo negocial.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el italiano, no contempla una definición legislativa expresa de nulidad, pero sí ha cumplido con recopilar en su artículo 219²² —símil al artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942²³—, los supuestos irradiados de nulidad, al menos de forma general, los cuales se encuentran inevitablemente vinculados a los elementos esenciales del negocio jurídico.

Existen diversas clasificaciones respecto a los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil Peruano, de las cuales coincidimos plenamente con aquella propuesta por Campos, quien ha:

“(…) optado por clasificarlas de la siguiente manera: (i) nulidad estructural; (ii) nulidad sanción, (iii) nulidad textual; y, (iv) nulidad protección” (Campos 2014: 168).

Para la presente investigación, se utiliza esta clasificación por considerarla práctica a sus fines, sin perjuicio de indicar que existe consenso en la doctrina al afirmar que las causales de nulidad contempladas en nuestro Código Civil son redundantes y repetitivas.

2.3.2. Tipología

Los tipos de nulidad que ha recogido nuestro ordenamiento jurídico, al menos de forma aparente, son aquellos referidos a su grado de separabilidad dentro del negocio jurídico (nulidad total y parcial), y aquellos referidos a su reconocimiento del supuesto específico por el legislador (nulidad expresa y virtual).

La nulidad puede ser total o parcial dependiendo del alcance de los efectos de la sanción (a través de un juicio de valor negativo por parte del ordenamiento jurídico). Es decir, en la formación del negocio jurídico, las partes diseñan su contenido para que existan aspectos principales y aspectos secundarios.

Si la patología se presentara en un aspecto principal del negocio, los efectos de la nulidad se extenderán, inclusive, a los aspectos secundarios que, lógicamente, seguirán la suerte del principal. Sin embargo, si la patología se presentara en un aspecto secundario, los efectos de la nulidad se limitarán a este.

Sobre este aspecto, es ilustrativo imaginar el contrato o negocio jurídico como un cuerpo humano orgánico, y la presencia de elementos esenciales patológicos, según su irradiación dentro

²² El artículo 219 del Código Civil peruano de 1984 señala que “el acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. *Derogado.*
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (...).”

²³ El artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “el contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario (...). Producen la nulidad del contrato la falta de alguno de los requisitos indicados por el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el art. 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el art. 146 (...) El contrato también es nulo en los demás casos establecidos por ley”.

del negocio como defectos congénitos, cuya presencia pone en peligro la supervivencia del cuerpo a veces de forma definitiva, y otras de forma sectorial.

De esta forma, la nulidad será total si la afectación hubiera irradiado aspectos esenciales para la supervivencia integral del cuerpo, y será parcial si hubiera afectado otro aspecto igual de importante, pero separable del negocio, sin el cual, las demás disposiciones sobrevivirían.

La doctrina nacional también recoge la distinción entre nulidad total y parcial, y señala que:

“(…) la nulidad parcial es una de las técnicas de sanatoria del negocio jurídico que implica una conminatoria limitada específicamente al contenido negocial afectado por la nulidad, es decir, supone la afectación cuantitativamente restringida de nulidad solo al contenido afectado por ella (…)” (Palacios 2002: 175).

Aquí resulta relevante resaltar la expresión “cuantitativa”, ya que el negocio, bajo ningún supuesto, podría sobrevivir si es que la patología configurara una afectación “cualitativa”, porque esta última está impregnada en la esencia del negocio jurídico en toda su extensión.

Normativamente, el supuesto de nulidad parcial se ubica dentro del artículo 224²⁴ del Código Civil Peruano, que en su primer párrafo señala que la nulidad de algunas disposiciones no perjudica a las otras, siempre y cuando sean “separables”. En la norma, el término *separables*, refiere a que el negocio jurídico o el contrato pueden sobrevivir perfectamente sin la estipulación nula, y su supresión no lo alterará sustancialmente.

Cabe señalar una diferencia con el artículo 1419²⁵ del Código Civil Italiano de 1942, y es que, este cuerpo normativo de forma distinta a la norma peruana, hace referencia expresa al supuesto de “cláusula determinante”; sin embargo, consideramos que este supuesto puede ser perfectamente subsumido dentro de la noción de “separable” de nuestra norma, ya que una disposición solo puede ser mutilada del negocio cuando no fue determinante para su celebración.

Por otro lado, la doctrina también ha desarrollado los supuestos de nulidad expresa y nulidad virtual, refiriéndose así a la voluntad del legislador de incluir determinados supuestos directamente en los cuerpos normativos. Esta inclusión responde a la intención guiada de proteger y permitir determinados negocios dentro de la sociedad.

Por tal motivo, la nulidad expresa se identifica con los supuestos de nulidad contemplados específicamente como tales en la ley. Respecto a este tipo de nulidad, Taboada afirma que:

“(…) las nulidades son expresas o textuales cuando vienen declaradas directamente por la norma jurídica (…)” (Taboada 2002: 318).

La textualidad de la nulidad corresponderá completamente al plano del legislador y debe justificarse en motivos importantes para el funcionamiento del orden jurídico en general. Además, su inclusión repercutirá fuertemente en los órganos encargados de la administración de

²⁴ El artículo 224 del Código Civil peruano de 1984 señala que: “La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables (…).”

²⁵ El artículo 1419 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “La nulidad parcial de un contrato, o la nulidad de cláusulas específicas, comporta la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad.

La nulidad de cláusulas específicas no comporta la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustitutas de derecho por normas imperativas”.

justicia, debido a que les dotará de mayores herramientas para que a través de sus decisiones reafirmen la intención protectora del ordenamiento jurídico.

Este supuesto, normativamente lo encontramos en el numeral 7 del artículo 219²⁶ del Código Civil, que ampara todos los supuestos específicos de nulidad dispersos en todo el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, existe la nulidad tácita o virtual que es extraída a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico en su conjunto. En ese sentido, Taboada sostiene que:

“(…) son aquellas que se producen cuando un determinado negocio jurídico contraviene una norma imperativa (…)” (Taboada 1988: 76).

Dentro de la nulidad virtual, deben considerarse aquellos supuestos que contravienen el orden público y las buenas costumbres, cuyo contenido por su naturaleza no puede ser determinado de forma certera, ni está expresamente contenido en una norma, sino que se obtiene a través de del íntegro de ellas.

Frente a esta falta de textualidad, la nulidad virtual actúa como un cerrojo frente aquellos supuestos, donde el legislador no haya sancionado expresamente y de forma indubitable la nulidad, pero que, de un análisis inferencial del íntegro del ordenamiento jurídico, se puede concluir que el negocio no es digno de protección.

En general, la nulidad virtual representa un supuesto complejo, en tanto requiere de un análisis profundo por parte del juzgador para determinar si el negocio celebrado guarda armonía con el ordenamiento jurídico en su conjunto, y, por lo tanto, merece su tutela y protección.

2.3.3. Elementos cuya ausencia acarrea la nulidad

Para realizar un adecuado estudio del remedio de la nulidad, es necesario que conozcamos cuáles son los elementos del negocio jurídico, y como su configuración exitosa resulta en su validez.

En ese sentido, los elementos con los que debe contar un contrato variarán, dependiendo del ordenamiento jurídico que estudiemos. Esta estructura esencial ineludible estará expresamente señalada en las normas civiles o, también —en su ausencia— serán extraídas de forma inferencial del íntegro del ordenamiento jurídico, especialmente de aquellas que contemplen las sanciones aplicables frente a su ausencia o presencia patológica (supuestos de nulidad y anulabilidad).

En nuestro ordenamiento, el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 140, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1384, señala de forma expresa que los requisitos de validez del negocio jurídico son: plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley; objeto física y jurídicamente posible; fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

²⁶ El artículo 219 del Código Civil peruano de 1984, señala que: “El acto jurídico es nulo: (...) 7. Cuando la ley lo declara nulo”.

Cabe resaltar que el artículo 1325²⁷ del Código Civil italiano de 1942, a diferencia de nuestro dispositivo, no contempla expresamente el término “validez” ni recoge textualmente al elemento de la “causa”, sino más bien utiliza la expresión “fin lícito”.

Respecto a lo último, en la versión final del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) por parte del Grupo de trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, constituido por la Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS, se propone la sustitución del texto “fin lícito” por el de “causa lícita”²⁸, asemejándose más a su par italiano.

La inclusión expresa de los elementos del negocio, como requisitos de validez dentro de las normas civiles de cualquier ordenamiento, es una función propia del legislador, quien tendrá a su cargo a través de su labor el desarrollo de la doctrina, y una influencia trascendente en los órganos encargados de administrar justicia.

Mientras que, en algunos ordenamientos, la no inclusión expresa de los elementos puede conllevar al desarrollo de la doctrina y una evolución de la calidad de la labor interpretativa de los jueces. En otros países, como el nuestro, tienden a empobrecer o limitar su desarrollo; más aún, cuando existe una tendencia en la judicatura nacional a no utilizar figuras propias del derecho civil, que no se encuentren expresamente reguladas.

Podemos estar o no de acuerdo con que los requisitos enunciados en nuestro Código Civil sean elementos o no del negocio jurídico; sin embargo, es trabajo de la doctrina desarrollar estos elementos de manera plena e identificarlos de forma correctiva con aquellos otorgados en forma de “requisitos de validez” por el legislador.

En ese sentido, la doctrina nacional moderna, ha identificado la estructura del negocio jurídico, y procurado categorizar sus elementos (de forma no excluyente) en elementos, requisitos y presupuestos. Así, Taboada señala que:

“(…) los actos jurídicos tienen una estructura conformada por diversos aspectos: los elementos, los presupuestos y los requisitos (...) los elementos comunes son dos: la declaración o manifestación de voluntad y la causa o finalidad (...) los presupuestos comunes a todo acto jurídico son dos; el objeto y el sujeto (...) los requisitos (...) son (...) la capacidad natural (...), la ilicitud, la posibilidad física y jurídica del objeto, la determinación en especie y cantidad, y finalmente que la voluntad manifestada haya estado sometida a un proceso normal de formación, es decir, sin vicios de la voluntad” (Taboada 2015: 39-48).

²⁷ El artículo 1325 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “(...) Los requisitos del contrato son:

- 1) El acuerdo de las partes;
- 2) La causa;
- 3) El objeto;
- 4) La forma cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad”

²⁸ El texto contenido en la modificatoria propuesta por el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) por parte del Grupo de trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, constituido por Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS, señala respecto al Art. 140.- “Noción de acto jurídico (...) El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar, determinar o extinguir situaciones y relaciones jurídicas. Son elementos esenciales del acto jurídico: 1. Sujeto capaz. 2. Objeto física y, en su caso, jurídicamente posible, determinado o determinable. **3. Causa lícita.** 4. Forma establecida por la ley con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad”. [El destacado es mío]

Frente a esta categorización, existe otro sector de la doctrina nacional que se decanta más bien por una clasificación tradicional —con la que nos alineamos—, que diferencia a los elementos del negocio jurídico en esenciales, accidentales y naturales.

Dentro de esta línea, tenemos a Espinoza, quien afirma que:

“(…) los elementos esenciales del negocio jurídico son el sujeto, el objeto, la causa y la forma (si es ad *solemnitatem*) y los accidentales son la condición, el plazo y el cargo o modo. Los denominados elementos naturales, no son tales, sino las normas que el ordenamiento jurídico pone a nuestra disposición para regular el negocio jurídico” (Espinoza 2012: 74).

Igualmente, Torres Vásquez sostiene que:

“Los elementos estructurales del acto jurídico son esenciales (*essentia negotii*), naturales (*naturalia negotii*) y accidentales (*accidentalia negotii*)” (Torres Vásquez 2007: 114).

En suma, para la doctrina tradicional, los elementos esenciales del negocio jurídico serán aquellos comprendidos por el artículo 140 del Código Civil (manifestación de voluntad, objeto, el fin y la forma solemne).

Creemos importante resaltar que, independientemente de la clasificación que la doctrina le haya tratado de imprimir a la estructura del negocio jurídico (tanto en elementos esenciales, accidentales o naturales o en elementos, requisitos y presupuestos), el legislador peruano ha plasmado dentro del Código Civil, de forma expresa, aquellos requisitos con los que debe contar todo negocio para ser considerado válido.

Por lo tanto, para efectos de la presente investigación, cuando nos referimos a “elementos”, aludimos a los “elementos esenciales”, enunciados legislativamente en el Código Civil, sin perjuicio de la integración conceptual que pueda proporcionarnos la doctrina para su tratamiento. Si bien, es cuestionable la inclusión legislativa de una norma de este tipo dentro del Código Civil (tal como está redactado y con sus imprecisiones); esta norma es utilizada por los operadores de justicia en su labor diaria para la realización de los juicios de validez e invalidez de los negocios celebrados en sede nacional.

2.3.3.1. Declaración de voluntad

Las personas naturales o jurídicas son libres de realizar o no cualquier negocio dentro del marco que el ordenamiento jurídico les otorga. Estos negocios deben reunir una serie de elementos imprescindibles para su configuración, gozando el “elemento volitivo” y su “manifestación” de capital importancia. Sobre el particular, Torres Vásquez sostiene que por:

“(…) la autonomía de la voluntad privada, las personas son libres de celebrar o no un acto jurídico; si toman la decisión de celebrarlo, libremente escogen la persona (natural o jurídica) con quien lo celebrarán; y elegida esta persona, son libres de determinar, sin injerencia alguna, el contenido del acto” (Torres Vásquez 2007: 137).

De esta manera, los sujetos de derecho tienen una amplia libertad para determinar adecuadamente sus intereses y, con base en ellos, celebrar los negocios que mejor les convengan, además de poder utilizar cualquier medio disponible para exteriorizar su voluntad. Dicha regulación de intereses, si bien comparte su esencialidad en un elemento tan importante como la voluntad, tendrá sus matices propios en cada ordenamiento jurídico estudiado.

En nuestro sistema jurídico, el Código Civil recoge la expresión “manifestación de voluntad”, donde el término “manifestación” debe ser entendido en un sentido amplio. Así, León sostiene que:

“El legislador utiliza la expresión “manifestación de voluntad”, con un objetivo preciso: la intuición (...) de que la actividad negocial no opera exclusivamente mediante “declaraciones” (...), sino también mediante otras formas comunicativas, como los actos de conducta denominados “comportamientos concluyentes” y, en la actualidad, los medios electrónicos (...)” (León 2014:51).

En consecuencia, mal haríamos en reducir el alcance del término “manifestación” a la sola “declaración”; más cuando será la propia sociedad, quien, a través de su desarrollo, especialmente el tecnológico, acrecentará exponencialmente las opciones para completar su contenido.

Esta múltiple posibilidad de exteriorización del elemento volitivo nos ayuda a diferenciarlas entre manifestaciones expresas y tácitas. Ambos tipos son contemplados en el artículo 141 del Código Civil²⁹, y se configuran cuando los medios, por las cuales son expresadas, cumplen la finalidad de mostrar la voluntad interna del declarante, a través de códigos generales utilizados por las partes, o cuando la voluntad puede deducirse del comportamiento del declarante.

A partir de ello, se puede entrever que la manifestación de voluntad puede configurarse, inclusive, a través del silencio (posibilidad recogida en el artículo 142³⁰ del Código Civil), pero restringe su existencia, a que la ley o el convenio le atribuyan un contenido de forma previa a su exteriorización.

La doctrina nacional, a través de Espinoza, sostiene que la “declaración expresa” es:

“(...) la exteriorización de la voluntad mediante signos sensibles, social o convencionalmente admitidos (palabra escrita o hablada, gestos, medios electrónicos, entre otros), destinada a producir efectos jurídicos” (Espinoza 2009: 58).

Es preciso resaltar la referencia al término “convencional”, ya que aquellos medios utilizados por las partes para llegar a un consenso, no pueden tener carácter estrictamente privado ni aleatorio, ni ser desconocidos entre ellos ni por la sociedad; entonces, mediante la celebración de un negocio, se busca la producción de efectos jurídicos entre las partes y la tutela estatal a través de su exigibilidad.

De este modo, sería ilógico hablar de un “efecto” querido por las partes, cuando estas no pueden ofertar ni aceptar lo que no entienden, y peor aún, puedan solicitar acudir a la judicatura a exigir el cumplimiento de un negocio cuando el ente encargado de administrar justicia no entiende sus declaraciones.

²⁹ El artículo 141 del Código Civil peruano señala que “la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

³⁰ El artículo 142 del Código Civil peruano indica que “el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

Asimismo, es necesario resaltar que los signos convencionales, a través de los cuales se exterioriza la voluntad, contienen un elemento evolutivo; vale decir, su contenido no se mantendrá estático en el tiempo, debido a las innovaciones tecnológicas que cada vez dinamizan más las operaciones económicas y sociales.

La doctrina también se ha ocupado de la declaración de voluntad tácita. Sobre el particular, Espinoza sostiene que se refiere a:

“actos autónomos autosuficientes; es decir, que por sí solos producen determinados efectos jurídicos” (Espinoza 2009: 62).

La declaración de voluntad “tácita” a diferencia de la “expresa”, considera siempre la “situación” o “circunstancia” en la que se produjo el hecho que se pretende asimilar a una declaración, y que representa la “aceptación” a una oferta social abierta estipulada de forma precedente.

La manifestación de voluntad tácita encuentra su importancia en la búsqueda de las partes y el ordenamiento para dotar de agilidad a la formación y ejecución de los negocios. Ello no sucederá en otro tipo de negocios donde, por su naturaleza, siempre se preferirá una declaración expresa para no dejar dudas sobre su exteriorización.

Por otro lado, frente a la preferencia de la voluntad interna y su exteriorización a través de la declaración en sede nacional, de acuerdo con Torres Vásquez:

“(…) El Código civil tiene que ser entendido en el sentido de que adopta la teoría de la declaración como principio rector, pero no con carácter absoluto, porque no en pocos casos establece el predominio de la voluntad sobre la declaración y en otros acoge los principios intermedios de la responsabilidad y la confianza que todo ordenamiento jurídico debe proteger para hacer posible una pacífica vida colectiva (...)” (Torres Vásquez 2007: 136).

Coincidimos con lo señalado por el autor, lo cual se alinea a las posturas propias de la doctrina italiana y alemana, donde ante una incertidumbre sobre qué voluntad debe primar, nos decantaremos por aquella que fue exteriorizada frente a la que se mantuvo en el fuero interno de los celebrantes y no llegó a ser comunicada a la contraparte.

En suma, podemos concluir que la voluntad, ante la necesidad de la celebración de un negocio jurídico, encuentra el modo de ser declarada (manifestada), sea de forma expresa o de forma concluyente (tácita), y que, a su vez, no se restringe a medios convencionales como el escrito u el oral, sino que sus modos adoptan un carácter evolutivo en la sociedad.

2.3.3.2. Agente capaz

Cuando pensamos en los participantes de un contrato, lo primero que viene a nuestra mente es a dos personas suscribiendo un documento y obligándose entre ellas al cumplimiento de determinadas prestaciones. En ese sentido, sin mucha discusión, se afirma que cuando nos referimos al término “agente”:

“(…) se quiere hacer alusión al sujeto que ha de declarar su voluntad a efectos de vincularse jurídicamente (...)” (Espinoza 2012: 74).

Al sujeto debe entenderse tanto de forma natural (individual) y de forma asociada (jurídica), debido a que las personas naturales, a fin de desarrollar actividades económicas que les permitan

desenvolverse dentro de la sociedad, tienden a agruparse y formar empresas, las cuales adquieren una personalidad jurídica distinta a la de sus socios. Estas empresas se registrarán por un estatuto y por las leyes de la materia.

En el Perú, la formación de personas jurídicas está regulada por la Ley general de Sociedades — Ley N.º 26887— y por el Código Civil de 1984.

De esta forma, cuando en nuestro ordenamiento se utilice la expresión “agente capaz” o “plena capacidad de ejercicio” se estará haciendo referencia a la idoneidad de los sujetos para llevar adelante cualquier negocio. En ese sentido, León sostiene que:

“(…) se está concediendo clara relevancia a la voluntad, puesto que la capacidad —la jurídica, se entiende— comporta, entre otras cosas, la habilitación de los sujetos para emprender negocios jurídicos, de la misma manera que permite —en otra esfera del derecho privado— la imputación de comportamientos antijurídicos (...) y la obligación de indemnizar que de ellos se deriva” (León 2004: 907).

Entonces, cuando usamos el término “agente”, nos estamos refiriendo a que aquellos sujetos sean personas naturales o jurídicas, pasibles de serles imputados derechos y deberes, y que, ante un posible escenario, evento negativo contractual o extracontractual, deberán responder por las consecuencias de sus actos.

El Código Civil peruano, con su redacción actual, señala que solo son absolutamente incapaces (incapacidad absoluta) los menores de dieciséis años, salvo para actos determinados por ley (como aquellos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (artículo 1358³¹); y, en su artículo 44³², aquellos que tienen la capacidad de ejercicio restringida como son los mayores de dieciséis y menores de dieciocho, los pródigos, malos gestores, ebrios habituales, toxicómanos, aquellos con una pena anexa la interdicción civil, y aquellos que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo con anterioridad.

De estos supuestos, se puede advertir que, a excepción del “estado de coma”, todos los demás representan supuestos de incapacidad legal, en tanto su calificación dependerá de la ley (independientemente de su capacidad de discernimiento).

Es necesario realizar un tratamiento diferenciado respecto a lo que la doctrina (previa a la modificación del Código Civil mediante el Decreto Legislativo N.º 1384) denominaba en su oportunidad como “capacidad de goce y ejercicio”, donde la primera era inherente a cualquier persona y la segunda condicionaba su actuación a una circunstancia temporal como la edad, y la necesidad de un representante legal, y donde se encontraban quienes, por cualquier causa, se encontraban privados de discernimiento: los retardados mentales y los que adolecían de deterioro mental.

Actualmente, se denomina “capacidad jurídica y capacidad de ejercicio plena” al escenario donde todas las personas (con o sin alguna clase de discapacidad) gozan plenamente de su capacidad, sin importar si requieren de ajustes razonables o apoyos para exteriorizar su voluntad.

³¹ El artículo 1358 del Código Civil peruano indica que: “las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”.

³² El artículo 44 del Código Civil peruano señala que: “tienen capacidad de ejercicio restringida: (...) 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”.

Respecto a las personas jurídicas, creemos que la modificación no ha afectado su regulación como sujeto de derechos; sin embargo, al ser considerada, como una “ficción jurídica”, cabe la interrogante de si esta cuenta con capacidad de ejercicio, toda vez que para su actuación requiere necesariamente de sus representantes, que son, a su vez, personas naturales.

Sobre el particular, coincidimos con Espinoza, cuando afirma que:

“(…) la persona jurídica en tanto sea imputable tiene plena capacidad (de goce) y de ejercicio” (Espinoza 2012: 64).

Es decir, mientras sea posible la imputación de derechos y deberes, no puede calificarse una “incapacidad” propiamente dicha. En esa misma línea, se encuentra Priori, quien sostiene que:

“no es el ser humano el único que tiene esta aptitud de ser titular de situaciones jurídicas subjetivas. Lo serán también las personas jurídicas formadas con arreglo a la ley de cada Estado; y cualquier otro centro de imputación jurídica a la que el ordenamiento jurídico estatal le reconozca, por diversos motivos de orden socioeconómico, capacidad (…)” (Priori 2004: 124).

Debe diferenciarse, a su vez, la capacidad de la persona jurídica de la “legitimación” de sus representantes, pues tendrá una incidencia directa en la celebración del negocio, y la consecuente atribución de los efectos contemplados en el negocio o la ley sobre la persona jurídica.

La doctrina nacional, al igual que la italiana, ha resaltado la importancia de diferenciar la capacidad, de la legitimación. Así, León sostiene que:

“(…) Cuando en nuestro Código Civil se señala que para la validez del negocio jurídico se requiere “agente capaz” (…) no se hace referencia a (…) aquel que actúa tomando el nombre de otro sin contar con los poderes necesarios (…)” (León 2014: 65).

Dicho de otro modo, los apoderados y representantes, deben quedar excluidos del supuesto de “capacidad”, y les será aplicable un remedio distinto a la nulidad. Cuando hagamos referencia al poder de disposición, estaremos hablando propiamente de la ineficacia del negocio, y no de su nulidad. De esta forma, se evidencia la importancia de conocer, cuándo se pone en peligro el aspecto estructural de un negocio (validez), y cuándo, a pesar de que este se haya estructurado válidamente, no surte los efectos deseados en la esfera jurídica de la otra parte.

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que, considera posible incluir a los poderes dentro del contenido de la capacidad jurídica. Así, Beltrán y Campos, sostienen que:

“(…) la capacidad puede ser cabalmente entendida y aplicada a partir de la distinción entre capacidad jurídica, capacidad de actuar y capacidad natural, necesitándose las tres para configurar este requisito a plenitud (…) la capacidad jurídica (…) no solo se limita a la titularidad de derechos u obligaciones, ya que la gama de situaciones jurídicas es mucho mayor (poderes, potestades, facultades (…)) en tal sentido creemos que la capacidad de goce refiere a la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas subjetivas)” (Beltrán y Campos: 2009: 201-202).

No coincidimos con esta postura que pretende incluir a los poderes (cuya figura es la legitimación) dentro del contenido de la capacidad jurídica y, por ende, como un elemento para la configuración de la validez del negocio jurídico, debido a que estos son claramente supuestos de ineficacia, cuyas consecuencias están ligadas a los efectos que puedan producirse, más que con la validez, que representa la conjunción exitosa de una serie de elementos estructurales necesarios para el surgimiento del negocio jurídico.

En términos prácticos, si se nos pregunta quién es el agente del contrato, podrá contestarse que será cualquier sujeto de imputación de derechos y deberes, sea una persona natural (con alguna discapacidad o no, que requiera apoyos o salvaguardas o no) o una persona jurídica a través de sus representantes (personas naturales).

Este último supuesto es, precisamente, el caso del Estado peruano cuando contrata, dado que requiere de sus funcionarios y servidores públicos para actuar, lo cual no significa que los intervinientes en el contrato cautelen intereses de la misma naturaleza, ya que el sujeto privado de manera tradicional siempre procurará la cautela de sus propios intereses, mientras que el Estado siempre cautelará el interés público en su actuación.

2.3.3.3. Forma

La forma como un elemento del negocio debe entenderse como el revestimiento obligatorio que el ordenamiento o las propias partes se han impuesto para envolver la exteriorización de su voluntad en la formación del negocio jurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico, encontramos dos supuestos distintos referidos a la forma que deben adoptar las partes al momento de celebrar un contrato: la primera, que actúa como una regla general, por la cual las partes tienen la libertad de elegir la forma que mejor les convenga para la celebración del negocio; y la segunda, que actúa como una excepción, donde el ordenamiento jurídico, en razón de su importancia impone una forma determinada y sanciona su inobservancia con la nulidad.

El supuesto de libertad de forma lo podemos encontrar en el artículo 143 del Código Civil de 1984, el cual señala que:

“Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzgen conveniente”.

La libertad de forma encuentra su justificación en la economía, donde la necesidad de agilidad en los negocios y transacciones no pueden permitirse la imposición de barreras que entrapen, y hagan más costosa su celebración. De esta forma, el ordenamiento considera a las partes en general como sujetos capaces de autorregular sus intereses de la mejor manera posible para el grueso de sus transacciones, y deja solo un pequeño margen de intervención sobre aquellos negocios que considera de mayor importancia, por las consecuencias sociales que desprenden.

De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico ha privilegiado la libertad de forma, pues este principio sirve como un acelerador para la celebración de los negocios jurídicos dentro de la economía, y donde la imposición de formas no justificadas solo encarecería su celebración, desincentivando a las partes a contratar.

La libertad de forma adoptada por nuestro ordenamiento guarda similitud con el derecho alemán y el italiano, donde la forma impuesta por el ordenamiento jurídico tendrá como finalidad que esta forme parte de la estructura del negocio jurídico (*ad substantiam*) o que facilite la prueba (*ad probationem*).

En ese sentido, mientras el principio de la libertad de forma sea la regla, las partes podrán escoger de entre todas las posibilidades temporales aquella que mejor se acomode a sus intereses negociales e, incluso, a su economía, más aún cuando ya advertimos que la elección de una forma

que procure una mayor seguridad jurídica se preferirá cuando el negocio importe un mayor valor a sus celebrantes o al ordenamiento jurídico.

Para los negocios, que el ordenamiento jurídico deja por fuera de la libertad de las partes e impone una forma determinada para su celebración, existen aquellos que sanciona expresamente con nulidad su inobservancia, y aquellos donde la forma funciona solamente como un medio de prueba.

La imposición de una sanción a la inobservancia de la forma se justifica en la importancia que el ordenamiento le ha dotado al tipo de negocio en particular, y por el cual se espera que las partes le brinden un mayor cuidado y análisis, además de que procuren garantizar un mayor nivel de seguridad en su celebración.

De igual manera, podemos diferenciar aquellas formas impuestas por la ley o normativas, y aquellas autoimpuestas por las partes. Si bien es claro que las partes no pueden desconocer convencionalmente una formalidad legal, también es cierto que las partes podrían dejar a un lado la formalidad si es que a través de otra se brindara una mayor seguridad jurídica al negocio.

Dicho de otra manera, si la forma está pensada para que las partes doten de un nivel de seguridad mínima a un determinado negocio, sería lógico que también les sea permisible variar la forma, siempre que se cumpla la finalidad a través de un nivel de seguridad superior.

En suma, estamos convencidos que, en sede nacional, las formas legales impuestas por el ordenamiento jurídico son pasibles de ser ignoradas, sin que el negocio sea nulo, siempre que la forma adoptada sea adoptada en su beneficio, es decir, la forma que se elija en sustitución debe otorgar y revestir de una mayor seguridad jurídica al negocio. No puede operar bajo ningún supuesto de forma contraria.

2.3.3.4. Objeto

Cuando mencionamos el objeto del negocio jurídico y, específicamente del contrato, surge ante nosotros la interrogante sobre a qué nos estamos refiriendo en concreto: a la prestación, obligación, al objeto físico, o a la relación jurídica. Ante ello, debemos buscar una respuesta en la doctrina y la regulación normativa dispuesta por nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro Código Civil de 1984, a diferencia del Código Civil italiano de 1942, nos brinda una definición del objeto en su artículo 1346, y señala que “consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”. Siendo importante precisar que tanto el derecho peruano como el italiano consideran al objeto como un elemento esencial (estructural) del negocio jurídico y sancionan su ausencia o presencia patológica con la invalidez.

Dentro de la doctrina nacional, encontramos posturas diferenciadas respecto a qué debe considerarse como objeto del negocio. Así, algunos consideran a la prestación, y otros consideran, además la situación jurídica, a la relación jurídica y los bienes.

Entre aquellos que consideran que la prestación es el objeto del contrato tenemos a Taboada, quien sostiene que:

“A nuestro entender, y en la medida en que la prestación consiste en una conducta que una de las partes se compromete a realizar frente a la otra, no hay ningún obstáculo de orden conceptual

para establecer que el objeto del contrato o del acto jurídico es la prestación debida (...)” (Taboada 2015: 146)

Por otro lado, tenemos aquellos que consideran que el objeto excede a la prestación, y considera además a la relación jurídica y el bien. En ese sentido, Torres Vásquez considera que:

“(...) el objeto del acto jurídico está integrado por tres elementos: 1) la relación jurídica, 2) la prestación y 3) los bienes, los derechos, los servicios, y las abstenciones (...). Al hablar del objeto del acto jurídico podemos referirnos, advertida o inadvertidamente, a sólo uno de tales elementos o a dos de ellos o a los tres conjuntamente, pero la mención o consideración de uno de ellos implica a los otros dos (...)” (Torres Vásquez 2007: 239).

En efecto, el autor considera que la relación jurídica, prestación y bienes forman parte del objeto del negocio; y resalta la interdependencia que existe entre los tres, ya que, al hacer referencia a cualquiera de ellos, indirectamente y obligatoriamente se comprende a los demás.

De forma similar, Espinoza de forma más amplia, sostiene que:

“El objeto del acto jurídico es tanto la situación jurídica (posición que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico), la relación jurídica (vinculación entre dos o más situaciones jurídicas) o el bien (la realidad del mundo exterior, material o inmaterial, sobre la cual recae el poder de los sujetos de derecho) materia de la relación jurídica” (Espinoza 2012: 79).

Consideramos que lo indicado por Espinoza es acertado, ya que presenta un espectro más amplio del objeto, al considerar dentro del mismo, inclusive a la situación jurídica, como momento precedente al surgimiento de la relación jurídica, y, por ende, a la prestación y al bien.

Por otro lado, existe una posición crítica, dentro de la doctrina nacional, respecto a considerar solo a la obligación como objeto de la relación jurídica. Así, Taboada señala que:

“(...) esta concepción del objeto como la obligación o la relación jurídica en general, que nosotros criticamos y no compartimos, no solo es seguida por todos los que tienen una concepción social del negocio jurídico y del contrato, sino que en sí mismo no debe ser aceptada por implicar una contradicción evidente sobre la naturaleza del negocio jurídico y del mismo contrato como supuestos de hecho y la relación jurídica como su efecto jurídico” (Taboada 2002: 216).

De lo anterior, podemos resaltar el matiz distinto que se pretende introducir en este elemento, a través de la socialización del objeto del negocio, para que esté acorde con una necesidad social y, en consecuencia, guarde armonía con el ordenamiento jurídico. Considero que esta función social no le es propia a este elemento del negocio, sino más bien a la causa; más aún, cuando el objeto, en un primer momento, siempre debe tener una orientación individual porque son precisamente las partes, las que procuran su celebración para responder, a las necesidades individuales a través de la alteración de su esfera jurídica.

Sobre los requisitos que debe cumplir el objeto del contrato, podemos advertir que nuestro sistema jurídico ha contemplado para su configuración exitosa a la posibilidad (física y jurídica), la licitud, la determinabilidad y la patrimonialidad.

Respecto a la posibilidad del objeto, nuestro Código Civil ha hecho referencia expresa al objeto físico y jurídicamente posible. Así Torres Vásquez sostiene que:

“La prestación que es objeto de la relación jurídica y los bienes, servicios y deberes de abstención que son objeto de ella deben ser posibles físicamente” (Torres Vásquez 2007: 253).

La materialidad de la prestación que es objeto del contrato está relacionada directamente con la sujeción de su cumplimiento a las leyes naturales, es decir, que ninguna persona cualquiera sea su naturaleza (natural o jurídica) puede obligarse al cumplimiento de prestaciones sobrenaturales o aquellas que escapen de la capacidad natural del ser humano.

Vale decir, que el criterio que nos ayudará a distinguir entre un objeto posible y uno imposible será su posibilidad abstracta, obtenida a través de diferentes indicadores como la capacidad máxima razonable del ser humano.

Por otro lado, en caso se considere a los bienes como objeto del negocio, su posibilidad abstracta se traducirá en la existencia de los bienes al momento de celebrar el contrato o a su posibilidad de existencia en el futuro. Este supuesto está recogido en el numeral 1 del artículo 1409 del Código Civil de 1984³³; no obstante, deja abierta la posibilidad de que el ordenamiento pueda prohibir determinados supuestos —entendemos por considerarlos importantes para la protección de las partes—.

En consecuencia, podemos afirmar que el negocio jurídico será considerado válido si el objeto existe al momento de la celebración, sin importar, estructuralmente, que este se pierda o destruya posteriormente, en cuyos supuestos ya no se estaría tratando la validez propia del negocio.

Por otra parte, en relación al cambio de la naturaleza del bien —objeto de la prestación— en el tiempo, recogido en el artículo 1404 del Código Civil de 1984³⁴. Torres Vásquez afirma que:

“La solución que presenta el ordenamiento civil es justa y realista, puesto que la imposibilidad física es relativa en el tiempo, debido a que los vertiginosos avances científicos hacen pronto lo imposible” (Torres Vásquez 2007: 258).

Así pues, se incluye una característica especial del objeto: la apreciación temporal de la ciencia, es decir, incluso las leyes naturales son conceptos abstractos y verificables a través de procedimientos científicos; sin embargo, su conocimiento está limitado a una apreciación temporal. En otras palabras, hoy en día, aquello que comprende nuestro conocimiento de las leyes naturales, es distinto de aquel que teníamos hace 50 años, o del que se tendrá en el futuro.

La posibilidad jurídica del objeto, por otro lado, se presenta cuando el negocio es congruente, con las normas imperativas, orden público y las buenas costumbres contempladas por el ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos de imposibilidad jurídica, tenemos como parámetros al ordenamiento jurídico, que en nuestro país es altamente mutable, y donde el juicio de valor que realiza el ordenamiento sobre los distintos supuestos de hecho de la realidad serán distintos, dependiendo del momento donde se produzca. Es decir, que mientras las leyes naturales son por definición estáticas y rigen a todo el universo, el orden jurídico tiene restricciones de carácter temporal y

³³ El artículo 1409 del Código Civil peruano señala que: “La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:

1.- Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley.
2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa”.

³⁴ El artículo 1404 del Código Civil peruano señala que: “La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo”.

territorial debido a que están sujetas a la modificación de los órganos facultados en cada gobierno, o a la extensión del territorio donde ejercen soberanía.

Por otro lado, respecto a la ilicitud del objeto, estamos de acuerdo con aquellos que la han asimilado al objeto jurídicamente imposible. En esta línea, Torres Vásquez sustenta que:

“La imposibilidad jurídica es la ilicitud que en su acepción amplia no es otra cosa que el comportamiento (la prestación) contrario a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres (...)” (Torres Vásquez 2007:264).

Las nociones de imposibilidad jurídica e ilicitud se refieren a la contravención del derecho, y por definición ni siquiera son complementarias, sino iguales, De este modo, consideramos que el artículo 1403 de nuestro Código Civil³⁵ deviene en redundante cuando hace referencia a la licitud de la obligación.

Por otro lado, es necesario aclarar que dado que el objeto, comprende la relación jurídica, obligación, prestación y el bien, no puede hablarse de ilicitud cuando nos referimos a un “bien material” en específico, ya que por su naturaleza sería absurdo calificarlo como tal. No existen bienes físicos ilícitos, sino mas bien bienes cuya comercialización esta vedada por el ordenamiento jurídico.

En cuanto al requisito de la determinabilidad del objeto, debemos precisar que las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden delimitar correctamente aquello a lo que se están obligando. De esta manera, será irresponsable e inválido un negocio jurídico donde ocurra lo contrario, ya que privaría a las propias partes de poder exigir el cumplimiento de aquello que ni siquiera han delimitado.

Es posible notar, una vez más, la similitud entre el derecho peruano e italiano, respecto del objeto del contrato; el cual, debe tener necesariamente un carácter patrimonial, y en sede nacional se desprende del artículo 1351³⁶ del Código Civil, donde se le coloca como su eje central, y nos sirve para diferenciarla de otro tipo de relaciones jurídicas de naturaleza extracontractual.

Por último, consideramos que, a efectos de la presente investigación, el objeto del negocio debe entenderse de forma amplia, comprendiendo dentro de su contenido a: la situación jurídica, a la relación jurídica, a la prestación y al bien relacionado. Además, el juicio de posibilidad debe realizarse de forma completamente objetiva y absoluta, y estará directamente relacionada a las leyes naturales en su posibilidad física, y a las leyes y al ordenamiento jurídico en su posibilidad jurídica.

2.3.3.5. Causa

En términos generales, cuando se trata sobre el término “causa” se piensa en un hecho antecedente, cuya ocurrencia genera la producción de una consecuencia (relación de causa-efecto); sin embargo, para la configuración del negocio jurídico y del contrato, no debe entenderse como origen, sino como finalidad. Así, Torres Vásquez afirma que:

³⁵ El artículo 1403 del Código Civil peruano señala que: “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles”.

³⁶ El artículo 1351 del Código Civil peruano señala que: “El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

“Jurídicamente la palabra causa no tiene un solo significado, sino una plurisignificación. Casi siempre la palabra causa es usada acompañada de un adjetivo. Así, se habla de *causa-fuente* para indicar el hecho generador de la obligación y de *causa fin* o final que, a su vez, tiene una doble dimensión: *causa fin objetiva* para indicar la finalidad abstracta, común a todos los actos de la misma categoría y *causa fin subjetiva* entendida como los móviles o motivos personales que impulsan a celebrar el acto” (Torres Vásquez 2007: 283).

Debido a esta distinción, la causa se ha destacado en la formación del negocio como uno de sus elementos más controvertidos, y ha recibido igual protección por parte de los ordenamientos jurídicos.

Normativamente, el artículo 140 de nuestro Código Civil hace una referencia al “fin lícito”, a diferencia del artículo 1325 del Código civil italiano de 1942, que contempla textualmente a la “causa” como uno de los requisitos del contrato. Es preciso indicar que, indistintamente del término utilizado, se entiende este elemento como una limitación legal directa a la voluntad de las partes en la autorregulación de sus intereses.

Cabe mencionar, que en el caso nacional, la versión final del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, entregado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) por parte del Grupo de trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil constituido por Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS, propuso la sustitución del texto “fin lícito” por el de “causa lícita” asemejándose así más aún a su par italiano, lo cual ayuda definitivamente a superar una imprecisión terminológica importante.

En la doctrina, se han desarrollado dos teorías tradicionales sobre la causa: la subjetiva y la objetiva. Dentro de la teoría subjetiva, Taboada identifica:

“(…) en primer lugar, la teoría clásica de la causa (…) según esta teoría clásica, la causa es el fin inmediato y directo por el cual el deudor asume la obligación, tratándose siempre del mismo fin (…) En otras palabras, según esta primera teoría sobre la causa, aun cuando ella es un móvil o motivo, se trata de un móvil abstracto, que es siempre idéntico en todos los contratos (...). La segunda teoría subjetiva (...) denominada “teoría neocausalista”, es aquella que señala que la causa ya no es un móvil abstracto, sino el móvil impulsivo y determinante por el cual el deudor asume la obligación, distinto en cada tipo de contrato según las partes que hayan intervenido. En buena cuenta, esta segunda teoría subjetiva sobre la causa viene a identificar el concepto de causa con el de motivo o móvil concreto que impulsa a las partes a contraer sus obligaciones al celebrar un determinado contrato” (Taboada 2015: 151-152).

Respecto a la teoría subjetiva, a pesar de encontrarse superada, se debe resaltar la importancia que le otorga al ámbito subjetivo reflejado en los motivos en la celebración del negocio, pasando de ser un motivo abstracto en la teoría tradicional hacia un móvil concreto en la teoría neocausalista.

Frente a las teorías subjetivas de la causa propias del derecho francés, el derecho italiano a través de Betti aportó la teoría objetiva de la causa, donde su importancia radicaba en la “función económica social” que cumplía el negocio y, por el cual, el ordenamiento reflejaba su consideración positiva en la realización de determinados negocios concebidos de forma abstracta.

Frente a la consideración abstracta de la causa, donde primigeniamente los “motivos” de las partes eran irrelevantes y carecían de cualquier importancia, surge la doctrina de la “causa concreta del contrato”, donde no es suficiente la sola coincidencia entre el esquema contractual

realizado por las partes, y aquel otorgado por el ordenamiento jurídico, sino que cobran importancia los “motivos” exteriorizados de las partes que justificaron la celebración del contrato.

La doctrina nacional también recoge la importancia de los motivos individuales. Así, Espinoza afirma que la causa:

“(…) más allá de una abstracta función económico-social, tiene una función práctica individual, que es sometida por el ordenamiento jurídico a una suerte de licitud (…)” (Espinoza 2009: 85).

Esto se entiende más si se hace una distinción entre los dos aspectos de la causa, uno de naturaleza objetiva (de carácter abstracto y cualificado) y otro de naturaleza subjetiva (donde se incluyen los motivos de las partes), sin que salgan del marco “función” de la causa, lo cual conlleva al rol que cumplen los negocios frente al ordenamiento jurídico.

De la misma forma, Taboada sostiene que:

“(…) la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetivas italianas, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita” (Taboada 2015: 154).

En suma, el aspecto subjetivo permitirá determinar si la causa es ilícita; y el aspecto objetivo, si es que este elemento está presente en el negocio. Es de resaltar que el aspecto objetivo cumplirá una función “catalogante” y encontrará su importancia en la correspondencia de los efectos que buscan las partes con su manifestación de voluntad, en tanto es necesario que, una vez celebrado el negocio pueda ser identificado dentro de alguno de los tipos establecidos por el ordenamiento jurídico, y desprenda los efectos que le son propios.

En ese sentido, la línea que ha seguido la doctrina es acertada. Considerar a la causa solamente dentro de su aspecto objetivo como función social es desconocer, en principio, la motivación de las partes en la celebración de los negocios jurídicos patrimoniales en general, las cuales, a través de un instrumento como el contrato, satisfacen sus necesidades de naturaleza económica.

Además, si bien el ordenamiento jurídico cumple un rol fundamental a través de la valoración abstracta que realiza a los distintos negocios particulares, este no puede ignorar el carácter privado que tienen como origen, y donde los intervinientes tienen sus propias motivaciones distintas a las normativas.

La inclusión de los motivos dentro de la configuración de la causa cobra importancia al momento de determinar la licitud del negocio frente a la consideración positiva o negativa del ordenamiento. En ese sentido, el sistema jurídico responderá de forma distinta si considera una causa de naturaleza abstracta, o, por el contrario, incluye a los motivos dentro de su contenido.

Por una parte, para la teoría objetiva de la causa, el legislador había contemplado una serie de negocios típicos, los cuales consideraba que cumplían una función económica social dentro del ordenamiento jurídico y todos aquellos negocios que se alineaban a la abstracción proporcionada eran considerados positivos, es decir, no eran las partes quienes proporcionaban este elemento al negocio, sino era el propio legislador.

Por otro lado, cuando se incluye a los motivos en la configuración de la causa, son las partes las cuales aportan este elemento al negocio, y es a través de ellas precisamente que puede producirse

la ilicitud de la causa, a pesar de que de forma abstracta el negocio celebrado tenga concordancia con un tipo negocial típico, lo cual hubiera sido impensable en la teoría objetiva de la causa.

A modo de conclusión, consideramos que la causa del negocio debe entenderse desde su aspecto concreto, vale decir, que debe privilegiarse la función económica que cumple cada negocio en particular, frente a la función económica del tipo negocial en abstracto. Lo cual, solo es posible dándole un lugar privilegiado a los “motivos” dentro del esquema contractual, debido a que son precisamente estos, aquellos que introducen la “ilicitud” dentro del esquema negocial. Cabe señalar que el juicio de licitud de la causa, respecto al ordenamiento jurídico se realizará utilizando como indicadores la contravención a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

2.3.4. La Función del remedio y los intereses tutelados

A efectos de delimitar la función que cumple el remedio de la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico, debemos tener en cuenta los intereses que se buscan proteger con su existencia.

Podemos distinguir dos clases de intereses: el primero, de carácter general, cuyo ámbito se circunscribe a toda la sociedad en su conjunto, y representa un pilar fundamental para su correcto funcionamiento; y el segundo, de carácter particular, que está relacionado a los intereses concretos de las partes intervinientes del negocio jurídico.

No existe debate en la doctrina respecto a cuál tipo de interés busca cautelar la nulidad. De esta forma, Morales sostiene que:

“(…) la nulidad defiende intereses generales, intereses de terceros o intereses indisponibles (…)” (Morales 2019: 189).

El tipo de interés que se protege es precisamente la diferencia más resaltante entre los remedios de la nulidad y la anulabilidad, en tanto la nulidad tutelar y protegerá intereses generales de repercusión común y social, mientras que la anulabilidad se limitará a la protección de intereses particulares y privados.

Si entendemos que la nulidad protege intereses generales y comunes, cobra sentido que los sujetos legitimados que buscan la protección del ordenamiento jurídico frente a la existencia patológica del negocio se acrecenten, y les sea otorgada la posibilidad de poder presentar una acción ante un órgano de administración de justicia.

De igual forma, se admite la posibilidad de que, la nulidad pueda ser declarada de oficio por el juzgador, siendo correcto lo afirmado por Morales cuando señala que la nulidad:

“(…) también es estimable o valorable de oficio por el juez (…)” (Morales 2019: 189).

Estos supuestos, se encuentran reflejados en el artículo 220 del Código Civil peruano de 1984³⁷ y en el artículo 1421 del Código Civil italiano de 1942³⁸; al permitir que la nulidad sea interpuesta

³⁷ El artículo 220 del Código Civil peruano señala que: “la nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público. (...) Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. (...) No puede subsanarse por la confirmación”.

³⁸ El artículo 1421 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “salvo disposición diversa de la ley, la nulidad puede ser hecha valer por todo aquel que tenga interés en ello y puede ser determinada de oficio por el juez”.

por las partes celebrantes del negocio jurídico, el Ministerio Público, y quienes tengan interés. Así también, ambos ordenamientos contemplan la posibilidad de que pueda ser declarada de oficio.

Habiendo quedado claro, el ámbito de protección de este remedio —intereses generales—, surge una interrogante respecto a la convalidación del negocio jurídico nulo por el transcurso del plazo prescriptorio contenido en el ordenamiento jurídico.

Como respuesta, podemos señalar que el artículo 2001 numeral 1 del Código Civil peruano³⁹, y de forma símil el artículo 1422 del Código Civil italiano⁴⁰ han contemplado supuestos distintos. Mientras el primero considera un plazo de prescripción de diez años, su par italiano considera que la acción de nulidad es imprescriptible.

Frente a ello, debemos señalar que me adhiero al sector de la doctrina que opina que el plazo prescriptorio para hacer valer la nulidad solo opera en vía de acción, pero es imprescriptible en vía de excepción.

En ese sentido, no concordamos con lo sostenido por Núñez cuando afirma que es:

“(…) factible la convalidación de los negocios nulos mediante la figura de la prescripción liberatoria (…)” (Núñez 2003: 112).

Tampoco concuerdo con lo sostenido por Espinoza cuando afirma que:

“se podrá criticar la severidad o injusticia de establecer un plazo prescriptorio, convalidando, de esta manera, los actos afectados de nulidad; pero la seguridad en el tráfico jurídico así lo exige (…)” (Espinoza 2012: 481).

Particularmente, considero que los intereses que tutela la nulidad son intrínsecos a la preservación y el correcto funcionamiento de cualquier sistema jurídico. Afirmar lo contrario, implicaría aceptar que un negocio jurídico que adolece de defectos estructurales originarios, puede ser convalidado por el paso del tiempo, lo cual es, evidentemente incorrecto. Más aún, cuando en las palabras de Torres Vásquez, expresa que:

“(…) es la misma sociedad la que está interesada en su invalidez (…)” Torres Vásquez (2007: 795).

El plazo de prescripción de 10 años contenido en la norma, es de aplicación a todos los sujetos que hayan celebrado un contrato, sean personas naturales o jurídicas, inclusive aquellas de derecho público como el Estado.

En caso del Estado, el plazo de prescripción contenido en la norma civil, debe entenderse como uno distinto del que pueda regular una norma especial para las entidades públicas, como, por ejemplo, la nulidad de oficio contenida en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, o la Ley de promoción de la Inversión Privada a través de Asociaciones Público Privadas.

³⁹ El artículo 2001 del Código Civil peruano señala que: “prescriben, salvo disposición diversa de la ley: 1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico (…)”.

⁴⁰ El artículo 1422 del Código Civil italiano señala que: “la acción para hacer declarar la nulidad no está sujeta a prescripción, sin perjuicio de los efectos de la usucapión y de la prescripción de las acciones de repetición”.

De esta forma, los plazos contenidos en el Código Civil y aquellos contenidos en normas administrativas, regulan supuestos distintos que responden a fines distintos.

Bajo los argumentos expuestos, consideramos que el remedio de la nulidad cumple una doble función protectora: la primera, relacionada a la protección del ordenamiento en su conjunto, y donde se cautela el correcto funcionamiento del sistema jurídico; y la segunda, de protección particular dirigida a los propios intervinientes del negocio, no permitiendo que se obliguen entre ellos, de forma distinta a lo que el ordenamiento jurídico considera positivo.

3. Supuestos de nulidad recogidos en el Código Civil peruano

3.1. Nulidad Estructural

3.1.1. Falta de manifestación de voluntad del agente

El elemento más importante en la configuración estructural del negocio jurídico es la exteriorización de la voluntad. Sin la existencia de una manifestación, ni siquiera puede concebirse la idea de “consentimiento” —coincidencia de voluntades—.

En ese sentido, si no existe una manifestación, sería inútil continuar con el análisis de cualquiera de los demás elementos del negocio jurídico, ya que este propiamente no existiría.

Respecto a esta causal, la doctrina nacional, a través de León, acertadamente sostiene que:

“(…) nuestro legislador parece haber tomado el término “nulidad” como sinónimo de “inexistencia”, pues es ilógico discutir si un acto es nulo o anulable cuando está ausente su manifestación, es decir, cuando no se ha exteriorizado, ni se ha hecho conocible, ninguna intención de celebrar un negocio jurídico, y cuando se carece, por lo tanto, de un sustento fenomenológico a ser analizado” (León 2014: 907).

De lo indicado por el autor, es válido concluir que, ante la ausencia de la manifestación de voluntad, sea de forma expresa o tácita, no es posible referirse propiamente a un negocio jurídico o contrato, porque su sola ausencia ya significaría la ausencia automática de los demás elementos esenciales.

Para determinar cuándo nos encontramos ante la existencia de una “manifestación de voluntad”, es importante que comprobemos la concurrencia del contenido necesario para su presencia. Así, la doctrina, ha identificado que la manifestación se consigue por la unión de tres tipos de voluntades. En ese sentido, Morales afirma que:

“(…) es la unión de tres voluntades: voluntad de acción, voluntad de declaración y voluntad del reglamento de intereses. La voluntad de acción es la voluntad dirigida por la propia acción mediante la cual se manifiesta la voluntad. El autor de la declaración quiere y conoce lo que hace. La voluntad de declaración existe cuando el declarante tiene conciencia de que su comportamiento (...) significa una declaración (...). La voluntad de reglamento de intereses comporta que la voluntad está dirigida a la celebración de un acto de autonomía privada concreto (...)” (Morales 2019: 202).

De esta manera, se puede advertir, que la conjunción de estas voluntades resultará en la configuración exitosa de este elemento, y donde de forma indirecta, se evidenciará el rol que

cumple la capacidad del agente durante el proceso volitivo interno hasta la declaración efectuada, toda vez, que el declarante debe tener la aptitud de comprender el ámbito de su declaración.

Igualmente, Taboada sostiene que:

“(…) la declaración de voluntad (…) requiere para su configuración de dos voluntades: la voluntad declarada, que es lo que aparece expresado en la conducta en que consiste la misma declaración, es decir el contenido del negocio y la voluntad de declarar. Esta última importa a su vez dos tipos de voluntades: la voluntad del acto externo, esto es, de la conducta en que consiste la propia declaración y el conocimiento del valor declaratorio de dicha conducta” (Taboada 2015: 140).

De esta forma, se diferencia entre voluntad declarada y voluntad de declarar, mostrando a su vez dos momentos importantes para la configuración de la manifestación, uno desarrollado en el fuero interno del sujeto, y el otro externo, dirigido a su contraparte, y donde la falta de correspondencia entre ambos se sancionará con nulidad.

Dentro de los supuestos de falta de correspondencia entre los dos tipos de voluntades, se encontrará la incapacidad natural del agente, entendida como aquella donde el sujeto no es capaz de entender y querer aquello que está siendo externalizado. Al respecto Taboada señala que:

“(…) la incapacidad natural no solo es un requisito de validez del contrato, como de todo acto jurídico, sino que es un requisito ajeno y previo a la existencia del consentimiento (…)” (Taboada 1997: 60).

En efecto, cuando nos referimos a alguien que no es capaz de discernir, y que, a pesar de ello, emite una declaración, esta no puede, bajo ningún motivo, configurar una declaración válida y, por lo tanto, soportar estructuralmente un negocio jurídico.

Otro supuesto de falta de correspondencia sancionado con nulidad, es el de la violencia física (no moral), la cual conlleva a la exteriorización de una voluntad, que de forma regular no habría sido posible de materializar. En ese sentido, nos apoyamos en Galgano para entenderla, quien afirma que:

“(…) La violencia física es el hecho realizado por el otro contratante o por un tercero que da lugar a una declaración no querida (...). En este caso, a la declaración de uno de los contratantes no corresponde voluntad alguna del declarante (...)” (Galgano 1992: 258).

Al igual que la capacidad natural, la ocurrencia de este evento condiciona la inexistencia del consenso en el negocio jurídico. Así, sería ilógico argumentar que la declaración de voluntad obtenida a través de un acto tan reprochable y considerado negativo por el orden jurídico pueda configurar válidamente una declaración de voluntad, y consecuentemente un negocio.

Entonces, es necesario resaltar el papel que cumple el consentimiento y la capacidad, en la configuración de la manifestación de voluntad inherente al contrato; y donde la presencia de supuestos patológicos como la incapacidad natural o violencia física impedirán que se forme adecuadamente el negocio jurídico, correspondiéndole el remedio de la nulidad.

3.1.2. Objeto física y jurídicamente imposible o indeterminable

A partir de lo desarrollado sobre el objeto, sabemos que debe reunir ciertos requisitos para configurar válidamente un negocio jurídico. Estos requisitos son la posibilidad física,

jurídica y su determinabilidad. Además, en el caso de los contratos, es también, esencial su patrimonialidad.

Respecto a la imposibilidad física del objeto, la evaluación dependerá de la consideración primigenia del objeto del negocio (prestación, bien). En ese sentido, coincidimos con Espinoza cuando señala que:

“(…) la imposibilidad física (natural o material) se verifica cuando el contrato tiene por objeto cosas que no son existentes en la naturaleza o actividades materialmente irrealizables” (Espinoza 2009: 504).

En suma, si el contrato es de naturaleza real, el bien debe existir o poder existir en la realidad; y si es de naturaleza personal, la prestación a la que se están obligando las partes debe poder ser realizada materialmente; caso contrario, se desprendería la nulidad del negocio que lo contiene.

La “posibilidad física” está ligada directamente a las leyes naturales y posibilidades concretas de materialización de la prestación. Es decir, para que se configure la nulidad por esta causal, el objeto del contrato debe referirse a un objeto —bien— inexistente en la realidad, o a un objeto —prestación— que sea imposible de realizar.

Respecto a la imposibilidad jurídica, coincidimos con Espinoza, cuando señala que:

“Esta se configura, en otros términos, cuando el objeto del contrato consiste en bienes o comportamientos respecto a los cuales el ordenamiento no permite la constitución de relaciones jurídicas” (Espinoza 2012:515).

Este supuesto se presentará cuando los derechos y obligaciones que pudieren surgir de la relación jurídica patológica no han sido contemplados o se sitúan fuera del ámbito de la ley o del ordenamiento jurídico. Dentro de este supuesto, encontramos, por ejemplo, aquellos relacionados a los bienes que se encuentran fuera del comercio por una disposición legal.

Así también, conviene diferenciar al objeto jurídicamente imposible o ilícito del ámbito de la ilicitud de la causa, donde el objeto ilícito hará referencia directamente a la prestación o al bien relacionado, y la ilicitud de la causa hará referencia a la ilicitud del negocio en su conjunto. En consecuencia, es completamente posible la existencia de un negocio ilícito que contenga prestaciones lícitas.

Respecto a la indeterminabilidad del objeto, nos apoyamos en la doctrina italiana a través de Ferri, quien sostiene que:

“(…) Hay determinación (...) cuando las prestaciones están totalmente individualizadas, en su calidad y cantidad, en el contrato: hay determinabilidad del objeto, cuando en el contrato se indican los modos para llegar a la determinación posterior de las prestaciones o de una de estas” (Ferri 2004: 223).

Este supuesto, aplicará cuando las partes no hayan precisado su extensión de forma directa —cuando se señala expresamente en el contenido del negocio—; o de forma indirecta —cuando se ha indicado el procedimiento de determinación—. Así, la intención de sancionar con nulidad este supuesto, obedece a que el ordenamiento desea que las partes, a través de su autorregulación, comprendan a cabalidad, qué es aquello a lo que se están obligando, de forma cuantitativa y cualitativa.

Por último, respecto a la patrimonialidad como carácter especial del contrato, se encuentra en el artículo 1351 del Código Civil⁴¹, y por la cual solo nos encontraremos frente a un contrato cuando los bienes o prestaciones sean pasibles de valorización económica. Sobre el particular, Morales sostiene que:

“(…) el objeto del contrato debe tener un valor económico o pecuniario independientemente de si el interés del contrato es patrimonial o extrapatrimonial (…)” (Morales 2019:208).

En consecuencia, de no existir este requisito, no podríamos referirnos a un contrato, ya que su instrumentalidad se basa, precisamente, en el intercambio patrimonial.

Por último, es importante señalar que el juicio de imposibilidad del objeto, tanto en su aspecto físico o jurídico, debe ser realizado de forma completamente objetiva. Sobre el particular coincidimos con Fernández, cuando señala que:

“(…) *el juicio de imposibilidad debe siempre ser objetivo*, pues afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer a la diligencia (y no a la imposibilidad misma) como límite de la responsabilidad del deudor (…)” (Fernández 2005: 155).

Además, debe efectuarse teniendo en cuenta el “momento” de producción de los “efectos jurídicos”. Puede presentarse el caso en que el objeto en un negocio sujeto a condición o plazo sea inicialmente imposible, y al momento de producirse los efectos sobrevenga su “posibilidad”.

3.1.3. Cuando no revista la forma prescrita

El sistema jurídico peruano ha contemplado el principio de libertad de forma para la generalidad de los negocios jurídicos. Sin embargo, en algunos supuestos específicos y establecidos expresamente por ley exige, debido a su importancia, revestimientos especiales a la voluntad, porque a través de ellas busca la defensa concreta de las partes (mayor nivel de reflexión) y defensa abstracta al propio funcionamiento del orden jurídico a través del privilegio de determinados negocios que considera de mayor importancia.

La existencia de una forma impuesta, cuya observancia desencadena un remedio tan drástico como la nulidad, encuentra su justificación en la importancia de determinados tipos de negocios, y el nivel de atención que el ordenamiento espera que las partes le presten en su celebración. Es decir, la forma en sí misma será el reflejo de los intereses generales que tutela el ordenamiento jurídico.

De esta manera, se resalta la vinculación de la forma con el interés general que tutela la nulidad, y donde el rol del legislador es determinante, porque su sola actuación incentivará o desincentivará, por un lado, la celebración de un determinado tipo de negocio y, por otro, el modo como se desarrolla este negocio en específico en el tráfico jurídico.

Así, también puede presentarse el caso, que sean las propias partes, aquellas que decidan libremente obligarse a cumplir una forma determinada —forma autoimpuesta—. Sobre este supuesto, concordamos con Morales, quien sostiene que:

⁴¹ El artículo 1351 del Código Civil peruano señala que: “el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

“La formalidad convencional obligatoria bajo sanción de nulidad se aplica cuando las propias partes han convenido previamente que el contrato debe cumplir una formalidad obligatoria. Si el contrato se celebra sin la formalidad obligatoria convencionalmente estipulada con anterioridad, aquel contrato es nulo (...)” (Morales 2018: 2012).

Este supuesto aplica, siempre dejando la salvedad que, si el ordenamiento jurídico ha impuesto una forma determinada para la celebración del negocio jurídico, la forma autoimpuesta solo puede aplicarse en niveles superiores de seguridad a la establecida en la norma, nunca en su perjuicio.

Por último, la importancia de la obligatoriedad de la forma autoimpuesta radicará en la propia ley, la cual ha contemplado para las partes la posibilidad de ingresar una forma dentro del ámbito de validez del negocio, cuando ella no lo hubiere considerado o, inclusive, de hacerla más gravosa a la señalada por el ordenamiento jurídico. Bajo esa premisa, estamos convencidos de que el ordenamiento valora positivamente su inclusión como un supuesto de validez, y su inobservancia acarreará la nulidad del negocio.

3.2. Nulidad Sanción

3.2.1. Cuando su fin sea ilícito y el caso del artículo V del Título Preliminar

Habiendo señalado de forma precedente que la doctrina moderna había superado la noción de causa entendida solamente dentro de su aspecto objetivo como “función social”, e incluido dentro de su contenido la “motivación de las partes” como un todo. Cada ordenamiento jurídico ha establecido el remedio ante la afectación directa de las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

En ese sentido, coincidimos con Palacios cuando sostiene que:

“(...) la causa es, entonces, un control de juridicidad y de moralidad, que dentro del ordenamiento jurídico asume una función calificadora de los intentos prácticos de los particulares” (Palacios 2002: 141).

Este control de juridicidad se deberá efectuar a través de un estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto armónico, es decir, la ilicitud no restringirá su ámbito a las leyes solamente, sino que involucra a la consideración social y al funcionamiento del orden jurídico en general.

En ese sentido, la finalidad concreta de las partes (aspecto subjetivo) será aquella sancionada por el orden jurídico. Los incisos 4 y 8 del artículo 219 del Código Civil de 1984 contemplan el mismo supuesto y sancionan la ilicitud de la causa (el elemento más polémico del negocio jurídico), pero no dejan de ser repetitivos.

Así, estoy completamente de acuerdo con Morales, cuando señala que:

“(...) la ilicitud del fin debe ser entendida según lo normado en el artículo v del Título Preliminar del Código Civil. Entonces el numeral 8 del artículo 219 del Código Civil es redundante porque el numeral 4 (...) regula la misma hipótesis (...)” (Morales 2019: 210).

Cabe resaltar que la inclusión de este supuesto en los ordenamientos jurídicos es común, lo podemos encontrar, por ejemplo, en el artículo 1418⁴² del Código Civil italiano de 1942, o el § 134⁴³ y § 138⁴⁴ del Código Civil alemán (BGB).

De esta forma, la juridicidad del elemento de la causa en cada caso en concreto será el resultado de un análisis de correspondencia entre el ordenamiento jurídico en su conjunto y el negocio jurídico en particular.

Sin embargo, al ser esta afirmación tan amplia y abstracta, se nos proporciona, a través de la jurisprudencia y las normas de cada ordenamiento, los indicadores de esta ilicitud, que serán básicamente las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Respecto a los indicadores de ilicitud, es ilustrativa la agrupación aportada por Espinoza cuando señala que:

“(…) la ilicitud puede tener una acepción formal (conformidad a las leyes imperativas, que la acerca al concepto de legalidad) y una acepción material (conformidad a los principios y valores jurídicos, que la acerca a la idea de justicia) (Espinoza 2012: 508)”.

Entonces, podemos afirmar que la acepción formal se refiere a la nulidad expresa; y, la acepción material, a la nulidad virtual, cuyo campo de acción son precisamente el orden público y las buenas costumbres.

En el mismo sentido, se pronuncia León, quien sostiene que el negocio jurídico:

“(…) no debe contravenir las normas que interesan al orden público o las buenas costumbres (C.c., art V del Título preliminar), ni las normas imperativas o prohibitivas, ni debe constituir por sí mismo o conexión con otros hechos un delito (…)” (León 2019: 76).

De esta manera, si el ordenamiento jurídico permitiera este tipo de negocios, se estaría poniendo en riesgo a sí mismo y a su correcto funcionamiento. Esto, debido a que el íntegro del ordenamiento, funciona como un todo armónico, y su sola presencia representa un ataque a sus propias bases fundamentales.

Respecto al orden público, debemos entender, en primer lugar, su carácter abstracto y general. Al respecto, Espinoza sostiene que:

“el orden público es un conjunto de principios de diversa naturaleza (económicos, sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad” (Espinoza 2012: 523).

⁴²El artículo 1418 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “el contrato es nulo cuando es contrario a las normas imperativas, salvo que la ley disponga lo contrario. Producen la nulidad del contrato la falta de alguno de los requisitos indicados por el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado en el art. 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos en el art. 1346. El Contrato también es nulo en los demás casos establecidos por ley”.

⁴³ El párrafo § 134 del Código Civil Alemán señala que: “un negocio jurídico que vaya contra una prohibición legal es nulo, si otra cosa no se deduce de la ley”.

⁴⁴El párrafo § 138 del Código Civil Alemán señala que: “un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo (…)”.

De esta forma, el orden público tiene un contenido irreductible, pero variable y, sobre todo, mutable, ya que está ligado a la sociedad, que por su naturaleza es temporalmente cambiante de forma evolutiva o involutiva.

Asimismo, el orden público, incluso, puede ser dividido en interno y externo a partir de su expansión territorial en los casos de los países que forman parte de comunidades internacionales, o que suscriben instrumentos internacionales, los cuales pasan a formar parte de su derecho interno.

Con respecto a la ubicación de los principios que recoge el orden público, nos apoyamos en lo indicado por Bianca, quien señala que:

“(…) buena parte de tales principios encuentran expresión en la Carta Constitucional. Hace parte del orden público, en particular, el respeto de los derechos fundamentales de la persona, y por lo tanto serán nulos los contratos (…) que superen los límites de disponibilidad de tales derechos” (Bianca 2007: 641).

De esta forma, en sede nacional, podemos orientar su búsqueda de forma no exclusiva dentro de la Constitución Política del Perú, como norma jerárquica superior que cumple una función integradora del contenido de orden público.

Por otro lado, la doctrina ha identificado también a las buenas costumbres como un indicador de la ilicitud de la causa. Así, consideramos importante lo señalado por Galgano, quien sostiene que:

“(…) están conformadas por aquellas normas imperativas, aun cuando no sean explícitas, que puedan obtenerse implícitamente del sistema legislativo que comportan una valoración del comportamiento de los particulares en términos de moralidad o de honestidad” (Galgano 1992: 268).

El contenido de las buenas costumbres, igualmente es relativo y temporalmente variable en relación con la sociedad, pero transluce, de modo definitivo, a un ámbito social. De esta forma, la aceptación social dependerá de una conducta en un periodo de tiempo determinado, y estará sujeta a los cambios generacionales y de pensamiento social de la comunidad.

La doctrina también ha identificado a las normas imperativas como indicador de licitud. Así, lo primero a considerar es su carácter prohibitivo, es decir, no permite que las partes celebrantes pacten en contra de aquella, debido a que persiguen el cumplimiento de intereses generales, los cuales prevalecen frente a los intereses particulares de los celebrantes.

Ello se relaciona con los intereses que protege el ordenamiento a través del remedio de la nulidad, en tanto el legislador dispuso su inclusión dentro del marco jurídico en función a la protección que quiso imprimirle a determinados negocios y actividades. Es decir, existen normas de ineludible cumplimiento, de las cuales, las partes no pueden desligarse si quieren que el negocio que pretenden celebrar pueda considerarse válido.

Por otro lado, la ilicitud, también, se desprende cuando existe un supuesto de fraude a la ley, el cual no ha sido recogido expresamente por nuestro Código Civil, lo cual no significa, en nuestra opinión, que no pueda invocarse para hacer efectiva la nulidad de un contrato. En ese sentido, coincidimos con Torres Vásquez, quien sostiene que:

“la nulidad del acto en fraude de la ley; no necesita de especial justificación por el ordenamiento jurídico. Este no puede permanecer indiferente ante el fraude, aunque el nuestro no contiene un artículo que lo declare explícitamente. En todo caso, lo dispuesto por el art. V del T.P del C.C. (...) puede servir de apoyo textual para declarar la nulidad de un acto jurídico realizado en fraude a la ley” (Torres Vásquez 2007: 643).

De esta manera, su fundamento normativo podría alojarse perfectamente en el título preliminar del Código Civil, debido a que este flexibiliza su contenido a través de parámetros como la afinidad del contrato al orden público y a las buenas costumbres.

Dado que no contamos con una norma propia sobre fraude a la ley dentro de nuestro ordenamiento jurídico, nos apoyaremos en lo sostenido por Bianca, quien sostiene que:

“el fraude a la ley se puede definir como la utilización de un contrato, en sí lícito, para realizar un resultado prohibido por medio de la combinación de varios actos jurídicos. El carácter fraudulento de la operación prescinde de la intención de evadir la norma; en efecto, la ilicitud de la operación no puede depender del conocimiento de las partes de escapar de una norma legal (...)” (Bianca 2007: 647).

En efecto, a través de esta figura, se utiliza indebidamente un contrato para evitar las consecuencias de una conducta que el ordenamiento jurídico prohíbe y considera reprochable. Cabe resaltar que tal y como sucede en la concepción general de nulidad, su análisis se distancia de la “culpabilidad” como indicador, ya que la presencia de un factor subjetivo como la culpa deviene en irrelevante para su configuración.

Entonces, la celebración de un contrato de este tipo implica la conciencia por parte de los celebrantes que existe un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico de forma general (para todos) o de forma individual (para sí mismos). Cabe señalar que, en ambos supuestos, lo que determinará la configuración del fraude es la “circunstancia prohibitiva”, mas no el conocimiento de este. En ese sentido, discrepamos con el sector de la doctrina que considera necesaria para la configuración del fraude a la ley la intención de conseguir un efecto prohibido por ley.

Por otro lado, esta causal de nulidad es de vital importancia cuando una de las partes en el contrato es el Estado, y donde las causales que se puedan recoger del íntegro del ordenamiento jurídico serán supuestos de nulidad sanción por la contravención, omisión o corrupción (recientemente) a los procedimientos regulados para la celebración de un negocio, y donde serán aplicables igualmente los indicadores de ilicitud.

De esta manera, podemos concluir que el análisis de la ilicitud del contrato y del negocio jurídico no está representado por un contenido estático y congelado en el tiempo, sino más bien por uno dinámico (evolutivo o involutivo) que se vincula con las características circunstanciales de toda sociedad.

3.3. Nulidad Textual

El supuesto contemplado en el numeral 7 del artículo 219 del Código Civil de 1984 comprende el típico caso de nulidad textual. Aquí, el ordenamiento jurídico a través de sus normas ha contemplado supuestos específicos sancionados con la nulidad. Dicho de otra forma, el ordenamiento jurídico ha pretendido a través de estas normas no dejar margen de duda

respecto a la nulidad de determinados supuestos, otorgándole a estos dispositivos un contenido funcional.

A efectos de clarificar, el alcance y beneficios de una previsión textual, nos valdremos de lo indicado por Roppo, cuando sostiene que:

“La previsión textual de nulidad adquiere un *real valor operativo* (...) Pueden indicarse tres órdenes de casos, a los cuales corresponden otros posibles sentidos de la nulidad textual (...). En un primer sentido, la previsión textual sirve para hacer nulos contratos o reglas contractuales que, en su ausencia, probablemente no lo serían (...). En un segundo sentido, la previsión textual sirve para *hacer cierta una nulidad, que de otra manera sería dudosa y controvertida*. (...) En un tercer caso, la previsión textual sirve no tanto o no solo para determinar o aclarar una nulidad, sino a *introducir un tratamiento del contrato nulo, divergente de la disciplina común* (...)” (Roppo 2009: 682-683).

Todos estos sentidos, en nuestra opinión están pensados directamente en el juzgador, quien será el que verdaderamente se enfrente a los problemas interpretativos que conlleve una consideración dudosa de nulidad.

Asimismo, es quien, a través de sus decisiones, va a reafirmar las directrices del ordenamiento jurídico, más aún cuando, la existencia o inexistencia de este tipo de normas influyen en el comportamiento de los órganos jurisdiccionales o arbitrales al momento de resolver.

Además, la creación de este tipo de supuestos específicos usualmente se presenta frente a casos donde el legislador quiere orientar la respuesta jurisdiccional de forma definitiva.

4. La declaración de nulidad

Existe consenso en la doctrina respecto a los efectos que produce la declaración de nulidad del negocio jurídico en una controversia.

En ese sentido, la existencia de un supuesto de nulidad de forma originaria en la estructura del negocio jurídico genera la “no producción” originaria de ninguna clase de efecto, y la sentencia que declare su nulidad tendrá efectos retroactivos y vinculará a todas las partes celebrantes y terceros.

Por otro lado, la declaración de nulidad puede ser realizada de oficio. Esta postura ha sido recogida en el artículo 220 de nuestro Código Civil, que señala quiénes son los legitimados para que, en vía de acción, demanden la nulidad. Así, podrán interponerla “quienes tengan interés” y el “Ministerio Público”.

Sobre lo último, debo señalar que, a pesar que el Ministerio Público se encuentra legalmente legitimado para actuar, en la práctica, su actuación es virtualmente inexistente; más aún cuando nuestra realidad judicial y fiscal se ha caracterizado por tener una actitud tímida frente a los deberes de protección del ordenamiento jurídico y defensa de los intereses generales.

Por otro lado, respecto al plazo de prescripción de la acción de nulidad, somos de la opinión de que por su naturaleza es imprescriptible, y así debería encontrarse reflejado en nuestro Código Civil —tal y como se encuentra regulado en el derecho italiano—. Sin embargo, nuestro ordenamiento ha contemplado expresamente un plazo de 10 años. Sobre el particular, nos adherimos al sector de la doctrina que considera que, fuera de este plazo, siempre podrá ser interpuesta en vía de excepción.

Por otro lado, rechazamos profundamente el sector de la doctrina que considera posible la convalidación de un acto nulo, y consideran que la nulidad puede ser convalidada por aplicación de la figura de la prescripción liberatoria. Consideramos que este argumento contradice la naturaleza propia de la nulidad que busca la protección de los intereses generales, que el ordenamiento jurídico busca tutelar. El paso del tiempo solamente impide, de forma procesal al legitimado, demandar la declaración de nulidad, mas no convierte al mismo en válido (no desaparecen los defectos estructurales).

En términos prácticos, la declaración de nulidad representa la no ejecución de las prestaciones a las que se habrían obligado de forma patológica y que, si el negocio se habría venido ejecutando, debe reponerse las cosas al estado anterior a la celebración, es decir, la restitución de las prestaciones y restablecer el *statu quo* previo al negocio.

Asimismo, sería adecuado que nuestro ordenamiento jurídico contemplara una figura similar a la contenida en el artículo 2035 del Código Civil italiano⁴⁵, donde no existe restitución de lo pagado cuando se afectan las buenas costumbres incluyendo, además, la afectación al orden público por la importancia que tiene el correcto funcionamiento de nuestro sistema jurídico en su conjunto.

5. La anulabilidad en el contrato

5.1. La anulabilidad en el Sistema Jurídico Italiano

5.1.1. Nociones fundamentales

Cuando nos referimos a la nulidad, resaltamos su carácter absoluto, el cual afecta gravemente los intereses generales del ordenamiento jurídico. Sin embargo, existe otro supuesto dentro del ámbito de la invalidez (no tan extremo): la anulabilidad.

Es en el ámbito, donde se tutelan los intereses particulares que permiten que el negocio siga generando efectos jurídicos de forma precaria hasta la correspondiente declaración de su nulidad. o hasta que el negocio sea convalidado por el paso del tiempo o la voluntad de las partes.

Sobre el particular, Betti sostiene que:

“(…) se denomina al negocio que, aun no careciendo de los elementos esenciales del tipo y hasta originando la nueva situación jurídica que según el Derecho acompaña a aquél, puede —tras la reacción de la parte interesada— ser removido con fuerza retroactiva y considerado como si nunca hubiera existido (…).” (Betti 2018: 342).

Con lo que, se evidencia definitivamente, su menor grado de afectación al permitir su sobrevivencia, pero de forma condicionada a la voluntad de las partes celebrantes.

Frente a lo mencionado, nos es posible distinguir dos momentos precisos causados por un negocio anulable: el primero, aquel periodo entre la celebración del negocio jurídico precario y la declaración de nulidad; y el segundo, el periodo posterior a la declaración de nulidad.

⁴⁵ El artículo 2035 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “no hay repetición de lo pagado en virtud de una finalidad que ofenda a las buenas costumbres”.

Cabe resaltar que, cuando usamos la expresión efectos “precarios”, no nos referimos a que los efectos que produce son incompletos o defectuosos, sino a que existe la probabilidad de que no se cumplan a plenitud por la posibilidad de una latente declaratoria de nulidad.

En ese sentido coincido completamente con Stolfi cuando señala que la anulabilidad:

“(…) se trata de un estadio intermedio entre los actos válidos (…) y los nulos (…)” (Stolfi 1959: 95).

Ahora bien, si consideramos que los negocios anulables se encuentran en el limbo entre la vida (validez) y la muerte (invalidez), debemos señalar que quienes tienen la decisión de elegir su destino son las propias partes involucradas, ya que son las únicas que pueden realizar su convalidación. En efecto, estas pueden remediar los vicios presentes en el negocio o solicitar la declaratoria de nulidad por parte de la autoridad competente.

Asimismo, existe una tercera elección en la que pueden dejar que el tiempo pase sin recurrir a la vía de acción de la anulación de 5 años conforme al artículo 1442 del Código Civil italiano⁴⁶.

Por otro lado, la anulabilidad presenta características propias distintas a la nulidad. Así, la anulabilidad representa una afectación de gravedad menor o leve respecto al juicio de valor negativo del ordenamiento jurídico, es decir lo contraviene, pero su afectación es tolerable y no pone en riesgo su funcionamiento. Así, estamos de acuerdo con Stolfi, quien ha identificado:

“(…) cuatro reglas que son la antítesis de las que conciernen a la nulidad (...). La primera es que (...) no puede ser tácita o virtual sino expresa (...). La segunda es que (...) es un medio de protección dispuesto a favor de personas determinadas (...). La tercera es que (...) no se verifica “ipso jure” (...). La cuarta es que el interesado puede renunciar a la impugnación (...)” (Stolfi 1959: 96-97).

Estas características nos proporcionan un margen de actuación claro basado en los intereses que pretende tutelar, ya que refleja la protección concreta que realiza el ordenamiento para las partes, lo cual demuestra un carácter cerrado e inatacable respecto de terceros.

5.1.2. Intereses tutelados

Los intereses que tutela la anulabilidad son los intereses particulares, y se relaciona directamente con aquellos facultados para invocar su declaración. Así, los únicos que pueden promover en vía de acción, la anulabilidad, son las partes celebrantes del negocio jurídico viciado, en tanto, ellas son las que conocen qué es lo que mejor conviene a sus intereses.

De esta forma, se excluye de su ámbito de protección o de acción a los terceros no celebrantes, precisamente porque la perturbación de la autonomía privada no se presenta ni refleja en ellos, y, si así fuera, sería irrelevante para el negocio celebrado. Más aún, cuando según Roppo:

“(…) la anulabilidad se desencadena en casos en los cuales el normal desarrollo de la autonomía privada es perturbado por *factores internos a la esfera de conciencia y voluntad de la parte protegida* (...)” (Roppo 2009: 693-694).

⁴⁶ El artículo 1442 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “la acción de anulabilidad prescribe a los cinco años (...)”.

Es decir, la patología se presenta en el ámbito interno de una de las partes celebrantes, lo cual no representa la ausencia de los elementos del negocio jurídico, o su completo disvalor por parte del ordenamiento jurídico.

5.1.3. Supuestos

Dentro de los supuestos de anulabilidad del negocio jurídico, encontramos a los vicios de la voluntad, que comprenden el error, el dolo, la violencia y la intimidación, los cuales afectan el ámbito volitivo de los sujetos intervinientes.

Para efectos del presente trabajo, solo desarrollaremos los supuestos del error y el dolo por ser afines a la materia de la investigación.

5.1.3.1. Error

Al referirnos a la anulabilidad, consideramos la presencia de un elemento esencial del negocio, pero con una afectación no lo suficientemente fuerte para que importe la nulidad del contrato. En ese sentido, cuando tratamos al error, nos referimos a un vicio que afecta la voluntad de las partes celebrantes en el contrato, es decir que:

“(…) la voluntad de una de las partes (…) existe (la parte ha querido el contrato), pero el proceso formativo de su voluntad ha sufrido una alteración. En consecuencia, la voluntad, aun cuando existe, está «viciada»” (Galgano 1992: 294).

Por consiguiente, el resultado final será un negocio jurídico que produce sus efectos de forma precaria o limitada, y que puede terminar de forma inminente o ser convalidado por las partes celebrantes.

La doctrina italiana, a través de Scognamiglio sostiene que:

“El error puede consistir (...), en una falsa representación de la realidad, así como en la ignorancia de la misma, y adquiere como tal relevancia jurídica solamente en las hipótesis y dentro de los límites que la ley se preocupa de determinar” (Scognamiglio 1996: 50).

De esta forma, el ámbito del error se verá reflejado en la falta de correspondencia entre la voluntad interna de la parte y su exteriorización, que la doctrina denomina “error obstativo”, cuyo remedio será la nulidad; y, por otro lado, el error vicio, que surge dentro del fuero interno de las partes celebrantes, y afectará su aspecto volitivo, cuyo remedio será la anulabilidad.

El supuesto de error como vicio de voluntad es recogido dentro del sistema jurídico italiano, y se regula en los artículos 1427 – 1433 del Código Civil, de cuya lectura se desprende que, debe ser esencial y cognoscible.

Así, sobre la esencialidad, Alpa declara que:

“El error es *esencial* cuando: a) Recae sobre la naturaleza u objeto del negocio (...) b) Recae sobre la identidad o cualidad de la persona del otro contratante (...) c) Cuando, tratándose de error de derecho, fue la razón única y principal del negocio” (Alpa 2015: 243-244).

Estos supuestos se refieren al vicio en la voluntad de la parte celebrante respecto a los demás elementos configurantes del negocio jurídico (los cuales afectan de forma patológica su

supervivencia). Sobre este aspecto, la normativa ha contemplado una excepción en caso la otra parte ofrezca cumplir el negocio en los términos que la parte que incurrió en el error entendía primigeniamente.

Por otro lado, respecto a la cognoscibilidad del error, Stolfi señala que:

“(…) el error debe ser además reconocible (...): es decir, que en relación con el contenido y circunstancias del contrato o con la cualidad de los contratantes hubiera podido conocerse con la diligencia ordinaria (...)” (Stolfi 1959: 172).

Cabe indicar que una mala interpretación de este requisito, podría llevarnos a pensar de forma errónea que la falta de diligencia debida conllevaría a la valoración de la culpa al momento de calificar la anulabilidad del contrato, lo cual es falso. Para que el error sea conocible bastará solo una verificación objetiva, lo cual convierte en irrelevante cualquier presencia de culpa en su actuar.

Asimismo, respecto a la unilateralidad del error, Alpa sostiene que:

“el error también puede ser unilateral, cuando una sola de las partes tiene la voluntad viciada; bilateral, cuando ambas partes tienen la voluntad viciada, pero por razones diversas (...)” (Alpa 2015: 243).

De esta forma, es completamente posible la existencia de múltiples errores en un mismo negocio y, en consecuencia, que ambas partes se encuentren legitimadas para accionar la anulación por diferentes causas.

5.1.3.2. Dolo

Cuando una de las partes o ambas al momento de celebrar el negocio tienen la voluntad de hacer que la otra contrate a través de un engaño, nos encontramos frente a la figura del dolo, la cual ha sido recogida normativamente en el artículo 1439⁴⁷ del Código Civil italiano de 1942; de cuya lectura, se advierte que se emplea figurativamente el término engaño en su descripción.

La doctrina le brinda un contenido al término dolo, y señala que lo configura:

“(…) cualquier engaño, fraude, estafa, comportamiento observado para hacer caer en error a la contraparte e inducirla a concluir el negocio. El dolo contractual indica precisamente la voluntad de engañar (...)” (Alpa 2015: 247).

Entonces, es determinante la conclusión del negocio, porque sería absurdo referirse al dolo si es que no se hubiera logrado que la otra parte efectivamente lo celebre a través de engaños. De esta forma, adquiere relevancia imprescindible la exteriorización de la voluntad y, además, que este engaño no se haya basado en actos mínimos de fácil detección por cualquier ser humano, sino que, debe tener el peso suficiente para que la inducción a error se concrete.

Así también, debemos distinguir entre el dolo determinante y el dolo incidental a partir de las diferentes consecuencias derivadas de estos. Por un lado, corresponderá la anulabilidad e

⁴⁷El artículo 1439 del Código Civil italiano señala que: “el dolo es causa de anulabilidad del contrato cuando los engaños empleados por uno de los contratantes han sido tales que la otra parte no habría contratado en ausencia de ellos (...)”.

invalidez del negocio; y, por el otro, la indemnización por los daños y perjuicios. Dicho de otro modo, solo el dolo determinante invalidará el acto.

Así, coincidimos con Stolfi cuando sostiene que:

“(…) es menester que el negocio sea realmente concertado, o mejor, que entre el mismo y el artificio engañoso exista un nexo causal en el sentido de que haya sido dolo “causam dans” (...): el dolo debe ser la causa determinante de la declaración de voluntad (...)” (Stolfi 1959: 192-193).

En consecuencia, no cualquier dolo podrá configurar este vicio, sino solamente aquel que tuviera la fuerza suficiente para lograr que las partes contraten.

Por último, habiendo tratado sobre la naturaleza del dolo y su esencialidad, corresponde tratar al dolo cometido por un tercero, donde el sistema jurídico italiano es claro en señalar que solo serán anulables si fue conocido por la parte que obtuvo el beneficio, lo cual obviamente debe ser probado cuando se ejerza la acción frente a un órgano jurisdiccional o arbitral.

5.1.4. Convalidación

Cuando nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad expresamente reconocido como tal, el negocio jurídico celebrado entre las partes surte sus efectos como si fuera válido, pero de forma precaria ante la probabilidad de su declaración de invalidez (por la presencia de un vicio en su configuración). Sin embargo, las partes pueden decidir ponerle fin a esta situación de incertidumbre a través de la convalidación, definida como la regularización del negocio jurídico viciado.

La doctrina ha identificado dos tipos de convalidación. Bianca señala que:

“(…) puede ser expresa o tácita; es expresa cuando la parte manifiesta la voluntad de confirmar el contrato anulable mediante una declaración a propósito; esta declaración debe contener la mención específica del contrato y la causa de invalidez (...) La convalidación es tácita cuando la parte confirma el contrato mediante la ejecución voluntaria del mismo” (Bianca 2007: 695-697).

Entonces, independientemente del tipo elegido por las partes, estos actos convalidantes se celebran con el fin de regularizar un negocio viciado tanto de forma expresa o tácita, ya que existe el deseo de que la producción de efectos continúe y se supere precisamente la precariedad.

La convalidación es un acto unilateral (no requiere la aceptación) que realizará la parte titular de la acción de anulabilidad. Sin embargo, esto no impide que intervengan ambas partes cuando exista más de un vicio distinto, a través de un solo acto.

Esta posibilidad se encuentra contenida en el artículo 1444 del Código Civil italiano de 1942⁴⁸. La importancia de esta figura se basa en sus efectos subsanatorios, ya que, de otra forma, todos los supuestos tendrían que reconducirse a la nulidad del negocio jurídico, que es, insubsanable.

Cuando la convalidación sea expresa, se precisará la celebración de un nuevo negocio jurídico. En ese sentido Betti sostiene que:

⁴⁸ El artículo 1444 del Código Civil italiano de 1942 señala que: “el contrato anulable puede ser convalidado por el contratante al que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad, y la declaración de que se pretende convalidarlo (...)”.

“Puede producirse subsanación, ante todo, 1.º, mediante un acto de *confirmación* o convalidación (...), la confirmación no cumple el cometido de dar a la regulación de intereses querida con un nuevo negocio de primer grado, sino, simplemente, el de impedir la anulación por virtud de un acto integrador o complementario –negocio de segundo grado (...)” (Betti 2018: 353).

Donde el primer negocio es patológico y sus efectos son precarios y pueden dejar de producirse; y el segundo, mediante el cual se les brindará la estabilidad necesaria para que se sigan produciendo.

De esta forma, para la configuración de la convalidación, creemos que deben cumplirse aquellos corolarios enunciados por Stolfi, quien sostiene que:

“(…) a) la convalidación ha de ser concertada por el “contratante que tenga derecho a la anulación” (...); b) la convalidación debe efectuarse después de haber cesado la causa de invalidez (...); c) la convalidación implica que la parte tenía conocimiento de la causa de anulabilidad (...); d) como todo negocio jurídico para el que la Ley no imponga “ad solemnitatem” la forma escrita, la convalidación puede ser expresa (...) o tácita (...)” (Stolfi 1959: 104-105).

En ese sentido, la convalidación del negocio anulable busca que se sigan produciendo sus efectos, y se fundamenta en el principio de conservación del contrato y la voluntad de las partes —cuyos intereses se tutela—. No obstante, no debe considerarse como un acto integrativo al contrato primigenio, sino más bien como un segundo negocio por el cual se supera la insuficiencia del primero.

5.2. La impugnación en el Sistema Jurídico Alemán

5.2.1. Nociones fundamentales

Frente a la nulidad cuya consecuencia es la privación inevitable de los efectos jurídicos deseados por las partes, se presenta la figura de la impugnación, que es en sí mismo un negocio válido, pero proclive a desaparecer a través de la actuación de la parte legitimada.

Sobre el particular, Oertmann señala que:

“Se llama anulable al negocio que comienza por producir sus efectos, pero respecto del cual alguno de los interesados en él tiene la facultad de destruir su validez. Mientras el titular del derecho a la anulación no lo ejercita, el negocio es válido; pero se invalida en cuanto, a base de la *anulabilidad* existente se lleva a cabo la *anulación* efectiva” (Oertmann 1933: 284-285).

Si bien el autor hace referencia al término “anulable”, preferimos utilizar en la presente investigación la expresión “impugnable”. Un negocio jurídico impugnable a diferencia de uno nulo, sí produce los efectos jurídicos que le son propios, pero de manera restringida hasta que una de las partes le ponga fin o lo confirme.

En ese sentido, el negocio a pesar de los vicios que contiene, es válido y despliega sus efectos, siempre que las partes no lo impugnen dentro de la forma y plazo que establezca la ley. Cabe recordar que, producida la impugnación, el hecho del negocio no desaparece, sino solo los efectos que este hubiera producido de forma retroactiva a su celebración.

El § 143, numeral 1 del Código civil alemán, señala que “(…) la impugnación se realiza mediante declaración frente la parte contraria (...)”. Esta disposición implica que, para efectuar la

impugnación, es suficiente con la declaración unilateral dirigida a la otra parte celebrante del negocio jurídico. Sobre el particular la doctrina, a través de Larenz sostiene que:

“(…) En la mayoría de los casos es suficiente una *declaración de impugnación informal* (...). En algunos casos, debido al interés de la colectividad o de terceros en el esclarecimiento de la situación jurídica, la impugnación tiene lugar, apartándose del artículo 143, ap.1, no mediante una simple declaración, sino por la interposición de una *demanda de nulidad*; en tales supuestos, los efectos de la impugnación no tienen lugar sino por sentencia firme que declare la nulidad (...)” (Larenz 1968: 653)

En ese sentido, el autor diferencia entre impugnación formal e informal, donde la informal será la regla para la mayoría de los negocios jurídicos, y aquella formal, que requiere necesariamente de un pronunciamiento judicial y está justificada en un interés social, será la excepción y estará ligada en estricto a determinados negocios jurídicos que, por su naturaleza distinta requieren de una mayor rigurosidad en su análisis.

De la misma forma, como la declaración de voluntad puede exteriorizarse de forma expresa y tácita. El acto impugnatorio también puede adoptar las mismas modalidades. Así, será suficiente para accionar la impugnación un comportamiento concluyente correctamente expresado y dirigido a la parte contraria.

Conforme indicamos anteriormente, la activación de la impugnación es un derecho no obligatorio que tienen las partes intervinientes del negocio; en ese sentido, si los efectos que produce el negocio se encontraran acorde a sus intereses, a pesar de la existencia de una patología, la parte puede decidir en pleno ejercicio de su libertad no impugnar el acto, y superar el estado de validez temporal del negocio.

5.2.2. Intereses tutelados

Los intereses que tutela el ordenamiento jurídico a través de la impugnación, serán de carácter privado cuando se refiere a materia contractual, donde será suficiente la emisión de la declaración impugnativa para producir los efectos que le son propios, y dejar a su vez, completamente sin efecto el negocio con efectos retroactivos. En ese sentido, la doctrina a través de Larenz sostiene que:

“El derecho de impugnación, dado que en la mayoría de los casos está destinado a salvaguardar la libertad de determinación de aquel cuya declaración jurídico-negocial estuviera influida por un vicio de la voluntad, está vinculado, en principio, a la persona del declarante; por ello, no es transmisible, ni embargable (...)” (Larenz 1968: 658).

En ese sentido, la búsqueda de la protección del sujeto que emitió la voluntad viciada determinará la legitimidad del derecho a impugnar, y este no podrá ser transmisible a terceros distintos, excepto en caso de la transmisión hereditaria si correspondiera.

La impugnación deberá hacerse valer dentro de los plazos que establezca la ley para el supuesto en particular. La doctrina señala a través de Enneccerus, Kipp y Wolff que:

“(…) en algunos casos, (...) han de hacerse *sin demora* una vez conocida la causa de la impugnación (...); en otros casos, se dan *plazos de caducidad* de un año (...), de seis meses (...) y de seis semanas (...). Pero la impugnación se excluye en todo caso si han transcurrido 30 años desde la declaración de voluntad (...)” (Enneccerus, Kipp y Wolff 1935: 374, Tomo I).

De esta forma, los plazos contemplados dentro del Código civil alemán serán determinantes en el ejercicio de la impugnación, y esta se extinguirá si la parte legitimada renuncia a tal derecho de forma expresa, o simplemente deja transcurrir el plazo contemplado por ley. Esta renuncia implicará que el negocio jurídico seguirá produciendo sus efectos conforme al reglamento negocial originario.

5.2.3. Supuestos

Dentro del ordenamiento jurídico alemán, se encuentran los supuestos de impugnación referentes a los vicios de la voluntad, y aquellos de naturaleza extracontractual como la indignidad para suceder. Sobre los supuestos contractuales, desarrollaremos solo los supuestos de error y dolo por ser afines a la presente investigación.

5.2.3.1. Error

Conforme hemos señalado con anterioridad, el elemento volitivo goza de un lugar privilegiado dentro de la formación del negocio jurídico y en la producción de sus efectos. Sin embargo, existen supuestos que vician esta voluntad y transforman el negocio en impugnabile con las consecuencias que ello representa.

En esa línea se presenta el error, como un desacierto realizado por el sujeto dentro de su propio comportamiento. Sobre el particular, Larenz sostiene que:

“(…) hablamos de error cuando alguien concibe, sobre cosas, sucesos o relaciones, ideas inexactas, esto es, cuando lo que piensa o se figura no corresponde a la realidad, entendida esta en su más amplio sentido (de forma que asimismo incluye lo psíquico y lo válido). Un error puede tener lugar de muy distintas formas al emitirse una declaración de voluntad jurídico-negocial” (Larenz 1968: 505).

De esta forma, el error del sujeto recaerá sobre diferentes aspectos de la realidad, los cuales estimularán la libertad de los sujetos para que, en ejercicio de su autodeterminación lleguen a celebrar un negocio, y sin los cuales no se habría llegado a contratar.

El § 119⁴⁹ del Código Civil alemán (BGB) ha regulado la posibilidad de impugnar un negocio donde el error se encuentre presente, y a su vez ha contemplado diferentes supuestos: Error en la declaración, error en el contenido, error en las cualidades de la persona y error en las cualidades del bien.

El error considerado dentro de la norma, es un error relevante, que haya sido determinante en la celebración del negocio jurídico. En ese sentido, concordamos con Flume cuando señala que:

“Si cualquier error en la celebración de un negocio jurídico fuera relevante (...) el tráfico jurídico se vería lastrado con una inseguridad en general. De ahí que ningún Ordenamiento jurídico preste atención a todo error (...)” (Flume 1998: 496).

⁴⁹ El § 119 del Código Civil alemán señala que: “(1) Quien al emitir una declaración de voluntad estaba incurso en un error respecto de su contenido o no quería en absoluto realizar una declaración con ese contenido, puede impugnarla si puede suponerse que, de haber conocido la realidad de los hechos y apreciado razonablemente el caso, no la habría emitido (...) (2) Por error en el contenido de la declaración se entiende también el error en las cualidades de la persona o del bien que se consideran relevantes en el tráfico”.

En consecuencia, por su importancia, y específicamente por su funcionalidad, sería inútil que un negocio pueda ser atacado por errores irrelevantes, cuando su presencia no representa una afectación importante al negocio, ni fuera determinante en su celebración. Además, que contemplar la posibilidad normativa de poder atacar el negocio por cada error que pudiera contener independientemente de su importancia, solo cultivaría una cultura de litigiosidad.

En el supuesto del error en el contenido de la declaración, existe una divergencia entre aquello que puede ser interpretado objetivamente de la declaración, y aquello que el sujeto piensa que expresó en la declaración. Es decir, el declarante le asigna un significado distinto al contenido de la declaración efectuada.

Este supuesto, contiene también al error en las cualidades de la persona, o del bien que sean relevantes para el tráfico; esta relevancia, sin embargo, adquirirá un contenido relativo, en tanto el “tráfico” al que hace referencia la norma, tendrá diverso significado dependiendo del lugar donde se haya celebrado el negocio, y al tipo de actividad o industria en el que se hubiere realizado.

El supuesto de error en la acción de declarar supone una divergencia en los códigos lingüísticos o signos utilizados en la declaración, y los que efectivamente aparecen en ella. De esta forma el sujeto piensa que expresó X en la declaración, pero al verificarla se encuentra expresado Y, es decir, el declarante se equivoca al consignar una cosa por otra.

Por último, es importante mencionar que la configuración del error se realiza excluyendo la consideración subjetiva de culpa. En ese sentido, Flume sostiene que:

“El error es relevante conforme al § con independencia de si descansa o no sobre la culpa. Ni siquiera la negligencia grave del que yerra excluye la relevancia del error (...)” (Flume 1998: 501)

Bajo esa premisa, será indiferente para la consideración del error, el estándar de diligencia con el que pudiera haber actuado el declarante. Así, será irrelevante que el sujeto haya actuado de forma completamente negligente, en tanto este aún se encontrará legitimado para hacer valer su derecho potestativo a la impugnación y privar de sus efectos al negocio jurídico.

5.2.3.2. Dolo

La figura del dolo no es exclusiva del derecho civil, sino que ha cobrado gran relevancia en otras áreas del derecho, como el derecho penal. A efecto de entender el dolo, debemos asimilar su concepto con el engaño y error.

Bajo esa premisa, la doctrina a través de Larenz sostiene que:

“El engaño consiste en la producción o mantenimiento dolosos y, por tanto, pretendidos, de un error, ya sea mediante la simulación de hechos falsos o mediante la ocultación de hechos verdaderos, a fin de influir así en la decisión del engañado. Sin embargo, solamente puede cometer un engaño por «ocultación» cuando existiere un deber de comunicación (...)” (Larenz 1968: 545).

La importancia de sancionar este supuesto y considerarlo impugnabile, se centra en el efecto perverso que genera dentro de la libertad del declarante, y por el cual este se encuentra impedido de autodeterminar su voluntad de acuerdo a las circunstancias correctas presentes en la realidad.

Normativamente, este supuesto fue recogido dentro del §123⁵⁰ del Código Civil alemán (BGB), donde faculta a las víctimas de este supuesto a ejercer su derecho a impugnar el negocio, en caso se presentara un engaño doloso.

El engaño puede presentarse en escenarios diversos, y necesariamente tiene que exponer a la víctima a un escenario de error. Así, se verificará cuando se presente a la víctima un escenario distinto a la realidad o se oculten hechos relevantes de forma deliberada, con el fin de manipular su voluntad y pueda celebrarse el negocio jurídico. Por otro lado, el engaño no necesariamente debe haber sido realizado por una de las partes en el contrato, pero volverá impugnabile el negocio si se hubiere o debía conocer.

5.2.4. Confirmación

Cuando hacemos referencia al derecho de impugnación, debemos entenderlo como un derecho potestativo, por el cual las partes pueden en ejercicio de su libertad decidir si desean mantener los efectos jurídicos que se vienen produciendo por la validez temporal del negocio, o por el contrario desean privarle de sus efectos de forma retroactiva desde su celebración.

La confirmación se ubica precisamente, en el supuesto en que las partes desean mantener los efectos que el negocio viene produciendo, y por el cual, las partes renuncian a su derecho de impugnación. El análisis que realizan las partes será variado, y tendrá siempre como fundamento la protección de sus propios intereses y conveniencias.

Normativamente este supuesto se encuentra contenido en el § 144 del Código Civil alemán, donde además contempla la posibilidad de confirmar el acto, utilizando una formalidad distinta al negocio impugnabile.

Cabe mencionar, que la declaración del acto confirmatorio no se restringe a uno de naturaleza expresa, sino mas bien, contempla la posibilidad de que el declarante exprese a través de actos concluyentes su intención de aceptar el negocio patológico, y además su voluntad de mantener los efectos jurídicos que desprendía el negocio impugnabile.

5.3. La anulabilidad en el Sistema Jurídico Peruano

5.3.1. Nociones fundamentales

Cuando desarrollamos la nulidad, hicimos referencia a un remedio absoluto que buscaba la cautela de intereses de carácter público. Mientras que cuando hacemos referencia a la “anulabilidad”, nos referimos a un remedio relativo de graduación inferior, donde la afectación a la estructura del negocio jurídico es tolerable por el ordenamiento jurídico.

⁵⁰ El párrafo § 123 del Código Civil alemán señala que: “(1) Quien ha sido inducido a emitir una declaración de voluntad mediante engaño doloso o ilícitamente por intimidación puede impugnar la declaración. (2) Si el engaño procede de un tercero, la declaración que debía emitirse frente a otro sólo es impugnabile si éste conocía el engaño o debía conocerlo. Si otra persona diferente de aquélla frente a la cual debía emitirse la declaración de voluntad ha adquirido un derecho como consecuencia inmediata de la declaración, se puede impugnar la declaración frente a ella si conocía o debía conocer el engaño”.

Precisamente, la tolerancia del ordenamiento jurídico frente a los supuestos de anulabilidad, autoriza que el negocio pueda seguir surtiendo los efectos que le son propios hasta que se produzca la declaratoria de nulidad o hasta que se produzca su convalidación. Cabe indicar que a los efectos que produce el negocio anulable no pueden calificárseles de incompletos o limitados.

La doctrina nacional a través de Espinoza, sostiene que:

“La anulabilidad es un supuesto específico de la categoría de la invalidez que, no obstante, el acto cuenta con todos sus elementos esenciales, se configura un vicio de la voluntad” (Espinoza 2009: 535)

De esta forma, en este tipo de negocios si existe una patología, una anormalidad vinculada al elemento de la voluntad, pero este no es suficiente para que configure su nulidad, sino más bien, que, a pesar de su existencia, deja al arbitrio de las partes celebrantes la decisión final si es que deciden ponerle fin a través de su declaración de nulidad o permiten su supervivencia.

Dicho lo anterior, se pueden diferenciar dos escenarios claves en este tipo de negocios: el primero, donde las partes buscan ponerles fin a sus efectos, y el segundo, donde las partes convienen en celebrar un segundo negocio por el cual subsanan la patología existente en el negocio primigenio, y lo despojan de cualquier incertidumbre producto del vicio existente.

Un supuesto distinto, por el cual puede superarse la incertidumbre es a través del paso del tiempo. En nuestro ordenamiento, esta opción se materializa en dejar transcurrir un tiempo mayor al plazo de 2 años contenido en el artículo 2001 numeral 4 del Código Civil peruano⁵¹.

Una vez obtenido un pronunciamiento judicial o arbitral respecto a la nulidad del negocio anulable, este deja de producir sus efectos y los retrotrae hasta su celebración.

5.3.2. Intereses tutelados

Existe consenso en la doctrina nacional, respecto a que, los intereses que busca tutelar y proteger el remedio de la anulabilidad son de naturaleza estrictamente particular.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 222 y 2001 numeral 4 del Código Civil de 1984, los únicos legitimados para activar en vía de acción la anulabilidad son las partes que celebraron el negocio jurídico y aquellas a las que la ley les otorgue este derecho. No pudiendo ser ejercida por terceros interesados, como en el caso de la nulidad, donde su intervención se justifica por la naturaleza de los intereses públicos que cautela.

5.3.3. Supuestos de anulabilidad recogidos en el Código Civil peruano de 1984

Si bien nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado los supuestos de anulabilidad para tratar patologías relacionadas a los vicios de la voluntad como el error, el dolo y la violencia; por ser afines a la presente investigación solo desarrollaremos los dos primeros.

⁵¹ El artículo 2001 del Código Civil peruano señala que: “prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

(...)

4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo”.

5.3.3.1. Error

Dentro de los supuestos de anulabilidad que contiene nuestro ordenamiento jurídico se encuentra el error, cuyo ámbito de afectación es el elemento volitivo de las partes celebrantes del negocio jurídico.

Para entender qué es el error, debemos recurrir a la doctrina, la cual nos señala que:

“(…) es una falsa o distorsionada representación de la realidad que hace que la voluntad expresada incurra en un vicio (…) puede producirse a nivel de la voluntad interna (error vicio) o en la declaración (error obstativo o dirimente)” (Espinoza 2012: 385).

De esta forma se distinguen los diferentes niveles en los que opera el error tanto en el proceso formativo de la voluntad como en su exteriorización. No obstante, el error que se regula en este supuesto de anulabilidad es uno relevante, es decir, uno que fue determinante para la configuración de la voluntad.

La doctrina ha identificado dos tipos de errores que configuran un supuesto de anulabilidad, el error —vicio y el error obstativo—. Así, Morales afirma que:

“(…) el error-vicio es una condición de ignorancia o de falsa representación de la realidad en la cual incurre espontáneamente una parte, que se representa mentalmente el contrato de manera diversa como es en realidad. El error obstativo es un error en la declaración, o cuando la declaración ha sido inexactamente transmitida” (Morales 2019: 219).

Entonces, podemos advertir dos diferentes momentos correlacionados con cada tipo de error, las cuales se presentan patológicamente ante la manifestación de voluntad. La cual debe estar presente necesariamente, sino estaríamos en un supuesto de nulidad y no de anulabilidad.

El supuesto del error como vicio de voluntad es recogido dentro del derecho nacional, y regulado en los artículos 201-209 del Código Civil de 1984, de los cuales se desprende que el error a efectos de ser considerado como un supuesto de anulabilidad del negocio jurídico debe ser mínimamente esencial y cognoscible.

Respecto a la esencialidad del error, este supuesto está expresamente recogido en el artículo 202⁵² del Código Civil de 1984, y se refieren cuando error recae sobre aquella esencia o cualidad del objeto del negocio, cualidades personales o de derecho cuando hayan sido determinantes para la voluntad.

En suma, la esencialidad se verá reflejada en la importancia que tenían aquellos elementos sobre los cuales recayó el error, para que la víctima celebre el negocio jurídico, y sin la presencia de los cuales no se habría concluido. La única excepción para evitar la activación de la anulación sobre este aspecto se presenta cuando la parte que indujo a error a la víctima, antes de que esta sufriera

⁵² El artículo 202 del Código Civil peruano señala que: “El error es esencial:

1. Cuando recae sobre la propia esencia o cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto”.

un perjuicio, se ofreciera a cumplir el negocio en los términos en los que la víctima quiso concluir de forma primigenia.

Respecto a la cognoscibilidad del error, este supuesto se encuentra expresamente regulado en el artículo 203⁵³ del Código Civil de 1984, y está referido a la posibilidad de la víctima de haber podido conocer la existencia del error a través de la diligencia ordinaria.

La doctrina nacional, a través de Torres Vásquez, sobre este requisito señala que:

“La conocibilidad se refiere a que el receptor de la declaración está en la posibilidad de percatarse del error en que se encuentre el declarante y no a que efectivamente conoce que está en error (...)”

Cabe mencionar que una inadecuada interpretación del requisito de la cognoscibilidad podría llevarnos a tomar en cuenta a la culpa en la evaluación de la anulabilidad del negocio jurídico, lo cual no es correcto, debido a que para satisfacer este requisito bastará una verificación objetiva de las circunstancias en las que se presentó el error.

Por último, señalar que, a pesar de no estar expresamente señalado en nuestro ordenamiento jurídico, un mismo negocio puede soportar la presencia de distintas patologías sobre la voluntad que activen el remedio de la anulabilidad.

5.3.3.2. Dolo

El dolo es un supuesto recogido en el artículo 210⁵⁴ del Código Civil de 1984, y se presenta cuando una o ambas partes celebrantes del negocio jurídico, tienen la voluntad de hacer que la otra parte contrate a través de engaño.

De esta forma, la doctrina nacional, a través de León, sostiene que:

“El dolo o engaño es un vicio de la voluntad que resulta de una inducción, es decir de un acto u omisión externo al de una persona, la cual es llevada a la equivocación y, hallándose en ese estado, celebra el negocio jurídico” (León 2019: 102).

Es ilustrativo lo indicado por el autor, en tanto nos muestra que el dolo, como acto reprochable, no se limita al ejercicio de una acción, sino que también puede presentarse a través de una conducta omisiva, extendiendo así los supuestos a una gran variedad de opciones directamente relacionadas con la forma que adopta la voluntad en su exteriorización, vale decir manifestaciones expresas de voluntad o a través de actos concluyentes.

Por otro lado, para que se presente esta figura, es necesario que se celebre efectivamente el negocio jurídico, gracias a la equivocación provocada de la víctima. La inducción deliberada no deberá ser de fácil detección, sino que al menos debe ser suficiente para que una persona ordinaria contrate.

⁵³ El artículo 203 del Código Civil peruano señala que: “El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo”.

⁵⁴ El artículo 210 del Código Civil peruano señala que: “el dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto. Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él”.

El dolo comparte la característica de esencialidad con el supuesto de “error” tratado en el punto precedente; en tanto el dolo deberá ser determinante para que la víctima llegue a celebrar el negocio, y debe recaer sobre un elemento de tal importancia, que sin su presencia el negocio nunca se hubiera llegado a concluir.

Por otro lado, no comparte el carácter cognoscible del error, en tanto no será de importancia si la víctima inducida pudo actuar de forma diferente de haber usado la diligencia ordinaria, sino que se reprocha las maneras utilizadas por una parte para engañar a la otra.

En sede nacional, es posible distinguir entre el dolo determinante (artículo 210 del Código Civil) y el dolo incidental (artículo 211⁵⁵ del CC) a partir de las diferentes consecuencias derivadas de estos. Por un lado, corresponderá la anulabilidad e invalidez del negocio; y, por el otro, la indemnización por los daños y perjuicios. Dicho de otro modo, solo el dolo determinante invalidará el acto.

Por último, el artículo 210 del Código Civil al que hicimos referencia también contempla la posibilidad que la acción u omisión dirigida a engañar a una de las partes intervinientes del negocio haya sido causado por un tercero, en cuyo caso la anulabilidad solo podrá ser aplicada si la parte beneficiada hubiera conocido el engaño.

Este supuesto importa la existencia de al menos tres sujetos distintos, dos de los cuales comparten información sobre el engaño —desconocida por la víctima—, y donde una de las partes obtiene un beneficio a través de una conducta omisiva de comunicación sobre el ámbito del engaño. Cabe señalar que no tendrá importancia la motivación de la parte al consentir el engaño.

5.3.3.3. Anulabilidad textual

En este supuesto, se aplican los mismos criterios referidos a la nulidad textual, es decir, cumple con una función determinante en la labor del juzgador al generar certeza sobre posturas dudosas o aquellas que, de otra forma, tendrían consecuencias distintas a la anulabilidad. En ese sentido, la anulabilidad solo puede funcionar de forma expresa, no puede ser virtual, con lo cual se descarta su análisis a partir del íntegro del ordenamiento.

La dación de leyes que contengan supuestos expresos de anulabilidad corresponde a la técnica del legislador y a un poder de contenido completamente político. Sin embargo, coincidimos con Morales cuando afirma que:

“(…) que la ley debe declarar anulable un acto siempre y cuando se refieran a las hipótesis de incapacidad natural relativa, de incapacidad relativa de obrar y de los vicios de la declaración de voluntad” (Morales 2018: 223).

Reconocer supuestos distintos a los enunciados sería vaciar de contenido a este remedio. Más aún cuando los supuestos de anulabilidad siempre deben ser expresos y estar regulados de esta forma en la normativa, no pudiendo obtenerse de un análisis inferencial.

⁵⁵ El artículo 211 del Código Civil peruano de 1984 señala que: “Si el engaño no es de naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin el se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios”.

5.3.4. Convalidación

Cuando nos introducimos dentro del remedio de la anulabilidad, indicamos que los intereses que tutela son de carácter estrictamente privado, y solo correspondía a las partes celebrantes del negocio jurídico solicitar ante el órgano jurisdiccional su declaratoria de nulidad o convalidarlo a efectos de consolidar su validez.

Bajo esta premisa, los vicios existentes en el negocio son pasibles de ser subsanados a través de la convalidación del negocio por confirmación.

La doctrina nacional, a través de Torres Vásquez, sostiene que:

“La *confirmación* es una forma de convalidación de un acto anulable, por medio de la cual el titular de la acción de anulabilidad manifiesta o tácitamente su deseo de querer la validez y eficacia definitiva del acto anulable. La confirmación encuentra su fundamento en el principio de conservación del contrato” (Torres Vásquez 2007: 815).

El acto confirmatorio puede ser expreso cuando las partes en el ejercicio de su libertad deciden específicamente celebrar un acto subsanatorio a efectos de regularizar el negocio viciado. La justificación para activar la confirmación responde al deseo de las partes de superar la precariedad de los efectos propios del negocio anulable y consolidarlos de forma definitiva.

A su vez, el acto confirmatorio puede ser tácito, y su materialización se presentará a través de la conducta de la parte legitimada para activar la anulabilidad, quien inclusive a través de su inacción, dejando pasar el plazo de dos años contemplado en el numeral 5, artículo 2001 del Código Civil, puede convalidar el negocio, legitimando sus efectos y consolidando su validez.

La convalidación se encuentra regulada en el artículo 230⁵⁶ y 231⁵⁷ del Código Civil peruano de 1984. El ordenamiento jurídico a través de su adopción, reconoce la importancia para el dinamismo propio de la contratación, presentar a las partes celebrantes opciones respecto a los posibles desenlaces de un negocio anulable, donde es el legitimado quien sopesará cuál de las opciones que tiene en frente se acomoda mejor a sus intereses personales y comerciales.

6. El caso del Estado en los contratos

El Estado peruano, como ente que ejerce el gobierno en todos sus niveles, requiere, para el desarrollo de sus actividades, la contratación de bienes, servicios, consultorías y obras con personas naturales y jurídicas de derecho privado, usualmente dentro del marco de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y la Ley N.º 29230, ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del

⁵⁶ El artículo 230 del Código Civil peruano señala que: “salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

⁵⁷ El artículo 231 del Código Civil peruano señala que: “el acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”.

sector privado y su Reglamento Decreto Supremo N.º 036-2017-EF. Todos los cuales buscan maximizar los recursos estatales y el cumplimiento oportuno de los fines públicos.

Algunos de los contratos más usuales en la contratación del Estado con los privados son aquellos resultantes de una asociación público-privada, los cuales, según Morón y Aguilera:

“(…) tienen por objeto la construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública en general- redes viales, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación., entre otros” (Morón y Aguilera 2017: 47).

De hecho, esta ha sido la modalidad utilizada para desarrollar proyectos como Línea Amarilla, Rutas de Lima y otros, donde el privado es quien aporta total o parcialmente los fondos necesarios para construir el proyecto y, en contraprestación, este recibe los montos que corresponden por peajes mediante un tiempo comúnmente prolongado.

Otro de los contratos de común utilización es el de obra pública, que conforme señalan Morón y Aguilera:

“las prestaciones que se pueden involucrar (...) son: construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles (...) pueden comprender en su alcance otro tipo de prestaciones, tales como: diseño del expediente técnico, suministro de bienes o equipamiento, servicio de replanteo del proyecto o elaboración del expediente en caso de modificaciones de obras” (Morón y Aguilera 2017: 63).

Esta modalidad es usada comúnmente por el Estado para la gran mayoría de proyectos de infraestructura como carreteras, hospitales, comisarías y cualquier inmueble que requiera la administración. Esta se diferencia de las Asociaciones Público Privadas por el modo de financiamiento (es íntegramente aportada por el Estado), donde su relación con el privado culmina con la entrega y recepción de la obra.

Sin embargo, en cualquiera de sus representaciones, un contrato suscrito por el Estado tendrá ciertas particularidades por su sola presencia, ya es que este solo busca satisfacer necesidades sociales y finalidades públicas. Así, a modo de ejemplo:

“(…) la formación de la voluntad contractual (oferta y aceptación o consentimiento) se genera por algún procedimiento objetivo regulado por normas positivas que deben ser seguidas por todos los partícipes” (Morón y Aguilera 2017: 26-27).

Es decir, existe un procedimiento previo cuya influencia se reflejará de forma directa en los términos y alcances del contenido final del contrato a celebrar.

Así también, es importante resaltar que los contratos celebrados por el Estado con los privados deben reunir todos los elementos esenciales propios de cualquier negocio jurídico, vale decir, debe contar con un agente, una manifestación de voluntad, debe tener un objeto físico y jurídicamente posible, una causa lícita y cumplir con las formalidades respectivas (si las hubiera).

De estos elementos, advertimos que la mayoría de ellos guardarán una completa identidad con cualquier otro tipo de contratos celebrados entre privados; sin embargo, dada su naturaleza, la causa presentará sus propias particularidades. Sobre el particular, Morón y Aguilera sostienen que:

“la causa (...) no es la voluntad de obtener la prestación específica que asume el contratista (aspecto inmediato), sino que el acuerdo al que se arriba y su ejecución deben ser adecuados para

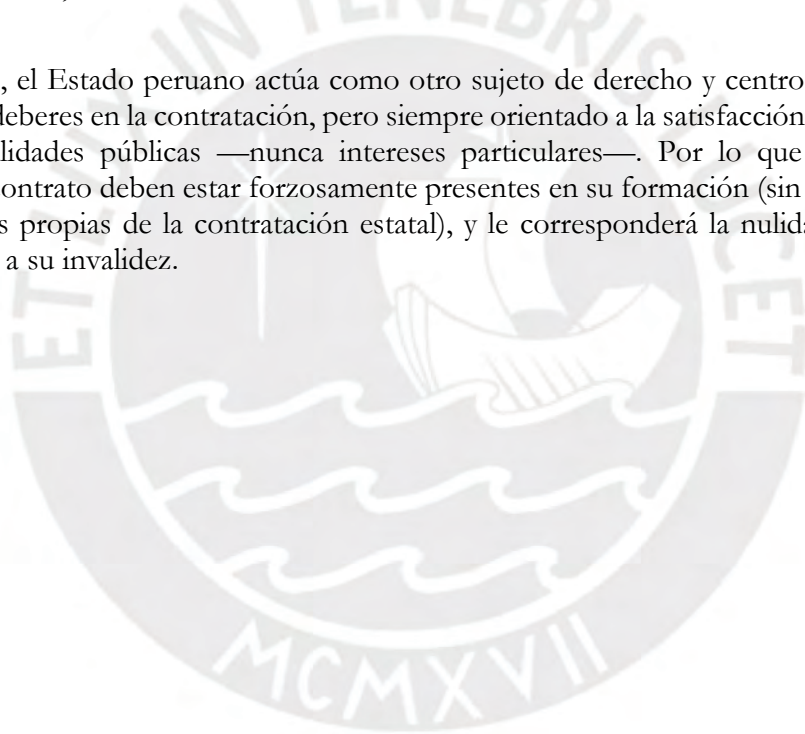
atender la necesidad pública mediata que reclama la actuación estatal, con el modo y el alcance cabalmente exigidos por esa necesidad (...)” (Morón y Aguilera 2017: 28).

Es decir, a pesar de su participación como una parte en una relación contractual con un privado, el Estado siempre orientará sus acciones al cumplimiento de fines públicos y sociales. En efecto, los recursos que utilicen al ser fondos públicos deben ser maximizados para obtener los mayores beneficios posibles para la sociedad.

De esta forma se debe alinear las finalidades públicas que busca satisfacer el Estado a través de la contratación con los remedios que recoge nuestro ordenamiento jurídico y los intereses que busca proteger y cautelar.

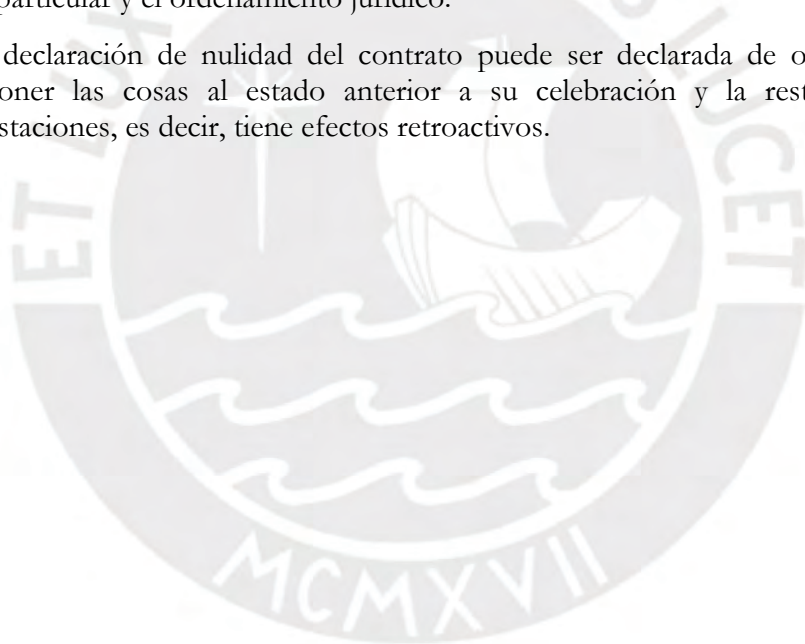
En ese sentido, no sería factible hablar de anulabilidad en un contrato donde participe el Estado, por cuanto el alcance de este remedio se limita a los intereses particulares. Más aún, cuando un centro de imputación de derechos y deberes, como es el Estado, solo puede buscar la consecución de fines públicos e intereses generales. Por lo que el único remedio que se le puede aplicar es la nulidad, el cual tutela el correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En ese sentido, el Estado peruano actúa como otro sujeto de derecho y centro de imputación de derechos y deberes en la contratación, pero siempre orientado a la satisfacción de necesidades sociales y finalidades públicas —nunca intereses particulares—. Por lo que los elementos esenciales del contrato deben estar forzosamente presentes en su formación (sin perjuicio de las particularidades propias de la contratación estatal), y le corresponderá la nulidad como único remedio frente a su invalidez.



7. Conclusiones del Capítulo 1

1. Los contratos, inclusive de aquellos en los que participe el Estado, requieren la conjunción exitosa de los elementos esenciales del negocio jurídico, y aquellos específicos de cada tipo o modalidad contractual.
2. Los remedios para la invalidez, reconocidos por el ordenamiento jurídico peruano son la nulidad y la anulabilidad, los cuales son aplicables a todo negocio jurídico, a excepción de aquellos donde el Estado sea parte, donde solo será aplicable el remedio de la nulidad.
3. No puede aplicarse el remedio de la anulabilidad en los contratos donde el Estado sea parte, en tanto este supuesto de invalidez solo busca la protección de intereses particulares, cuando el Estado solo cautela intereses generales.
4. Cuando el Estado actúa como parte en un contrato, el supuesto de nulidad por finalidad ilícita cobra especial importancia respecto de los demás supuestos recogidos en el Código Civil, ya que sirve como un indicador de coherencia del negocio jurídico en particular y el ordenamiento jurídico.
5. La declaración de nulidad del contrato puede ser declarada de oficio e implica reponer las cosas al estado anterior a su celebración y la restitución de las prestaciones, es decir, tiene efectos retroactivos.



CAPÍTULO II: LA CORRUPCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO

Sumario: 1. La corrupción como acto contrario al ordenamiento jurídico; 1.1. Efectos de la Corrupción; 1.2. Actos de corrupción en el Perú; 1.3. La corrupción: antes y durante el contrato; 2. La corrupción como supuesto de invalidez; 2.1. La corrupción como supuesto de nulidad; 2.2. La corrupción como supuesto de anulabilidad; 2.3. Efectos de la nulidad; 2.4. ¿Y los terceros? El supuesto de cesión de posición contractual; 3. Casos Comparados de Corrupción; 3.1. Pronunciamientos del CIADI; 3.1.1. World Duty Free Co. Ltd. V. Republic of Kenya; 3.1.2. Caso Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan; 3.1.3. Caso Inceysa Vallosoletana SL v Republic of El Salvador; 3.1.4. Caso Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“BAPEX”) y Bangladesh Oil Gas And Mineral Corporation (“PETROBANGLA”); 3.1.5. Caso Ampal-American Israel Corp, Egi-Fund Investors LLC, Egi-Series investments LLC, Bss-Emg Investors LLC and Mr. David Fischer v. Arab Republic of Egypt; 3.1.6. Caso Unión Fenosa Gas S.A v. República Árabe de Egipto; 3.2. Pronunciamientos de High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court; 3.2.1. Caso Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan Group LLC; 3.2.2. Caso National Iranian Oil Company (NIOC) v. Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation LTD; 3.3. Pronunciamientos de la International Court of Arbitration (ICC); 3.3.1. ICC Award Case N° 5622; 3.3.2. ICC Award Case N° 11307; 3.3.3. ICC Award Case N° 12990; 3.3.4. ICC Award Case N° 13914; 3.4. Pronunciamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; 3.4.1. Caso Concesionaria Ruta Del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI; 4. Conclusiones del Capítulo 2.

En el presente capítulo, en primer lugar, analizaremos la corrupción como un fenómeno patológico presente en todo ámbito relacionado a la función estatal a nivel mundial, cuyo estudio no se restringe a la esfera jurídica, sino que requiere una óptica multidisciplinaria desde aspectos culturales, económicos, políticos y sociales, en razón de su origen, efectos, evolución y los intereses que vulneran o privilegian.

En segundo lugar, visualizaremos el tratamiento normativo de la corrupción, en nuestro país, desde la ratificación de instrumentos internacionales, cuyo objetivo es la lucha contra la corrupción, debido a los efectos de su transnacionalización; su presencia en el ámbito penal, al recoger los Delitos contra la Administración Pública, y el ámbito administrativo a través de las sanciones que impone a sus funcionarios o servidores públicos.

En tercer lugar, identificaremos los momentos en los cuales es posible la presencia de corrupción dentro de la contratación con el Estado, a través de la descripción de los hechos importantes en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento Decreto Supremo N° 344-2018-EF y el Decreto Legislativo 1362. Este último regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas, Proyectos en Activos y su Decreto Supremo N° 240-2018-EF.

En cuarto lugar, examinaremos la corrupción como supuesto de nulidad o anulabilidad de los contratos celebrados por el Estado con los privados, sea personas naturales o jurídicas; cuáles son sus efectos, y la suerte de los actos o modificaciones realizados de forma posterior a su celebración.

Por último, estudiaremos el tratamiento de la corrupción en casos resueltos por tribunales internacionales.

1. La corrupción como acto contrario al ordenamiento jurídico.

La palabra “corrupción” está asociada directamente con el término “Estado”, en cualquiera de sus poderes e instituciones: Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Basta con mirar la historia del Perú para comprender que ha estado plagada de eventos irregulares de forma cíclica y constante, los cuales afectan directamente los intereses nacionales y, materialmente, los más perjudicados somos todos los ciudadanos; especialmente, los sectores más pobres, cuyos casos más resaltantes, en los últimos treinta años, son aquellos vinculados a Vladimiro Montesinos y Alberto Fujimori en los años noventa, y a la empresa Odebrecht en la actualidad.

Una de las labores más complicadas es intentar definir qué es la corrupción. En nuestro país, no contamos con una norma legal que la defina de forma expresa, ni siquiera en el ámbito penal, donde es que se combate con mayor intensidad. Sin embargo, el contenido de “funcionario o servidor público”, y “provecho indebido” siempre están presentes en todos sus intentos. Así, Cepeda Ulloa afirma que:

“(…) la corrupción estará definida como aquellos comportamientos que se desvían de las funciones naturales de los servidores públicos, para atender intereses privados, obtener ganancias pecuniarias o posición social, o violar la legalidad en aras de oponerse al ejercicio de algunos tipos de influencia privada” (Citado en Poveda 2000: 2).

Aun cuando su definición es acertada, concuerdo con el legislador al no haber incluido expresamente una definición en la normativa nacional, ya que su contenido es bastante amplio, y su naturaleza y prácticas son demasiado cambiantes.

Más aún, es preciso considerar que, al tratarse de un fenómeno social, su impacto no puede ser delimitado a unos cuantos ámbitos del orden estatal, sino que su presencia es transversal a la sociedad —no existe un aspecto donde no pueda presentarse dicho fenómeno—; además, se verá reflejado en los intentos de su conceptualización. En ese sentido, Sainz De Robles afirma que:

“La corrupción no es un concepto jurídico, sino social, humano, incrustado como un cáncer en el fenómeno del poder, aunque a veces permanezca, afortunadamente, inactivo; representa mutación en la forma y sustancia, que acarrea perversión y, a la postre, la muerte” (Citado en Poveda 2000: 1).

Lo descrito líneas arriba es acertado, pues la presencia de este fenómeno es atemporal y latente; en otras palabras, puede tener periodos donde la intensidad de su presencia se vea aminorada por factores sociales, tales como la educación y el nivel de desarrollo del país; no obstante, es virtualmente imposible su desaparición, puesto que:

“la corrupción’ (...) es un fenómeno encontrado en todas las sociedades, sean estas desarrolladas o en vías de desarrollo (...)”⁵⁸ (Ofosu-Amaah, Soopramanien y Uprety 1999: 1).

⁵⁸ Traducción libre, el texto original en inglés es “*“Corruption” in the second sense is a phenomenon found in all societies, whether developed or developing (...)*” (Ofosu-Amaah, Soopramanien y Uprety 1999: 1).

La diferencia, en nuestra opinión, se evidenciará en el grado de fortalecimiento estatal del país en el que se manifieste y en la interiorización de su carácter nocivo por parte de sus miembros, el cual puede verse reflejado en la probabilidad real de captura del infractor.

Ahora bien, para entender la corrupción, debemos empezar por comprender que la idea de “Estado” como ente abstracto, cuya existencia es imposible de verificación, en el plano material, no significa nada por sí solo. Más bien, debe ser entendido como una persona jurídica inmensamente compleja que actúa a través de sus representantes (funcionarios y servidores públicos) para satisfacer las necesidades que exige una sociedad políticamente organizada; vale decir que, los representantes del Estado son personas físicas, las cuales ingresan a la función pública a través de distintas modalidades como elección popular, confianza, concursos públicos u otros.

De este modo, cuando estas personas naturales, quienes actúan en su representación, se desenvuelven de forma irregular, incumpliendo las obligaciones y deberes inherentes a su papel dentro de la esfera estatal, debido a un factor externo al mismo —como la obtención de un beneficio—, nos referimos a la corrupción. Esta puede presentarse en diferentes planos (sociales, económicos o jurídicos, etc.) y se distinguen, precisamente, a causa de la extensión de sus efectos y de su origen dentro del ámbito estatal.

Así pues, corresponderá a corrupción:

“(…) toda conducta que termina transgrediendo las reglas establecidas, con el ánimo de obtener un beneficio indebido. En esa medida, si aceptamos que las sociedades modernas se organizan en lo fundamental a partir de reglas expresadas en la Constitución o las (...), coincidiremos en admitir que, (...) todo hecho corrupto supone una infracción de esas normas” (Albán 2001: 25).

Sobre el particular, es importante resaltar el marco de transgresión; es decir, para la existencia de corrupción, en general, se requiere que la conducta irregular escape del marco presente al momento de la infracción, la cual representa lo que la sociedad considera correcto o incorrecto en un determinado momento, y se vea reflejada en la normativa de un país. Por lo tanto:

“(…) se trata de una acción extralegal por parte de alguien que ocupa una posición de poder y que beneficia ilegalmente a intereses particulares (...)” (García-Sayán 2012: 50).

Sobre el particular, aunque el parámetro de la legalidad solo es imprescindible a efectos de sancionar la conducta, dado que pueden existir actos considerados como negativos, pero que no necesariamente escapan del marco de la legalidad.

Aun cuando hemos enfocado el ámbito de la corrupción desde la perspectiva o el actuar incorrecto de un funcionario o servidor público, es igualmente cierto que para su existencia es imprescindible la presencia de un tercero distinto: un corruptor, una persona que ofrezca el beneficio a cambio de un actuar que sea favorable a sus intereses, el cual representa, según Poveda:

“(…) un ataque al bien común o interés general, en beneficio de intereses privados o egoístas” (Poveda 2000: 184).

Esto, contrasta con los intereses de la mayoría, a los cuales debe su existencia el Estado.

Entonces, la corrupción ha evolucionado con la propia sociedad; además, sus clásicas figuras, a nivel micro, como personas corrompiendo a funcionarios públicos a cambio de

pronunciamientos favorables en casos individuales, parecieran palidecer frente a los grandes casos de corrupción donde los partícipes son grandes empresas nacionales y extranjeras. Estas, de forma reprochable, buscan satisfacer sus intereses económicos con el Estado, a través de la contratación pública; así también, algunos funcionarios, en lugar de maximizar los recursos estatales y priorizar las necesidades reales de sus ciudadanos, optan por anteponer sus intereses y los del corruptor.

Por otro lado, entre las causas que pueden incentivar a un funcionario o servidor público a llevar a cabo una actuación contraria a sus funciones, se encuentra la “oportunidad” de la corrupción. Esta es entendida como el análisis de probabilidad de su captura; por ejemplo, respecto al Perú de los años noventa, se señalaba que:

“(…) la probabilidad de ser atrapado por incurrir en delitos vinculados a la corrupción en el Perú a mediados de los noventa, se encuentra muy por debajo de la probabilidad hallada que sería necesaria para que los costos de ser corrupto sean mayores a sus beneficios. Dado esto, se puede comprender con mayor facilidad las razones por las que la corrupción se dispersó tanto en el Perú” (Fernández 2005: 252-253).

A partir de lo anterior, un orden institucional débil, reflejado en un orden jurídico endeble, solo presenta una oportunidad para aquellos agentes ineptos que ven al Estado como una ocasión para enriquecerse. Así, interiorizan que, pese a conocer la irregularidad de su conducta y que no serán sancionados debido al funcionamiento deficiente del sistema, el beneficio obtenido será mucho mayor a aquel probable perjuicio que tendrá que soportar y no cree recibir.

La corrupción, como se indicó, está presente en diferentes ámbitos de la vida estatal y, en razón de su extensión, puede hallarse en la estructura esencial del Estado. A ello se le denomina “corrupción institucionalizada”; es decir:

“(…) aquella corrupción que forma parte del funcionamiento de un sistema y que, sin ella, este no funcionaría adecuadamente” (Spittler 2012: 22).

A todas luces, esto es enormemente preocupante, debido a que involucra una completa inacción material ordinaria del Estado y requiere, de forma patológica, la presencia de un mal, como la corrupción, para funcionar al menos de forma deficiente. Sobre el particular, Mujica asegura que:

“(…) la corrupción es un fenómeno que constituye un entramado de técnicas y estrategias que permiten movilizar las relaciones de poder y generar prácticas políticas entre los actores en el núcleo mismo de las instituciones y en la vida cotidiana. No constituye, entonces, una ruptura de la política, sino un modo peculiar de ponerla en práctica (…).” (Mujica 2005: 133).

Si bien, dichas afirmaciones son válidas de forma fáctica, admitirlas traerían consigo consecuencias nefastas para la mentalidad ciudadana, ya que generaría un efecto de normalización de la corrupción y la volvería necesaria para la consecución de sus intereses, lo cual le otorgaría una apariencia “menos mala” de lo que le corresponde; en ese sentido, debemos rechazarla.

Dentro de la institucionalización de la corrupción, es necesario encuadrar el rol que cumple el Gobierno, puesto que este representa la punta de flecha que dirige el destino de un país; en ese sentido, estamos de acuerdo cuando se señala que:

“la corrupción y la calidad de gobierno están muy conectadas entre sí. Una baja calidad de gobierno genera corrupción que, a su vez, reduce más la calidad del gobierno y afecta las reglas de juego y las instituciones, generándose un círculo vicioso (...)” (Fernández 2005: 253).

Esto se ve reflejado, de forma más potente, durante los periodos de transición entre los gobernantes salientes y entrantes, donde su presencia en todos los ámbitos del gobierno es débil o no se ha desplegado y, transitoriamente, este fenómeno se ve acrecentado. Por ejemplo, una de las razones para ello es la propia debilidad de las instituciones electorales, las cuales no permiten efectuar un filtro adecuado respecto de la idoneidad de los candidatos a los puestos a los que aspiran ni permiten asegurar al país la capacidad técnica y política mínima necesaria para el incremento de la calidad gubernamental.

Si deseáramos distinguir la corrupción, en razón de su presencia en los ámbitos de la vida estatal, podríamos identificar algunos sectores, donde se halla de manera regular y significativa.

Así, Cartier-Bresson ha identificado tres tipos de corrupción:

“La corrupción legislativa (...) está directamente relacionada con los sistemas políticos y electorales a través de la adopción (o el rechazo) de las leyes. (...) La corrupción administrativa. (...) se refiere a las prácticas y motivaciones de la corrupción de los funcionarios (los mandatarios) que traicionan a su tutela política (los mandantes). Las oportunidades provienen de la aplicación de las leyes, que puede ser acelerada, bloqueada o desviada (...) La corrupción privada (...)” (Cartier-Bresson 1996: 3-7)

La corrupción legislativa, adquiere especial relevancia en los países que cuentan con un sistema democrático, donde el pueblo actúa a través de un sistema de representaciones en la formulación y dación de leyes que al menos, en teoría, deberían procurar salvaguardar su mejor interés. No obstante, muchas veces responde a intereses partidarios y/o económicos distintos al de los representados, ello bajo una apariencia de legalidad y legitimidad.

Así, la defensa de intereses económicos resulta como consecuencia de:

“(...) la dependencia financiera y mediática en que se encuentra la política con respecto a los circuitos económicos privados, haría más acertado hablar de una corrupción que es el resultado de los acuerdos ocultos del binomio ‘actor privado con recursos económicos-autoridad pública con poder político’” (Amas y Rotta 2005: 283).

Esto último se ve reflejado, por ejemplo, en el financiamiento ilegal de partidos u organizaciones políticas donde lo que buscan los financistas, más allá del apoyo a un candidato, es su favor en las políticas que a aquellos convengan una vez que los aspirantes lleguen a ocupar un cargo público.

Lo anterior no debe confundirse con los *lobbys*, los cuales no son propiamente ilegales —aunque sí moralmente cuestionables—; lo descrito más bien se refiere a la captura del Estado, donde a decir de Távara:

“(...) un grupo de intereses privado configura la formulación misma de las reglas básicas de juego (...) es decir, define el contenido de leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y hasta la propia constitución, con el fin de que sirvan a sus intereses (...)” (Távara 2012: 89-81).

Asimismo, su presencia constituiría una afectación gravísima al desarrollo del país, pues el Estado deja de ser para el pueblo y atiende, más bien, a los grupos de interés que llevaron a cabo la captura de las instituciones y poderes del Gobierno, a cambio de un beneficio personal o de

terceros, que no necesariamente tiene que ser económico, sino que bastará que le represente un beneficio que en la práctica es muy difícil de comprobar.

Respecto a la corrupción administrativa, es pertinente resaltar las formas en las que puede presentarse (las cuales están penadas) y que se configuran a través de una acción u omisión indebida del funcionario o servidor público, propiamente dicho, en el ejercicio de sus funciones, donde tiene que estar presente necesariamente un beneficio propio o para un tercero inmediato o diferido, que justifique el alejamiento de su propia función. Este tipo de corrupción, en nuestra opinión, es la más generalizada y la que siempre se presentará de forma material, incluso como consecuencia de la corrupción legislativa.

Respecto a la corrupción privada, es pertinente señalar que es producto de la propia evolución de la sociedad, donde se han desarrollado posturas -incluso, normativamente- que, aseveran que:

“(…) la corrupción es un fenómeno que debe ser combatido, no solo en el ámbito público, sino también en las relaciones entre particulares (…)” (Bolea 2016: 101).

Así, en la relación entre privados también existe corrupción, específicamente cuando hablamos de personas jurídicas de derecho privado, sean lucrativas o no, las cuales son necesariamente representadas por personas naturales, quienes pueden preferir sus propios intereses o ceder ante un beneficio impropio a su cargo en perjuicio de su representada.

Por otro lado, la corrupción ha pasado de tener un carácter exclusivamente nacional, a ser transnacional. Así, en su juzgamiento:

“(…) no es aquel que se legisla en el estado al cual pertenece el funcionario público que solicita o acepta el soborno sino aquel que se legisla en el Estado al que pertenece la persona que ofrece, promete o entrega el soborno (…)” (Benito 2016: 117).

Es decir, la importancia de la respuesta frente a la corrupción se ha tornado colaborativa entre Estados, a fin de no generar impunidad ante la presencia de este tipo de conducta irregular y propia de grandes empresas con recursos suficientes como para extender su ámbito de influencia hacia otros países. Ello ha producido un efecto de desincentivo en el rubro empresarial —que de incurrir en este tipo de conductas—, será perseguido tanto en su país de origen, como en el país donde ejecutó sus prácticas corruptas.

Por último, es importante resaltar la percepción de la corrupción por parte de la población. En el Perú, hemos evidenciado casos profundos de corrupción, pero solamente de forma tardía y cuando sus efectos eran dramáticamente visibles. Sobre el particular, coincidimos con Albán, cuando afirma que

“(…) en nuestro país la corrupción es estructural e histórica. Sin embargo, las estructuras (…)

no siempre son visibles o fáciles de identificar, pues la ciudadanía desvía fácilmente su atención hacia los nulos resultados o efectos de este modelo sucesivo de corrupción. De este modo, se está pendiente de los escándalos y no de los causantes: la debilidad institucional o la indulgencia de las sanciones” (Albán 2012: 58).

Así, la percepción de la corrupción en nuestro país, al ser un país mediático, está condicionada a la información disponible por los medios de comunicación, que, en gran parte, no reflejan de forma objetiva la realidad, sino solo de manera sesgada y parcial; pero que, a pesar de su parcialidad, han contribuido al destape de grandes escándalos de corrupción.

En conclusión, la corrupción debe ser entendida como un fenómeno estatal omnipresente a nivel mundial. Mediante esta, un funcionario o servidor público actúa de forma distinta y negativa a la función natural en el ejercicio de su cargo —a cambio de la obtención de un beneficio indebido para sí o una tercera persona—, privilegiando un interés particular sobre el interés común, lo cual afecta directamente el ordenamiento jurídico vigente existente al momento de su ocurrencia.

1.1. Los efectos de la corrupción

Luego de exponer la presencia de la corrupción en el desempeño estatal y cómo esta representa un valor negativo en la consecución de los fines a los que el Estado debería apuntar —traducidos en la satisfacción de las necesidades sociales y de los intereses generales—, es preciso mencionar cómo se refleja, concretamente, la corrupción en la sociedad. Así, tendremos efectos o consecuencias económicas, políticas y sociales, y, a su vez, su impacto podrá revelarse de forma directa o indirecta.

Con el propósito de comprender la real dimensión de los efectos económicos, debemos manifestar que el Estado cuenta con políticas económicas que representan directrices orientadoras para el desarrollo en dicho rubro; esto se refleja en el crecimiento económico, escasa inflación, generación de empleo, etc. Estas políticas podrían verse afectadas por prácticas corruptas a nivel general o a nivel específico; de esta forma:

“(…) la corrupción repercute negativamente en el crecimiento económico a través de este mecanismo, que desalienta tanto la inversión pública como la inversión privada” (Fernández 2005: 253)

Así, el Estado tiene la capacidad de incentivar o desincentivar determinadas actividades mediante políticas fiscales, monetarias, entre otras; y también, es el encargado de efectuar el gasto del dinero público obtenido de los impuestos que pagamos los ciudadanos y las empresas que desarrollan su actividad económica en el país, en el desarrollo de obras, infraestructura, prestación de servicios básicos y otros.

En consecuencia, cuando nos referimos a los efectos económicos de la corrupción, en la inversión pública, debemos considerar que:

“(…) existe evidencia teórica y empírica de que la corrupción aumenta el número de proyectos de inversión privada llevados a cabo por el Estado, pero reduce la calidad y productividad de ellos (…)” (Fernández 2005: 253).

Debido a que las obras públicas, usualmente, acaparan este tipo de inversiones, los funcionarios corruptos procuran su realización en función del desembolso del dinero público, sobre proyectos muchas veces sobre valorizados, o cuyos términos iniciales en la práctica son completamente incumplidos; además, su utilidad social no justifica el inmenso gasto que se viene realizando. Por ejemplo, se halla la carretera transoceánica que une el Perú con Brasil, la cual importó una considerable cantidad de dinero invertido, pero no justifica el tráfico comercial existente.

En relación con lo anterior, Mateo sostiene que:

“(…) el efecto económico más negativo producido por la corrupción es la redefinición del gasto público en dos sentidos: el gasto público se (...) invierte en sectores improductivos (...). En otra dirección, la redirección del gasto público afecta la distribución supuestamente equitativa de

rentas que deben realizar el Estado, invirtiéndose en cuestiones que no tienen nada que ver con el beneficio de todos, sino de una parte muy específica de la sociedad” (Mateo 2005: 321-322).

Ello evidencia el contenido de la corrupción enunciado en páginas anteriores; es decir, la contravención por parte de funcionarios o servidores públicos de aquellos intereses generales que deberían respetar y procurar su cumplimiento, pues obligan al Estado a gastar en sectores que reditúan más utilidades al privado, pero no aportan verdaderamente un beneficio a la sociedad.

Adicionalmente, respecto a los efectos económicos en la inversión privada, Fernández indica, sobre el contexto necesario para las inversiones, que:

Los niveles de inversión privada, tanto doméstica como extranjera, dependen de la calidad del ambiente de negocios que exista en un país. En general, los inversionistas buscan transparencia, estabilidad política y estabilidad en las reglas y en las regulaciones sobre las transacciones vinculadas con los negocios. Además, la corrupción ocasiona incertidumbre de hacer negocios ya que afecta las reglas de juego y está altamente vinculada con los altos niveles de trámites burocráticos. Incluso a veces los sobornos están considerados dentro de los costos de iniciar un negocio (Fernández 2005: 254-255).

En ese sentido, un país idóneo para invertir será aquel que otorgue más certeza al inversionista sobre la seguridad de su inversión y dé las respuestas que proporciona el ordenamiento jurídico respecto a eventuales contingencias que se pudieran presentar. Si las respuestas estatales, frente a un mismo supuesto, son diametralmente distintas cuando no deberían, se estaría arriesgando su seguridad económica y se preferirá llevar esa inversión a otro país que ofrezca mejores condiciones de seguridad, y es que

“(…) la confianza del inversionista extranjero disminuye al no observar transparencia. El costo económico de la corrupción se hace más patente en un país como el nuestro (…)” (Poveda 2000: 68).

De este modo, a través de la propia inseguridad, promovemos que aquellos actores económicos extranjeros, que deseen actuar en el Perú, asuman a la corrupción como un costo necesario, sin el cual no podrán desarrollar sus actividades en el país; además, afianzamos una práctica reprochable.

Así también, distinguimos entre los perjuicios directos e indirectos de la corrupción sobre la economía. Con respecto al primero, señalamos que:

“(…) es la apropiación de bienes públicos que son desviados de sus objetivos. La corrupción no es pues el simple robo (….) también hay costos indirectos, y el más conocido de estos es la percepción negativa entre los inversionistas extranjeros acerca de un país, pues consideran que los costos de transacción son muy altos y, por ende, no vale la pena invertir (….)” (Quiroz 2012: 116).

Esta diferenciación entre perjuicios directos e indirectos, se presenció de forma más evidente durante la década de los noventa y su diferencia radica en la posibilidad de disposición de los recursos públicos, pues una vez que los fondos públicos dejan la esfera patrimonial del Estado, no puede ser utilizado para otros fines que procuren el cumplimiento del interés general.

En suma, a nivel económico:

“(…) la corrupción impide el desarrollo cuando afecta las políticas económicas (…)” (Quiroz 2012: 115)

Las cuales, en su estado puro, están diseñadas para contribuir a la optimización de los niveles de vida de la sociedad en general, a través de mejores condiciones de vida, empleos dignos, bajas tasas de inflación, efectiva recaudación tributaria, entre otros. Es necesario recalcar que debe diferenciarse entre la política económica ideal, necesaria para el mejoramiento de la economía nacional, de aquella política económica corrupta que solo busca satisfacer intereses particulares.

Respecto a los efectos políticos, aun cuando estos son más objetivamente demostrables en el ámbito económico, puesto que sus valores son pasibles de una valoración más concreta (en mérito a variables e indicadores económicos), debemos considerar que:

“(…) la corrupción tiene otros efectos (….) sobre el sistema político. Los problemas de gobernabilidad, (….) también son consecuencia. Ligado a lo anterior, la pérdida de credibilidad y el descenso en la eficiencia y en la transparencia de los funcionarios son efectos de la corrupción sobre la política de un país” (Mateo 2005: 322).

Aquí se presenta un problema de legitimidad en el Gobierno, sea a través de la vía ejecutiva o legislativa a nivel local, regional o nacional, ya que, si bien todos los ciudadanos elegimos representantes por un periodo prolongado, es usual que su apoyo disminuya prontamente por la falta de confianza que la población demuestra con su conducta durante su mandato. Ello, puede verse reflejado en marchas y movilizaciones sociales, las cuales complican el nivel de gobernabilidad y acrecientan la percepción de descrédito de las instituciones en nuestro país.

Por otra parte, los efectos sociales abarcan, propiamente, el contacto poblacional; es decir, aquello que verdaderamente se materializa en la realidad y ayuda a los ciudadanos a mejorar su calidad de vida. Sobre el particular, Mateo indica que:

“(…) tiene impactos sociales directos e indirectos. Muchas consecuencias económicas y políticas se traducen en una serie de efectos sobre la población general nada beneficiosos. En concreto, los problemas de equidad en la distribución de recursos y la redistribución del gasto público tienen un efecto directo sobre la pobreza (….)” (Mateo 2005: 323)

En términos prácticos, los efectos sociales podrían verse reflejado en la capacidad adquisitiva de la población; una mayor oferta de empleos u óptimas condiciones de empleabilidad en el país; acceso a empleos formales, a servicios de seguridad social y salud, entre otros. Por ejemplo, lo descrito anteriormente se observa si el Estado invierte dinero, a través de prácticas corruptas, para la construcción de un estadio deportivo con una capacidad superior al número de habitantes, en lugar de servir para la edificación de una posta médica para la localidad o afrontar la remuneración de personal docente o de salud, lo cual sí contribuiría en la mejora de los niveles de vida de la población.

Asimismo, podemos diferenciar las consecuencias específicas de la corrupción en sus diferentes niveles de rechazo; de esta manera,

“(…) el rechazo puede ser mayor si el acto en cuestión llega a ser considerado delictivo, porque implica la violación de un orden ya a nivel general, o sea, formalmente consensuado, pública y explícitamente (y no solo de forma individual e interna, como puede ser la norma moral), para ser respetado por la totalidad de los miembros de la sociedad” (Quiroga 2001: 44).

Ello evidencia la existencia de niveles de corrupción, donde las conductas irregulares, si bien son pasibles de ser sancionadas normativamente por el derecho, no todas implicarán ilegalidad, pero sí inmoralidad, dado que la moral colectiva exige determinados tipos de comportamiento que, a su vez, son protegidos indirectamente por el ordenamiento jurídico y deben ser respetados.

Luego de comprender qué representa la corrupción y cuáles son sus efectos, es preciso mencionar que las sociedades, con el paso del tiempo, —y gracias a un mayor acceso a la información—, han identificado de mejor manera cuáles son las implicancias de su existencia. De este modo, se han implementado formas de combatirla a nivel mundial, con mayor o menor éxito, dependiendo, en gran medida, del grado de desarrollo del país donde se aplique. Así pues:

“(…) para una lucha anticorrupción que pretenda ser eficaz, será necesario que se encuentre una solución global que incluya instrumentos legales” (Spittler 2012: 23).

Aparte de ello, la incidencia de la corrupción no es solamente jurídica, sino que, a través del ámbito normativo pueden establecerse sanciones adecuadas que representen una enérgica respuesta de rechazo hacia prácticas corruptas.

Bajo esta premisa, la lucha anticorrupción es una política que adopta cada Estado para evitar, eliminar o disminuir prácticas corruptas; en este sentido, San Martín señala que:

“(…) sabemos que lo que destruye la corrupción es la cultura de la legalidad; sabemos que la corrupción desestabiliza el desarrollo social; sabemos que afecta sobremedida el desarrollo y que también es una fuente fundamental de violación de derechos humanos. Creo, por tanto, que a partir de esas consideraciones será posible entender por qué debemos calificar o afirmar que es necesaria una política de Estado en materia de corrupción (San Martín 2012: 41).

De acuerdo con San Martín, la cultura de legalidad tiene efectos beneficiosos para el desarrollo social y económico, pues aporta seguridad jurídica a las operaciones que se llevan a cabo; sin embargo, para el juzgador queda expresado, normativamente, aquellos aspectos que deben ser considerados corruptos, especialmente, dentro del ámbito penal, y que merecen una reacción del ordenamiento jurídico para sancionar el incumplimiento de los deberes que el Estado les encarga a los funcionarios o servidores públicos en favor de la sociedad en general.

Por último, las políticas descritas se tornan aún más necesarias en países en vías de desarrollo como el Perú, en:

“(…) donde la democracia es aún imperfecta, la corrupción le resulta más dañina y perversa puesto que no permite, conjuntamente con otros factores negativos, que sus principales instituciones de soporte (poder judicial, ejecutivo y congreso) puedan legitimarse en la sociedad con la celeridad deseada” (Balcázar 2004: 294)

Además, donde resulta urgente escapar del círculo vicioso que representan los gobiernos débiles y pobremente preparados como causa y consecuencia de la corrupción. Igualmente, tampoco es posible para los ciudadanos adaptarse rápidamente a una cultura anticorrupción; ya que, debido a su presencia estructural por periodos prolongados, la corrupción es percibida como un modo de operar una maquinaria que de otra forma estaría inmóvil.

En conclusión, la corrupción trae consigo consecuencias de carácter económico, político y social. El primero afecta las políticas económicas, impacta en el crecimiento económico de un país, desalienta la inversión pública y privada, y redefine el gasto público; el segundo afecta la gobernabilidad de un Estado, y refleja una impresión general de deficiencia y ausencia de

transparencia en la administración pública, y el tercero altera, de forma directa e indirecta, el nivel de pobreza de la población.

1.2. Actos de corrupción en el Perú

Un suceso en donde se verifique un acto de corrupción puede acarrear una multiplicidad de consecuencias jurídicas; es decir, sanciones administrativas, penales e, incluso, deontológicas contra aquellos miembros de la administración pública que se hayan visto involucrados y que, con su actuar irregular, hayan incurrido en faltas administrativas o delitos. De igual forma, se permitirá la constatación de un “hecho de corrupción” pasible de ser utilizado en vía distinta a la penal; sin embargo, la naturaleza de la lucha contra la corrupción en el Perú es predominantemente sancionatoria.

En ese sentido, la lucha contra la corrupción ha llevado al Estado Peruano a ratificar algunos instrumentos internacionales como: la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757 y Decreto Supremo N° 012-97-RE; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada por el Perú, mediante Resolución Legislativa N° 28357, cuya finalidad es fortalecer la prevención, combate, cooperación internacional, recuperación de activos vinculados a la corrupción. El aval de dichos instrumentos demuestra el valor que el Estado le asigna a la lucha contra la corrupción, debido a que constituye un mal endémico de nuestra sociedad que, además, no conoce fronteras.

En sede nacional, la lucha contra la corrupción es una política de Gobierno, sancionada principalmente a través del derecho penal y el derecho administrativo, pues una conducta corrupta solo será atribuida a una persona luego de un debido proceso o procedimiento ante las autoridades judiciales o administrativas correspondientes. No obstante, es preciso distinguir entre el “hecho corrupto” y la “atribución de su responsabilidad”: el primero se constata como un supuesto fáctico, que existe de forma independiente; el segundo es la consecuencia de una conducta negativa de un funcionario o servidor público, y no puede existir sin el primero.

De esta forma, el ordenamiento jurídico ha contemplado:

En primer lugar, sanciones administrativas, consecuencia del derecho administrativo sancionador a los funcionarios y servidores públicos.

En segundo lugar, sanciones penales, consecuencia de un debido proceso penal donde se determine que el funcionario o servidor público incurrió por acción u omisión alguno de los delitos contenidos en la Sección IV, del Título XVIII, Delitos contra la Administración Pública del Código Penal de 1991. Así, Rojas sostiene que han sido:

“(…) clasificados doctrinariamente en algunas tipologías (...) a) la naturaleza contraria o conforme a derecho de los actos del funcionario o servidor (cohecho propio e impropio); b) la condición y conducta del autor, así como la dirección de la acción (cohecho pasivo y activo); y c) el momento en que se produce el pacto y/o la recepción, solicitudes u ofrecimientos (cohecho antecedente y subsecuente)” (Rojas 2007: 631).

Lo anterior comprende, básicamente, a los artículos 376 al 401 del Código Penal, referidos al cohecho pasivo propio, soborno internacional privado, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, cohecho pasivo

impropio en el ejercicio de la función policial, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Dichos delitos, en todos los casos, involucran a un funcionario o servidor público ejerciendo una conducta de forma negativa a los intereses generales, y tutelan:

“(…) la imparcialidad del sujeto público (…)” (Rojas: 647)

Por último, sanciones éticas, en cuanto se encuentra vigente la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, en donde se establecen principios y deberes que deben orientar las actividades propias de un funcionario o servidor público, dada la importancia de su cargo en protección de los intereses públicos.

Frecuentemente, las sanciones penales que recaen sobre los funcionarios o servidores públicos por actos de corrupción, en la contratación del Estado, son por delitos de cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y colusión; en ese sentido, sin detallar lo referente a la configuración de este tipo de delitos, pues escapa propiamente a la materia de esta investigación, podemos señalar que el agraviado directo es siempre el Estado peruano; y el sujeto activo, un funcionario o servidor público.

Con respecto al cohecho, el cual puede distinguirse entre propio o impropio. Así, los comportamientos típicos se circunscribirán a

“(…) a) aceptar, recibir o solicitar donativo, promesa, cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones; b) solicitar o aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja para omitir un acto en violación de sus obligaciones; c) aceptar donativo, promesa o cualquier ventaja a consecuencia de haber faltado a sus deberes (…)” (Rojas 2007: 678).

En ese sentido, dichos comportamientos constituyen una acción violatoria, una omisión violatoria y una falta violatoria, lo que implica, necesariamente, un distanciamiento de aquello a lo que estaba obligado el funcionario o servidor público, en razón del cargo que desempeñan

Por otro lado, de acuerdo con el cohecho impropio, en donde no existe un distanciamiento de las funciones por parte del servidor público. La doctrina sostiene que:

“(…) el sujeto activo no quebranta ninguna norma legal ni reglamentaria que sea inherente a sus funciones o atribuciones del empleo (…)” (Rojas 2007: 703)

Es decir, los funcionarios o servidores públicos cumplen las funciones propias de su cargo, a cambio de un beneficio indebido.

En cualquiera de los dos supuestos de cohecho, encontramos un grave distanciamiento del comportamiento lícito y moralmente correcto en el desempeño de las funciones del actor estatal.

Respecto del delito de tráfico de influencias, la doctrina considera que:

“el núcleo rector se halla expresado con la frase <<invocando influencias (….) recibe, hace dar o prometer (….) con el ofrecimiento de interceder>>. Lo cual ya pone de manifiesto la existencia de un

delito plurisubsistente o compuesto de varios actos, que se inician o parten de los actos de invocar influencias (acción inicial)” (Rojas 2007: 787).

Este delito es recurrente en la casuística contractual, puesto que la estructura organizacional estatal implica que solo determinadas personas tienen un ámbito de competencia directa en el procedimiento de contratación estatal; sin embargo, en la realidad, dichos individuos están sujetos a influencias políticas, económicas, entre otros. Por tanto, personas que no poseen un vínculo directo con el procedimiento, ejercen un rol fundamental en la configuración del comportamiento reprochable de las primeras.

En cuanto al delito de negociación incompatible, interesa la posición que ocupa el funcionario o servidor público, ya que:

“(…) no podrá ser autor (…) si es que no posee facultades de decisión o de manejo de negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo (…)” (Rojas 2007: 820).

Entonces, existe una vinculación directa del funcionario o servidor público con una operación o contrato, y su decisión determinará, ciertamente, su contenido o resultado y puede conllevar fuertes consecuencias negativas al Estado peruano, a través de un indebido procedimiento de contratación o modificación contractual.

De otra parte, el delito de colusión surge, precisamente, en los procedimientos contractuales que celebra el Estado peruano para satisfacer necesidades sociales a través de obras, bienes, servicios, y donde:

“(…) el núcleo rector se halla resumido en el acto de defraudar los intereses estatales y paraestatales concertándose con los interesados” (Rojas 2007: 410).

En ese sentido, el interés público se ve afectado por un comportamiento indebido del funcionario o servidor público, y, a su vez, representa un resultado contractual desfavorable para el Estado y la sociedad de manera directa.

Así pues, en cualquiera de los supuestos que representen delitos por corrupción de funcionarios o incluso sanciones de carácter administrativo, estarán presentes el “comportamiento indebido” de un funcionario o servidor público —aunque haya cumplido sus deberes—; un beneficio indebido, que puede ser propio o para terceros, y un perjuicio al Estado, que representa una afectación al interés general que se debía cautelar.

Asimismo, conforme se advirtió, la atribución de responsabilidad del actuar negativo del funcionario o servidor público no es necesaria para la verificación de la “corrupción” como un hecho, debido a que esta tiene una existencia independiente y no está ligada necesariamente a una sanción. De este modo, incluso, es posible la aplicación de figuras “prescriptoras” que conllevarían su impunidad administrativa o penal, y no puede significar, bajo ningún supuesto, la inexistencia del hecho corrupto.

Por consiguiente, la corrupción como un hecho está presente y existe válidamente para el derecho en todos estos actos irregulares, y puede ser utilizada en otros ámbitos distintos al

ámbito penal y administrativo, sin perjuicio de poder utilizar sus figuras como un apoyo importante en la circunscripción de las mismas.

En el caso de la contratación estatal, la corrupción como hecho y la atribución de su responsabilidad tanto penal y administrativa, es pasible de comisión por funcionarios o servidores públicos en tres momentos: i) previa a la celebración del contrato, ii) en la celebración del contrato y iii) durante la ejecución del contrato con otra persona natural o jurídica. Así, dependiendo del momento y la afectación que produzca el hecho corrupto, se identificarán las sanciones a aplicarse, las cuales escapan del solo ámbito administrativo y penal, dirigidas a los infractores; y se extenderá a aquellos remedios propios de la naturaleza contractual.

A partir de lo expuesto, la presencia de corrupción activará la vía judicial o arbitral para su discusión, donde se tendrá que acreditar la presencia de este supuesto de “hecho corrupto” para configurar un supuesto de nulidad o anulabilidad del contrato, en razón de la posible afectación estructural a alguno de sus elementos esenciales. Para ello, se considerarán las normas especiales vigentes: Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento Decreto Supremo N° 344-2018-EF y el Decreto Legislativo N° 1362, el cual regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos y su Decreto Supremo N° 240-2018-EF, los cuales buscan maximizar los recursos estatales y el cumplimiento oportuno de los fines públicos.

Por último, en este apartado, es necesario indicar quiénes son los sujetos participantes en los actos de corrupción en el Perú.

En primer lugar, se halla el “corruptor”, quien ofrece un beneficio indebido al trabajador estatal. En segundo lugar, se ubica el funcionario o servidor público corrupto, a quienes se encuentran en la normativa nacional, en el artículo 425 del Código Penal de 1991, que señala que son:

“(…) los que están comprendidos en la carrera administrativa (...); los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; (...) todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado (...)”.

Ello nos aporta una visión amplia sobre quiénes tienen la calidad de funcionarios o servidores públicos, y refleja, del mismo modo, el principal cometido que debe guiar sus acciones, que es la protección del interés público.

1.3. La corrupción: antes y durante el contrato

Ante todo, es conveniente considerar el factor temporal en la celebración de un contrato; es decir, en cualquier contrato podemos distinguir dos momentos claramente visibles: “antes del contrato” y “ejecución del contrato”, los cuales están referidos básicamente a una etapa precontractual y de ejecución, respectivamente.

El caso de los contratos celebrados por el Estado no es distinto, pero sí es particular, dado que la contratación estatal responde a normas de naturaleza especial, las cuales disponen la existencia de etapas previas al perfeccionamiento del contrato, y deben respetarse. Además, una vez que

estas se cumplan, conllevarán la celebración de un contrato válido entre el Estado, como persona jurídica, y un privado, sea esta persona natural o jurídica.

Adicionalmente, de forma posterior a la celebración del contrato válidamente configurado, las normas especiales de contratación estatal han contemplado la posibilidad de efectuar modificaciones a los contratos, a través de las conocidas adendas, mediante las cuales se modifican ciertos aspectos que pueden resultar más costosos a la administración.

Debido a la naturaleza del Estado peruano como persona jurídica, que no puede proceder por sí mismo en ninguna de sus actividades, se ha contemplado, en su estructura, la presencia de personas naturales que actúan en su representación en diferentes niveles y con diferentes grados de responsabilidad, a los que denominamos “funcionarios o servidores públicos”, quienes, en el desempeño de su labor, son potenciales comitentes de hechos de corrupción.

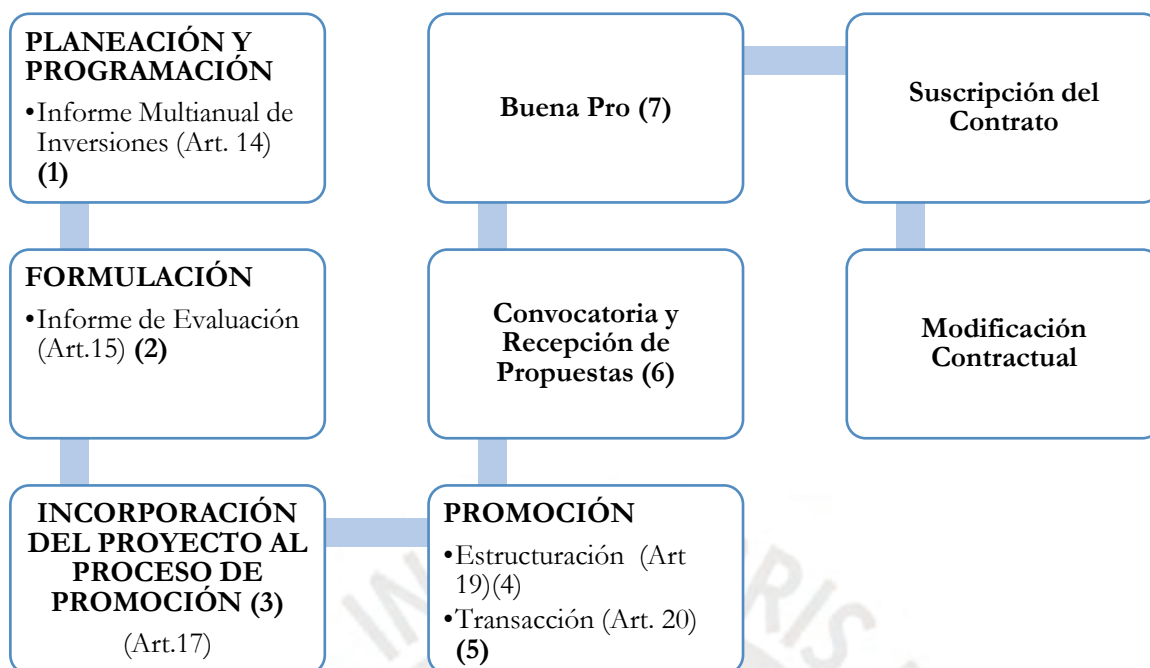
En el caso de la contratación estatal, dichos hechos negativos se encuentran en cada una de las etapas consideradas en sus normas especiales, las cuales analizaremos de forma descriptiva para comprender en qué momentos se presentan estas situaciones; específicamente, en aquellas que regulan las Asociaciones Público-Privadas y la contratación estatal.

Las Asociaciones Público-Privadas, en las cuales intervienen el sector público y privado de forma conjunta, constituyen una modalidad de contratación del Estado para la realización de proyectos de gran envergadura. A continuación, veremos sus dos últimas normas vigentes:

A.- El Decreto Supremo N° 410-2015-EF,

El Decreto Supremo N° 410-2015-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Decreto legislativo del marco en Promoción de la Inversión Privada, mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, establecía expresamente las etapas previas y actos esenciales que debían atravesarse para llegar a la celebración del contrato. Estas podemos dividir las en iniciativas estatales e iniciativas privadas autofinanciadas y cofinanciadas.

Respecto a la iniciativa estatal, se podían identificar los siguientes momentos importantes:



Después de identificar los momentos relevantes dentro de la configuración de las Asociaciones Público Privadas por iniciativa estatal, es necesario resaltar algunas particularidades, especialmente, a cargo de quién se encontraba cada uno de ellos.

Respecto del primer “momento”, el Informe Multianual de Inversiones es un instrumento de gestión, que buscaba identificar proyectos que podían ser incorporados al proceso de promoción de la inversión privada en los siguientes tres años, y debía ser aprobado mediante Resolución Ministerial, Acuerdo de Concejo Regional o Municipal. En consecuencia, de haberse presentado alguna irregularidad en este “momento”, sería cometida por los funcionarios o servidores públicos del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local que intervinieron en su aprobación.

Respecto del segundo “momento”, el Informe de Evaluación, es el documento mediante el cual se brindaba la información técnica, económica y legal necesaria a PROINVERSIÓN o los Comités de Inversiones Regionales o Locales para definir si era conveniente desarrollar o no el proyecto. En ese sentido, su formulación incorrecta podría devenir el desarrollo de un proyecto innecesario o perjudicial para la sociedad.

De esta forma, los funcionarios públicos o servidores públicos que participaban en este “momento” pertenecen a las áreas respectivas del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local que intervenga.

Respecto del tercer “momento”, la incorporación del proyecto al proceso de promoción, está sujeta a la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, debido a que debe verificarse la elegibilidad, viabilidad económica del proyecto, además de la capacidad de pago del Estado, entre otros aspectos de carácter técnico económico.

Una vez emitida la opinión favorable, será el Organismo Promotor de la Inversión Privada quien lo incorpore al proceso de promoción. De esta manera, los funcionarios o servidores públicos

intervinientes serán aquellos vinculados a la opinión en el Ministerio de Economía y Finanzas, y a su incorporación en PROINVERSION o los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

Respecto del “cuarto momento”, la estructuración del proyecto, estará a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada. El cual, estará encargado del diseño del contrato y el análisis directo o indirecto de potenciales participantes y financistas en el proyecto. En este “momento”, los funcionarios o servidores públicos intervinientes pertenecerán a PROINVERSIÓN o los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

Respecto del quinto “momento”, la transacción comprende una de las etapas más importantes en cualquier proyecto de contratación del Estado, me refiero a la “elaboración de las bases”, las cuales determinarán los plazos, mecanismos de evaluación, requisitos técnicos o financieros. Los funcionarios o servidores públicos intervinientes pertenecen a PROINVERSIÓN o los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

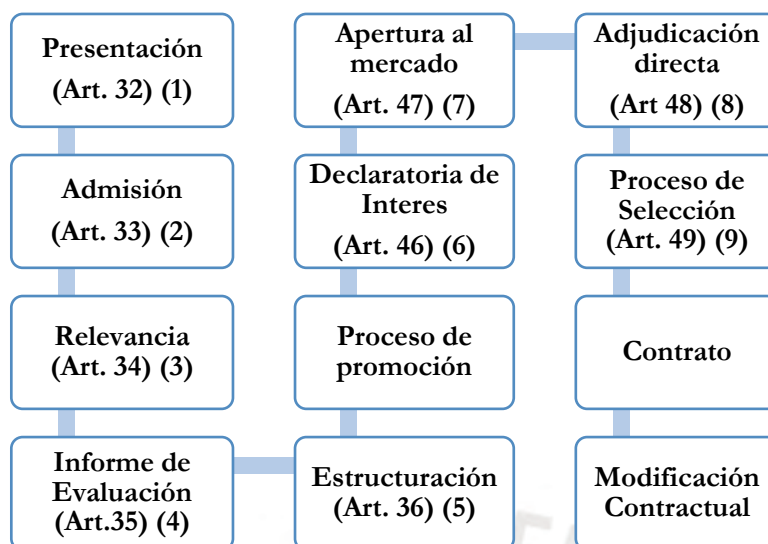
Respecto al sexto “momento”, la convocatoria y recepción de propuestas estará a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, la cual las publicará en su portal institucional y en medios de circulación nacional. Una vez realizada la convocatoria, se procede a la recepción de propuestas, las cuales serán evaluadas por un Comité Especial, quien evaluara sus aspectos técnicos y económicos más convenientes.

De esta forma, los funcionarios o servidores públicos que participan de forma determinante en este “momento” son los miembros del Comité Especial elegidos para realizar la evaluación de las propuestas.

Respecto al séptimo “momento”, el otorgamiento de la Buena Pro será efectuada por el mismo Comité Especial que efectuó la evaluación, y será brindada al participante que haya presentado la mejor oferta y que cumpla con los requerimientos de evaluación que se establecieron en las bases.

En suma, a lo largo del procedimiento, la participación de distintos funcionarios o servidores públicos se llevaba a cabo de múltiples formas y en diferentes grados de responsabilidad, tanto a nivel de decisión como a nivel de ejecución; asimismo, comprendía pasos sobre la evaluación de la pertinencia del proyecto, su viabilidad técnica, jurídica y económica en consideración del cumplimiento de las finalidades públicas.

Por otra parte, también existe la iniciativa privada, que se divide en autofinanciada y cofinanciada; respecto a la primera, podemos identificar los siguientes momentos resaltantes:



Después de identificar los momentos relevantes dentro de la configuración de las Asociaciones Público Privadas Autofinanciadas, es necesario resaltar algunas particularidades, especialmente, a cargo de quién se encontraba cada uno de los momentos:

Respecto del primero “momento”, la iniciativa privada autofinanciada es una propuesta que realiza un privado al Estado a través de sus Organismos Promotores de la Inversión privada, para la realización de un proyecto de infraestructura pública o prestación de servicios públicos.

Respecto del segundo “momento”, la admisión a trámite de la iniciativa privada está a cargo del Organismo Promotor de la Inversión Privada, el cual califica y evalúa la capacidad técnica y financiera del privado, además verifica que haya indicado los gastos en que ha incurrido en la propuesta, y las cláusulas principales que a su criterio debería contener el contrato. De esta forma, los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento” pertenecen íntegramente al Órgano promotor de la Inversión Privada.

Respecto del tercer “momento”, una vez admitida la iniciativa privada, es necesario que se identifique el ámbito a quien corresponde el proyecto. En ese sentido, el Ministerio, Gobierno Regional o Local, deberá emitir una opinión de relevancia donde se evalúe la consistencia del proyecto con las prioridades, viabilidad técnica, además de la elaboración del informe de evaluación del proyecto. De esta forma los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento”, pertenecen íntegramente a un Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Respecto al cuarto “momento”, el Informe de Evaluación de la iniciativa es evaluado, modificado y aprobado por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, el cual trabaja sobre el informe elaborado por el Ministerio, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. De esta forma los funcionarios o servidores públicos participantes en este momento pertenecen a PROINVERSIÓN o a los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

Respecto al quinto “momento”, la estructuración del proyecto corresponderá al Organismo Promotor de la Inversión Privada, el cual puede proponer a los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos locales propuestas de modificación si lo vieran por conveniente. Este momento incluye el diseño y elaboración del contrato de Asociación Público Privada. De esta

forma los funcionarios o servidores públicos participantes en este momento pertenecen a PROINVERSIÓN o a los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

Respecto del sexto “momento”, la declaratoria de interés será aprobada por el máximo ente del Organismo Promotor de la Inversión Privada, y debe contener un resumen del proyecto, los requisitos de precalificación del proceso de selección, el factor de competencia, modelo de carta de expresión de interés, modelo de carta fianza y la versión del contrato. De esta forma, los funcionarios públicos participantes en este “momento” pertenecerán al máximo órgano de PROINVERSIÓN o de los Comités de Inversiones Regionales o Locales.

Respecto del séptimo “momento”, la apertura al mercado, se realiza para que terceros ajenos al privado que presentó la propuesta, puedan expresar su interés en participar en la ejecución del proyecto, presentando todos los documentos exigidos en la declaratoria de interés aprobada. En este “momento” no participan de manera activa ningún funcionario o servidor público, ya que solo se limitan a la recepción de la declaratoria de interés de los terceros.

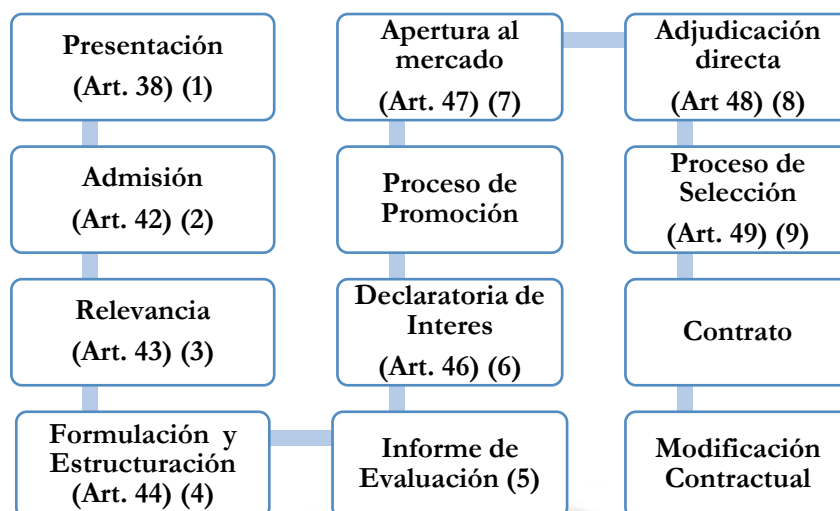
Respecto del octavo “momento”, se produce la adjudicación directa, si es que ningún tercero ha expresado interés en el proyecto. En consecuencia, se adjudica al proponente de la iniciativa privada. En este “momento”, la adjudicación directa es aprobada por los funcionarios públicos pertenecientes al órgano máximo del Organismo de la Inversión Privada.

Respecto del noveno “momento”, el proceso de selección se efectuará cuando uno o más terceros hayan expresado su interés en el proyecto, y será efectuado conforme a lo establecido en las Bases, las cuales orientarán todo el procedimiento. En este “momento”, los terceros pueden realizar consultas a las bases, y comentarios y sugerencias a la versión del contrato. Los funcionarios o servidores públicos que intervendrán pertenecerán al Organismo Promotor de la Inversión Privada.

Luego de apreciar los momentos resaltantes de la iniciativa privada autofinanciada, podemos advertir, igualmente, que a lo largo de todo el procedimiento, la participación de distintos funcionarios o servidores públicos se hará de múltiples formas y en diferentes grados de responsabilidad, tanto a nivel de decisión como a nivel de ejecución; además, abarcará pasos sobre la evaluación de la pertinencia del proyecto y su viabilidad técnica, jurídica y económica en consideración del cumplimiento de las finalidades públicas.

Vemos que, de todos los momentos identificados, tienen una participación determinante los Organismos Promotores de la Inversión Privada.

Respecto a la iniciativa privada cofinanciada, podemos identificar los siguientes momentos:



Después de identificar los momentos relevantes dentro de la configuración de las Asociaciones Público Privadas Cofinanciadas, es necesario resaltar algunas particularidades, especialmente, a cargo de quién se encontraba cada uno de los momentos:

Respecto del primero “momento”, la iniciativa privada cofinanciada es una propuesta que realiza un privado al Estado a través de PROINVERSION, para la realización de un proyecto de infraestructura pública o prestación de servicios públicos.

Respecto del segundo “momento”, la admisión a trámite de la iniciativa privada está a cargo del PROINVERSION, el cual califica y evalúa la capacidad técnica y financiera del privado, además entre otros, verifica el tipo del proyecto, el ámbito de influencia, los beneficios sociales y el costo total de la inversión. De esta forma, los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento” pertenecen íntegramente a PROINVERSION.

Respecto del tercer “momento”, una vez admitida la iniciativa privada, es necesario que se identifique el ámbito a quien corresponde el proyecto. En ese sentido, el Ministerio, Gobierno Regional o Local, deberá emitir una opinión de relevancia donde sustente que el proyecto no coincide total o parcialmente con otro proyecto en ejecución. De esta forma los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento”, pertenecen íntegramente a un Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local.

Respecto al cuarto “momento”, la formulación y estructuración del proyecto estará a cargo íntegramente de la Unidad Formuladora de PROINVERSION. En este “momento”, se determina si el proyecto tiene o no viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. Además, comprende el diseño del proyecto, estructuración económica financiera, asignación de riesgos y el diseño del contrato. De esta forma, los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento” pertenecen íntegramente a PROINVERSION.

Respecto al quinto “momento”, el informe de evaluación será realizado íntegramente por PROINVERSIÓN, pero requerirá opinión favorable de los Ministerios, Gobiernos Regionales o Gobiernos locales.

Respecto del sexto “momento”, la declaratoria de interés será aprobada por el máximo ente del Organismo Promotor de la Inversión Privada, y debe contener un resumen del proyecto, los requisitos de precalificación del proceso de selección, el factor de competencia, modelo de carta de expresión de interés, modelo de carta fianza y la versión del contrato. De esta forma, los funcionarios públicos participantes en este “momento” pertenecerán al máximo órgano de PROINVERSIÓN.

Respecto del sétimo “momento”, la apertura al mercado, se realiza para que terceros ajenos al privado que presentó la propuesta, puedan expresar su interés en participar en la ejecución del proyecto, presentando todos los documentos exigidos en la declaratoria de interés aprobada. En este “momento” no participan de manera activa ningún funcionario o servidor público, ya que solo se limitan a la recepción de la declaratoria de interés de los terceros.

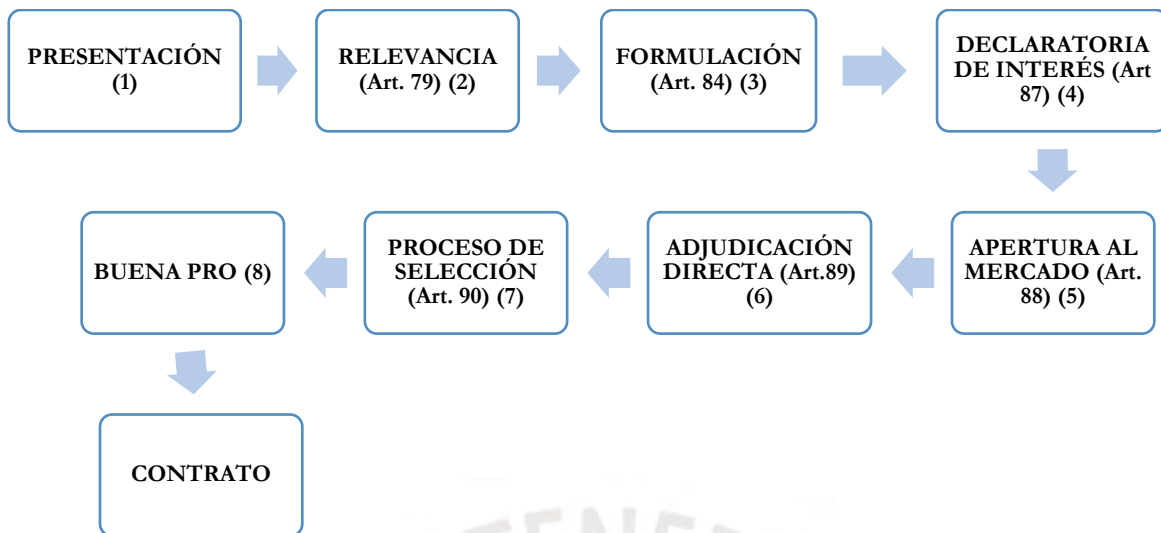
Respecto del octavo “momento”, se produce la adjudicación directa, si es que ningún tercero ha expresado interés en el proyecto. En consecuencia, se adjudica al proponente de la iniciativa privada. En este “momento”, la adjudicación directa es aprobada por los funcionarios públicos pertenecientes al órgano máximo de PROINVERSIÓN.

Respecto del noveno “momento”, el proceso de selección se efectuará cuando uno o más terceros hayan expresado su interés en el proyecto, y será efectuado conforme a lo establecido en las Bases, las cuales orientaran todo el procedimiento. En este “momento”, los terceros pueden realizar consultas a las bases, y comentarios y sugerencias a la versión del contrato. Los funcionarios o servidores públicos que intervendrán pertenecerán a PROINVERSIÓN.

Luego de apreciar los momentos resaltantes de la iniciativa privada cofinanciada, podemos advertir, igualmente, que a lo largo de todo el procedimiento, la participación de distintos funcionarios o servidores públicos se hará de múltiples formas y en diferentes grados de responsabilidad, tanto a nivel de decisión como a nivel de ejecución; además, abarcará pasos sobre la evaluación de la pertinencia del proyecto y su viabilidad técnica, jurídica y económica en consideración del cumplimiento de las finalidades públicas. Vemos que, de todos los momentos identificados, tienen una participación determinante de PROINVERSIÓN.

B.- El vigente Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto legislativo N° 1362, que regula la Promoción de la Inversión Privada a través de Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, contempla, igualmente, las dos modalidades; es decir, aquella de iniciativa estatal y privada de forma autofinanciada y cofinanciada. Así también, señala algunas etapas generales o fases de los procedimientos: Planeamiento y Programación, Formulación, Estructuración, Transacción y Ejecución Contractual.

De esta manera, respecto de los proyectos promovidos por iniciativa privada, tanto autofinanciados y cofinanciados, podemos identificar los siguientes momentos importantes en el procedimiento previo a la celebración del contrato:



Después de identificar los momentos relevantes dentro de la configuración de las Asociaciones Público Privadas autofinanciadas y cofinanciadas, es necesario resaltar algunas particularidades, especialmente, a cargo de quién se encontraba cada uno de los momentos.

Respecto del primer “momento”, las iniciativas son peticiones de gracia que pueden presentarse ante el Estado para el desarrollo de proyectos de infraestructura o prestación de servicios públicos. Estas deben contener entre otros, los estados financieros auditados del privado, declaración jurada de gastos, propuesta de las principales cláusulas del contrato.

Por un lado, existen las iniciativas autofinanciadas las cuales deben ser presentadas ante PROINVERSION o el Comité de Promoción de la Inversión Privada de la entidad titular del proyecto. Por otro lado, cuando son iniciativas privadas cofinanciadas, solo podrán presentarse ante PROINVERSIÓN.

Respecto del segundo “momento”, la opinión de relevancia debe ser emitida por la entidad titular del proyecto, a través de la decisión de Acuerdo de Consejo Regional, Acuerdo de Consejo Municipal o Titular del Ministerio. En este “momento”, la entidad, tendrá que evaluar y sustentar que la iniciativa no coincida con otro proyecto de inversión existente. Los funcionarios o servidores públicos que participan en este “momento” son los pertenecientes a los Ministerios, Gobiernos Regionales y Gobiernos Municipales.

Respecto al tercer “momento”, la formulación busca principalmente determinar que el proyecto propuesto es viable, a través de un análisis técnico, económico y legal. Además, si se detectara que existe más de un proyecto viable vinculado, decide sobre su continuidad. En este “momento”, los funcionarios o servidores públicos participantes pertenecen a PROINVERSION o los Comités de Promoción de la Inversión Privada.

Respecto del cuarto “momento”, la declaratoria de interés será aprobada por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, y debe contener un resumen del proyecto, los requisitos de precalificación del proceso de selección, el factor de competencia, modelo de carta de expresión de interés, modelo de carta fianza y la versión del contrato. Este “momento”, es importante por cuanto, es necesario para empezar la promoción del proyecto.

De esta forma, los funcionarios públicos participantes en este “momento” pertenecerán al máximo órgano de PROINVERSIÓN o los Comités de Promoción de la Inversión Privada

Respecto del quinto “momento”, la apertura al mercado, se realiza para que terceros ajenos al privado que presento la propuesta, puedan expresar su interés en participar en la ejecución del proyecto, presentando todos los documentos exigidos en la declaratoria de interés aprobada. En este “momento” no participan de manera activa ningún funcionario o servidor público, ya que solo se limitan a la recepción de las expresiones de interés de los terceros.

Respecto del sexto “momento”, se produce la adjudicación directa, si es que ningún tercero ha expresado interés en el proyecto. En consecuencia, se adjudica al proponente de la iniciativa privada. En este “momento”, la adjudicación directa es aprobada por los funcionarios públicos pertenecientes al órgano máximo de PROINVERSIÓN o los Comités de Promoción de la Inversión Privada.

Respecto del séptimo “momento”, el proceso de selección se efectuará cuando uno o más terceros hayan expresado su interés en el proyecto, y será efectuado conforme a lo establecido en las Bases, las cuales orientaran todo el procedimiento. En este “momento”, los terceros pueden realizar consultas a las bases, y comentarios y sugerencias a la versión del contrato. Los funcionarios o servidores públicos que intervendrán pertenecerán a PROINVERSIÓN o los Comités de Promoción de la Inversión Privada.

Por último, respecto del “octavo” momento, el otorgamiento de la Buena Pro será efectuada por el Comité Especial de Inversiones que efectuó la evaluación, y será brindada al participante que haya presentado la mejor oferta y que cumpla con los requerimientos de evaluación que se establecieron en las bases. De esta forma, Los funcionarios o servidores públicos que intervendrán pertenecerán a los Comités de Promoción de la Inversión Privada.

.La reglamentación vigente, a diferencia de la derogada, comprende un régimen común para las modalidades autofinanciadas y cofinanciadas. Asimismo, se presentan los momentos importantes, donde intervienen una variedad de funcionarios o servidores públicos, los cuales son pasibles de incurrir en actos corruptos que beneficien o perjudiquen a los privados y que sean determinantes o irrelevantes al momento de la contratación.

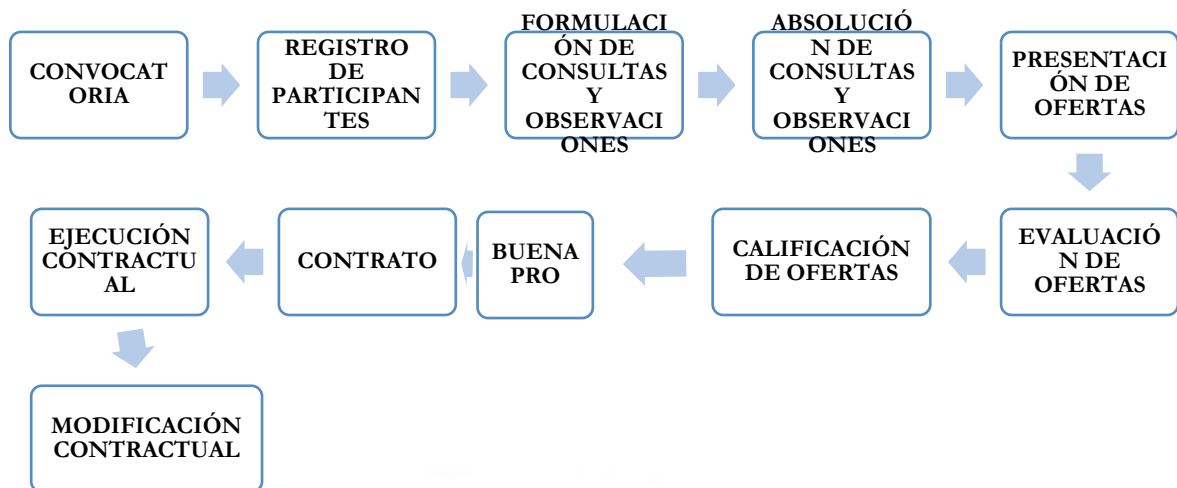
C.- Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Esta norma, determina los procedimientos de selección aplicables en su artículo 53.1, donde se señala que:

“Para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras, la Entidad utiliza, según corresponda los siguientes procedimientos de selección: a) Licitación pública. (...) b) Concurso público. (...) c) Adjudicación simplificada. (...) d) Subasta inversa electrónica. (...) e) Selección de consultores individuales. (...) f) Comparación de precios (...) g) Contratación directa”

Los contratos que celebra el Estado al amparo de esta norma son cuantitativamente los más numerosos.

Los momentos comunes más importantes en estos procedimientos son los siguientes:



Después de identificar los momentos relevantes dentro de la configuración de la contratación estatal ordinaria, es necesario resaltar que todo el procedimiento estará a cargo del órgano encargado de las contrataciones identificado en el Reglamento de Organización y Funciones de cada entidad, materializado usualmente a través de Comités de Selección.

De esta forma, cuando el Estado requiere celebrar un contrato de forma regular, debe seguir los pasos y momentos contenidos en el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Este procedimiento inicia a través de una convocatoria pública, la cual incluye la publicación de las Bases, que regirán el procedimiento de contratación y serán determinantes respecto al alcance del contenido final del contrato. Las bases cobran tal importancia, que se permite que los participantes formulen consultas y observaciones sobre ellas.

Frente a estas observaciones y consultas, el Comité de Selección que se forma a raíz de la convocatoria está obligado a absolverlas de forma motivada. Una vez, absueltos todos los cuestionamientos se procede a integrar las bases, a efectos de que el procedimiento tenga las reglas claras sobre su realización.

El Comité de Selección de la entidad será el encargado de recibir, calificar y evaluar las ofertas presentadas por los postores, siempre teniendo en cuenta que el Estado a través de la contratación busca maximizar sus recursos y satisfacer de la mejor forma posible las necesidades sociales de la población.

Por último, el Comité de Selección de la entidad otorgará la Buena Pro al postor que haya cumplido con todos los requerimientos definidos en las bases, y que haya presentado la mejor oferta.

En líneas generales, para que el Estado contrate, debe seguir rigurosamente una serie de momentos y etapas reguladas en las normas especiales de contratación estatal. Dentro de estos momentos, son los funcionarios y servidores públicos los que orientan el procedimiento, y donde son potenciales infractores de la normatividad por actos de corrupción, privilegiando intereses propios o de terceros, y desconociendo la tutela de los intereses generales que le ha sido conferida en razón de su cargo.

D.- Las Bases

En todos los procedimientos previos a la contratación, se advierte la existencia de bases, que son entendidas como:

“(…) el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante que especifica el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y cocontratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (…)” (Retamozo 2013: 33).

Así, resalta la característica propia de la contratación estatal con privados, que es traduce en su facultad de formular las “reglas aplicables” al procedimiento previo a la celebración del contrato y su importancia es tal, que vincula a todos aquellos interesados en la celebración del contrato.

En ese sentido, las bases de acuerdo a Morón y Aguilera son:

“(…) jurídicamente la actuación más relevante (…). Nos referimos al conjunto de reglas generales (<<ley del contrato>>) predispuestas, redactadas de modo unilateral por la administración (muestran la <<voluntad de la administración>>) de necesaria publicidad, que especifican y regulan el programa contractual (reglas de selección, perfeccionamiento y ejecución contractual) a las cuales se adhiere el postor con su participación” (Morón y Aguilera 2017: 124).

Así, para reconocer su importancia, podemos establecer una analogía con el estatuto de una persona jurídica, el cual regula cada aspecto orgánico para su correcto funcionamiento. A la vez, las bases también cuentan con un periodo de integración, es decir, ante un primer contenido, pueden surgir consultas y observaciones, las cuales serán aclaradas o respondidas y, posteriormente, integradas, lo que configura un texto final, el cual será completamente vinculante y obligatorio en el procedimiento, ya que impacta directamente en el contrato ulterior.

Las bases tendrán que relacionarse con la finalidad pública del proyecto que se pretende concretar, el cual tendrá una estructura mínima. En ese sentido, Morón y Aguilera sostienen que:

“Las bases deben contener, como mínimo, la siguiente información: identificación del objeto del contrato requerido y las obligaciones y derechos de las partes; requisitos para postular (requisitos técnicos mínimos); características técnicas de lo que se va a contratar; plazo de ejecución de la prestación; sistema de contratación (suma alzada, precios unitarios, etcétera); cronograma de las etapas del proceso de selección; factores de competencia; método de evaluación y calificación de la propuesta; proforma de contrato (obligaciones, forma de pago, penalidades, cláusula arbitral, cláusulas resolutorias, etcétera); valor referencial del contrato; rangos admisibles; tipo de moneda de la oferta; contenido de las propuestas que deben presentarse” (Morón y Aguilera 2017: 125).

A la vez, las bases incluyen los criterios de evaluación que se aplicarán a aquellas personas naturales o jurídicas que, en calidad de postores, sean partícipes de este procedimiento. Ello es de suma importancia debido a que:

“la legislación ha optado por regular la discrecionalidad de las entidades para preparar los criterios de selección de los contratistas estableciendo los factores de evaluación que deben ser incluidos en las bases para calificar las propuestas técnicas en los distintos procesos que se convoquen (…)” (Morón 2016: 547).

En ese sentido, la existencia de criterios de calificación será necesaria para obtener un ganador y, así, pueda celebrarse el contrato con una persona natural o jurídica debidamente individualizada. Aquí, es importante que su formulación se haga de forma adecuada siguiendo

criterios y estándares razonables, objetivos y verificables. Lo contrario significaría una selección injustificada de postores que limitaría las opciones de la entidad de recibir ofertas que representen un mayor beneficio.

Dentro de la estructura enunciada, se advierte que el contenido de las bases integradas y su correcta aplicación se reflejará en el contenido final del contrato, el cual será celebrado como colofón al procedimiento previo de contratación. Por ello, si un acto ilícito de corrupción se presentara durante su formulación, aprobación, integración o aplicación, este implicará, a su vez, al contenido final del contrato, cuya contaminación perjudicará seriamente su validez.

Por último, habiendo señalado los momentos normativos importantes en la normativa relacionada a las Asociaciones Público Privadas y la contratación estatal en general, podemos identificar algunas características comunes: i) Todo tipo de contratación estatal está orientada en la consecución de un fin público, lo cual se traduce en la tutela de los intereses generales e, indirectamente, en una mejora en la calidad de vida de la población; ii) Todas comprenden periodos previos a la celebración del contrato, mediante el cual se evalúa la relevancia de aquello que se pretende contratar; iii) En todas, se formulan bases que serán aquellas que contendrán los términos en los que se llevará adelante el procedimiento con respecto de los postores, siendo de vital importancia su correcta elaboración; iv) En todos los casos, se fomenta la competencia y maximiza la utilidad de los fondos públicos respecto a la contraprestación; y iv) En todos los casos, se admiten supuestos de modificación contractual.

Habiendo abstraído estas características, es necesario resaltar la presencia de los funcionarios o servidores públicos que son los encargados de tutelar el correcto desarrollo de estos procedimientos desde el inicio hasta la ejecución del contrato. Por lo tanto, los actos de corrupción pueden estar presentes en diferentes grados y volverse determinantes e irrelevantes para el ulterior otorgamiento de la buena pro, suscripción del contrato o para la aprobación de su modificación mediante adendas.

2. La corrupción como supuesto de invalidez

La corrupción es definida como aquella conducta irregular mediante la cual se privilegian intereses individuales o de terceros frente a los intereses generales en el marco de los contratos celebrados por el Estado con particulares (personas naturales o jurídicas) a través de la Ley de Contrataciones del Estado y las Asociaciones Público-Privadas.

Para verificar esta problemática, debemos sujetar nuestro análisis a los dos remedios característicos: la nulidad y la anulabilidad, las cuales determinarán alcances distintos respecto a los intereses que tutelan y a sus consecuencias jurídicas.

2.1. La corrupción como acto que genera un supuesto de nulidad

Como señalamos en el primer capítulo de la presente investigación, la nulidad es una respuesta ante aquellos negocios celebrados, pero considerados negativos por el ordenamiento jurídico. Así, será:

“(…) nulo el negocio jurídico al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa (...)” (Stolfi 1959: 80).

Entonces, la nulidad, desde nuestra opinión, ocasionará un doble efecto de protección: el primero, de forma concreta sobre las partes celebrantes del contrato; y, el segundo, de forma abstracta, que se vincula con el funcionamiento coherente del ordenamiento jurídico.

De esta forma, conviene analizar si el supuesto de “corrupción” constituye un supuesto de nulidad por afectar sustancialmente el contrato celebrado.

Al respecto, cabe resaltar que el término *corrupción* se define como aquel comportamiento negativo cometido por un funcionario o servidor público con el cual se aparta de las funciones que le confió el Estado al preferir tutelar intereses particulares (propios o de terceros) frente al interés público.

Igualmente, señalar respecto a los intereses que tutela la nulidad, son aquellos intereses generales del ordenamiento jurídico; y en el caso específico de los supuestos de corrupción, creemos que son “la correcta contratación estatal” como valor fundamental y expresión del interés público.

Es necesario señalar que, en el presente punto no nos pronunciaremos respecto a la capacidad del agente en el contrato con el Estado, debido a que es virtualmente imposible dados los filtros que supone la contratación estatal en cualquiera de sus modalidades, que un incapaz natural llegue a suscribir un contrato con el Estado. En ese sentido, las partes involucradas en el contrato serán, por un lado, el Estado peruano, definido como una persona jurídica que actúa a través de sus representantes que son, a su vez, funcionarios públicos, y por otro lado, tenemos a las personas jurídicas (empresas) individuales o asociadas (consorcios).

Tampoco nos pronunciaremos respecto al elemento esencial del objeto en este tipo de contratos, en tanto las prestaciones o los bienes, son completamente posibles desde una perspectiva física y jurídica. Cabe señalar que, el estudio de la viabilidad técnica del objeto representará precisamente su concordancia con las leyes naturales. Igualmente, las prestaciones serán jurídicamente posibles de ser realizadas a nivel individual, lo cual no significa que el negocio sea lícito, que es propiamente terreno del elemento de la causa.

Por otro lado, la finalidad si adquiere una mayor relevancia en los supuestos de corrupción de funcionarios si la entendemos como:

“(…) el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

Sobre el particular, conviene preguntarnos si es que un negocio, a todas luces negativo, producto de un hecho irregular, y que genera un gran perjuicio del interés público puede ser considerado válido y merecedor de tutela por parte del ordenamiento jurídico. Más aún, cuando, por su propia naturaleza, su sola existencia representa una serie de violaciones a normas civiles, administrativas y penales.

Para este análisis, es conveniente señalar que la causa a partir de la teoría objetiva tradicional resultaría obsoleta, ya que generaría la imposibilidad de atribuir “ilicitud” cuando los contratos celebrados resultan típicos al encontrarse regulados en normas especiales de contratación estatal y Asociaciones Público-Privadas. En consecuencia, la causa ya habría sido impuesta en abstracto a todos los negocios que se celebran entre el Estado y los particulares de manera masiva. Cabe

señalar que, incluso en ese supuesto, conviene preguntarnos si este tipo de negocios en concreto cumple con aquella función económico-social que determina la tutela de los contratos.

Sobre el particular, estamos convencidos de que es precisamente en los supuestos de corrupción presentes en la contratación, donde los motivos y la intención de las partes cobran una especial relevancia porque es en este ámbito donde se origina la ilicitud del negocio.

Entonces, a efectos de analizar la ilicitud de la causa del contrato, debemos tener en cuenta algunos de los supuestos más comunes de corrupción en la contratación estatal:

En primer lugar, se encuentran aquellos supuestos vinculados a la formulación de las Bases, y se presentan cuando un funcionario o servidor público de forma indebida busca: i) favorecer la participación del corruptor; ii) entorpecer la participación de sus competidores; iii) impedir la participación de sus competidores.

Estas conductas se materializan en la incorporación dentro de las Bases de requisitos técnicos y económicos injustificados o criterios de evaluación direccionados que repercuten directamente en el otorgamiento de la Buena Pro al corruptor.

Cabe resaltar que, en este tipo de conductas, la afectación originaria sobre las Bases determinará inclusive que otros funcionarios públicos ajenos a la relación corrupta resuelvan a favor del corruptor.

En segundo lugar, se encuentran los supuestos vinculados a la evaluación de las propuestas, y se presentan cuando un funcionario o servidor público de forma indebida: i) desconoce los criterios de evaluación propuestos en las bases; ii) utiliza criterios o apreciaciones subjetivas en su evaluación.

En este supuesto, las bases han sido correctamente formuladas, pero son los miembros del Comité Evaluador, los que se separan de los criterios preestablecidos, y realizan una calificación inadecuada del perfil del postor o de su propuesta.

En tercer lugar, se encuentran aquellos supuestos vinculados al procedimiento en sí mismo, y se presentan cuando un funcionario o servidor público: i) emite indebidamente una opinión favorable sobre la relevancia de un proyecto de iniciativa privada; ii) diseña injustificadamente y sin sustento técnico el contrato de Asociación Público-Privada de forma desfavorable para el Estado; iii) procurando intereses personales o de terceros.

En cuarto lugar, se encuentran aquellos supuestos vinculados al procedimiento de modificación de los alcances del contrato durante su ejecución, y se presentan cuando un funcionario o servidor público: i) deliberadamente, retrasa la ejecución de prestaciones propias de la Entidad para que se le reconozca ampliaciones de plazo y mayores gastos al corruptor; ii) aprueba adicionales sobre cambios de diseño de una obra sin los estudios técnicos que lo amparen; iii) desconoce los procedimientos propios establecidos en el contrato.

Cabe resaltar, que estos supuestos se presentan en toda la etapa procedimental en sí misma, y es pasible de ser cometido por todos aquellos funcionarios o servidores públicos que por razón de su cargo tienen incidencia sobre el avance del procedimiento de contratación.

Todos estos supuestos generan la presencia de un “hecho” de corrupción y de una conducta irregular distinta a la conducta natural que debería realizar un funcionario o servidor público en

el ejercicio de su función. De esta forma, benefician un interés particular frente al interés público que el Estado les ha encargado resguardar a través de su correcto actuar. Entre estos “hechos”, también, se distingue aquellos que: 1) son celebrados de forma previa a la celebración del contrato; y 2) son realizados de forma posterior a la celebración de un contrato “válido”.

Dentro de los supuestos señalados, podemos identificar a su vez dos nuevos supuestos: a) Aquel donde ambas partes contribuyeron en la realización de la práctica corrupta a través del conocimiento mutuo de la ilicitud de su actuar y, en consecuencia, celebraron el contrato en perjuicio del Estado Peruano; y b) Aquel donde solo la parte interviniente en representación del Estado tenía conocimiento de la práctica corrupta, mientras que la otra parte no era el agente corruptor, sino que era un tercero que tenía interés en la celebración de este contrato, o que otro postor no ganara la buena pro.

En nuestra opinión, el aspecto subjetivo del conocimiento de los hechos de corrupción por los intervinientes no puede determinar una eventual nulidad, ya que el hecho y los perjuicios causados existirán independientemente de su cognoscibilidad.

Por último, en cualquiera de los supuestos descritos, respecto del grado de irradiación de corrupción dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato, podemos identificar que:

- a) Las prácticas corruptas se presentan en momentos no determinantes del contrato, que podríamos describir como corrupción de “mero trámite” (por ejemplo, rapidez del procedimiento). Estas podrían ser denominadas como **“corrupción contractualmente no relevante”**; y,
- b) Las prácticas corruptas se presentan en momentos determinantes para la celebración del contrato (por ejemplo, elaboración dirigida de bases), las cuales podríamos denominar **“corrupción contractualmente relevante”**.

En nuestra opinión, solo los supuestos de “corrupción contractualmente relevante” podrán determinar la ilicitud propia del contrato y su respectiva nulidad, ya que los supuestos no relevantes estarán vinculados propiamente a la corrupción desprendida de la inactividad del Estado, la cual, si bien es reprochable, no puede reflejarse en el contrato.

Los indicadores que nos ayudarán a determinar si la licitud del negocio jurídico celebrado en abstracto entre el Estado y un privado a través de cualquiera de sus modalidades (mediante Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos y su reglamento o la Ley Contrataciones del Estado) es nulo o no son los siguientes: los motivos, las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres:

A.- Respecto a los motivos

Debemos señalar que estamos de acuerdo con que, se ha superado ampliamente la tesis de la irrelevancia de los motivos y que esta se ha revalorado, pero tiene como parámetro haberse objetivado y exteriorizado. En consecuencia, no será suficiente que las partes hayan configurado dentro de su fuero interno una motivación ilícita, sino que esta debe haber llegado al mismo contrato.

Bajo ese supuesto, los contratos que han sido celebrados gracias a actos de corrupción deben reflejar la motivación ilícita de las partes de forma objetiva, lo cual generaría un problema práctico en su detección, en tanto, dado el nivel de especialización de este tipo de contratos nunca se va a reflejar de forma expresa y obvia, sino, más bien, creemos que se reflejará en sus propios términos y contenido. Los cuales, por sí solos, a pesar de no ser ilícitos, nos van a permitir abstraer su motivación ilícita. Esta finalidad en cualquiera de estos tipos de contratos será la obtención de un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado a través de la contratación.

Sin embargo, es importante diferenciar la motivación o la finalidad de las partes en la celebración del contrato corrupto y la del funcionario o servidor público que actuó de forma irregular en perjuicio del interés público. Así, en el primer caso, la motivación será la obtención de un beneficio ilícito a través del contrato, mientras que, en el segundo caso, será la obtención de un beneficio o ventaja económica o de otra índole de forma particular a través de la violación de las obligaciones propias de su cargo, lo cual es sancionado por las normas del derecho penal.

La detección de este tipo de motivación no expresa puede representar un problema. En efecto, uno de los supuestos identificados es aquel donde el contratante privado no es el agente corruptor ni tiene conocimiento del hecho de corrupción, sino que es un tercero el que realiza esta práctica ilegal con los funcionarios públicos competentes a los que les es beneficioso su celebración. En este supuesto, la motivación que se podrá deducir de los términos no es la motivación de la parte celebrante, sino de un tercero ajeno a la relación contractual. Por ello, consideramos que no podría configurar una motivación ilícita. No obstante, ello no significa que el contrato sea válido, sino que habrá que analizar otras variables de la ilicitud distintas al motivo.

Igualmente, debemos diferenciar la motivación ilícita de las partes que van a celebrar el contrato en su etapa previa respecto a actos individuales, es decir, aquellos referidos a los actos de corrupción de “mero trámite” o “contractualmente no relevantes”, donde la corrupción es utilizada para hacer funcionar el mecanismo estatal ante su inacción. Ello no se evidenciará, necesariamente, en el contenido del contrato, sino, más bien, en el tiempo que se tomó para su celebración. Sobre el particular, sostenemos que el motivo que se abstrae del contrato debe ser evaluado de forma integral, es decir, al procurarse una disminución de tiempos en la contratación, el privado contagia el carácter ilícito de su conducta a la motivación en la celebración del contrato, por lo que, igualmente, sus motivos deben ser considerados ilícitos.

Por último, debemos señalar que el carácter ilícito de la causa respecto a su ámbito subjetivo se reflejará en el carácter indebido de la retribución patrimonial que se pretende percibir a través de la contratación. Esta, al estar relacionada en todos los casos con una conducta negativa de un funcionario público (sin el cual no existiría corrupción) y su subsunción en supuestos sancionables por normas de carácter penal (delitos de corrupción de funcionarios) y administrativo (procedimientos sancionadores), responden a conductas consideradas reprochables por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si para la consecución de la finalidad, se ha incurrido en este tipo de conductas y se ha materializado la irregularidad en el contenido del negocio, es posible abstraer su ilicitud.

En suma, podemos concluir que la ilicitud de los motivos objetivados y exteriorizados en este tipo de contratos puede ser abstraída del propio contenido y términos del contrato, los cuales reflejarán la finalidad de obtener un beneficio indebido para el privado o un tercero en perjuicio del Estado a través de conductas negativas e irregulares de los funcionarios o servidores públicos.

B.- Respeto a las normas imperativas

Es importante señalar que son aquellas que representan prohibiciones expresas que impone el ordenamiento jurídico a la conducta de los contratantes. Asimismo, son aquellas frente a las cuales no se puede pactar en contrario, en tanto protegen valores fundamentales de la sociedad. En ese sentido, los delitos contenidos en el código penal y las sanciones administrativas son un buen ejemplo debido a que representan el carácter sancionador del Estado por la subsunción de una conducta en algún supuesto irregular expresamente señalado.

El caso de la corrupción en la contratación estatal bajo el alcance de la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley que promueve la inversión a través de Asociaciones Público-Privadas no contemplaban ninguna norma expresa referida a la nulidad de los contratos donde esta se haya hecho presente. Así, solo se limitaba a señalar el modo para la solución de controversias respecto de la nulidad mediante el fuero arbitral. Sin embargo, casos muy reconocidos de corrupción han generado la inclusión de la famosa “cláusula anticorrupción” dentro de las normas actuales. Esta representa una norma imperativa que debe ser respetada y acarrea la nulidad del contrato.

De esta manera, el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos señalan, en su artículo 39.1, que “los Contratos de APP a ser suscritos por el Estado peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad (...)”, y el Decreto Supremo N° 082-2019- EF, en su artículo 32.3, señala que “los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento”.

En ambas normas, se ha contemplado de forma expresa, recientemente, la obligatoriedad de la inclusión de una cláusula anticorrupción. No obstante, es válido preguntarse cuáles son sus alcances, y si es que representa la prohibición de celebrar contratos plagados de corrupción o solo se limita a la “inclusión” contractual de la cláusula.

Por otro lado, existe una infinidad de contratos que han sido celebrados previamente a la obligatoriedad de “incluir una cláusula anticorrupción en su contenido”, por lo que nos preguntamos si es que esos contratos podrían ser considerados válidos. Sobre el particular, podemos señalar que las normas imperativas no requieren ser establecidas de forma expresa, sino que pueden ser deducidas de la integridad del ordenamiento jurídico a través de la figura del orden público y las buenas costumbres.

Sobre el particular, podemos concluir que la contravención de las normas imperativas de carácter expreso en casos de corrupción se presenta a través de la aplicación de normas de carácter prohibitivo sancionador en el ámbito penal y administrativo a la conducta de los funcionarios o servidores públicos. Dicha contravención la podemos encontrar en los delitos de corrupción de funcionarios regulados en el Código Penal peruano de 1991 y en el procedimiento administrativo sancionador contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

C.- Respecto al orden público

Debemos recordar su carácter abstracto e inferencial porque son, precisamente, estos rasgos los que no han sido establecidos de forma expresa en una norma, pero se pueden obtener a través de un estudio del ordenamiento jurídico como un todo. Así, Espinoza señala que:

“el orden público es un conjunto de principios de diversa naturaleza (económicos, sociales, jurídicos, éticos, entre otros) que constituyen el pilar fundamental de la estructura y funcionamiento de la sociedad” (Espinoza 2012: 523).

Estos pueden ser diferenciados entre aquellos que son de naturaleza individual y aquellos que son de naturaleza social. En ese sentido, cuando nos referimos a la corrupción en la contratación estatal, nos estamos refiriendo, estrictamente, a aquellas normas imperativas de naturaleza social que buscan el progreso de los individuos en su dimensión económica y social.

De esta forma, las normas imperativas sobre la corrupción buscan evitar los efectos que esta produce. Lo cual, a nivel económico, se traduciría en mejores condiciones de vida, empleos dignos, bajas tasas de inflación, efectiva recaudación tributaria y otros. Además, el efecto principal sobre la contratación será el incentivo hacia la inversión pública y privada.

Entonces, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, contamos con un marco normativo contra la corrupción. Del cual, se pueden inferir normas imperativas que justificarían la nulidad de los contratos en donde se presenta.

En primer lugar, se encuentran las normas supranacionales cuyo objetivo es incentivar políticas anticorrupción en todos los Estados miembros.

Dentro de este grupo tenemos a: i) la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la cual fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26757 y Decreto Supremo N° 012-97-RE; y ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 28357.

En segundo lugar, se encuentra la Constitución Política del Perú de 1993, la cual, dentro de sus principios generales, en su artículo 59 expresamente, señala que:

“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública (...)”

En tercer lugar, encontramos todas las normas de contenido penal que sancionan la comisión de delitos en perjuicio del Estado. Así tenemos al Código Penal peruano de 1991, el cuál comprende en su estructura a los Delitos contra la Administración Pública, especialmente a los delitos de cohecho, negociación incompatible, tráfico de influencias y colusión.

De esta forma se advierte, que el ordenamiento jurídico a través de las normas de carácter penal rechaza determinados comportamientos que considera perjudiciales para el funcionamiento de la sociedad en su conjunto.

En cuarto lugar, encontramos al Código Civil peruano de 1984, el cual contempla dentro de su contenido, las normas relacionadas con la correcta formación del negocio jurídico y su invalidez. Además, recoge figuras como el orden público y las buenas costumbres.

En quinto lugar, encontramos a las normas que recogen los principios que orientan la contratación estatal respecto a Asociaciones Público Privadas.

Dentro de este grupo, tenemos al Decreto legislativo N° 1362, Decreto que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en activos, el cual contempla en su artículo 4 a los principios que rigen todas las fases vinculadas a los proyectos.

Así, recoge el principio de competencia, por el cual:

“los procesos de promoción de la inversión privada alientan la competencia e igualdad de trato entre los postores y evitan conductas anticompetitivas o colusorias”.

De la misma forma, recoge el principio de planificación, por el cual:

“El Estado, a través de las entidades públicas titulares de proyectos, prioriza y orienta el desarrollo ordenado de las Asociaciones Público-Privadas y de los Proyectos en Activos, según las prioridades y planes nacionales, sectoriales, regionales y locales, considerando para ello la política de descentralización del país”.

Por último, también recoge el principio de integridad por el cual:

“la conducta de quienes participan en los procesos de promoción de la inversión privada está guiada por la honestidad, la rectitud, la honradez y la veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la que, en caso de producirse, es comunicada a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna”.

En sexto lugar, encontramos a las normas que recogen los principios que orientan la contratación estatal ordinaria.

Dentro de este grupo, se encuentra el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual en su artículo 2, recoge el principio de integridad. Así señala que:

“la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna”.

En séptimo lugar, encontramos a las normas que recogen los principios que orientan la actuación de los funcionarios o servidores públicos dentro de la contratación.

En este grupo encontramos a la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que, en su artículo 34, segundo párrafo, señala que:

“los procesos de contratación y adquisición se rigen por los principios de moralidad, libre competencia, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario. Tienen como finalidad garantizar que los gobiernos locales obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida de forma oportuna y a precios o costos adecuados”.

Igualmente encontramos a la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que, en su artículo 8 numeral 9, recoge los principios de la imparcialidad y neutralidad. Además, señala que:

“los Gobiernos Regionales garantizan la imparcialidad y neutralidad en la actuación de la Administración Pública”.

Por último, en octavo lugar, encontramos las normas de carácter deontológico relacionados a la función pública. Dentro de este grupo tenemos a Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, la cual comprende, dentro del artículo 6, los principios inherentes a la función pública.

Así, comprende el principio del respeto, por el cual el servidor público:

“(…) adecúa su conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, lo cual garantiza que, en todas las fases del proceso de toma de decisiones o, en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y el debido procedimiento (…).”

También, incluye el principio de probidad, donde el servidor público:

“(…) actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal obtenida por sí o por interpósita persona (…).”

Igualmente, recoge el principio de lealtad y obediencia por la cual el servidor público:

“(…) actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente (…) salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas (…).”

Asimismo, existen algunos de los deberes de la función pública contenidos en su artículo 7, como neutralidad, por la cual el servidor público debe

“actuar con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones”.

A partir del marco normativo descrito, en nuestra opinión, cobran especial importancia, los principios que orientan la contratación estatal sea a través de Asociaciones Público Privadas o por contratación ordinaria. Estos son los principios de integridad, imparcialidad, libre concurrencia o competencia, trato igualitario y el principio de equidad.

Respecto al principio de la integridad, Morón y Aguilera sostienen que:

“(…) los actos de los sujetos que intervienen en cualquier etapa del proceso de la contratación estatal (…) están guiados por la honradez y veracidad, evitando cualquier práctica indebida (…). La aplicación de este principio se verifica en el cumplimiento de impedimentos y prohibiciones para ser postor o integrante del comité especial (…).” (Morón y Aguilera 2017: 77).

En ese sentido, ya que la contratación con el Estado requiere necesariamente la interacción de múltiples actores en la calidad de postores o representantes del Estado, es necesario que los intervinientes no falten a la verdad en sus perfiles en cuestiones técnicas, económicas o financieras, ni en la conformación de los comités (técnicos, económicos, financieros, etc.), ya que esto genera que el procedimiento previo a la contratación ocurra de manera irregular viciando su producto final: el contrato.

Respecto al principio de imparcialidad, se considera que es uno que corresponde propiamente a los representantes de la administración pública. Ello implica que:

“(…) las decisiones y resoluciones de los órganos de la administración que intervienen en la contratación pública deben atender a criterios técnicos objetivos y sujetarse a la norma (…). Este principio prohíbe emplear conceptos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio o términos

en las bases que puedan conducir a apreciaciones de valor subjetivas (...)” (Morón y Aguilera 2017: 78).

Es decir, se intenta eliminar lo “discrecional” en el factor de calificación y de decisión de la administración, en tanto esta resulta arbitraria. En efecto, lo que se busca con el procedimiento previo a la contratación es buscar a un postor idóneo que ofrezca las mejores condiciones objetivas para contratar con el Estado y, así, este pueda maximizar los recursos estatales en el cumplimiento de una finalidad social. Entonces, cualquier decisión debe ser razonable y partir de criterios objetivos y verificables.

Respecto al principio de libre concurrencia o competencia, se sabe que este está ligado directamente con la formulación de las bases del procedimiento previo de contratación y por el cual es necesario que:

“(…) las reglas del proceso de selección, su interpretación y aplicación deban fomentar la pluralidad de concurrentes (...), es decir, estimular que haya el mayor número de postores o posibles interesados al proceso (...), promover que la concurrencia de postores (...) y permitir un desenvolvimiento libre de los postores con respecto a su competitividad, tanto para el acceso al proceso como dentro del proceso licitatorio (...)” (Morón y Aguilera 2017: 78).

Este principio se torna fundamentalmente trascendental en los grandes casos de corrupción que se han venido destapando, porque una de las conductas corruptas identificadas en los escándalos de corrupción recientes, es una formulación indebida de las bases, respecto al perfil que deben cumplir los postores. En efecto, se formulan perfiles dirigidos con características propias de una empresa en específico con el fin de privilegiarla y restringir la participación de otros postores en la contratación. Evidentemente, ello repercute en la posibilidad del Estado de obtener mejores ofertas de otros candidatos viables, por lo que se afecta el interés público.

Por su parte, en el principio de trato justo e igualitario es importante:

“(…) que todo postor (...) deba tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas” (Morón y Aguilera 2017: 84).

Es decir, no debe haber ningún tipo de diferenciación en el procedimiento que no sea estrictamente necesario. Ello implica que existen supuestos en los que la administración en tutela del interés general formula perfiles con requisitos de carácter técnico, financiero, etc. Estos aseguran una ejecución exitosa del contrato y la satisfacción de la finalidad social, pero si esta excede de este parámetro con la intención de privilegiar a un postor determinado, entonces se estaría violando este principio. Lo mismo sucede cuando, dentro del procedimiento de integración de las bases, se privilegia la absolución de consultas de algunos postores en desmedro de otros.

En relación con el principio de equidad, su importancia radica en que:

“(…) las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general (...)” (Morón y Aguilera 2017: 88).

En nuestra opinión, la presencia de este principio solo es posible si es que el procedimiento previo de contratación ocurre sin ninguna irregularidad por parte de sus actores. La presencia de cualquier acto de corrupción que afecte la posibilidad de mejores ofertas o mejores postores en

la celebración final del contrato incidirá directamente en el interés general, en tanto no permitirá al Estado cumplir cabalmente con la finalidad social que orienta su actuación en la contratación.

Además de ello, es pertinente tener en cuenta que este principio tiene relación con el principio de buena fe contractual, el cual:

“(…) impone a las partes el deber de actuar con ética en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos (...). Así, pues, sobre la base del principio de buena fe contractual, las partes deben otorgar a las cláusulas del contrato el sentido que confluja a mantener el equilibrio económico del contrato” (Morón y Aguilera 2017: 88).

De esta manera, si se presentaran supuestos que afectaran la buena fe de las partes en la contratación de los privados con el Estado, esta se verá reflejada en el equilibrio del contrato final.

Entonces, considerando a la corrupción como un fenómeno endémico que afecta directamente aspectos fundamentales para el desarrollo de la sociedad, esta configura un supuesto de nulidad por contravención a normas imperativas inferidas del marco legislativo en sus diferentes niveles.

Por ejemplo, ocurre en instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción suscritos por el Estado al haber pasado a formar parte del derecho nacional, aquellas normas generales que regulan la contratación de forma general, los principios que orientan la contratación estatal e, inclusive, aquellas normas de carácter deontológico que orientan el ejercicio de la función pública.

A partir de lo señalado, podemos concluir que los actos de corrupción afectan directamente el orden público, el cual es materializado en las normas imperativas de carácter inferencial del marco legislativo, que busca proteger los valores fundamentales y la correcta contratación estatal contra los efectos económicos y sociales perjudiciales de la corrupción.

Estas normas imperativas se infieren de los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción ratificados por el Perú, los principios constitucionales, principios generales del derecho, principios generales de la contratación estatal, leyes y normas de alcance nacional e incluso aquellas de carácter deontológico.

D.- Respetto a las buenas costumbres

Debemos recordar que estas tienen un carácter inferencial. En ese sentido, Galgano sostiene que:

“(…) están conformadas por aquellas normas imperativas, aun cuando no sean explícitas, pero puedan obtenerse implícitamente del sistema legislativo, que comportan una valoración del comportamiento de los particulares en términos de moralidad o de honestidad” (Galgano 1992: 268).

Así, su contenido es relativo y temporalmente variable en relación con la sociedad. Este transluce, de modo definitivo, un ámbito social como la aceptación social que se presente respecto a una determinada conducta en un periodo de tiempo específico.

Sobre el particular, creemos poco probable que un ordenamiento jurídico diseñado para tutelar intereses generales y que procura el correcto funcionamiento social, acepte la “corrupción” como un supuesto que pueda ser valorado de forma positiva y merecedora de tutela, porque ello

implicaría la destrucción de los valores sociales, económicos e incluso políticos que se busca proteger con la nulidad.

A efectos de determinar la contravención al indicador de las buenas costumbres, se puede utilizar el mismo marco normativo empleado en el orden público, pero enfatizando el estándar de comportamiento que se busca incentivar: la honestidad.

Ello ha sido reflejado dentro de nuestro marco normativo a modo de principios como el de buena fe, honestidad, probidad, respeto tanto en normas generales como en las normas propias de la contratación estatal y, especialmente, en el código de ética de la función pública. Así, un contrato celebrado mediante actos que claramente contravienen las buenas costumbres le corresponde el máximo remedio frente a la invalidez del contrato, que es la nulidad.

Entonces, podemos concluir que los actos de corrupción afectan directamente las buenas costumbres materializadas en las normas imperativas de carácter inferencial, pero de carácter moral y del comportamiento honesto, las cuales pueden ser encontradas en el marco legislativo general a través de principios de buena fe, honestidad, probidad, respeto, etc.; y especialmente aquellas contenidas en el código deontológico de la función pública, que rige el comportamiento ético de los funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, respecto a los supuestos de corrupción sobreviniente al contrato, que se traducen en la modificación del contrato a través de las Adendas, somos de la opinión de que la nulidad solo afectará la modificación en mérito del principio de conservación del contrato, por el cual:

“(…) entre mantener o destruir el negocio jurídico, debe optarse por lo primero” (Zusman 1993: 165).

Con ello, se reestablecerá el equilibrio propio del contrato originario, el cual fuera celebrado válidamente y sin la presencia de supuestos de corrupción.

2.2. La corrupción como supuesto de anulabilidad

Al referirnos a la nulidad del contrato en el apartado anterior, debíamos considerar el carácter absoluto del remedio frente a su invalidez. Sin embargo, cuando nos referimos a la anulabilidad, lo primero que se advierte es su carácter relativo, ya que los intereses que se tutelan no son los generales, sino los particulares, es decir, aquellos que involucraron las partes que celebraron el contrato.

Sobre el particular, conviene preguntarnos si es posible que la corrupción afecte solamente intereses particulares. Evidentemente, la respuesta es negativa, al menos cuando nos referimos a la corrupción “pública”, que es a la que se circunscribe la presente investigación. Asimismo, la sola presencia de un acto de corrupción ya implica un juicio negativo de valor del ordenamiento jurídico plasmado en normas de carácter imperativo expresas e inferenciales.

Señalar lo contrario sería considerar la corrupción como una afectación relativa y de poca gravedad al contrato celebrado. Además, en el caso concreto de la contratación Estatal, con la celebración del contrato, el Estado persigue una finalidad pública, por lo que, en mi opinión, se encuentra mejor alineada a la nulidad.

Asimismo, si quisiéramos, de forma errónea, adoptar una postura diferente, admitiendo que el Estado cuenta con intereses particulares distintos a los intereses públicos que el ordenamiento

jurídico trata de tutelar, esta sanción no podría ser encuadrada dentro de ninguno de los supuestos de anulabilidad, los cuales no pueden ser virtuales como en la nulidad, ya que deben estar expresamente configurados.

Respecto al error, en los casos de corrupción (al menos el determinante para la celebración del contrato), no es posible que se incluya una falsa representación de la realidad por parte del Estado como parte contractual, en tanto son precisamente sus funcionarios públicos y servidores aquellos que se encuentran encargados de orientar todo el procedimiento por el cual se llega a la celebración del contrato. Ello ocurre, por ejemplo, en la elaboración de las bases, otorgamiento de la buena pro, evaluación de ofertas, etc. Es decir, no podríamos hablar de una falsa representación de la realidad cuando es, precisamente, la administración aquella que tiene la mayor conciencia de la realidad contractual al ser la encargada de la formulación de la versión final del contrato.

Así, también, rechazamos el supuesto del dolo, definido como engaño, fraude o estafa mediante el cual se induce a la contraparte a la celebración del negocio. Los argumentos para sostener ello son los mismos que fueron esgrimidos frente al error. En efecto, no es posible engañar a la contraparte cuando es, precisamente, a través del acto de corrupción que el agente corruptor busca que su contraparte realice una conducta negativa indebida y distinta a aquella que le correspondería de forma natural a cambio de un beneficio.

En ese sentido, en nuestra opinión, no es posible que un contrato irradiado con prácticas corruptas pueda ser anulable, ya que esto permitiría una consecuencia nefasta para la protección de los intereses generales que resguarda el remedio de la nulidad, nos referimos a la posibilidad de convalidar el contrato, e incluso de brindarle efectos jurídicos, aunque sean precarios, y cuya posibilidad de cuestionamiento se vea limitado de forma definitiva por el transcurso del tiempo.

En ese sentido, no coincido con la postura que considera que, un contrato teñido de corrupción pueda ser anulable. Sobre el particular, Franco sostiene que:

“(…) al ser anulable, la anulación solo puede ser pretendida por la víctima, a quien a veces le puede convenir que se termine de ejecutar el contrato; pensemos por ejemplo en una obra. Si el contrato fuera nulo de pleno derecho, se podría estar castigando a la víctima, agravando su problema” (Franco 2017: 3)

En nuestra opinión, esta postura no es correcta, debido a que el remedio a utilizarse frente a un hecho tan grave como la corrupción, siempre debe partir del interés que se está afectando – interés público- y por la preservación del correcto funcionamiento del ordenamiento jurídico.

Por lo que, si bien la aplicación de cualquier remedio ocasionará consecuencias económicas materiales importantes, este sacrificio es necesario para brindar estabilidad a nuestro sistema jurídico.

2.3. Efectos de la declaración de nulidad

Conforme se señaló en el capítulo anterior de la presente investigación, las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad representan la no ejecución de las prestaciones a las que se les habría obligado de forma patológica a las partes. Paralelamente, si el negocio se hubiera venido ejecutando, todo lo realizado debe retornar al estado anterior a la celebración, es decir, se debe restaurar las prestaciones y restablecer el *statu quo* previo al contrato.

Sin embargo, este aspecto posee cierta peculiaridad en los casos de la contratación estatal. En efecto, las modalidades contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento representan, necesariamente, un gasto público para la adquisición de bienes, construcción de obras o prestación de servicios.

Sin embargo, habrá otros supuestos donde no habrá gasto público, sino que la inversión vendrá de forma total (en las modalidades autofinanciadas) o parcial (cofinanciadas) de fondos privados, como el caso de las Asociaciones Público-Privadas, donde los tiempos prolongados de duración hacen viables contratos como el de concesión. En estos casos, al declararse la nulidad, corresponderá restituir el valor de las obras ya ejecutadas hasta aproximarse al *statu quo* previo a la celebración del contrato.

Sobre el particular, cabe señalar que, si un contrato es declarado nulo por corrupción, será imposible la aplicación de una cláusula anticorrupción de forma sobreviniente como supuesto de convalidación. Aceptar lo contrario sería negar la naturaleza definitiva del remedio de la nulidad.

Además de la declaratoria de nulidad, se debe tener en cuenta que las normas especiales de contratación han establecido ciertos supuestos. Así, el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos señalan, en su artículo 112.3, que “cuando el Contrato termine por causa imputable al Inversionista, incluyendo la aplicación de la cláusula anticorrupción establecida en el respectivo Contrato, el Contrato debe establecer que no procede indemnización a favor del Inversionista por concepto de daños y perjuicios”.

Por último, consideraría adecuado que nuestro ordenamiento jurídico recoja una figura similar a la contenida en el artículo 2035 del Código Civil italiano, donde no existe restitución de lo pagado cuando se afecten las buenas costumbres; e incluiría dentro de su ámbito de aplicación el orden público por la importancia que tiene el correcto funcionamiento de la integridad de nuestro sistema jurídico.

Entonces, podemos concluir que la declaración de nulidad por corrupción en los casos de la contratación estatal generará, necesariamente: i) la restitución de las prestaciones que se hubieran realizado con la finalidad de volver al *status quo* previo a la celebración del contrato y con la particularidad que, en los casos que no fuera posible, especialmente en los casos de Asociaciones Público-Privadas autofinanciadas o cofinanciadas, representará la restitución del valor de las obras que hubieran realizado sin el pago de daños y perjuicios.

2.4. ¿Y los terceros? El supuesto de la cesión de posición contractual

En este supuesto, nos estamos refiriendo a la figura de la cesión de posición contractual y posterior inclusión dentro del contrato de una cláusula anticorrupción, donde la empresa ganadora de la buena pro y la que suscribió el contrato cede su posición a otra empresa con intervención del cedido, que, en este caso, vendría a ser el Estado.

Este supuesto se presenta en el caso de las Asociaciones Público-Privadas, que incluso habilita esta actividad en el artículo 109 del Decreto Supremo N° 240-2018-EF, que señala que “las disposiciones sobre cesión de posición contractual que se incorporen en los Contratos de APP

preservan la suficiencia técnica, legal y financiera requerida para garantizar una adecuada operación del proyecto, teniendo en cuenta la fase de Ejecución Contractual en que se produzca la cesión. Cada Contrato establece el procedimiento, requisitos y condiciones para que proceda la cesión de posición contractual”. Es decir, se busca que aquel que reemplace a la empresa ganadora sea la idónea para continuar con la ejecución de las prestaciones a las que la primera se comprometió, ya que esta posee las características de la primera empresa.

Frente a este supuesto, surge la interrogante, si es que la cesión hacia un tercero a la relación contractual primigenia podría generar la convalidación del contrato (en caso este incurso en un supuesto de nulidad) cuando esta última no tenía conocimiento de los actos de corrupción, o incluso cuando el cedido suscribiera una cláusula anticorrupción de forma sobreviniente. La respuesta es una negativa categórica, dado que admitir lo contrario sería aceptar un supuesto donde el remedio de la nulidad es pasible de convalidación. En consecuencia, se estaría privilegiando un interés particular sobre los intereses generales que el ordenamiento jurídico en su conjunto cautela.

Entonces, podemos concluir que el contrato nulo por corrupción no puede ser convalidado por ningún motivo. En ese sentido, la existencia de una cláusula anticorrupción sobreviniente a la celebración del contrato no puede ser pasible de convalidación, ya que representa una afectación grave a los intereses generales que el ordenamiento jurídico cautela. De la misma forma, la cesión de posición contractual que celebra el privado no puede convalidar el contrato respecto al cesionario, aunque, en el acuerdo, haya participado el Estado.

3. Casos Comparados de Corrupción

3.1. Pronunciamientos del CIADI

3.1.1. World Duty Free Co. Ltd. V. Republic of Kenya⁵⁹

El presente caso, tuvo como intervinientes a la empresa *World Duty Free Company Limited* como demandante y a la República de Kenia como Demandado, el Fallo fue emitido por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones de Washington DC, en el Caso CIADI N° ARB/00/7, de fecha 4 de octubre de 2006.

La controversia que se presentó ante el Tribunal Arbitral se circunscribe a un contrato celebrado entre el Gobierno de Kenia y la empresa *House of Perfume* para la construcción, mantenimiento y operación de complejos libres de impuestos en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombassa. Posteriormente, la empresa *House of Perfume* fue sustituida dentro del contrato por la empresa *World Duty Free Company Ltd.*

Durante la vigencia del contrato, la relación entre las partes no fue pacífica. El demandante alega que el Gobierno de Kenia violó el contrato celebrado, privándole de los derechos que de el se desprenden, y qué, además expropió su propiedad causándole graves perjuicios. Por lo que,

⁵⁹ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>

recurre a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) a solicitar la restitución de sus derechos, o una indemnización.

Por otro lado, el Gobierno de Kenia solicitó al Tribunal Arbitral la desestimación inmediata de la petición del demandante, cuestionando la legalidad del contrato. El argumento del Gobierno de Kenia se basa en que, el contrato sobre el cual se formula la demanda se obtuvo a través del pago de un soborno, lo cual es un crimen y afecta directamente al orden público keniano, inglés e internacional.

El hecho materia de corrupción, consiste en la entrega de una “donación personal” de US\$ 2 000 000.00 al entonces presidente de Kenia Sr. Daniel Arap Moi. De los cuales, US\$ 500,000.00 fueron dejados en efectivo en un maletín marrón en la pared de su casa, y posteriormente reemplazados por maíz fresco.

El soborno entregado al presidente fue a cambio de la obtención del Contrato de inversión, por el cual *House of Perfume*, luego *World Duty Free* pudieran obtener las licencias y autorizaciones necesarias para el establecimiento de Complejos Libres de Impuestos en Kenia.

Por su parte, la empresa *World Duty Free*, no negó los pagos realizados al Sr. Daniel Arap Moi, pero calificaron los pagos como un “regalo de protocolo” realizado con fines públicos en marco del sistema keniano del *Harambee*, el cual es una práctica cultural donde las personas pueden utilizar recursos privados para financiar proyectos comunitarios.

El Tribunal Arbitral, luego de analizar las pruebas aportadas y teniendo en cuenta que el demandante no negó los pagos efectuados, sino que los justificó como una práctica cultural concluyó que el contrato de construcción, operación y mantenimiento se obtuvo mediante actos de corrupción y soborno.

Respecto al soborno, el Tribunal Arbitral señala que es considerado un delito en la mayoría de los países del mundo, y que existen varios Instrumentos Internacionales y leyes kenianas que combaten directamente la corrupción. En ese sentido, Kenia ha demostrado que tiene la voluntad de combatirla tanto a nivel local y a través de la cooperación internacional, y que su presencia patológica es contraria al orden público internacional o transnacional.

Así, el punto 157 del Fallo del Tribunal, respecto a las consecuencias del soborno, señala que:

“A la luz de las leyes nacionales y Convenios internacionales relacionadas a la corrupción, y a la luz de las decisiones tomadas en esta materia por las cortes y tribunales arbitrales, **este Tribunal está convencido que el soborno es contrario a la *International Public Policy*, de la mayoría, sino de todos los Estados o para utilizar otra fórmula, a la *transnational Public Policy***. Así, reclamos basados en contratos de corrupción o contratos obtenidos mediante corrupción no pueden ser admitidas por este Tribunal Arbitral”⁶⁰ [Resaltado y subrayado nuestro]

De esta forma, el Tribunal Arbitral correlaciona inmediatamente las consecuencias que tiene la presentación de un reclamo basado en un contrato donde se hayan adquiridos derechos a cambio

60 Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “157. In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal”

de un beneficio indebido por parte de un funcionario del Estado; y sobre todo realza que un “soborno” afecta el orden público incluso más allá del territorio del país donde se realiza la inversión.

Dentro de los argumentos que utiliza el Tribunal para rechazar el reclamo del demandante, resalta la presencia del concepto de *International Public Policy* (orden público internacional), el cuál en su numeral 138⁶¹, señala que:

“138. El concepto de política pública (orden público) está arraigado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, si no en todos. **La violación del orden público del Estado que la aplica es motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de sentencias y laudos extranjeros.** Este principio está consagrado en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York y el artículo 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1985(…)” [Resaltado y Subrayado nuestro]

Sin embargo, a pesar de la referencia a la contravención del orden público internacional, el Tribunal no termina de indicar cuál es su contenido de manera concreta. A este efecto consideramos adecuado aquel propuesto por Jaramillo, quien sostiene que:

“(…) el orden público verdaderamente internacional crea una esfera de **principios comunes a todas las naciones que, por ser de connotada importancia, deben ser respetados por la Comunidad Internacional y los nacionales de los Estados en la esfera privada.** De esta manera, este concepto de considerable amplitud se refiere a un espectro universal, que se deslinda de los valores que cada país considera como parte de su orden público, sea interno o internacional” (Jaramillo 2014: 197) [Resaltado y subrayado nuestro]

La existencia de principios comunes a todos los países del mundo, al nivel de poder ser considerados parte del orden público internacional, se concreta en aspectos tan amplios como necesarios para el funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico, como es en el presente caso el principio de legalidad, donde toda actividad o inversión que se desarrolla dentro de determinado territorio, debe necesariamente acatar estrictamente el marco jurídico que en ella existe.

Por último, el Tribunal Arbitral rechazó el reclamo presentado por la empresa *World Duty Free Limited*, considerando que el demandante no tenía el derecho legal a mantener ninguna de sus reclamaciones como una cuestión de orden público desprendido del marco de leyes aplicables al contrato.

Lo cual implica que para que un inversionista pueda formular un reclamo ante un Tribunal Arbitral CIADI, debe cumplir necesariamente con un requisito de “legalidad de la inversión”, y el contrato debe encontrarse en armonía tanto con el orden jurídico nacional e internacional; vale decir, que no puede pretenderse obtener un fallo sobre el fondo de la controversia si la inversión se concretó de manera ilegítima en el territorio del país anfitrión.

⁶¹ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “138. The concept of public policy (“ordre public”) is rooted in most, if not all, legal systems. Violation of the enforcing State’s public policy is grounds for refusing recognition or enforcement of foreign judgments and awards. The principle is enshrined in Article V.2 of the New York Convention of 10 June 1958 and Article 36 of the UNCITRAL Model Law recommended by the General Assembly of the United Nations on 11 December 1985 (…).”

3.1.2. Caso Metal-Tech Ltd. V. Republic of Uzbekistan⁶²

El presente caso, tuvo como intervinientes a la empresa *Metal-Tech Ltd* como demandante y la República de Uzbekistan como demandado, el Fallo fue emitido por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones de Washington, en el Caso ICSID N° ARB/10/3.

La controversia presentada ante el Tribunal Arbitral, se circunscribe al Contrato EPC N° 0150500/U, de fecha 15 de mayo de 2000, por el cual *Metal Tech* y *Uzmetal* acordaron la construcción de una planta para la producción de productos de molibdeno en la ciudad Almalik y la mejora de instalaciones en la ciudad de Chirchik. Así también, *Uzmetal* se obligó a adquirir equipos y el *know how* necesario para la modernización de la producción de molibdeno en sus instalaciones.

Este contrato fue modificado en Julio de 2000, y la planta comenzó sus operaciones el 01 de octubre de 2002.

Las partes tuvieron divergencias respecto a la fecha en que *Uzmetal* debió haber comenzado sus operaciones; así como también, si los retrasos en la implementación de las instalaciones eran atribuibles a *Metal-Tech*. Además, si cumplieron sus obligaciones durante la operación comprendida entre el 2002 hasta mediados del 2006.

Por un lado, *Metal-Tech* señala que Uzbekistan incumplió las obligaciones que se desprenden del Acuerdo entre el Gobierno de Israel y el Gobierno de la República de Uzbekistan para la promoción y protección de inversiones de 4 de Julio de 1994 y la Ley de Uzbekistan, al haber promulgado una resolución que privó a *Metal-Tech* de los beneficios que esperaba de su inversión, además de la expropiación de la inversión de *Metal-Tech* sin haberle otorgado alguna clase de indemnización.

Por otro lado, El Gobierno de Uzbekistan señala que el Tribunal carece de jurisdicción sobre la controversia, porque la inversión realizada por *Metal-Tech* fue implementada, realizada y operada en violación de la ley, ya que la empresa demandante incurrió en actos de corrupción para conseguir la aprobación de su inversión.

El hecho de corrupción invocado por los demandados, es que el demandante hubo pagado indebidamente a “consultores” un total aproximado de US\$ 4 millones de dólares a través de sociedades *offshores* para que “ayuden” con el éxito de la operación conjunta en la República de Uzbekistan. Los pagos efectuados a los consultores se realizaron por servicios distintos a los materialmente especificados, y sin un respaldo material que efectivamente se hubieren realizado.

Después de actuados los medios probatorios, el Tribunal Arbitral concluyó que los pagos indebidos efectuados a distintos consultores, constituían un delito conforme a la ley aplicable de Uzbekistan, así como también en otros países como Israel, de donde proviene la empresa demandante, y Reino Unido, donde la empresa cotiza en la Bolsa de Valores de Londres.

⁶² <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>

En ese sentido, el Tribunal Arbitral, concluye que la inversión formulada por *Metal - Tech* no había sido implementada de acuerdo al marco legal existente en la República de Uzbekistan. Así señala en su punto 372⁶³ del fallo que:

“372. Sobre la base del análisis precedente, el Tribunal llegó a la conclusión de que la corrupción constituye un medio suficiente para infringir la ley de Uzbekistan en relación con la inversión del demandante. **Como consecuencia, la inversión no ha sido “implementada de acuerdo con las leyes y regulaciones de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión”** conforme a lo requiere el artículo 1 del BIT” [Resaltado y subrayado nuestro]

Al determinar que la inversión no cumple con el marco de legalidad necesario para presentar una disputa ante el CIADI conforme al artículo 8 del Tratado Bilateral de Inversiones Israel – Uzbekistan, el Tribunal Arbitral llegó a la conclusión que carece de jurisdicción para pronunciarse respecto a las reclamaciones del demandante, y en consecuencia prescinde del análisis respectivo que hubiera tenido lugar en caso fuera competente, inclusive de los argumentos del demandado respecto a la contravención del orden jurídico internacional.

Por último, el Tribunal Arbitral, plantea un punto interesante respecto a la ponderación que debe realizarse entre la exoneración de los demandados que, probablemente hayan estado involucrados en actos de corrupción y el aseguramiento de la promoción del estado de derecho imperante de un determinado país receptor de las inversiones. Así señala en su punto 389⁶⁴ que:

“389. Como resultado del análisis anterior, el Tribunal carece de jurisdicción sobre el reclamo sobre el tratado de Metal-Tech, así como sobre reclamaciones de Metal-Tech basadas en la ley uzbeka. Mientras alcanza Si bien llega a la conclusión de que las reclamaciones están prohibidas como resultado de la corrupción (...). **Es cierto que el resultado en casos de corrupción a menudo parece insatisfactorio porque, al menos a primera vista, parece dar una ventaja para la parte demandada. La idea, sin embargo, no es castigar a una de las partes a costa del otro, sino más bien para asegurar la promoción del estado de derecho, lo que implica que una corte o tribunal no puede brindar asistencia a una parte que se ha involucrado en un acto de corrupción**” [Resaltado y Subrayado nuestro]

Conforme se desprende de lo indicado por el Tribunal Arbitral, la postura que debe adoptarse, ante todo, es la protección del estado de derecho frente a un aparente castigo al demandante, es decir, la sujeción estricta de la inversión al marco legal existente en el territorio del Estado anfitrión. Y en caso no se cumpla con este requisito, un Tribunal no puede prestar asistencia, ni brindar la protección que le correspondería si la inversión fuera legítima.

⁶³ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “372. On the basis of the foregoing analysis, the Tribunal comes to the conclusion that corruption is established to an extent sufficient to violate Uzbekistan law in connection with the establishment of the Claimant’s investment in Uzbekistan. As a consequence, the investment has not been “implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made” as required by Article 1(1) of the BIT.”

⁶⁴ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “389. As a result of the foregoing analysis, the Tribunal lacks jurisdiction over Metal-Tech’s treaty claims as well as over Metal-Tech’s claims based on Uzbek law. While reaching the conclusion that the claims are barred as a result of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”.

Esta conclusión, puede parecer parcialmente injusta respecto al demandante, toda vez que donde hay un corruptor, también existe un corrompido, vale decir un funcionario público que a través de su actuar otorga beneficios indebidos al demandante, y cuya participación en representación del Gobierno de Uzbekistan fue necesaria para que se concrete la inversión.

Sin embargo, esta aparente injusticia es superada en nuestra opinión, a través de un criterio funcional, donde se privilegia frente a todo supuesto de corrupción, el correcto funcionamiento del sistema jurídico, y donde el incumplimiento de las normas destinadas a su protección se sancione severamente. De esta forma, se contribuirá a la obtención de un sistema jurídico predictivo, donde los actores que pretendan invertir en determinado territorio conozcan las consecuencias de su apartamiento del marco jurídico.

3.1.3. Caso *Inceysa Vallosoletana SL v Republic of El Salvador*⁶⁵

El presente caso, tuvo como intervinientes a la empresa *Inceysa Vallosoletana SL* como demandante y la República de El Salvador como Demandado, el Fallo fue emitido por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, catalogado como Caso CIADI N° ARB/03/26.

La controversia se circunscribe al contrato de servicios de instalación, administración y operación de plantas de revisión técnica vehicular y emisión de gases contaminantes, partículas y ruidos, celebrado el 17 de noviembre del 2000, entre *Inceysa Vallosoletana SL* y La República de El Salvador a través del Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN). El contrato fue celebrado después de haberse convocado una licitación pública, en el cual la empresa demandante resultó ganadora.

El demandante alega incumplimiento contractual y expropiación por parte de la República de El Salvador de los derechos que se desprendían del contrato. El incumplimiento consistió en la resolución unilateral e injustificada del contrato. Además, que el MARN encargó a otras empresas (que habían sido excluidas de la licitación) la prestación de los servicios indicados en el contrato, negándole la exclusividad a la que tenía derecho.

El demandante, solicitó al tribunal que condene a El Salvador a pagar una indemnización por daños y perjuicios derivados del contrato, y por la expropiación de los bienes objeto de la inversión.

Por otro lado, el Gobierno de El Salvador, a través de una excepción de jurisdicción, niega que el Tribunal CIADI tenga jurisdicción para conocer la controversia, y señala que, para que una inversión pueda beneficiarse del Tratado celebrado entre España y El Salvador, tiene que haberse realizado en concordancia con la legislación interna del Estado anfitrión. Es decir, que debió haberse basado en un contrato obtenido legítimamente sin la presencia de fraude o corrupción.

El hecho de corrupción o fraude que el Gobierno de El Salvador le imputa a *Inceysa* se reduce a la presentación de estados financieros falsos, y a la presentación de documentación falsa o adulterada respecto a la experiencia y perfil de la empresa demandante y sus miembros en la licitación donde resultó ganadora. Es decir, que el procedimiento previo a la celebración del

⁶⁵ https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0425_0.pdf

contrato fue irregular, y no se encontraba acorde a las leyes de El Salvador. Esto puede desprenderse del punto 53 del fallo del tribunal, que señala:

“53. El Salvador alega en su memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, que tiene evidencias abumadoras sobre fraudes cometidos por Inceysa en cinco áreas: (...) (1) La presentación de estados financieros falsos; (2) La presentación de documentos falsos para demostrar indebidamente la experiencia del señor Antonio Martínez lavado, el administrador único de Inceysa de ese tiempo; (3) las representaciones falsas y en engaño que rodean la prueba presentada por Inceysa para demostrar su experiencia en el campo de la inspección de vehículos y su relación con su supuesto socio estratégico; (4) la presentación de documentos falsos para respaldar la existencia de contratos multimillonarios en las Filipinas y en Panamá; y (5) el ocultamiento de la verdadera asociación existente entre Inceysa e ICASUR (...)”

Luego de haberse actuado los medios probatorios, el Tribunal arbitral consideró que había quedado demostrado que el demandante presentó información falsa respecto a su perfil en aspectos medulares de la licitación que tuvo como consecuencia la celebración del contrato cuestionado.

Además, que, la competencia del Tribunal, está sujeta a su propio análisis sobre la legalidad de la inversión, vale decir, que no les es oponible el pronunciamiento de otros órganos respecto a su legalidad, ya que de lo contrario sería como reconocerles a los Estados signatarios la facultad de retirar su consentimiento a la cláusula arbitral de forma unilateral. Esto a raíz que la demandada presentó en su oportunidad pronunciamientos de órganos jurisdiccionales nacionales de El Salvador que reconocían la legalidad de la licitación.

Además, un punto interesante del fallo, es que el Tribunal a falta de reglas sustantivas concretas para analizar la legalidad del contrato, procedió a utilizar reglas y principios del derecho internacional, que consideró aplicables como la buena fe y el orden público internacional.

Respecto al principio de la buena fe, sostuvo que:

“Para este Tribunal es claro que la inversión efectuada por Inceysa en el territorio de El Salvador y que ha dado origen a la controversia que nos ocupa fue realizada en contravención al principio de la buena fe”

De esta forma, el Tribunal Arbitral considero que las violaciones en las que incurrió *Inceysa* representaban violaciones a las bases de la licitación sobre la cual resulto ganadora y sobre la cual se materializo la inversión, y que en caso el Estado de El Salvador la hubiera conocido se la hubiera negado, y no habría celebrado el contrato posterior.

Respecto a la violación al orden público internacional, el Tribunal señaló que:

“245. El orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado, y tiene como **función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional** contra actuaciones contrarias a él” [Resaltado y subrayado nuestro]

De la definición seguida por el Tribunal Arbitral, se advierte la armonía que debe existir entre el ordenamiento jurídico interno de cada país y aquellos que se desprenden de la comunidad internacional, es decir aquel conjunto de valores en los que se sostiene cualquier Estado y son necesarios para el funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico, como el rechazo al fraude y la corrupción, que de ser permitidos pondrían en peligro su propio funcionamiento.

De esta forma, en los puntos 248 y 249 del fallo, el Tribunal Arbitral consideró que la “legalidad” se configura como un principio del orden público internacional, al ser reconocido por todas las naciones en el mundo; y en consecuencia no puede reconocérsele derechos o atribuírsele efectos a un acto obtenido de forma ilegal. Así señala que:

“248. Es irrefutable que el respeto a la legalidad se constituye como una cuestión de orden público no sólo en El Salvador sino en todo país civilizado. De declararse este tribunal competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal” [Resaltado y Subrayado nuestro]

“249. Este tribunal considera que asumir la competencia para resolver la controversia planteada supondría reconocer en favor del inversor unos derechos consignados en el APPRI para las inversiones hechas de conformidad con la ley del país huésped. No es posible reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales, pues ello atentaría contra el respeto a la legalidad que, como se ha dicho, es un principio de orden público internacional” [Resaltado y Subrayado nuestro]

Por último, el Tribunal Arbitral resolvió de forma unánime acoger la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones interpuesta por la República de El Salvador; y declaró que el Centro no tiene jurisdicción para conocer la controversia, ni tiene competencia para resolverlo.

3.1.4. Caso Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“BAPEX”) y Bangladesh Oil Gas And Mineral Corporation (“PETROBANGLA”)⁶⁶

El presente caso, tuvo como intervinientes a la empresa *Niko Resources Ltd* como demandante y “BAPEX y PETROBANGLA” como Demandados, en una decisión por un reclamo de corrupción emitido por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, catalogado como Caso CIADI N° ARB/10/11 y N° ARB/10/18, de fecha 25 de febrero de 2019.

La controversia sujeta al Tribunal Arbitral se circunscribe a dos contratos celebrados: 1) Contrato de Joint Venture de fecha 16 de octubre de 2003 celebrado entre *Niko* y *BAPEX* y; 2) Contrato de compra venta de gas de fecha 27 de diciembre de 2006 celebrado entre *PETROBANGLA* y el Joint Venture conformado por *Niko* y *BAPEX*.

En el presente caso, el demandante interpuso dos reclamos frente al Tribunal Arbitral: 1) El pago del gas natural entregado en Bangladesh; y 2) Una declaración de no responsabilidad por el daño causado por la explosión de dos pozos perforados en Bangladesh.

La postura de los demandados *BAPEX* y *PETROBANGLA*, es que *Niko* no puede perseguir sus reclamos ante el Tribunal Arbitral CIADI, por cuanto el contrato de *Joint Venture* celebrado fue obtenido a través de actos de corrupción. De esta forma, con el reclamo por corrupción interpuesto, se buscaba que el Tribunal Arbitral niegue su jurisdicción a los demandantes debido

⁶⁶ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10696.pdf>

a la presencia de actos de corrupción, y en consecuencia se habrían violado los principios de buena fe y orden público internacional.

En el presente caso, el Tribunal Arbitral hace una diferenciación clara con respecto al caso *Duty Free v. Kenya* respecto a su complejidad. Así, señalan que, la corrupción existente no se produjo a través de un solo acto donde el soborno es ofrecido a un funcionario público para obtener una ventaja injustificada, sino más bien consistía en un complejo caso con innumerables pagos realizados a diferentes personas en diferentes países, y a través de cuentas con titulares distintos a los verdaderos beneficiarios.

El reclamo de corrupción de los demandados tuvo la siguiente cronología: 1) En fecha 25 de marzo de 2016, solicitaron que el tribunal declare que los contratos eran anulables, y en ejercicio de ese derecho decidieron anular o rescindir dichos acuerdos; 2) En fecha 29 de abril de 2016, los demandados en base al artículo 102 de la Constitución de Bangladesh sostuvieron que los acuerdos eran nulos, y modificaron su solicitud por una declaración de nulidad, y manteniendo la petición original como alternativa.

En ese sentido, los demandados alegan por un lado que, el demandante no puede invocar el arbitraje ante el CIADI para proteger un derecho obtenido a través de la violación del derecho internacional, buena fe, políticas públicas o las leyes de Bangladesh; y, por otro lado, que la cláusula arbitral es nula al provenir de un contrato igualmente nulo.

Sobre esta postura, el Tribunal Arbitral, ha considerado la diferencia existente entre aquellos contratos que tienen como objeto la corrupción, de aquellos contratos que se obtuvieron a través de actos de corrupción. En ese sentido señaló que⁶⁷:

“577. (...) - el objeto y el contenido de los contratos no es ilegal - los Tribunales habían considerado por separado los casos en los que el contrato tiene como objeto la corrupción, en lugar de haber sido adquirido por corrupción. Los Tribunales se refirieron a la controversia sobre la cuestión de si, en el caso de dichos contratos, los árbitros deberían denegar la jurisdicción, como hizo de manera más destacada en 1963 el juez Lagergren cuando enfrentó un caso admitido de corrupción en Argentina, o si los árbitros deberían denegar la jurisdicción. reclamaciones en virtud de contratos por corrupción sobre el fondo de la controversia (...)” [Resaltado y subrayado nuestro]

De esta forma, el Tribunal, consideró en el presente caso que tanto el contrato de *Joint Venture* celebrado, como el contrato de compra y venta de gas tienen un objeto lícito, traducido en la explotación de gas de los campos que comprendía el contrato y la venta de dicho gas, y que al configurarse como lícito el objeto de los contratos, la cuestión sobre si la concesión gubernamental obtenida por *Niko* fue legalmente obtenida es completamente una cuestión de fondo; más aún, cuando el Tribunal no resolverá sobre el pago de un producto de corrupción, sino más bien, sobre el pago del gas que fue entregado al demandado en mérito del contrato y una declaración de responsabilidad sobre los pozos de gas.

67 Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “577. Concerning the second assumption – the object and content of the Agreements is not illegal - the Tribunals had considered separately cases where the contract has corruption as its object, rather than having been procured by corruption. The Tribunals referred to the controversy about the question whether, in the case of such contracts, arbitrators should deny jurisdiction, as was done most prominently in 1963 by Judge Lagergren when he faced an admitted case of corruption in Argentina, or whether the arbitrators should deny claims under contracts for corruption on the merits of the dispute (...)”

En ese sentido, el tribunal señaló en su punto 581⁶⁸ que:

“581. La Decisión sobre Jurisdicción declaró explícitamente que **“si la inversión se realizó de buena fe o no y, de no ser así, qué consecuencias tendría que basarse en él [...] debe ser considerado como parte del fondo de la disputa”**. Los Tribunales no ven motivos para reconsiderar esta conclusión. Los Tribunales continúan siendo, como lo eran al emitir sus Decisión sobre jurisdicción (..)” [Negrita y subrayado nuestro]

Respecto a la jurisdicción para decir si los contratos son nulos desde su origen, y en consecuencia las cláusulas arbitrales comparten las mismas consecuencias, el Tribunal Arbitral consideró que tiene la jurisdicción para examinar la defensa de los demandados respecto a la nulidad de los contratos de *Joint Venture* y Compra venta de gas. Sobre el particular se sostuvo que:

596. En cualquier caso, esta línea de la objeción de los Demandados sólo puede decidirse mediante un examen por parte de los Tribunales de la validez de los Acuerdos. **Dado que es un elemento esencial de la posición de los Demandados que, de acuerdo con los principios legales que invocan, las cláusulas arbitrales no son separables de los acuerdos subyacentes**, los Tribunales deben tomar una decisión que afecte tanto a los acuerdos como a la cláusula arbitral en ellos. Si los Tribunales están de acuerdo con los Demandados, deberán decidir que los Acuerdos son nulos ab initio - una decisión sobre el fondo. Si no lo hacen y aceptan la jurisdicción, esto no excluye que, en el fondo, los Tribunales consideren que los Acuerdos son nulos o incluso nulos ab initio” [Resaltado y Subrayado nuestro]⁶⁹

Respecto al examen de nulidad de los contratos celebrados entre las partes, el Tribunal Arbitral ha hecho la diferenciación respecto a la Ley de Contratos de Bangladesh, donde su sección 23⁷⁰ trata sobre los supuestos de legalidad de cualquier contrato celebrado, donde en caso sea contrario a ley se considera opuesto al orden público; y la sección 19⁷¹, que trata sobre la obtención del consentimiento en un contrato.

“753. Los Tribunales han señalado que la Ley de Contratos establece una clara distinción entre el objeto y la *consideration* de un contrato y las situaciones en que se ve afectado el “libre consentimiento” del acuerdo. **Los ejemplos dados en la Ley de Contratos para los casos de la Sección 23 muestran claramente que para los casos cubierto por la Sección 23, el factor**

⁶⁸ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “581. The Decision on Jurisdiction stated explicitly that “whether the investment was made in good faith or not and, if not, what consequences would have to be drawn from it [...] must be considered as part of the merits of the dispute”.³⁰⁷ The Tribunals see no grounds for reconsidering this conclusion. The Tribunals continue to be, as they were when issuing their Decision on Jurisdiction (...)”

⁶⁹ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “596. In any event, this line in the Respondents’ objection can be decided only by an examination by the Tribunals’ of the validity of the Agreements. Since it is an essential element of the Respondents’ position that, according to the legal principles which they invoke, the arbitration clauses are not severable from the underlying agreements, the Tribunals must make a decision that affects both the agreements and the arbitration clause in them. If the Tribunals agree with the Respondents, they will have to decide that the Agreements are void ab initio – a decisión on the merits. If they do not and accept jurisdiction, this does not exclude that, on the merits, the Tribunals find that the Agreements are void or even void ab initio”

⁷⁰ Section 23 of the Contract Act of 1872.- The consideration or object of an agreement is lawful, unless- it is forbidden by law; or is of such a nature that, if permitted, it would defeat the provisions of any law; or is fraudulent; or involves or implies injury to the person or property of another; or the Court regards it as immoral, or opposed to public policy. In each of these cases, the consideration or object of an agreement is said to be unlawful. Every agreement of which the object or consideration is unlawful is void.

⁷¹ Section 19 of the Contract Act of 1872.- When consent to an agreement is caused by coercion, fraud or misrepresentation, the agreement is a contract voidable at the option of the party whose consent was so caused.

determinante es el "objeto o consideration", es decir, el propósito de la ejecución del acuerdo. La sección 19 se refiere a la forma en que se llegó al acuerdo. Esta distinción corresponde a la existente entre contratos de corrupción y contratos obtenidos por corrupción, como los Tribunales han explicado en la Decisión sobre Jurisdicción” [Resaltado y subrayado nuestro]

De lo señalado, podemos advertir que la Ley de Contratos de Bangladesh, comprende dentro de su sección 23, la ilicitud del contrato y su consecuencia -nulidad-, mientras que la sección 19 comprende al fraude y su consecuencia -la anulabilidad-. Bajo esta lógica, el Tribunal Arbitral concluye que la consecuencia de un contrato de corrupción es la nulidad debido a que afecta los términos mismos del contrato, mientras que la consecuencia de un contrato obtenido por corrupción es la anulabilidad, por cuanto afecta propiamente la formación del acuerdo.

En ese sentido, se pronuncia cuando señala que:

“754. Los Tribunales han señalado anteriormente que no hay nada en el JVA y la GPSA que sea ilegal. **Si la aprobación de los acuerdos por el Gobierno fue causada por corrupción, tal hallazgo se relaciona con la forma en que se formaron los Acuerdos y no con sus términos** (...)”⁷² [Resaltado y subrayado nuestro]

Cabe señalar que el análisis respecto a la figura de la nulidad y anulabilidad variará dependiendo del caso en específico y la legislación aplicable al caso en concreto en el territorio donde se produzca la inversión.

Por último, el Tribunal Arbitral después de examinar las pruebas presentadas en el proceso, concluyó que no existe coincidencia entre lo alegado por el demandante respecto a los hechos de corrupción, ni los beneficios obtenidos. También señalaron que las alegaciones no estaban respaldadas por evidencia, sino que se basaban en especulaciones y supuestos vínculos que no habían sido demostrados.

En ese sentido el Tribunal Arbitral rechazó las objeciones sobre la falta de jurisdicción del tribunal; y también que los acuerdos celebrados eran válidos y vinculantes, y no fueron obtenidos a través de actos de corrupción. Además, que, a través del reclamo por corrupción planteado por los demandados, estos buscaban preservar los beneficios que hubieren obtenido por los contratos, en específico el pago del gas entregado a PETROBANGLA.

Así también, el Tribunal clarifica un aspecto referente a los efectos de las alegaciones de corrupción. En ese sentido, señala que en caso que el demandado plantee una línea de defensa basado en la nulidad de los acuerdos, y en consecuencia la nulidad de las cláusulas arbitrales. No significa que automáticamente el Tribunal vaya a perder jurisdicción, sino más bien que, no existiendo una declaración previa de nulidad de los acuerdos, la validez de los acuerdos solo puede decidirse mediante un examen del Tribunal.

⁷² Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés: “754. The Tribunals have pointed out previously that there is nothing in the JVA and the GPSA which is illegal.424 If the approval of the agreements by the Government were caused by corruption, such a finding would relate to the manner in which the Agreements were formed and not to their terms (...)”

3.1.5. Caso Ampal-American Israel Corp, Egi-Fund Investors LLC, Egi-Series investments LLC, Bss-Emg Investors LLC and Mr. David Fischer v. Arab Republic of Egypt⁷³

El presente caso, tuvo como intervinientes a las empresas *Ampal-American Israel Corp*, *Egi-Fund Investors LLC*, *Egi-Series investments LLC*, *Bss-Emg Investors LLC* and *Mr. David Fischer* como demandantes y La República Árabe de Egipto como demandado. El fallo fue emitido el 01 de febrero de 2016, por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, en el Caso CIADI N° ARB/12/11.

La controversia sujeta al Tribunal Arbitral se circunscribe a la inversión efectuada por los demandantes en la empresa denominada “EMG”, la cual fue constituida con el fin de realizar la compra de gas natural a Egipto, y exportarlo a Israel. Así también, la construcción y operación de un oleoducto que recorría desde la localidad de AI Arish en Egipto hasta Ashkelon en Israel.

Para cumplir los fines de la empresa, el 13 de junio de 2005, la empresa EMG firmó un contrato de Compra venta de Gas con *Egyptian General Petroleum Corporation* y *Egyptian Natural Gas Holding Company*.

La postura de las empresas demandantes se centra en que el demandado, antes de iniciar la entrega de cantidades industriales de gas natural conforme al contrato, forzó las renegociaciones, revocó una excepción de impuestos, no garantizó la entrega de las cantidades pactadas, e intentó dar por terminado el contrato.

El reclamo de los demandantes consistió en el pago de una indemnización no menor a US\$ 882,6 millones de dólares.

La postura del demandado, fue que los demandantes no pueden perseguir sus reclamos ante el Tribunal Arbitral CIADI, por cuanto la inversión y los contratos suscritos por los demandantes fueron financiados y obtenidos en condiciones de ilegalidad y corrupción, contraviniendo así: 1) las leyes y regulaciones egipcias y, 2) los principios básicos del orden público internacional.

Respecto a legalidad de la inversión, la demandada sostiene que:

“302. (...), inter alia, que los Sres. Fahmy y Tawila, quienes desempeñaron un papel decisivo en la selección de EMG para el GSP A en abril de 2000, fueron culpables, respectivamente, de **"especulación" y "soborno"** en contravención de las disposiciones del Código Penal egipcio y dado que los Sres. Salem y Maiman se beneficiaron de estos "actos de corrupción", **la inversión de las Demandantes se adquirió ilegalmente**”⁷⁴ [Resaltado y subrayado nuestro]

El hecho de corrupción imputado por el demandado, consiste en la connivencia entre los principales fundadores de EMG y ciertos funcionarios del Gobierno Egipcio con el propósito de que la empresa (recién constituida y sin experiencia en el rubro) sea seleccionada para la celebración del contrato de compra venta de gas.

⁷³ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8487.pdf>

⁷⁴ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “302. (...), inter alia, that Messrs Fahmy and Tawila who were instrumental in the selection of EMG for the GSP A in April 2000, were guilty, respectively, of "profiteering" and "bribery" in contravention of provisions of the Egyptian Criminal Code and since Messrs Salem and Maiman benefited from these "corrupt acts", the Claimants' investment was thus procured illegally”

El Tribunal Arbitral después de examinar y analizar las pruebas aportadas por las partes durante el proceso, decidió negar la objeción formulada por la República de Egipto con respecto a la ilegalidad del Contrato de Compra venta de gas natural (GSPA), al no haberse acreditado fehacientemente la existencia de los hechos de corrupción alegados por la demandada

A efectos de llegar a su conclusión, el tribunal tomo en consideración la evidencia sobre el procedimiento de licitación, y el cumplimiento de los demandantes con las autorizaciones necesarias que debían obtenerse para la consecución de la licitación (las cuales se incorporaron al contrato), los procedimientos administrativos y penales internos que se llevaron a cabo, que concluyeron que no existían pruebas de corrupción a la luz del Código Penal Egipcio.

Algunos de los argumentos contenidos en el fallo del tribunal que nos parecen importantes mencionar son los siguientes:

Respecto a su propia jurisdicción, el Tribunal Arbitral señala que:

“301. Es un principio bien establecido del derecho internacional que un tribunal constituido sobre la base de un tratado de inversión no tiene jurisdicción sobre la inversión de un demandante que se realizó ilegalmente en violación de las leyes y reglamentos del Estado Contratante”⁷⁵ [Resaltado y subrayado nuestro]

Este argumento es uno recurrente en los pronunciamientos del CIADI, ya que, legitima el rol del Tribunal en la resolución de conflictos, impidiendo a aquellos infractores de las leyes nacionales del territorio donde se lleva a cabo la inversión puedan acogerse a su jurisdicción, y así obtener provecho de un actuar ilícito.

Respecto al estándar de la prueba que deben tener en cuenta los tribunales señala que:

“303. El Tribunal toma nota de la afirmación de la Demandada de que, cuando hay alegatos de corrupción, fraude u otras irregularidades graves en los procedimientos de arbitraje, los tribunales arbitrales no deben aplicar un estándar de prueba más alto que el estándar de preponderancia de la prueba, y que la evidencia circunstancial puede ser tomado en consideración”⁷⁶ [Resaltado y subrayado nuestro]

Si bien, la presente investigación no es una de carácter procesal, es importante mencionar que cuando una de las partes invoca la corrupción o el fraude como argumento de su defensa, este hecho debe ser acreditado de forma fehaciente dentro del procedimiento arbitral, inclusive si dentro del territorio donde fue desarrollada la inversión, se hubieran llevado procesos ante autoridades nacionales que hubieren determinado su existencia.

⁷⁵ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “301. It is a well-established principle of international law that a tribunal constituted on the basis of an investment treaty has no jurisdiction over a claimant's investment which was made illegally in violation of the laws and regulations of the Contracting State”

⁷⁶ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: 303. “The Tribunal notes the Respondent's submission that, where there are allegations of corruption, fraud or other such serious wrongdoing in arbitration proceedings, arbitral tribunals should not apply a higher standard of proof than the preponderance of evidence standard, and that circumstantial evidence may be taken into consideration”.

3.1.6. Caso Unión Fenosa Gas S.A v. República Árabe de Egipto⁷⁷

El presente caso, tuvo como intervinientes a las empresas Unión Fenosa Gas S.A como demandante y La República Árabe de Egipto como demandado. El fallo fue emitido el 31 de agosto de 2018 por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas de Inversiones, catalogado como Caso CIADI N° ARB/14/4.

La controversia sujeta al Tribunal Arbitral se circunscribe a la afectación de la inversión de los demandantes en la planta de licuefacción de gas natural denominada “Planta Damietta” y, los derechos legales y contractuales asociados.

El objeto de la inversión consistía en la construcción de una planta y la licuefacción, envío, regasificación y comercialización de gas natural, para lo cual se celebró un contrato EPC de construcción y un contrato de compra venta de gas natural entre *Egyptian General Petroleum Corporation* y el demandante.

El demandante alega que sus inversiones han sufrido daños significativos como resultado de las decisiones de la República de Egipto de reducir y cortar el suministro de gas natural a la “Planta Damietta”, lo cual resultó en la paralización completa de actividades por falta del suministro necesario de gas para funcionar.

La postura del demandado, se centra en la falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral, debido a que el “Proyecto Damietta” fue obtenido a través de medios ilegales y corruptos, violando así las leyes de Egipto y el orden público internacional.

El hecho materia de corrupción imputado por la demandada consiste en: 1) La existencia de un proceso plagado de corrupción para la selección de un subcontratista en la construcción de la planta del “Proyecto Damietta”, donde el director ejecutivo del subcontratista se declaró culpable de prácticas corruptas y soborno; 2) La contratación de Hussein Salem, ex oficial de inteligencia egipcio (el cual se declaró públicamente el uso de conexiones personales), y la participación de otros personajes vinculados al tráfico de influencias y prácticas corruptas en la celebración del contrato de compra venta de gas.

Además, el demandado sostiene que el contrato de compra venta de gas, no se obtuvo a través de un proceso de licitación competitivo conforme a la ley de Egipto, ya que el demandante no contaba con experiencia en el rubro. Así también, no existieron precios adecuados y hubo una aprobación unilateral por el Ministro de Petróleo

El Tribunal Arbitral después de examinar las pruebas presentadas en el proceso, concluyó que no existía evidencia de corrupción contra la demandante respecto al contrato de compra venta de gas, y en consecuencia desestimó las alegaciones de corrupción formuladas por el demandado.

Algunos de los argumentos contenidos en el fallo del tribunal que nos parecen resaltantes son los siguientes:

Respecto a la legalidad de los contratos obtenidos a través de actos de corrupción, el tribunal recuerda que:

⁷⁷ <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10061.pdf>

“7.17 La Demandada afirma que los contratos obtenidos mediante actos de corrupción son contrarios a la legislación egipcia y al orden público internacional. La Demandada hace referencia a varias decisiones de los tribunales egipcios, que han sostenido que dichos contratos son nulos y sin efecto. Según la Demandada, como resultado, el SPA, los Contratos de peaje y todos los acuerdos auxiliares son inválidos y legalmente inaplicables como materia de derecho internacional, egipcio e inglés; y cualquier derecho en virtud de estos acuerdos o derechos o activos que resulten de su implementación no están protegidos por el Tratado y el Convenio del CIADI”⁷⁸ [Resaltado y subrayado nuestro]

Esta referencia a un argumento sostenido por la República de Egipto (no rebatido por el Tribunal Arbitral) es pertinente, ya que nos muestra la postura del derecho egipcio respecto a los contratos que han sido obtenidos a través de actos de corrupción o fraude, cuyo remedio es sin lugar a dudas la nulidad del contrato principal, y en consecuencia de todos los acuerdos accesorios.

Así también, podemos advertir que la legalidad de la inversión y en consecuencia del contrato, se sustenta en la contravención de normas de carácter nacional del territorio donde se realizó la inversión y, además aquellas de carácter internacional, que son comunes a la mayoría de los Estados, como la lucha contra la corrupción.

De esta forma, respecto a los efectos del orden público internacional señala que:

“7.48. Por lo tanto, según concluye el Tribunal, el efecto del orden público internacional en virtud del Tratado como una cuestión de derecho internacional y también como una cuestión de derecho egipcio, la corrupción probada por parte de la Demandante al adquirir el SPA sería fatal para las reclamaciones de la Demandante derivadas de la SPA en este arbitraje, en lo que respecta a la jurisdicción, la admisibilidad y el fondo.”⁷⁹ [Resaltado y subrayado nuestro]

De esta forma, se evidencia que la aplicación del orden público internacional en un pronunciamiento del CIADI, nace de la voluntad de un Estado de la suscripción de un tratado, a través del cual, expresa su deseo a acoger ciertos principios comunes a los demás países que también lo suscriben.

Respecto a la cesión de posición contractual:

“7.50 La Demandante no era parte original del SPA. Sin embargo, como se decidió en otra parte de este Laudo, la Demandante está en la piel del Comprador original (UFACEX). El Demandante no puede tener mejores derechos en virtud del Tratado que UFACEX, su empresa asociada. El Comprador original y el Demandante estuvieron, juntos,

⁷⁸Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “7.17 The Respondent asserts that contracts obtained through acts of corruption are contrary to Egyptian law and international public policy. The Respondent refers to several decisions of the Egyptian courts, which have held that such contracts are null and void. (...) According to the Respondent, as a result, the SPA, the Tolling Contracts, and all ancillary agreements are invalid and legally unenforceable as a matter of international, Egyptian and English law; and any rights under these agreements or rights or assets resulting from their implementation are not protected under the Treaty and the ICSID Convention”.

⁷⁹ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “7.48. Thus, so the Tribunal concludes, the effect of international public policy under the Treaty as a matter of international law and also as a matter of Egyptian law, proven corruption by the Claimant in procuring the SPA would be fatal to the Claimant’s claims derived from the SPA in this arbitration, as regards jurisdiction, admissibility and the merits”

estrechamente involucrados en el Proyecto Damietta desde el principio”⁸⁰ [Resaltado y subrayado nuestro]

Este extremo cobra importancia, respecto a la realidad sobre las inversiones existentes en todo el mundo, donde es usual que la empresa demandante no sea la misma empresa la que obtuvo la licitación u haya participado en los actos de corrupción para la obtención de los contratos.

De esta forma se expresa con claridad que, mediante la inclusión de un tercero en la relación primigenia, se produce una sustitución de la parte original en el contrato (piel del comprador original), por lo que, su falta de participación en el acto ilícito, no legitima la inversión irregular sobre la que se demanda ante el Tribunal Arbitral.

3.2. Pronunciamientos de High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court.

3.2.1. Caso Honeywell International Middle East Ltd v. Meydan Group LLC⁸¹

El presente caso, tuvo como intervinientes a la empresa *Honeywell International Middle East Ltd* como demandante y la empresa *Meydan Group LLC* como demandado. El fallo del Caso HT-12-372, estuvo a cargo del juez Mr. Justice Ramsey, y fue emitido el 30 de abril de 2014, por la *High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court*.

El 17 de septiembre de 2007, *Meydan* celebró un contrato con la empresa *Arabtec-WCT JV*, el cual se denominó “Contrato Arabtec”, por el cual *Arabtec* se obligaba a realizar la ejecución de determinadas obras en un hipódromo propiedad de *Meydan*.

La empresa demandante *Honeywell*, fue invitada por *Meydan* a presentar una licitación para ser subcontratista de *Arabtec* en algunas obras del proyecto, resultando posteriormente ganadora y finalmente nombrada como subcontratista en el proyecto del hipódromo.

Con el tiempo, el contrato con *Arabtec* fue rescindido, pero *Honeywell* continuó trabajando en el hipódromo.

En fecha 7 de junio de 2009, *Meydan* y *Honeywell*, finalmente firmaron un contrato para la ejecución y finalización de las obras pendientes en el proyecto del hipódromo.

En febrero de 2012, *Honeywell* ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales de *Meydan*, planteó un arbitraje en Dubái, y obtuvo un Laudo favorable donde se le reconocía el pago de aproximadamente 12,6 millones de libras esterlinas.

Honeywell procuró ejecutar el fallo obtenido de un Tribunal Arbitral de Dubái en fecha 01 de marzo de 2012 en el Reino Unido, para lo que, obtuvo la autorización por un Tribunal de Primera Instancia de Dubái. Esta autorización fue materia de anulación por parte de *Meydan*.

⁸⁰ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “7.50 The Claimant was not an original party to the SPA. However, as elsewhere decided in this Award, the Claimant stands in the shoes of the original Buyer (UFACEX). The Claimant can have no better rights under the Treaty than UFACEX, its associated company. The original Buyer and the Claimant were, together, closely involved in the Damietta Project from the outset.”

⁸¹ <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/1344.html>

La posición del demandado se basaba en la ilegalidad del Laudo emitido por el Tribunal Arbitral de Dubái, argumentando que el contrato se obtuvo a través de soborno, y que la licitación mostraba un acuerdo entre el demandante y *Teo A Khing Design Engineering Consultants* (entonces representantes de *Meydan*), lo que encubría una comisión secreta.

También, sostiene que el orden público inglés impide la ejecución de laudos donde se otorgue a una persona los frutos de sus acciones corruptas.

El hecho materia de corrupción planteado por el demandado, se basa en que *Honeywell* presuntamente habría realizado el pago de un soborno a través de la empresa *Teo A Khing Design Engineering Consultants*, representantes de *Meydan* por un monto aproximado a 85,000 Libras esterlinas, para conseguir la licitación del proyecto en el hipódromo, bajo el falso concepto de “litografía”, “licitación” y “tarifas de documentos”.

El Juez Mr. Ramsey, rechazó el argumento de *Meydan* sobre la ilegalidad del laudo, y en consecuencia denegó la anulación de la autorización para ejecutar el laudo obtenida por *Honeywell*.

Cabe mencionar, que el Juez, rechazó el argumento de que el laudo favorable obtenido por *Honeywell* era contrario al orden público, debido a que, si bien el soborno es contrario al orden público, no existe ningún principio que contemple que es contrario al orden público inglés hacer cumplir un contrato obtenido a través de actos de corrupción.

Algunos de los argumentos contenidos en la decisión de la Corte, que nos parecen importantes mencionar son los siguientes:

Respecto al efecto del soborno en el contrato, señala que:

“93. **En este caso, existe un problema entre los expertos en cuanto a si el soborno hace que el contrato subyacente sea nulo o anulable.** El Sr. Edge considera que un contrato celebrado mediante soborno o falsificación es *prima facie* un contrato **nulo** (párrafo 89 de su opinión), mientras que el Sr. Khan considera que es probable que se considere **anulable** (párrafo 67 de su informe). Cualquiera que sea la posición sobre si el contrato subyacente es nulo o anulable, la disposición del Artículo 6.1 de las Reglas de 2007 significa, como sostiene Honeywell, **que incluso si la alegación de soborno se hizo y el soborno afectó de alguna manera el Contrato celebrado directamente entre Meydan y Honeywell que, debido al principio de separabilidad, no tendría ningún efecto en el acuerdo de arbitraje de la Cláusula 20.6 del Contrato,** que se trata de un acuerdo distinto.”⁸² [Resaltado y subrayado nuestro]

De lo expuesto por el Tribunal, queremos rescatar el reconocimiento que le dan los tribunales internacionales al conflicto entre los expertos sobre si el soborno o los actos de corrupción producen que el contrato subyacente sea nulo o anulable. Este extremo es importante, debido a que la elección del remedio en cualquiera de los casos, desencadenará distintos efectos sobre el

⁸² Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “93. In this case there is an issue between the experts as to whether bribery makes the underlying contract void or voidable. Mr Edge considers that a contract entered into by bribery or forgery is *prima facie* a void contract (paragraph 89 of his opinion) whereas Mr Khan considers it is likely to be viewed as voidable (paragraph 67 of his report). Whatever the position on whether the underlying contract is void or voidable, the provision in Article 6.1 of the 2007 Rules means, as Honeywell submits, that even if the allegation of bribery were made out and the bribery did in some way affect the Contract entered into directly between Meydan and Honeywell that would not, because of the principle of separability, have any effect on the arbitration agreement in Clause 20.6 of the Contract which is treated as a distinct agreement.”

contrato y su vigencia, y su análisis se fundamentará en la legislación propia de cada territorio, y el orden público internacional.

Respecto a la postura del derecho inglés frente a los contratos donde existe presencia de corrupción, señala que:

“178. Honeywell sostiene que, incluso si se establecieran las acusaciones de soborno de Meydan, según la ley inglesa, no resultarían en que la aplicación fuera contraria al orden público. **Sostiene que no existe ningún principio de la ley inglesa en el sentido de que sea contrario al orden público inglés hacer cumplir un contrato que ha sido obtenido mediante soborno. Sostiene que debe establecerse una distinción entre la ejecución de contratos para cometer fraude o soborno y los contratos que se adquieren mediante soborno.** Dice que, si bien los contratos para cometer fraude o soborno son contrarios al orden público y no se harán cumplir, **los contratos que se hayan obtenido mediante soborno son anulables para la ley inglesa,** siempre que se pueda realizar una contra-restitución. Honeywell se basa en la decisión en *Wilson v Hurstanger* [2007] 1 WLR 2351. Sostiene que, a menos que y hasta que se anule un contrato adquirido mediante soborno, el contrato será válido. **Por lo tanto, como una cuestión de orden público de la ley inglesa, los tribunales harán cumplir un contrato adquirido mediante soborno sujeto a que la parte inocente tenga, en las circunstancias apropiadas, el derecho a anular el contrato**”.⁸³ [Resaltado y subrayado nuestro]

De lo indicado por el Juez, advertimos que, realiza una distinción crucial entre dos tipos de contrato donde se encuentra involucrado el soborno o la corrupción: 1) Los contratos para cometer fraude, que puede materializarse, por ejemplo, en contratos de consultoría, cuya verdadera finalidad es el pago de sobornos; o 2) Los contratos adquiridos por soborno o a través de actos de corrupción, el cuál según el Juez, no es contrario al orden público inglés.

En ese sentido, podemos advertir, que, en el presente caso conforme al ordenamiento jurídico inglés, solo podrán ser declarados nulos los contratos celebrados para cometer actos ilícitos; mientras que aquellos contratos obtenidos a través de actos corrupción serán anulables, lo cual implica que sus efectos seguirán produciéndose, hasta que la parte perjudicada decida ponerles fin.

3.2.2. Caso National Iranian Oil Company (NIOC) v. Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation LTD⁸⁴

El presente caso tiene como demandante a las empresas *Crescent Petroleum Company International Ltd & Crescent Gas Corporation LTD* y como demandado a *National Iranian Oil Company*

⁸³ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “178. Honeywell submits that, even if Meydan’s allegations of bribery were established, they would not, as a matter of English law, result in enforcement being contrary to public policy. It submits there is no principle of English law to the effect that it is contrary to English public policy to enforce a contract which has been procured by bribery. It submits that a distinction must be drawn between the enforcement of contracts to commit fraud or bribery and contracts which are procured by bribery. It says that whilst contracts to commit fraud or bribery are contrary to public policy and will not be enforced, contracts which have been procured by bribery would be rendered voidable at English law, provided that counter-restitution can be made. Honeywell relies on the decision in *Wilson v Hurstanger* [2007] 1 WLR 2351. It submits that, unless and until a contract procured by a bribe is avoided, the contract will be valid. Thus, as a matter of English law public policy, the courts will enforce a contract procured by bribery subject to the innocent party having, in appropriate circumstances, a right to avoid the contract”.

⁸⁴ https://www.uncitral.org/docs/clout/GBR/GBR_040316_FT.pdf

(NIOC), bajo el Caso N° 2014 Folio 1028. El fallo fue emitido el 04 de marzo de 2016 por *High Court of Justice, Queen's Bench Division Commercial Court*.

La controversia se circunscribe al contrato celebrado en fecha 25 de abril de 2001, entre *National Iranian Oil Company* y *Crescent Petroleum*, el cual tenía como objeto el suministro y compra de gas a largo plazo entre las partes. Posteriormente, *Crescent Petroleum* cedió su parte en el contrato a su subsidiaria *Crescent Gas*.

Los demandantes iniciaron un arbitraje argumentando que el demandado había incumplido el contrato al no suministrar el producto al que se había comprometido en el contrato.

La defensa de *National Iranian Oil Company* se sustenta en que el contrato de suministro y compra de gas fue obtenido a través de actos de corrupción, y además que, la cesión de posición contractual entre los demandantes fue obtenido sin el consentimiento de NIOC.

El hecho de corrupción invocado, es un acuerdo de pagos entre un “Sr. Yazdi” y un “Sr. Hashemi”, con el propósito de influir en el resultado del contrato propuesto entre NIOC y *Crescent Petroleum*.

Realizada la evaluación de las pruebas y argumentos de las partes, el juez concluyó que el Tribunal Arbitral que resolvió la controversia en primer lugar estaba en lo correcto, ya que, si bien hubo discusiones sobre un “pago corrupto”, la ausencia de pruebas o cualquier desequilibrio en los términos del contrato indicaban que el presunto plan corrupto no tuvo efecto en el resultado del contrato. En ese sentido, el Contrato no era un contrato ilegal, y no fue adquirido mediante corrupción.

En consecuencia, el Juez Mr. Justice Burton, desestimó el argumento de corrupción del demandado, e indicó que la Corte inglesa no debía interferir con la decisión de los árbitros.

Algunos de los argumentos contenidos en la decisión de la Corte, que nos parecen importantes mencionar son las conclusiones a las que llega el juez:

Respecto al orden público inglés señala que:

“49 (1) El orden público inglés se aplica para permitir a un tribunal a negarse a hacer cumplir un contrato ilegal, incluso si no es ilegal según la ley extranjera pertinente, como un contrato para pagar un soborno. El contrato no puede ejecutarse porque *ex turpi causa haud oritur actio*: de una causa vergonzosa no puede surgir una acción. El contrato de suministro ejecutado por los Árbitros no fue ni se sugiere que sea un contrato ilegal, y la acción para ejecutarlo no surge de una causa deshonrosa”⁸⁵ [Resaltado y subrayado nuestro]

En este extremo, el tribunal hace una precisión sobre el carácter de “legalidad” de un contrato respecto a dos ordenamientos jurídicos distintos, es decir, puede que el contrato que se haya celebrado sea legal en un Estado X, pero ilegal en un Estado Y, donde es que se pretende ejecutar. De esta forma, cobra sentido que un tribunal pueda negarse a hacer cumplir un contrato, si considera que pondría en peligro su propio ordenamiento jurídico, más aún cuando

⁸⁵ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “49 (1) English public policy applies so as to lead a court to refuse to enforce an illegal contract, even if not illegal at relevant foreign law, such as a contract to pay a bribe. The contract cannot be enforced because *ex turpi causa haud oritur actio*: out of a disgraceful cause an action cannot arise. The supply contract enforced by the Arbitrators was not and is not suggested to be an illegal contract, and the action to enforce it does not arise out of a disgraceful cause”.

se trata de actos completamente repudiados a nivel internacional como la corrupción, que pone en riesgo el correcto funcionamiento de cualquier ordenamiento jurídico.

Respecto al ámbito de afectación del orden público señala que:

“49 (2) **No existe orden público inglés que permita que un tribunal se niegue a hacer cumplir un contrato obtenido mediante soborno.** Un tribunal podría decidir si hacer cumplir el contrato a costa de una de las partes. No es que el contrato sea inenforceable por razón del orden público, pero que el impacto del orden público no estará relacionado al contrato sino más bien, a la conducta de una de las partes o la otra”.⁸⁶ [Resaltado y subrayado nuestro]

La conclusión arribada por el juez es importante, ya que representa una postura consolidada para el derecho inglés, el cual admite la posibilidad dentro de su ordenamiento jurídico y su interpretación, que un tribunal pueda hacer cumplir un contrato obtenido a través de soborno o corrupción, ya que considera que el remedio a este tipo de contratos no es la nulidad sino la anulabilidad.

Respecto a la incertidumbre y la contaminación del contrato, señala que:

“49 (3) (...) El canto de sirena de la Sra. Dohmann, refiriéndose a las recientes convenciones internacionales para prohibir el soborno, y el aumento de legislación para criminalizarlo, es atractivo. **Pero, para introducir un concepto de contaminación de un contrato que de otro modo sería legal crearía incertidumbre y, en cualquier caso, socava totalmente la autonomía de las partes.** Allí Puede haber muchos contratos que han sido precedidos por conductas indeseables. de un lado, del otro o de ambos: mentiras, fraude, amenazas y cosas peores, pero **la Corte no interferiría con un contrato celebrado por dichas partes, incluso si uno o más de esas partes habían cometido actos delictivos por los que podían ser procesado, a menos que el contrato en sí sea ilegal e inenforceable,** o uno o más de los actos de dichas partes indujeron el contrato, en cuyo caso podría ser anulable en el caso de una parte inocente así inducida”.⁸⁷ [Resaltado y subrayado nuestro]

Así también, el tribunal reconoce que en el mundo existe una tendencia a la suscripción y adopción de tratados y convenciones que criminalicen y combatan la corrupción; sin embargo, señala que la introducción del concepto de “contaminación del contrato” crea incertidumbre y socava la autonomía de las partes. Creemos que este rechazo a la incertidumbre cobra sentido en un país donde la predictibilidad de las decisiones es fundamental para el funcionamiento de su sistema legal.

⁸⁶ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “49 (2) There is no English public policy requiring a court to refuse to enforce a contract procured by bribery. A court might decide to enforce the contract at the instance of one of the parties. It is not that the contract is unenforceable by reason of public policy, but that the public policy impact would not relate to the contract but to the conduct of one party or the other”.

⁸⁷ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “49 (3) (...) The siren call of Ms Dohmann, referring to recent international Conventions to outlaw bribery, and the increase of legislation to criminalise it, is attractive. But to introduce a concept of tainting of an otherwise legal contract would create uncertainty, and in any event wholly undermines party autonomy. There may be many contracts which have been preceded by undesirable conduct on one side or other or both – lies, fraud, threats and worse – but the Court would not interfere with a contract entered into by such parties, even if one or more of those parties had committed criminal acts for which they could be prosecuted, unless the contract itself was illegal and unenforceable, or one or more of the acts of such parties induced the contract, in which case it might be voidable at the instance of an innocent party so induced”.

3.3. Pronunciamientos de la International Court of Arbitration (ICC)

3.3.1. ICC Award Case N° 5622⁸⁸

En el presente caso, el demandado “Y” presentó una oferta ante las autoridades argelinas, en respuesta a una invitación que recibió para licitar en el país.

Para ayudar a la obtención del contrato, el demandante “X” y el demandado “Y” celebraron un acuerdo para que, el demandante brinde asesoramiento legal y fiscal al demandado, y a su vez, coordine a sus subcontratistas.

De esta forma, advertimos la existencia de dos contratos distintos: 1) Entre “Y” y las autoridades argelinas; y 2) Entre “X” e “Y” para facilitar la obtención del primer contrato.

El presunto hecho de corrupción, es que el primer contrato con las autoridades argelinas se celebró a través de sobornos, y el segundo contrato entre “X” e “Y” se pactó para facilitar la actividad irregular necesaria para la obtención del primer contrato, siendo prueba de ello las altas comisiones que se acordaron.

Por el contrato celebrado entre “X” e “Y”, el demandado se obligó frente al demandante a pagarle un porcentaje del precio del contrato de construcción una vez que se obtuviera el contrato con las autoridades argelinas; sin embargo, el demandado solo pagó el 50% del monto acordado, argumentando que el desempeño del demandante era deficiente.

El demandante inició el arbitraje para solicitar el pago del monto adeudado por el demandado, equivalente al 50% del porcentaje del precio del contrato de construcción con las autoridades argelinas que ayudó a obtener, presuntamente a través de sobornos.

El Árbitro rechazó la petición del demandante.

Consideramos relevantes los siguientes argumentos contenidos en el laudo:

Respecto a los efectos del soborno o corrupción en el ordenamiento jurídico suizo, señala que:

"21. Ahora, podemos preguntarnos si la celebración del contrato entre el acusado y las autoridades argelinas dependía de los sobornos pagados por el reclamante. Es importante dar respuesta a esta pregunta, porque si este fuera el caso el contrato sería nulo y sin efecto. La Corte Suprema ha afirmado este principio en varias ocasiones"⁸⁹ [Resaltado y subrayado nuestro]

⁸⁸ https://www.trans-lex.org/205622/_/icc-award-no-5622-yca-1994-at-105-et-seq-/#head_1

⁸⁹ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: 21 "Now, we may ask ourselves whether the conclusion of the contract between defendant and the Algerian authorities depended on bribes paid by claimant. It is important to give an answer to this question, because if this were the case the contract would be null and void. The Supreme Court has affirmed this principle on several occasions.

Conforme a lo expresado por el tribunal, podemos advertir que, para el ordenamiento jurídico suizo y sus cortes, el soborno o los actos de corrupción, tienen como consecuencia el remedio de la nulidad del contrato.

Cabe señalar que, en el presente caso, la controversia se circunscribía sobre un contrato que tenía como fin facilitar el pago de sobornos, sobre el cual no se realizó el pago de las comisiones pactadas. En este tipo de contratos; existe un consenso internacional que deben ser considerados ilícitos y su remedio es la nulidad.

Otro aspecto importante a resaltar, es respecto al estándar de prueba del soborno en el derecho suizo, y donde señala que

“23. En el presente caso, el soborno no ha sido probado más allá de toda duda. Es cierto que es posible probar algo mediante prueba indirecta y que el art. 8 del Swiss CC 3 no excluye la evidencia indirecta. Sin embargo, es necesario que se presente un conjunto suficiente de pruebas indirectas para permitir al juez basar su decisión en algo más que hechos probables, es decir, hechos que no han sido probados (véase H. Deschenaux, 'Le Titre préliminaire du Code civil', Traité de droit civil suisse, vol. II / I (Friburgo 1969) pág. 219 y siguientes). Por lo tanto, no se ha presentado evidencia de soborno y la evidencia indirecta no es lo suficientemente relevante”.⁹⁰ [Resaltado y subrayado nuestro]

Si bien, reiteramos que la presente investigación no es de materia procesal, es ilustrativo resaltar la posición de los tribunales internacionales fallando sobre ordenamientos jurídicos distintos como el suizo, donde se admite que, para la probanza de los hechos de corrupción que se aleguen, se utilice la evidencia indirecta o circunstancial, la cual permite al juez determinar la existencia de corrupción a través de pruebas circunstanciales, que en su conjunto pueden suplir la inexistencia de una prueba directa de corrupción, la cual por su naturaleza es bastante compleja.

3.3.2. ICC Award Case N° 11307⁹¹

Si bien del presente caso, no contamos con los hechos que dieron lugar a la controversia (la cual esta sujeta al ordenamiento jurídico sudafricano), creemos importante citar dos párrafos del Laudo Arbitral disponible, que expresan ideas de gran importancia:

Respecto a los supuestos de nulidad contenidos en el derecho sudafricano, señala que:

“[31] Al considerar esta cuestión, el Tribunal comienza por distinguir entre contratos que son nulos ab initio y contratos que son anulables, a elección de una u otra de las partes. En la ley sudafricana, un acuerdo es nulo por ilegalidad si la formación o ejecución, o el

⁹⁰ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “23. In the present case, bribery has not been proved beyond doubt. It is true that it is possible to prove something through indirect evidence and that Art. 8 of the Swiss CC3 does not exclude indirect evidence. However, it is necessary that a sufficient ensemble of indirect evidence be collected to allow the judge to base his decision on something more than likely facts, i.e., facts which have not been proven (see H. Deschenaux, 'Le Titre préliminaire du Code civil', Traité de droit civil suisse, Vol. II/I (Fribourg 1969) p. 219 et seq.). Thus, evidence of bribery has not been given and the indirect evidence is not sufficiently relevant”.

⁹¹ https://www.trans-lex.org/211307/_/icc-award-no-11307-of-2003-yca-2008-24-et-seq/

propósito final de ambas partes al contratar, está prohibido por ley, es decir, si es contraria al orden público o contra bonos mores. (Ver *Robertson contra Randfontein Estates Gold Mining Company Limited* 1925 AD 173 en 203). Un ejemplo de un acuerdo que es ilegal porque su realización está prohibida, es la venta de mercancías. **Un ejemplo de ilegalidad en la ejecución, es cuando se convierte en un acuerdo para cometer un delito.** Un ejemplo de la intención de ambas partes de promover un propósito contrario a la ley es el caso de una persona que induce a un fiscal a no enjuiciar por un delito. Dichos contratos son nulos porque se basan en una *turpis causa*⁹² [Resaltado y subrayado nuestro]

De lo señalado por el Tribunal se advierte que, para el derecho sudafricano, un contrato cuya finalidad es la comisión de un delito es considerado nulo por ilícito al ser contrario al orden público o las buenas costumbres, e introduce un concepto interesante que es la *turpis causa*, referida a la inmoralidad, y que no permite que el contrato pueda desprender obligaciones.

En ese sentido, el tribunal reconoce la existencia de escenarios donde el infractor pueda llegar a los tribunales buscando recibir los frutos o beneficios de su actuar ilegal, y como deben responder las cortes sudafricanas. Así, señala que:

“[42] "Hay tres situaciones. **La primera, si un sobornante demanda en mérito de un contrato contaminado por soborno, el tribunal no amparará al sobornador por turpis causa.** La segunda, es si el malhechor demanda en su lugar sobre la base de enriquecimiento injusto, la Corte podría, dependiendo de las circunstancias y de la conducta del sobornante, aún no ampararlo u otorgarle alguna compensación. La tercera situación es cuando la parte inocente demanda la restitución. En general, debe restituir los beneficios que ha recibido en virtud del contrato y si no puede, debe hacer una sustitución monetaria, de lo contrario, la parte culpable será "robada". En otras palabras, la parte inocente se enriquecerá injustamente al recibir de vuelta lo que había otorgado y al conservar lo que había recibido”⁹³ [Resaltado y subrayado nuestro]

Los escenarios planteados se presentan en cualquier contexto donde se haya celebrado un contrato contaminado por corrupción, y donde las partes (usualmente gobiernos) advierten su existencia a través de entes nacionales; y donde sus opciones disponibles frente a un arbitraje internacional son la defensa frente al infractor que, desea percibir el fruto de su conducta ilícita,

⁹² Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es “[31] In considering this issue, the Tribunal starts by distinguishing between contracts that are void ab initio and contracts that are voidable, at the option of one or other of the parties. In South African law, an agreement is void for illegality if the making or the performance of it, or the ultimate purpose of both parties in contracting, is prohibited by statute or common law — that is to say, if it is contrary to public policy or is contra bonos mores. (See *Robertson v. Randfontein Estates Gold Mining Company Limited* 1925 AD 173 at 203). An example of an agreement being illegal because the making of it is prohibited, is the sale of merchandise prohibited by statute. An example of illegality when performance renders it so is an agreement to commit a crime. An example of both parties intending to further a purpose contrary to law is afforded by the case of a person giving a prosecutor an inducement not to prosecute for a crime. Such contracts are void because they are based on a *turpis causa*”

⁹³ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es “[42] There are three situations. First, if a briber sues on a contract tainted by bribery, a court will non-suit the briber by reason of *turpis causa*. Secondly, if the wrongdoer sues instead on the basis of unjust enrichment, the Court might, depending on the circumstances and the briber's conduct, still non-suit him or grant him some compensation. The third situation is where the innocent party sues for restitution. In general, he must restore the benefits he has received under the contract, and if he cannot, he must make a monetary substitution — otherwise the guilty party will be 'robbed'. In other words, the innocent party would be unjustly enriched by receiving back what he had parted with and keeping what he had received”.

o la restitución de sus prestaciones. Cabe señalar, que los efectos que produzca la corrupción se sujetarán a la consideración del ordenamiento jurídico aplicable sobre su nulidad o anulabilidad.

3.3.3. ICC Award Case N° 12990

El presente caso tiene como demandante a una empresa petrolera X y como demandado a un Estado Y, los cuales celebraron un conjunto de acuerdos conjuntamente con otras empresas petroleras bajo la ley francesa, uno de los cuales le reconocía a X el pago de sumas de dinero y especie.

El gobierno del Estado Y que celebró el acuerdo fue derrocado posteriormente en una guerra civil, y el nuevo gobierno se negó a pagar las sumas de dinero y en especie a la empresa petrolera X.

La controversia se circunscribe a un contrato (parte de un conjunto de acuerdos) celebrado entre las partes del conflicto, donde se le reconocía a X, el derecho a recibir un pago.

La postura del Estado Y, respecto al incumplimiento se centra en que el contrato invocado es nulo y contrario al orden público, por haberse celebrado con la finalidad de enriquecer a dirigentes corruptos del gobierno derrocado.

El demandante solicitaba el pago de las sumas de dinero y especie adeudadas por parte del Estado “Y”.

El Tribunal Arbitral luego de analizada las pruebas, rechazó la petición de la empresa petrolera X y concluyó en la existencia de corrupción y la nulidad del contrato. Así sostiene que:

“(…) Después de examinar los indicadores típicos de corrupción (falta de pruebas, brevedad de las negociaciones, modalidades de pago inusuales, remuneración exageradamente elevada, corrupción endémica en el país en cuestión, secretismo, incriminación de personas involucradas), **el Tribunal Arbitral encontró pruebas de corrupción, dictaminó que el acuerdo era nulo y desestimó la reclamación del demandante**” (ICC 2013: 2)”

Cabe resaltar que el tribunal internacional identificó ciertos indicadores típicos en este tipo de controversias, las cuales deben ser probadas por la parte que alega el soborno o corrupción como su defensa, los cuales, si bien idealmente deberían ser acreditados con una serie pruebas directas, en su ausencia pueden ser suplidos por un conjunto de indicios o hechos circunstanciales que permitan concluir en su existencia, dependiendo del ordenamiento jurídico aplicable a la controversia.

Algunos de los argumentos contenidos en el laudo, que nos parecen importantes mencionar son:

Respecto al carácter ilícito de la corrupción bajo la legislación francesa señala que:

“188. **Es ampliamente aceptado por la ley francesa (...); Court de Fontmichel (...) que los contratos cuyo objeto sea la corrupción [o que se hayan obtenido por prácticas corruptas] son ilícitos.** En todo caso, ninguna de las partes objeta que, como cuestión de derecho, la corrupción constituye una contraprestación ilícita de conformidad con el artículo 1133 de la FCC”⁹⁴ [Resaltado y subrayado nuestro]

⁹⁴Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “188. It is widely accepted under French Law (...); Court de Fontmichel (...) that contracts pursuant to which the object is corruption [or which have been entered into

“193. A la luz de lo anterior, ya sea de conformidad con la legislación francesa o con las normas internacionales de política pública, la corrupción es ilícita. **En otras palabras, si se demostrara corrupción en este caso, el ... Protocolo (...) no se consideraría válido según la legislación francesa**”⁹⁵ [Resaltado y subrayado nuestro]

“345. Esta disposición implica en particular que un contrato que tenga una **causa ilícita es nula y sin valor**”⁹⁶ [Resaltado y subrayado nuestro]

De lo expresado por el Tribunal, advertimos que, para el derecho francés, la nulidad es el único remedio posible para los contratos que se encuentren contaminados por corrupción, en cualquiera de sus supuestos (contratos para la corrupción, y aquellos obtenidos a través de actos de corrupción). Así también, identifica a la causa, como el elemento del contrato, sobre el cuál recae la ilicitud que se desprende del soborno o la corrupción.

3.3.4. ICC Award Case N° 13914

El presente caso tiene como demandante a un empresario con experiencia trabajando con y para el gobierno de un Estado Africano, y el demandado es una empresa estadounidense, que deseaba adquirir el derecho a realizar estudios sísmicos previos para la exploración petrolífera.

El demandante y el demandado celebraron un contrato de asesoría y otros, con el fin de que el demandado obtenga la concesión para realizar los estudios sísmicos. La contraprestación por la consultoría eran pagos de las comisiones sobre las ventas de los datos obtenidos por los estudios.

El demandado no cumplió con realizar el pago de la totalidad de comisiones adeudadas, alegando que el demandante había cometido actividades ilícitas y realizado el pago de sobornos a funcionarios de la empresa estatal que contaba con los derechos referentes a la concesión. Además, el demandado señaló que el pago de sobornos contraviene la ley estadounidense de prácticas corruptas en el extranjero.

La ley aplicable al acuerdo de consultoría es la del Estado de Texas.

El demandante busca con el arbitraje el pago de una indemnización por incumplimiento del contrato, y por deducciones ilegales a las comisiones que se le adeudaba.

El Tribunal Arbitral rechazó la petición del demandante, al advertir la existencia de múltiples hechos que mostraban corrupción en el caso. Además, basándose en la jurisprudencia arbitral y de Texas, concluyó que los acuerdos eran nulos.

Dentro de los hechos que evidenciaban y facilitaban la detección de la corrupción, el Tribunal Arbitral consideró:

because of corrupt practices] are illicit. In any event, neither of the parties contests that, as a matter of law, corruption constitutes an illicit consideration pursuant to article 1133 of the FCC.

⁹⁵ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “193. In light of the above, whether it be under French law or international public policy rules, corruption is illicit. In other words, should corruption be shown in this case, the... Protocol (...) would not be considered valid under french law”.

⁹⁶ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “345. This provision notably entails that a contract that has an illicit consideration is null and void”

“(…) país corrupto, elevado tipo de comisión, documentación insuficiente, falta de cualificación del consultor, interés y participación de los beneficiarios del soborno (…)” (ICC 2013 :3)

Algunos de los argumentos contenidos en el laudo, que nos parecen importantes mencionar son:

Respecto a la corrupción y el orden público internacional señala que

“230. Como se mencionó anteriormente, el lavado de dinero, la corrupción, el fraude y actividades similares son delitos en la mayoría de los países civilizados. Varias promulgaciones y tratados internacionales prohíben estas actividades delictivas. **La lucha contra la corrupción es una parte integral del orden público internacional que se refleja, entre otras cosas, en las siguientes convenciones internacionales y la legislación estadounidense (incluida la ley de Texas)**”⁹⁷

El Tribunal reconoce la importancia de la lucha contra la corrupción en el mundo, y su inclusión como parte del orden público internacional a través de las convenciones internacionales y dentro de los ordenamientos jurídico nacionales. En ese sentido, el indicador de legalidad del contrato, se basará usualmente en primer lugar, en la regulación específica sobre corrupción de los países donde se desarrolla el contrato, y posteriormente en normas internacionales, que tienen un carácter más abstracto y común a la mayoría de los Estados en el mundo.

Respecto del contrato y la violación del orden público señala que:

“234. Phylis J. Speedlin, Juez de la Corte de Apelaciones de Texas, San Antonio, concluyó en su opinión lo siguiente (véase Villanueva v. González, 123 SW 3d 461, 464 (Tex. App. (San Antonio) 2003); anexo R-166): **"Un contrato para hacer algo que no puede realizarse sin violar la ley viola el orden público y es nulo. El propósito de esta regla no es proteger o castigar a ninguna de las partes del contrato, sino beneficiar y proteger al público"**⁹⁸

Es innegable que la finalidad del remedio de la nulidad sobre un contrato, siempre busca la protección de intereses comunes reflejados en el orden público nacional e internacional, ya que, si se permite la presencia de un acto como la corrupción dentro de los contratos, se estaría poniendo en peligro el propio funcionamiento del orden jurídico, y desprotegiendo el interés público.

Respecto a los precedentes de corrupción en los contratos, sostiene que:

“238. En resumen, el Tribunal Arbitral concluye que los precedentes arbitrales y las autoridades que se ocupan del soborno y corrupción son claros: **si la evidencia establece que el soborno ha sido parte de su intención, y de hecho surge de un acuerdo de consultoría, dicho acuerdo se declara nulo ab initio.** Ninguna de las partes puede exigir el cumplimiento del

⁹⁷ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “230. As mentioned above, money laundering, corruption, fraud and similar activities are criminal in most civilized countries. Several international enactments and treaties ban these criminal activities. Anti-corruption is an integral part of the international public policy reflected, amongst other, in the following international conventions and US law (including Texas Law) (…).”

⁹⁸ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es: “234. Phylis J. Speedlin, Justice of the Court of Appeals of Texas, San Antonio, concluded in her opinion the following (see Villanueva v. Gonzalez, 123 S.W. 3d 461, 464 (Tex. App. (San Antonio) 2003); exhibit R-166): "A contract to do a thing which cannot be performed without violation of the law violates public policy and is void. The purpose behind this rule is not to protect or punish either party to the contract, but to benefit and protect the public"

contrato ni buscar restitución en virtud del mismo. Los tribunales de Texas aplican el mismo estándar (...)”⁹⁹

De esta forma se advierte, que, para la Ley de Texas, el remedio para un contrato de consultoría cuya finalidad es el pago de sobornos para la obtención de otro contrato con el Gobierno de un Estado X, es la nulidad, y, en consecuencia, las partes no pueden buscar el cumplimiento de las obligaciones que contempla.

Por último, debo señalar que, de los distintos pronunciamientos efectuados por los Tribunales Arbitrales, se puede concluir que el soborno y la corrupción se encuentran proscritos en todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

3.4. Pronunciamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

En el presente punto, revisaremos un pronunciamiento arbitral obtenido en Bogotá, Colombia, el cual tiene como demandante a la empresa Concesionaria Ruta del Sol S.A.S, y como demandado al Gobierno Colombiano, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI.

La controversia se circunscribe al Contrato de Concesión N° 001-2010, por el cual se preveía la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento del Proyecto Vial Ruta del Sol, y sobre el cuál, el demandado alega la existencia de hechos de corrupción durante el procedimiento de licitación pública.

3.4.1. Caso Concesionaria Ruta Del Sol S.A.S vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

El 6 de agosto del 2019, un Tribunal Arbitral en la ciudad de Bogotá – Colombia, declaró la Nulidad Absoluta del Contrato de Concesión N° 001 de 2010, sus otrosés y demás acuerdos contractuales, por objeto y causa ilícitos y por haber sido celebrados con abuso y desviación de poder.

A efectos de analizar el presente caso, es necesario que desarrollemos un poco el contexto en el que se emitió este laudo arbitral:

A.- Concesión Ruta del Sol 2

Mediante Licitación Pública SEA-LP-001-2009, el gobierno colombiano a través del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, buscó:

⁹⁹ Traducción libre del Tesista, el texto original en inglés es “238. In summary, the Arbitral Tribunal concludes that arbitration precedents and legal authorities dealing with bribery and corruption are clear: If bribery is established by the evidence to have been part of the intent of, and in fact arises out of, a consulting agreement, such agreement is to be declared null and void ab initio. Neither party may require performance of the contract nor seek restitution under it. The Courts in Texas apply the same standard (...)”

“Seleccionar las Propuestas más favorables para la adjudicación de tres (3) Contratos de Concesión, cuyo objeto será el otorgamiento a cada uno de los Concesionarios de una concesión para que realicen, por su cuenta y riesgo, las obras necesarias para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento, según corresponda, del Proyecto Vial Ruta del Sol y, la preparación de los estudios definitivos, la gestión predial y social, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras, en uno o más de los siguientes Sectores en los que se divide el Proyecto Sectores: Sector 1: Tobiagrande/Villeta - El Korán, Sector 2: Puerto Salgar – San Roque y Sector 3: San Roque – Ye de Ciénaga y Carmen de Bolívar– Valledupar” (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 4)

De lo cual se desprende que el Gobierno Colombiano con la intención de cerrar las brechas de infraestructura existente en su país, y satisfacer sus necesidades internas, buscaba celebrar un contrato de concesión para la construcción, rehabilitación, ampliación y mejoramiento de diferentes sectores que comprende el Proyecto Vial Ruta del Sol.

B.- Procedimiento de Contratación

Producto de la licitación SEA-LP-001-2009, se adjudicó el sector 2 del Proyecto Vial Rutas del Sol al proponente N° 03 “Estructura Plural Promesa de Sociedad Futura Concesionario Ruta del Sol S.A.S”, conformada por las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Invetimentos Em Infraestrutura Ltda, Estudios, Proyectos del Sol S.A., y CSS Constructores S.A.

Posteriormente, en fecha 14 de enero del 2010, se procedió a la celebración del Contrato de Concesión N° 01-2010, el cual fue posteriormente modificado en varias oportunidades entre los años 2013-2016.

Por último, conforme lo indica el propio laudo arbitral, “mediante Acuerdo celebrado el 22 de marzo de 2017, modificado el 27 de marzo del mismo año, de mutuo consenso, las Partes pactaron la terminación del Contrato, fijaron un período de transición y definieron una fórmula de liquidación que se comprometieron a someter a la aprobación del juez competente.

C.- Hechos de Corrupción

Respecto a los hechos materia de corrupción, se advierte que en el presente caso existe una sentencia penal condenatoria firme impuesta al Sr. Gabriel Ignacio García Morales, ex Viceministro de Transporte y Director del Instituto Nacional de Concesiones (Inco), por la cual se le condenó por la comisión de un delito en perjuicio del Estado Colombiano, y en beneficio de un tercero (personificado por la empresa ganadora de la licitación pública de concesión del sector 2 del Proyecto vial Rutas del Sol).

Así, se desprende de la cita que realiza el Tribunal Arbitral de la Sentencia condenatoria impuesta al Sr. Gabriel Ignacio García Morales, por el 31 Juzgado Penal de Circuito de Funciones de Conocimiento en el Caso: 2017-30333 CUI: 1101160 00000 2017 000077, el cual determinan que:

“La componenda consistió en que GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES asesorara al consorcio previamente referido, para que la propuesta que presentasen fuera perfecta, a más que también se comprometía a descalificar las propuestas con vicios formales y a impedir la flexibilización de los requisitos, es decir, a que el consorcio del que hacía parte ODEBRECHT fuera el ganador del proceso licitatorio; a cambio de lo cual se pactó un pago al señor GARCIA MORALES en la suma de seis millones quinientos mil (6.500.000) dólares, lo cual fue conocido y avalado por las directivas de ODEBRECHT

y por el señor MELO. Como en efecto se cumplió el acuerdo, pues el contrato fue adjudicado a quien prometió pagar por ello, al señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES director del INCO se le prometió dicho pago, pacto que en efecto se honró, pues a través de la empresa LURION TRADING INC, la que indicó el imputado, se realizó una serie de pagos, entre los que se lograron identificar uno por dos millones quinientos mil (2.500.000) dólares, otro por seiscientos ochenta y cinco mil setecientos cincuenta (685.750) dólares y otro por ciento treinta mil dólares (130.000) dólares, así mismo se verificó la entrega de un título accionario al portador acciones Pacific Infrastructure INC por dos millones de dólares (...)" **[El destacado y subrayado es nuestro]**(Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 407-408)

De lo indicado por el Juzgado Penal, se puede advertir las circunstancias sobre las cuales se desarrolló la conducta delictiva son las siguientes: i) La existencia de un procedimiento de contratación estatal; ii) Que el Sr. Gabriel Ignacio García Morales contaba con las facultades suficientes para que, en representación del Estado Colombiano, influya sobre el resultado del procedimiento; iii) Que el Sr. Gabriel Ignacio García Morales, prestó asesoría al Consorcio donde Odebrecht era parte, y en consecuencia la propuesta resultó ganadora; y iv) Existió una retribución indebida al sr. Gabriel Ignacio Gracia Morales ascendente a US\$ 6,500 000 dólares, por asesoramiento, y descalificación de las propuestas competidoras.

Respecto de la primera circunstancia, el procedimiento se desarrolló para lograr la celebración exitosa del Contrato de Concesión del Proyecto Rutas del Sol 2. Es decir, existía verdaderamente un procedimiento legítimo por parte del Estado Colombiano para la consecución de una finalidad pública materializada en el cierre de las brechas de infraestructura y necesidades sociales de su país.

Respecto de la segunda circunstancia, el poder con el que contaba el Sr. Gabriel García Morales, para definir el resultado de un procedimiento de contratación. Este debe ser evaluado en mérito del momento cuando se produjo su intervención durante el procedimiento de contratación.

De esta forma, será distinto que el hecho de corrupción se presente durante la formulación de las Bases del procedimiento, a que se produzca en la etapa de evaluación. Debido a que, cuando se evalúa una propuesta, se deben tener en cuenta las bases preestablecidas, las cuales deben contener los requerimientos mínimos de las propuestas y los factores para realizar su evaluación.

En ese sentido, el funcionario público encargado de la evaluación solo podrá tener criterio discrecional sobre aquello que no estuviera claro en las bases del procedimiento.

Respecto de la tercera circunstancia, el Sr. Gabriel García Morales, contaba con los conocimientos profesionales suficientes sobre contratación estatal, en su calidad de Viceministro de Transporte y director del Instituto Nacional de Concesiones (Inco), para brindar una asesoría exitosa al corruptor para que adecúe su propuesta a los requerimientos mínimos solicitados por el Estado, poniendo al Consorcio donde Odebrecht era parte en una clara ventaja frente a sus competidores.

Respecto de la cuarta circunstancia, debemos señalar que el pago consistió en la intervención del funcionario en dos actividades, la primera de asesoría al Consorcio donde Odebrecht era parte y, la segunda, por su intervención durante el proceso de evaluación a fin de asegurarse que la propuesta fuera la ganadora. Es decir, las actividades desarrolladas se dividen en una propia del cargo que ostenta, y una extraña a sus funciones.

En suma, podríamos abstraer la conducta del Sr. Gabriel Ignacio García Morales, en el siguiente supuesto de corrupción: “El funcionario público que, procurando intereses personales y de particulares, asesora a un consorcio postor en un procedimiento público de contratación y se compromete a descalificar las propuestas de los demás postores, a fin de que el corruptor pueda salir victorioso en perjuicio del Estado”.

Este supuesto, fue objeto precisamente de la valoración de la judicatura colombiana los cuales señalaron en la sentencia condenatoria citada por el Tribunal Arbitral que

“(…) La conducta del señor GARCIA MORALES es un perfecto ejemplo de cómo se puede afectar de diversas formas la administración pública, desconoció los deberes del cargo que ostentaba, director del INCO y aceptó coimas para efectuar un acto para el que solo lo debió motivar el cumplimiento de la labor para la que fue contratado, proceder que afecta el bien jurídico tutelado, pues cierra un manto de duda respecto del proceder de los empleados del Estado, ello en punto a la imagen que tiene la colectividad, pues genera una pérdida de confianza, la que puede hasta ser irreparable; **el señor GABRIEL IGNACIO GARCIA MORALES antepuso su intereses personal, económico, por sobre el oficial, al adjudicar el contrato del tramo dos de la ruta del sol al consorcio al que pertenecía ODEBRECHT, desconociendo la función de la que fue investido, lo que genera desprestigio en los procesos contractuales y le hace perder credibilidad al Estado Colombiano, lo que de forma evidente trastoca la administración pública; lo cual no deja dudas de la afectación al bien jurídico tutelado del que se viene hablando (…)**” [Destacado y subrayado es nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 414)

Por último, en nuestra opinión, al existir una sentencia condenatoria firme sobre el delito doloso contra la administración pública, el Tribunal Arbitral contaba con los elementos suficientes para sustentar un supuesto de corrupción. Precisamente, porque este extremo ya había sido objeto del debate y respeto de garantías propias de un proceso judicial.

Cabe señalar que, si bien existía este pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad de Gabriel García Morales, si este elemento no hubiera sido incorporado dentro del proceso arbitral, el Estado hubiera tenido que acreditar el supuesto de corrupción con otros medios probatorios. Lo cual es extremadamente difícil en la práctica.

D.- Nulidad del Contrato de Concesión N° 01-2010

Respecto a los fundamentos que sustentan la nulidad del contrato de concesión N° 01-2010, el Tribunal Arbitral fundamenta su decisión básicamente en dos supuestos: i) objeto ilícito y ii) causa ilícita. Respecto a ambas causales de nulidad, procederemos a analizar las posiciones contenidas en el laudo arbitral.

D.1.- Objeto ilícito

A efectos de analizar lo sostenido por el Tribunal Arbitral respecto al supuesto de objeto ilícito del contrato, es conveniente tener en cuenta que cuando hacemos referencia al objeto del contrato, nos estamos refiriendo a la obligación, que se traduce a su vez en las prestaciones contenidas en el contrato de concesión.

Habiendo dicho lo anterior, es necesario que el objeto a fin de considerarse adecuado para configurar un negocio jurídico deba ser física y jurídicamente posible, lícito y determinable.

El objeto contenido en el contrato de Concesión del Proyecto Rutas del Sol 2 es:

“(…) el otorgamiento de una concesión para que (…) el Concesionario, por su cuenta y riesgo, elabore los diseños, financie, obtenga las Licencias Ambientales y demás permisos, adquiera los Predios, rehabilite, construya, mejore, opere y mantenga el Sector”

En ese sentido, la posibilidad física de las prestaciones en un contrato de concesión, se encuentran condicionadas a las leyes naturales y a la posibilidad de realización. En ese sentido, deberá ser técnicamente posible el diseño, construcción, rehabilitación, mejoramiento y operación de los diferentes sectores que comprende el Proyecto Vial Ruta del Sol. Además, que esta viabilidad física, será corroborada al menos en el ámbito constructivo con el alto carácter técnico del proceso constructivo.

Por otro lado, la posibilidad jurídica del objeto será determinada por la congruencia de las prestaciones con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. En ese sentido, las prestaciones propias del contrato de concesión deberán ser permitidas por el ordenamiento jurídico.

Respecto a la ilicitud del objeto existen posturas divididas, respecto a si son lo mismo que hablar de imposibilidad jurídica. Así, nosotros coincidimos con Torres Vásquez cuando afirma que

“La imposibilidad jurídica es la ilicitud que en su acepción amplia no es otra cosa que el comportamiento (la prestación) contrario a las normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. No hay por una parte imposibilidad jurídica y, por otra, una ilicitud (…)”.

Entonces dentro de un contrato de concesión, donde las prestaciones son usualmente la entrega, transferencia de bienes, construcción y mantenimiento de una infraestructura, además de la explotación de un servicio, nos encontramos ante supuestos que son amparables por el ordenamiento jurídico, en tanto busca el desarrollo de una actividad, mediante la cual se satisfarán necesidades sociales.

En el presente caso, existen posiciones a favor y en contra de la configuración del objeto ilícito para que sirva como causal para declarar la nulidad del Contrato de Concesión del Proyecto Rutas del Sol 2.

Por un lado, tenemos las posiciones a favor de la configuración de la causal de objeto ilícito se pueden resumir en aquella adoptada por el Tribunal Arbitral, el cual señala que:

“Un contrato estatal tiene objeto ilícito cuando para su celebración se vulneran normas de orden público contenidas en la ley (80, 1150, etc.), tales como las que desarrollan los principios de selección objetiva y transparencia y, en general, todas aquellas disposiciones que regulan los procesos de selección de los contratistas.

(…)

Un contrato que sea fruto de actos de corrupción y de hechos punibles, es un contrato que adolece de objeto ilícito por la violación sistemática, directa, frontal y evidente de todas las normas legales de carácter imperativo y de orden público que consagra los principios orientadores de la actividad contractual del Estado” [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019:382)

De esta forma, el Tribunal Arbitral considera que existe el objeto ilícito en un contrato cuando se infringen principios propios de la contratación estatal, las cuales constituyen normas legales de carácter imperativo y de orden público.

Esta afirmación es parcialmente cierta, debido a que es innegable que las normas de orden público y aquellas referidas a las buenas costumbres son producto de una operación inferencial del íntegro del ordenamiento jurídico. Sin embargo, estos indicadores para determinar la nulidad del contrato deben estar reflejados en la prestación en sí misma.

Es decir, que las prestaciones que se hayan contemplado dentro del Contrato Rutas del Sol 2 deben ser evidentemente ilícitas, contrarias al orden público y a las buenas costumbres, lo cual no se advierte en el presente caso, donde las prestaciones en sí mismo consideradas son válidas.

Además, que el otorgamiento de una concesión en abstracto siempre será lícito para el ordenamiento jurídico. En consecuencia, también lo serán las prestaciones consistentes en obligaciones por las cuales, el concesionario se comprometa a elaborar un diseño, obtener financiamiento, obtener licencias ambientales, adquirir predios, rehabilitarlos, construir, entre otros.

Por otro lado, las posiciones en contra de la configuración de la causal de nulidad por objeto ilícito, son sostenidas por la empresa EPISOL S.A.S y la Concesionaria Rutas del Sol.

De esta forma, la empresa EPISOL señala que

“No es posible predicar nulidad alguna respecto del Contrato de Concesión por —objeto ilícito, toda vez que su contenido obligacional, comprendido en su objeto, NO está prohibido por las leyes, ni tampoco se incurre en contravención alguna del derecho público y más aún, cuando se trata de un contrato que expresamente se encuentra permitido y tipificado en el estatuto contractual público y el cual fue ejecutado por un espacio cercano a siete (7) años, hasta la terminación de mutuo acuerdo y en forma bilateral que hicieron las partes por orden de la Superintendencia de Industria y Comercio.” [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019:318)

Además, la CONCESIONARIA RUTAS DEL SOL señala que:

“Así, señala el artículo 1517 del Código Civil, que el **objeto es todo aquello que muestre la declaración de voluntad de una o más cosas, que se trata de —dar, hacer o no hacer, que en el caso del Contrato de Concesión 001 están determinadas por las obligaciones que las partes asumieron con la suscripción del mismo.** De un lado, conseguir la financiación del proyecto, y proceder a la construcción, ampliación, mantenimiento y demás obligaciones de la CRS, y al mismo tiempo la de realizar las reservas asociadas a las vigencias futuras para efectos de garantizar el pago del mismo, en cabeza por supuesto del Estado.

Las obligaciones generales en cabeza de las partes estaban contenidas de manera clara en el Documento de Estudios Previos, que forma parte del proceso de contratación (...)

(...) En ese sentido, es absolutamente claro, que ninguna de las obligaciones de —dar hacer o no hacer incluidas en el Contrato para cualquiera de las Partes, puede ser considerada como un objeto ilícito, en la medida que no contraviene el orden público (CC. Art. 1519), ni tampoco norma alguna que prevenga la ejecución de este (CC. Art. 1523).” **[Destacado y subrayado nuestro]** (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019:313).

Ambas posturas, tanto de la empresa Episol y Concesionaria Rutas del Sol, en mi opinión son correctas, por cuanto la ilicitud del objeto del contrato está directamente vinculada con el

contenido obligacional. Es decir, las conductas centradas en dar, hacer o no hacer deben ser ilícitas para su configuración, lo cual no ocurre en el presente caso.

Revisados los argumentos que sustentan las posiciones a favor y en contra del objeto ilícito como causal de nulidad del contrato de concesión, somos de la opinión que el tribunal comete un error al estimar la pretensión en este extremo, debido a que confunde la ilicitud propia del contrato con la ilicitud del objeto del contrato.

Es necesario recordar que un contrato como el de concesión –con la salvedad de las normas aplicables en cada país– comprende la construcción y explotación de una concesión por un periodo determinado, y prestaciones de entrega, transferencia, uso y devoluciones de bienes y otros, las cuales son completamente posibles tanto física y jurídicamente.

Caso contrario ocurre, cuando un contrato tiene un objeto ilícito, que *per se* infringe el ordenamiento jurídico. Estos supuestos pueden presentarse cuando las partes se comprometen a cometer un asesinato, cometer un crimen, o inclusive donde un funcionario público se comprometa a actuar de forma fraudulenta en el ejercicio de sus atribuciones a cambio de una contraprestación. Es precisamente en estos casos, donde se refleja de forma evidente la contradicción entre la prestación y el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, no hay duda que el objeto ilícito es una causal válida para configurar la nulidad de un negocio jurídico y se verá reflejada en las prestaciones. Sin embargo, su evaluación no debería ingresar en la ilicitud del negocio cuyo ámbito corresponde propiamente a la causa.

D.2.- Causa ilícita

Para analizar la causal invocada por el Tribunal Arbitral es pertinente señalar que la causa, es el elemento más controvertido del negocio jurídico. De esta forma, coincidimos con Bianca cuando sostiene que:

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

Entonces, cuando hacemos referencia a la causa, buscamos la coherencia entre el interés que justifica el negocio jurídico y el ordenamiento jurídico, que, a través de sus normas expresas, de orden público o buenas costumbres, será quien determine si le brinda protección o por el contrario corresponde declarar su nulidad.

En ese sentido, coincidimos con lo señalado por el Tribunal Arbitral cuando sostiene que:

“Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.”

Así, la promesa de dar algo en recompensa de un hecho punible o de un hecho inmoral (cohecho impropio, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito con motivo de la contratación, prevaricato por acción) tiene una causa ilícita.” **[Destacado y subrayado nuestro]** (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019:386)

Cabe señalar, que el Tribunal acierta al considerar a los motivos como un factor determinante en el análisis de la causa del Contrato de Concesión del Proyecto Ruta del Sol 2, por cuanto, el motivo en el devenir histórico ha pasado de ser irrelevante en un primer momento, para

configurarse como determinante para la consecución de los efectos jurídicos que desean las partes. De esta forma, una vez que los motivos dejan el fuero interno, y se plasman en el contenido negocial adquieren una importancia capital.

Así también, reconoce al orden público y las buenas costumbres como los indicadores que determinan la ilicitud de la causa. En ese sentido, debo señalar que estos indicadores tienen un contenido dinámico, debido a que evolucionan o involucionan con la sociedad donde sean aplicados. Sobre el particular, soy de la opinión que los supuestos de corrupción que se presentan en la contratación Estatal, en ningún momento de la historia de la humanidad serán considerados lícitos debido a la profunda afectación que representa al ordenamiento jurídico.

Asimismo, el Tribunal Arbitral ha desarrollado el concepto de “desviación o abuso de poder”, el cual se presenta cuando un funcionario celebra un contrato con fines diversos a los previstos por ley. Además, señala que los indicadores que determinarán su ilicitud serán el actuar indebido, la finalidad distinta y la contravención a la moral, buenas costumbres y el orden público.

De esta forma, destacan el argumento de la Sentencia del 27 de enero de 2016, Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que señalaba:

“(…) Luego, si se entiende que la causa es ‘el motivo que induce a la celebración del acto o contrato, que la causa ilícita es aquella contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público y en general la prohibida por la ley - art. 1524- y que la desviación o abuso de poder se configura cuando un funcionario público celebra un contrato con fines diversos a los previstos en la ley, debe entenderse también que la desviación o abuso de poder igualmente se encuadra en la causal de nulidad absoluta del contrato por causa ilícita prevista en el derecho común’ (Destacado fuera del texto)” [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 390)

Sobre el particular, podemos señalar que el concepto de desviación estándar, no está contemplado de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico, pero sin lugar a dudas puede ser obtenido de forma inferencial de las normas que regulan el estándar de conducta de cualquier funcionario en el ejercicio de sus funciones a nivel deontológico, los principios que rigen su actuación en la contratación pública y las normas penales sobre corrupción de funcionarios que sancionan sus conductas delictivas.

Así también, el Tribunal Arbitral identifica la finalidad que persigue en abstracto el funcionario o servidor público cuando contrata en representación del Estado. De esta manera, sostiene que:

“La desviación de poder, en materia contractual, se puede definir, al igual que lo ha hecho la jurisprudencia y la doctrina tratándose de actos administrativos unilaterales, como la función administrativa que ejerce el servidor público con un propósito distinto, diferente al fin legítimo que persigue la ley con la atribución de la respectiva competencia, esta finalidad que no es otra que la búsqueda del beneficio común, satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad, de conformidad con los preceptos constitucionales y legales que la regulan –artículo 209 de la Constitución Política y el artículo 3° del CCA” [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 389)

Entonces, el fin legítimo que persigue un funcionario en el ejercicio correcto de sus funciones es el beneficio común, la satisfacción del interés general y el bienestar de la comunidad. Los cuales configuran, el interés público que se busca proteger con el remedio de la nulidad.

En consecuencia, cuando el actuar del funcionario o servidor público se aparte de las finalidades que le son naturales, y busque la protección de intereses distintos a la satisfacción del interés general estarán dentro del supuesto de desviación de poder.

Asimismo, el Tribunal Arbitral, ha reflejado la materialización de la desviación de poder, con el incumplimiento de los principios que orientan la contratación estatal. De esta forma, se presentará cuando el funcionario vulnere con su actuar principios como la imparcialidad, transparencia, honestidad, etc.

Sobre el particular, consideramos que los supuestos de desviación de poder son ilimitados, y bastará con acreditarse el comportamiento indebido del funcionario o servidor público que se distancia de las funciones que le son inherentes y el deber de protección de los intereses generales que le ha confiado el Estado.

En consecuencia, la posición que ampara la nulidad del Contrato de Concesión del Proyecto Rutas del Sol 2 se sustenta en que el hecho corrupto, por el cual un funcionario público incumple su deber de “selección objetiva” en la contratación estatal (yendo en contra de los intereses generales y el bienestar común) afecta estructuralmente el contrato, en tanto su causa -la motivación con la que se celebra- es contraria a la moral, buenas costumbres y orden público.

Por otro lado, la posición contraria a la nulidad del Contrato de Concesión, se sustenta en que, a pesar de la existencia de un hecho de corrupción durante la contratación, éste no significa que la finalidad y motivaciones del contrato celebrado sean ilícitas o vayan en contra del ordenamiento jurídico, sino que representa una vía para su consecución, pero no su causa.

Así, la encontramos en los argumentos de las empresas intervinientes. Dentro de los cuales, la SOCIEDAD ODEBRECHT LATINVEST sostiene que

“15. Las pruebas practicadas en el proceso arbitral demuestran que la finalidad querida por los sujetos contratantes, esto es, la causa jurídica del acto concesional, no riñe con la Ley. **Es claro que el motivo principal y determinante de la celebración del Contrato de Concesión es la satisfacción de un servicio público y la garantía de los fines del Estado Colombiano,** de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993. **Los medios bajo los que se obtuvo la adjudicación del Contrato de Concesión no guardan relación alguna con este aspecto, no constituyen una motivación para su celebración; por el contrario, son la vía, el camino para llegar al Contrato, no su causa.**

16. Supuesto sustancialmente distinto al del inciso 3 del artículo 1524 del Código Civil. Este regula y sanciona con nulidad absoluta la promesa de dar algo a cambio de la comisión de un delito. Es decir, la precitada causa ilícita se predica de la entrega de dádivas, no del Contrato de Concesión. Este último, como ya se dijo, no tiene por causa dichos actos, al no tratarse de las motivaciones de las partes para su celebración. **Tal como se aprecia más adelante, no es un contrato para la corrupción, el cual sí tendría objeto ilícito.** [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 357)

Los argumentos expuestos por la empresa son a todas luces incorrectos. En la contratación Estatal no es posible distinguir entre el procedimiento de contratación, y el contrato en sí mismo. Ambos aspectos están íntimamente relacionados.

Sin la existencia del procedimiento previo, nunca se llegaría a celebrar el contrato. Peor aún, sin la existencia del procedimiento previo no podría definirse quienes serán los participantes del contrato definitivo, ni mucho menos podría definirse el alcance de su contenido.

Ambos momentos se encuentran tan íntimamente ligados, que cuando se presenta un acto de corrupción en alguna etapa contractualmente relevante en la contratación, esta determina que la finalidad del contrato se corrompa automáticamente, debido a que ya no buscará el interés general y el bienestar común como es característico en los contratos celebrados por el Estado. Por el contrario, el actuar indebido del funcionario o servidor público buscará la satisfacción de intereses propios o de terceros en perjuicio de la sociedad.

Por otro lado, la empresa señala que el acto de corrupción no desnaturaliza el motivo principal y determinante de la celebración del Contrato de Concesión, que identifica en la satisfacción de un servicio público y la garantía de los fines del Estado Colombiano.

Sobre el particular, debo señalar que la empresa hace mención propiamente a la causa abstracta del contrato de concesión, el cual está diseñado precisamente para el cumplimiento de esta finalidad; sin embargo, no toma en consideración las motivaciones específicas de las partes, por las cuales, el acto de corrupción irradia su ilicitud en el contrato.

Si aceptáramos la premisa de la empresa, en la práctica ningún contrato podría ser declarado nulo por causa ilícita, debido a que, es ilógico pensar que el legislador haya contemplado un tipo contractual que vaya en contra del ordenamiento jurídico.

Otro argumento, esgrimido por la empresa para evitar la nulidad del Contrato de Concesión, es el referido a la suficiencia del pago del soborno para la celebración del contrato. Es decir, si el soborno era suficiente para que la empresa pudiera adjudicarse el contrato. Así sostiene que:

“25. En suma, en lo relativo al pago de sobornos o dadas en la fase de formación del Contrato de Concesión 001 de 2010, despunta una verdad incontrovertible: estos no fueron determinantes en la celebración del negocio jurídico. Si no se hubieran producido, igual el contrato debía ser adjudicado a la Promesa de Sociedad Futura Ruta del Sol S.A.S. Por ende, el Contrato de Concesión no puede ser declarado nulo con fundamento en su causa ilícita. El Concesionario conserva por ello el derecho a recuperar sus aportes de capital luego de pagado el pasivo externo con los terceros de buena fe” [Destacado y subrayado nuestro] (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 363)

En este extremo, la empresa realiza una diferencia importante entre dos supuestos de corrupción distintos: aquellos que se producen para que el funcionario o servidor público los favorezca de forma indebida, y aquellos en los que el funcionario o servidor público recibe una dádiva para regir su comportamiento conforme a derecho.

A pesar de lo poco creíble del segundo supuesto, este nos llevaría a considerar supuestos de corrupción contractualmente relevantes y contractualmente no relevantes, los cuales conforme hemos sostenido en esta investigación creemos completamente posibles.

A efectos de determinar si el supuesto de corrupción presente es contractualmente relevante, el funcionario público debería haber tenido el poder o discreción suficiente para orientar el

resultado. Sobre este supuesto, la sentencia penal citada en el Laudo arbitral condena al Sr. García Morales, por haber asesorado a la empresa en la formulación de la propuesta e intervenir en su evaluación, poniéndolo en ventaja frente a sus competidores.

Por lo que, este hecho en mi opinión se encuentra probado. En consecuencia, los actos de corrupción se encuentran en un momento contractualmente relevante del procedimiento de contratación, que es la etapa de evaluación de propuestas; y cuyas obvias consecuencias son el perjuicio de los intereses generales que cautela el Estado.

Por otro lado, la misma empresa acepta que, si un hecho ilícito configura la causa determinante para la celebración del contrato, entonces le corresponde el remedio de la nulidad. Bajo esta lógica incluso no es necesario que los funcionarios públicos hayan sido condenados formalmente en otro fuero, sino que basta con acreditar el hecho de corrupción y su vinculación dentro del proceso arbitral, y será función del tribunal determinar si el hecho ilícito fue determinante en el contrato o no. Sobre el particular, la empresa sostiene que:

“(…) Si entonces la ANI y sus compañeros de la causa judicial querían derivar la nulidad del contrato, tenían que probar que el soborno, tal como lo han expuesto a la opinión pública nacional, fue el que produjo que se le adjudicara el Contrato de Concesión a la CRS. Y para ello, Señores Árbitros, les correspondía probar que los 15 miembros que hacían parte del Comité Evaluador de la licitación, junto con los 8 miembros del Comité Asesor, también fueron partícipes del ilícito.” (Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá 2019: 335-341)

En ese sentido, la estrategia de la empresa se centra básicamente en demostrar en el proceso arbitral que la participación del funcionario público corrompido no fue determinante para la celebración del contrato de concesión, y que el acto ilícito tenía como fin que el procedimiento de contratación se llevara de la mejor manera posible, y que aún sin su participación, el desenlace hubiera sido el mismo.

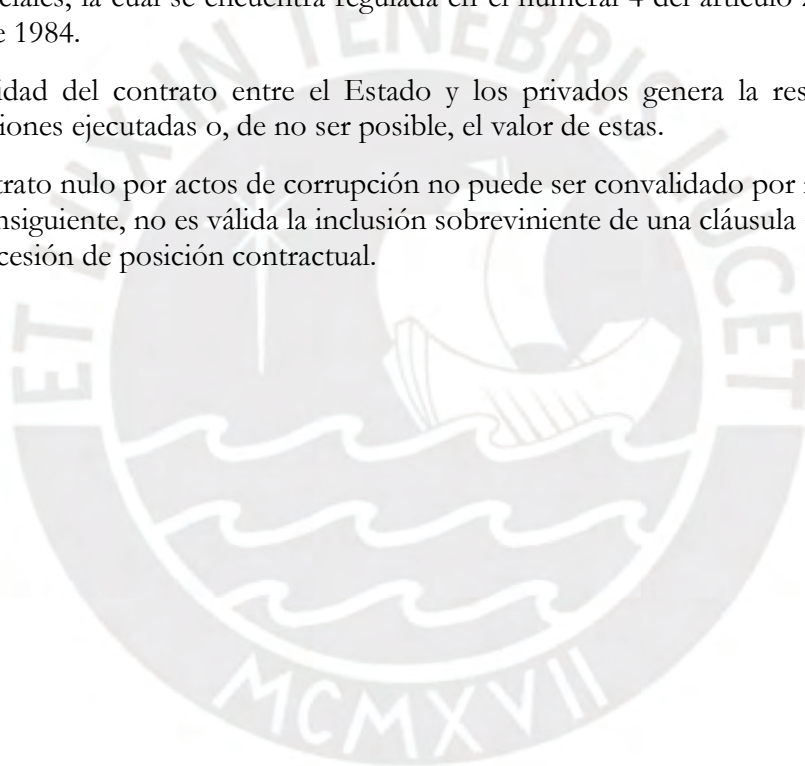
La materia de prueba sobre la corrupción dentro del procedimiento arbitral escapa a la presente investigación; sin embargo, creo completamente posible que a pesar que un supuesto de corrupción no haya sido materia de condena en el ámbito de un proceso penal. El supuesto de corrupción debe ser demostrado en el propio proceso arbitral, aunque su prueba por su naturaleza será de difícil consecución.

En conclusión, y habiendo revisado tanto las posiciones a favor y en contra de la declaratoria de nulidad del contrato de concesión N° 01-2010 celebrado entre la Concesionaria Rutas del Sol y la Agencia Nacional de Infraestructura, debo señalar que concuerdo parcialmente con el fallo del Tribunal Arbitral, en tanto yerran en considerar que la causal de objeto ilícito aplica al presente caso, confundiendo así con el objeto lícito en un contrato ilícito.

Por otro lado, estoy completamente de acuerdo con que el hecho corrupto importa la configuración de la ilegalidad de la causa del contrato de concesión, al contravenir el ordenamiento jurídico, reflejado en el orden público y las buenas costumbres, y más aún con la consideración del supuesto de la desviación de poder dentro de la ilicitud de la causa.

4. Conclusiones del Capítulo 2

1. La corrupción es un fenómeno estatal omnipresente a través del cual los funcionarios o servidores públicos se distancian de su función natural para privilegiar un interés particular.
2. La lucha contra la corrupción es una política de Estado y se refleja en el ordenamiento jurídico nacional e internacional a través de normas imperativas expresas e inferenciales.
3. La corrupción configura un supuesto de nulidad por ilicitud de la causa, respecto a la finalidad ilícita de las partes, la contravención a las normas imperativas expresas e inferenciales, la cual se encuentra regulada en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984.
4. La nulidad del contrato entre el Estado y los privados genera la restitución de las prestaciones ejecutadas o, de no ser posible, el valor de estas.
5. El contrato nulo por actos de corrupción no puede ser convalidado por ningún motivo. Por consiguiente, no es válida la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción, ni una cesión de posición contractual.



CAPÍTULO III: LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN: ¿UN SUPUESTO DE CONVALIDACIÓN DEL CONTRATO?

SUMARIO: 1. La Cláusula Anticorrupción; 1.1.- La cláusula anticorrupción como supuesto de ¿Convalidación? ¿Conversión? ¿Renovación? ¿Renegociación?; 2. Casos Relevantes; 2.1.- Caso Concesión Línea Amarilla; 2.2. Caso Rutas de Lima; 2.3. Caso Construcción de la vía Costa Verde-Tramo Callao; 2.4. Caso Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco; 2.5. Caso Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, tramos 2 y 3; 2.6. Caso Sistema Eléctrico de transporte masivo de Lima-Callao Línea 1 tramo 1; 3. Conclusiones del Capítulo 3.

En el presente capítulo, analizaremos el contenido y alcance de la “cláusula anticorrupción”, y si su inclusión sobreviniente en un contrato obtenido a través de actos de corrupción configura alguno de los supuestos reconocidos por la doctrina para salvar la invalidez del negocio jurídico (convalidación, conversión, renovación o renegociación). Así también, examinaremos casos nacionales relevantes vinculados a escándalos de corrupción.

1. La Cláusula Anticorrupción

Conforme a lo desarrollado en capítulos anteriores, la corrupción es un fenómeno que lamentablemente está presente en todos los países del mundo; asimismo, la lucha de los Gobiernos por identificarla y sancionarla se ha tornado más activa. De este modo, condena conductas que incluso escapan de sus fronteras y evita los graves efectos que produce la corrupción a nivel social, económico, político, cultural, entre otros.

Esta tendencia no ha sido ajena en el Perú, en donde, a raíz de sonados escándalos de corrupción protagonizados por empresas constructoras extranjeras y nacionales, se han identificado grandes casos de corrupción en la celebración de los contratos con el Estado peruano; más aún, cuando aparentemente los funcionarios o servidores públicos, cuya labor consistía en preservar los intereses comunes, han preferido cautelar intereses particulares a cambio de beneficios propios o de terceros.

En este escenario, el Estado ha tenido una respuesta normativa y ha pretendido incluir, dentro de los marcos referentes a la contratación estatal y la promoción de la inversión privada, las llamadas “cláusulas anticorrupción”, las cuales deben contemplarse dentro de los contratos celebrados entre el Estado peruano y los privados. De este modo, podemos reconocer dos escenarios de aplicación de esta cláusula: i) En la celebración de un nuevo contrato y ii) En la inclusión posterior a la celebración del contrato.

En el primer escenario, la cláusula anticorrupción se incorpora dentro del contenido originario del contrato y se ve reflejada en el mismo; en el segundo escenario, tenemos un contrato que ya fue celebrado sin una cláusula de este tipo, pero que las partes deciden incluirla de forma sobreviniente.

Ahora bien, un primer acercamiento terminológico obligatorio es lo que entendemos por “cláusula” en el aspecto contractual. En ese sentido, Roppo manifiesta que

“(…) es la *unidad elemental del texto* (y, por consiguiente, del reglamento) contractual: es una *disposición homogénea con la cual las partes regulan un determinado aspecto de su relación, nacida del contrato* (…).” (Roppo 2009: 427).

En consecuencia, configura el desarrollo de un punto en particular, cuyo contenido es encargado a las partes, ya que es dicho desarrollo consensuado el que lo vuelve obligatorio; sin embargo, en el caso de la presente cláusula, cuya presencia es obligatoria por disposición legal, su obligatoriedad nace de la ley y no de la voluntad de las partes.

Así, su contenido solo es obligatorio en el supuesto concerniente a las Contrataciones del Estado y no en la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas.

Un segundo punto que debemos advertir es la obligatoriedad actual de la inclusión de este tipo de cláusulas en los contratos que celebra el Estado con los privados. Aquella se evidencia dentro sus propios marcos normativos; así, el Decreto Supremo N° 240-2018-EF, Reglamento del Decreto legislativo N° 1362, el cual regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, señala lo siguiente:

“Artículo 39. Cláusula Anticorrupción

39.1. Los Contrato de APP a ser suscritos por el Estado peruano deben incluir una cláusula anticorrupción, bajo causal de nulidad.

39.2. En caso de caducidad del Contrato por aplicación de la Cláusula anticorrupción, es de aplicación lo dispuesto en el párrafo 58.1 del artículo 58 de la Ley”.

De lo anterior, se advierte que, por disposición legal, la inclusión de una cláusula de este tipo en el contrato es obligatoria bajo sanción de nulidad; sin embargo, ni la ley ni el reglamento han establecido cuál es el contenido mínimo de una cláusula de esta especie.

Es decir, su texto y configuración permanecen a cargo de las partes intervinientes en el contrato, lo cual es completamente desacertado, pues, si el legislador ha establecido como necesaria la existencia de una cláusula de este tipo para la lucha contra la corrupción y le ha dado el carácter de norma imperativa que prima sobre la voluntad de las partes, no se explica por qué no ha brindado un contenido mínimo, como sí lo hace en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual veremos más adelante.

Igualmente, el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, indica lo siguiente:

“Artículo 32. El contrato

(…)

32.3. Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.”

Asimismo, advertimos que el Texto Único Ordenado y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado han contemplado, dentro de sus normas, la obligatoriedad de la

inclusión de una cláusula de este tipo dentro del contrato. Ello responde a una política general estatal de lucha contra la corrupción, la cual busca dotar a los propios contratos de los remedios necesarios para sancionar su incumplimiento.

Sobre este punto, es posible concluir que, actualmente, la inclusión de una cláusula anticorrupción es obligatoria en los contratos surgidos dentro del marco normativo de la promoción de la inversión privada (Asociaciones Público-Privadas) y de la contratación estatal ordinaria; sin embargo, creemos que los problemas latentes no se presentan en los contratos que recién están surgiendo, sino más bien en aquellos que ya han sido celebrados sin una “cláusula anticorrupción, y pretendan ser convalidados a través de su inclusión sobreviviente.

En un tercer punto, es necesario que verifiquemos cuál es el contenido de la “cláusula anticorrupción”; de esta forma, podemos advertir que, dentro de la Ley y Reglamento de la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas, no se ha contemplado un contenido mínimo, a diferencia del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente:

Artículo 138.4. Cláusulas Anticorrupción

Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la ley, todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:

- a) La declaración y garantía del contratista de 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 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación con el contrato.
- b) La obligación del contratista de 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 7.
- c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar.

A partir de este artículo, podemos abstraer los momentos y la conducta que contempla este tipo de cláusula: i) En la celebración, “la declaración de no haber ofrecido un pago indebido o beneficio ilegal en relación con el contrato celebrado” y, ii) en la ejecución, el “deber del contratista durante la ejecución del contrato de conducirse con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no comisión de actos ilegales o de corrupción”; así también, establece que el remedio a aplicar, en caso de corrupción sobreviviente en ejecución, es la resolución del contrato.

Cabe resaltar que, no se determina expresamente cuál es la consecuencia en caso de que el acto de corrupción este presente de forma originaria en la celebración del contrato; además, conforme a lo desarrollado en capítulos anteriores, consideramos que un contrato, en el cual los actos de corrupción sean verificables al momento de su celebración y cuya patología es pasible de ser comprobada en su contenido, es nulo por contener motivos ilícitos y contravenir normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres.

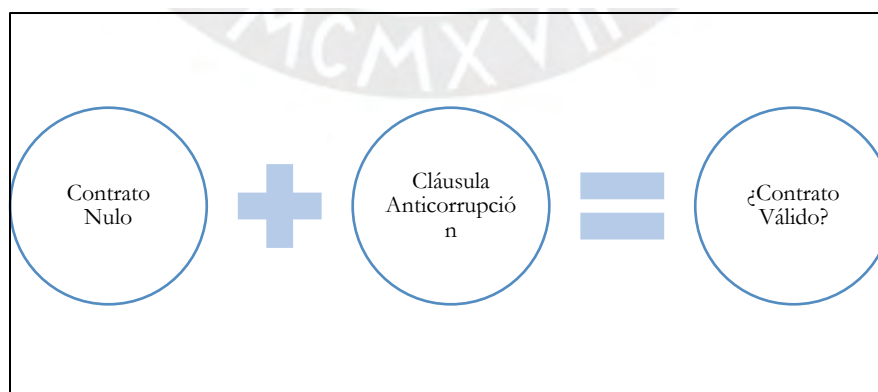
De esta manera, en ausencia de una disposición similar dentro del marco normativo de la Ley y Reglamento de Promoción de la Inversión Privada, creemos necesario definir el contenido mínimo que debería contener toda cláusula anticorrupción, a efectos de eliminar dudas respecto de su aplicación y sus consecuencias:

1. Debe establecerse el contenido de “la corrupción” que configura la cláusula, a efectos de dejar menos margen a la interpretación de las partes; debe contemplar: i) La participación de un funcionario o servidor público, ii) Apartamiento de su función natural; iii) beneficio indebido y iv) tutela de intereses individuales frente al interés público.
2. Debe establecerse claramente las consecuencias legales frente a la presencia de actos de corrupción en la temporalidad del contrato, tanto en su celebración originaria y en la sobreviniente; donde creemos debe dejarse claramente establecido que su remedio es la nulidad ante su presencia originaria y posteriores modificatorias; y la resolución de pleno derecho en supuestos presentados en la ejecución contractual.

Habiendo establecido cuál es el contenido mínimo que debería poseer una cláusula anticorrupción, es necesario que aterricemos el análisis de esta cláusula en los supuestos problemáticos actuales. Es decir, esta debe ser considerada como una herramienta que pueda utilizar el Estado para salvar la invalidez de los contratos celebrados con anterioridad, en los cuales ya no es posible verificar la presencia de actos de corrupción originarios al momento de la celebración del contrato.

En ese sentido, analizamos si la cláusula anticorrupción sobreviniente es idónea para configurar alguno de los supuestos reconocidos por la doctrina para salvar la invalidez de un contrato, como un supuesto de conversión, convalidación, renovación o, incluso, para renegociar los contratos ya celebrados (Ver cuadro N° 01).

Cuadro N° 01.- Fórmula de Convalidación



1.1. La cláusula anticorrupción como supuesto de ¿Convalidación? ¿Conversión? ¿Renovación? ¿Renegociación?

Es necesario señalar que el título del presente capítulo refiere a la cláusula anticorrupción como un supuesto de convalidación del contrato. Con este término, nos referimos al análisis de aquellas figuras reconocidas por la ley y, en la doctrina, como remedios ante la nulidad presente en los contratos que fueron celebrados con la presencia de actos de corrupción. Por ello, cuando usamos el término convalidación, hacemos referencia a:

“(…) una categoría genérica de eliminación de los efectos de la impugnabilidad del acto inválido (…)” (Espinoza 2009: 576).

De esta forma, analizamos si esta cláusula puede configurar alguno de los siguientes supuestos y transformar un acto nulo en uno válido.

1.1.1. Conversión

Debemos empezar por señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia del derecho alemán, que en el § 140 de su Código Civil, señala que “si un negocio jurídico nulo cumple los requisitos de otro negocio jurídico, se considera celebrado este último en caso de que su validez hubiera sido querida por las partes de haberse conocido la nulidad”.

Este supuesto también fue recogido en el derecho italiano, que, en su artículo 1424 del Código Civil de 1942, señala que “el contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, si contiene los requisitos de sustancia y forma de este y, siempre que, teniendo en cuenta el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera de haber conocido la nulidad”.

De esta forma, ambos países reconocen un supuesto excepcional de salvedad de la nulidad a través de la aplicación de esta figura, la cual no ha sido recogida por nuestro código civil u otra ley especial, pero tampoco ha sido prohibida.

En ese sentido, la conversión:

“(…) trata de que el negocio jurídico tal como debía valer atendiendo a su contenido es nulo, es decir no vale, porque no satisface las existencias legales o es contrario a una prohibición legal, pero el negocio jurídico cumple las exigencias legales de <<otra>> regulación negocial (…)” (Flume 1998: 690).

Por consiguiente, se parte de una premisa, que es la existencia de una nulidad del contrato originario, en tanto no se cumple con los elementos mínimos que este debe contener o que es contrario a ley, lo cual, aplicado al presente caso, significaría la posibilidad de utilizar aquel contenido del contrato proveniente de actos de corrupción para otorgar validez a otro tipo de contrato distinto al primero.

En suma, esta figura surge como un intento de evitar las consecuencias que trae consigo la nulidad de un negocio jurídico. Así, Galgano afirma que:

“la conversión del contrato nulo es aplicación de un principio general, el principio de la conservación del contrato: la ley, mientras sea posible, tiende a atribuir efectos a una declaración

de voluntad; apoya la conclusión de negocios, en vez de su falta de celebración, la circulación de la riqueza, antes que su inmovilización” (Galgano 1992: 324).

Esto se cumpliría, precisamente, en este tipo de contratos por la importancia y la envergadura que representan los contratos entre el Estado y los privados. En efecto, muchas veces se involucran largos periodos de tiempo y un gasto público considerable, por lo que la consecuencia directa de la declaración de nulidad del contrato primigenio representaría la restitución de las prestaciones, paralización de obras, etc.

De igual forma, la doctrina ha distinguido entre la conversión formal y la conversión sustancial. En el primer caso:

“hay una conversión <<formal>> cuando el negocio que tenía un defecto de forma se transforma en otro de igual contenido y con los mismos efectos, siempre que para este último la forma sea suficiente (...)” (Trabucchi 1967: 207).

Sobre el particular, podemos advertir que, en el caso de la contratación entre el Estado y los privados, indiferentemente del marco normativo utilizado (sea de contratación estatal o de promoción de la inversión privada), legalmente, no se ha establecido una forma “necesaria” para este tipo de negocios jurídicos.

Por ello, sería absurdo reconocer que un supuesto de nulidad por corrupción puede ser subsanado por el cambio de la forma del contrato, ya que el contenido ilícito seguirá presente.

Por su parte, respecto a la conversión sustancial, Trabucchi sostiene que:

“(...) se habla de una conversión <<sustancial>> cuando el negocio inválido se transforma en otro que tenga efectos más limitados en el supuesto de que, considerado el fin perseguido por las partes, estas, si hubiesen conocido la invalidez del primero, habrían igualmente querido también el negocio en los nuevos términos (...)” (Trabucchi 1967: 207).

Entonces, básicamente, la cláusula anticorrupción tendría que encuadrarse en este supuesto de conversión sustancial como un modo de convalidar el contrato originario de forma sobreviniente.

Este escenario presentaría, en nuestra opinión, algunos problemas insalvables. El primero, es que la figura de la conversión implica la existencia de dos tipos negociales distintos, es decir, dos contratos. Donde en el segundo, se reciclan los elementos del primero que no pudieron ser dotados de validez, y donde sus efectos se aplican de forma reducida. Esto, no es posible en el caso de la cláusula anticorrupción, en tanto no existen dos contratos, sino más bien una modificación contractual sobreviniente sobre el mismo contrato nulo.

El segundo problema, es que la conversión parte, en nuestra opinión, de un supuesto hipotético, que es que las partes habrían querido el nuevo negocio en sus nuevos términos por el fin que ambas perseguían. Ello, además de dotarle de un contenido subjetivo a la figura, no es posible en caso que la finalidad que se perseguía precisamente con el primer contrato haya tenido un contenido ilícito. Por ello, tanto en el primero como en el segundo negocio (que ya dijimos no existe) la finalidad de las partes no cambia ni se legitima.

Respecto a la imposibilidad de admitir la conversión en un contrato ilícito, la doctrina ha tomado una posición que compartimos. Al respecto, Scognamiglio señala que

“nunca se puede admitir la conversión de un contrato ilícito (...). En este caso, las partes contemplaron un resultado contrastante con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres y, ciertamente, no se puede admitir que la ley otorgue su tutela, ni siquiera limitada, a una determinación de la autonomía privada enderezada a un objetivo de esa laya” (Scognamiglio 1996: 237).

Ello se justifica, precisamente, en que existe un contenido invariable del negocio jurídico primigenio y que no puede ser trasladado a un hipotético segundo negocio. Así, la contravención a normas imperativas, orden público y buenas costumbres no distingue entre tipos negociales específicos, sino más bien representa una contravención al orden jurídico en general, por lo que su ilicitud, en caso de la conversión, solo se trasladará al segundo negocio, lo cual lo convertirá en nulo y la figura en inútil para este propósito.

De esta forma, podemos advertir que existen algunos presupuestos para que opere propiamente la conversión, los cuales han sido identificados por la doctrina. En efecto, Bianca señala que

“(…) son: i. La nulidad del contrato; 2. La idoneidad de los efectos jurídicos modificados para satisfacer, en buena medida, los intereses de las partes; 3. La presencia, en el contrato estipulado, de los requisitos necesarios para producir los diferentes efectos jurídicos; 4. La ignorancia de las partes acerca de la invalidez del contrato estipulado” (Bianca 2007: 653).

Anteriormente, señalamos que el caso de la cláusula anticorrupción cumple el primer supuesto, ya que un contrato proveniente de actos de corrupción es nulo por finalidad ilícita, por contravenir normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres.

Sin embargo, no se cumple el segundo ni tercer supuesto, en tanto no existe un segundo tipo contractual al cual se pretende adecuar a través de la reducción de los efectos.

No obstante, es necesario resaltar igualmente la inexistencia del cuarto punto respecto a la ignorancia acerca de la invalidez del contrato primigenio, lo cual consideramos imposible bajo cualquier escenario en casos de corrupción donde para su configuración se requiere el conocimiento de su actuar ilícito.

En efecto, un acto de corrupción es siempre un acto voluntario mediante el cual se busca, precisamente, el privilegio del interés particular sobre el interés público a través del apartamiento de un funcionario o servidor público de su función natural. En ese sentido, es imposible que se desconozca la existencia de corrupción respecto del contrato primigenio y que se argüya, de forma sobrevenida, que no sabían o conocían que el ordenamiento jurídico les otorga a los actos de corrupción un juicio de valor negativo y que estas conductas son sancionadas tanto administrativa como penalmente en nuestro país.

En la doctrina, también, se refiere a la conversión legal, la cual:

“(…) ocurre cuando –frente a un negocio nulo o incapaz de producir los efectos programados – es la misma ley la que dispone la producción de otros efectos, correspondiente a un distinto negocio, prescindiendo de la valoración en concreto sobre la coherencia de los nuevos efectos con el ‘fin perseguido por las partes’” (Roppo 2009: 790).

En el presente caso, este supuesto es de imposible aplicación, ya que, conforme se indicó, la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente en nuestro ordenamiento jurídico y, menos aún, existe una norma que convalide expresamente o deje abierta la posibilidad de convalidar un negocio jurídico nulo por corrupción. Es más, si algún día existiese una norma

que salvara la nulidad de este tipo negocios, bastaría con establecer claramente la consecuencia distinta a la nulidad y resultaría en vano incluir un supuesto de conversión legal.

En este sentido, somos de la opinión de que es imposible la subsunción de la cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión y consecuente convalidación del contrato. Ello se debe a que no cumple los elementos mínimos necesarios para su operatividad, más aún cuando esta figura no está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.2. Renovación

A efectos de determinar si la cláusula anticorrupción representa un supuesto de renovación del contrato. Es pertinente entender que por renovación:

“(…) se ha solido designar una iniciativa peculiar de las partes que responde al fin de proponer otra vez, con un nuevo negocio válido, la misma regulación de intereses disciplinada por el negocio nulo (…)” (Breccia y otros 1995: 1040)”.

Entonces, en este supuesto, existen dos negocios jurídicos: el primero nulo y el segundo válido, pero sin existir identidad entre ellos. Es decir, son negocios jurídicos o contratos completamente independientes y podemos distinguirla de la conversión en que: i) no requiere dos tipos contractuales distintos, el segundo contrato puede ser del mismo tipo negocial; y ii) no es necesario asumir una voluntad hipotética respecto a la validez del segundo negocio jurídico.

De esta forma, esta figura no puede ser concebida propiamente como un supuesto de convalidación de un negocio nulo, ya que el segundo negocio jurídico es uno completamente distinto. Y, además, donde:

“(…) no se da una eliminación *expost* de los vicios del negocio nulo, como tampoco una recuperación total o parcial de los efectos del mismo sobre la base de su correspondencia con un negocio válido (…)” (Breccia y otros 1995: 1040).

En otras palabras, es una figura donde se acepta que el primer negocio es nulo y no produce los efectos que le son propios, pero su voluntad de conseguir los efectos queridos de forma originaria genera que se celebre un nuevo negocio jurídico, pero sin reciclar el contenido del primero, sino celebrando uno completamente nuevo.

En el caso de la cláusula anticorrupción sobrevenida, este supuesto es de imposible aplicación práctica, ya que el contrato proveniente de actos de corrupción es nulo por su finalidad ilícita.

De esta forma, contravenir normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres produce los efectos propios a la nulidad, lo cual no se afecta por un supuesto segundo contrato “regular o no corrupto”.

También, recordemos que, en este tipo de contratos, tanto con el marco normativo de la promoción de la inversión privada como en la contratación estatal, volver a celebrar un contrato válido y distinto supone que el privado vuelva a participar en el procedimiento previo a la contratación a través de sus distintas etapas dependiendo de la modalidad. Ello involucrará, definitivamente, nuevas bases, nuevos postores, nueva calificación, nuevas ofertas y una distinta configuración final del contrato definitivo respecto del primer contrato.

Por ello, somos de la opinión de que la cláusula anticorrupción no configura un supuesto de renovación del contrato y que, por su propia naturaleza, es de imposible aplicación en los

contratos celebrados entre el Estado y los privados, ya que existe un procedimiento previo a la suscripción del contrato, donde se determina su contenido y sus participantes.

1.1.3. Convalidación

Cuando nos referimos a la convalidación, la consideramos un medio para que un acto propiamente inválido pueda transformarse en válido a través de un acto de confirmación. Así, Roppo sostiene que:

“la convalidación es, a primera vista, *el medio de recuperación más potente*: con ella el contrato inválido se hace válido, inatacable, plena y establemente productivo de todos sus efectos. Sin embargo, debe notarse que este resultado tan fuerte se alcanza *partiendo de una invalidez “ligera”* cuál es la anulabilidad (...)” (Roppo 2009: 780).

No obstante, este tipo de remedio, solamente, se presenta en los contratos anulables, donde la afectación de los intereses que tutela el ordenamiento jurídico son particulares, a diferencia de los intereses generales que salvaguarda el remedio de la nulidad del contrato. En este caso, su aplicación solo será posible si consideramos que la presencia de corrupción produce un negocio anulable, es decir, si se considera que la corrupción en la contratación estatal solo afecta intereses particulares y no los intereses generales.

Esta aplicación de la confirmación del contrato para la convalidación a través de la suscripción de una cláusula anticorrupción, con la cual no estamos de acuerdo, debería tener dos niveles: uno formal y otro sustancial. El primero refiere al “negocio confirmatorio” y a sus “intervinientes”, mientras que el segundo, a la aplicabilidad de la confirmación para estabilizar los efectos del contrato.

Respecto al primer nivel, debemos señalar que

“la confirmación es un acto unilateral, el cual está dotado de su propia causa y al que no se le exige que reúna los requisitos de forma del contrato que se desee confirmar (...) como resulta evidente por la posibilidad de la confirmación tácita, que es la voluntad manifestada por hechos concluyentes (...)” (Galano 1992: 322).

Precisamente, se ha reconocido tanto en el ordenamiento jurídico como en la doctrina que la confirmación puede realizarse de forma tácita a través de la ejecución de las prestaciones propias del contrato, lo cual creemos improbable debido a la envergadura de este tipo de contratos.

Asimismo, puede ocurrir de forma expresa, es decir, que el negocio inválido puede convalidarse a través de un nuevo negocio donde intervenga aquella parte legitimada para demandar la anulabilidad del contrato y especifique propiamente un contenido mínimo, el cual, según Roppo:

“(...) debe contener *‘la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad’* (...). Los requisitos aseguran la más puntual determinación del objeto de la convalidación para garantizar que la correspondiente voluntad se funde en un pleno conocimiento del sentido y del alcance del acto en el interés del convalidante (...)” (Roppo 2009: 781).

Entonces, bajo la lógica de considerar que un contrato proveniente de actos de corrupción es “anulable”, es el Estado Peruano quien, formalmente, es el legitimado para demandar la anulación. Ello tendría que realizarse a través de un acto unilateral en la identificación del contrato celebrado y la mención de la corrupción como un supuesto de anulabilidad

(básicamente, tendría que subsumírsele en alguno de los supuestos de error o dolo, lo cual no creemos posible).

Además, la naturaleza de la cláusula anticorrupción, conforme se analizó en la primera parte de este capítulo, es aquel donde “ambas” partes intervienen en su formulación y su contenido, especialmente, en el caso de las Asociaciones Público Privadas. Así, si participa solo una de ellas como en el acto confirmatorio, esta cláusula no tendría validez.

Respecto al segundo nivel, se refiere propiamente a la tolerancia del ordenamiento jurídico frente a un contrato proveniente de actos de corrupción, en tanto

“la convalidación no integra ni completa el contrato ni propiamente lo “subsana” (...). Por lo tanto, la convalidación asume el contrato, así como es y no es idónea para modificarlo, conforme al principio según el cual el contrato no puede modificarse con un acto unilateral: y la convalidación es, precisamente, *acto unilateral* de la parte legitimada” (Roppo 2009: 780).

Ello involucra que se deje abierta la posibilidad de que el ordenamiento jurídico permita que un contrato ilícito se mantenga vigente, establezca sus efectos y se vuelva inatacable a pesar de que nació de la corrupción, la cual afecta gravemente las bases de la sociedad y sus efectos generan consecuencias desfavorables en el ámbito económico, social, político y cultural.

En este sentido, creemos que una cláusula anticorrupción sobrevenida sobre un contrato proveniente de actos de corrupción no puede identificarse con el supuesto de confirmación para convalidar el contrato ya celebrado, principalmente, porque es imposible salvo disposición legal en contrario, confirmar un contrato nulo. Sobre el particular Bianca señala que:

“(…) en general, se debe descartar que por fuera de los casos previstos el contrato afectado de nulidad se pueda convalidar. La convalidación no se ve como posible ni siquiera mediante la renuncia a la acción de nulidad, toda vez que una renuncia semejante tendría el significado de una confirmación del acto, desde el punto de vista sustancial” (Bianca 2007: 656)

Tampoco, es posible subsumir a la corrupción como un supuesto de anulabilidad del negocio jurídico, en tanto no reúne propiamente lo necesario para ser considerado dentro de los supuestos de error o dolo.

Respecto a los intereses tutelados, sostenemos que los intereses que afecta la corrupción nunca pueden ser considerados de naturaleza particular o privada, sino, más bien, intereses generales o públicos.

Por último, la confirmación es un acto unilateral a diferencia de la cláusula anticorrupción, que, por su naturaleza, representa un supuesto de modificación contractual que necesariamente requiere la intervención de ambas partes en el contrato.

1.1.4. Renegociación

Cuando pensamos en el contrato, especialmente en aquellos de larga duración, no podemos considerarlo como un todo inmutable, que no sufrirá variaciones o modificaciones durante su duración, si es que la naturaleza de la actividad que regula lo considerara necesario.

En ese sentido, Buendía afirma que:

“(…) la renegociación es un remedio atípico, no es un remedio en contra del contrato, sino a favor del contrato. Una perspectiva puede ser y resaltar la fuerza de ley del contrato. En definitiva, la renegociación es un remedio que favorece el contrato, para evitar que se destruya un valor económico contenido en el instrumento contractual (...)” (Buendía 2017: 165).

Por lo tanto, el ámbito de actuación de este remedio es frente a la aparición sobreviniente de circunstancias que afectan el valor económico del contrato. Es decir, frente a un escenario formalmente externo al mismo, pero que lo pone en peligro de desaparecer.

En consecuencia, este remedio es de imposible aplicación frente a patologías originarias y estructurales del negocio jurídico como aquellos generados por la corrupción. Así, no se podrá renegociar bajo el amparo de la buena fe, un negocio nulo.

En ese sentido, este remedio no es uno de convalidación del contrato nulo, sino, más bien, un argumento que están utilizando las autoridades para intentar renegociar los contratos o sus modificaciones que, presuntamente, han sido resultado de actos de corrupción. A partir de ello, creemos que enfocan la cláusula anticorrupción como un supuesto de convalidación del contrato ya celebrado y utilizan este argumento para volver a negociar el contenido del contrato con los privados, bajo la “aparente” consecuencia de que, si no se logra un acuerdo en el mismo y no se incluye dentro del contrato, estarían legitimados para demandar la nulidad del contrato ya celebrado.

Esta lógica errónea supone que las autoridades están considerando la cláusula anticorrupción sobreviniente como un supuesto de convalidación y un modo de eliminar la posibilidad de la declaración de nulidad del contrato, lo cual es falso.

En efecto, un negocio nulo no puede ser sujeto a modificación, ya que esta correría la misma suerte del contrato originario. Así, si este es nulo e ilegal como ocurre cuando existe la presencia de corrupción, por más que se suscriba la “cláusula anticorrupción”, este no se verá subsanado ni mucho menos estabilizará sus efectos, en tanto un negocio nulo a diferencia de uno anulable, no produce efectos jurídicos y su consecuencia se limita a la restitución de las prestaciones que se hubieran ejecutado.

2. Análisis de los Casos Relevantes

2.1. Caso “Concesión Línea Amarilla”

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en el Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla, a fin de determinar si los hechos de corrupción que vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de Concesión, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de Concesión y sus adendas, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Concesión, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto Línea Amarilla y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si el Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla es nulo.

Por último, en caso se determine que el Contrato de Concesión es nulo por estar incurso en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del Caso

Durante los gobiernos municipales de los Sres. Luis Castañeda Lossio y la Sra. Susana Villarán de la Puente (2009 en adelante), la Municipalidad Metropolitana de Lima con la finalidad de resolver problemas de transporte público aceptó la iniciativa privada autosostenible “Vía Expresa Línea Amarilla” presentada por la empresa brasileña OAS.

De esta forma, celebró un contrato de concesión por un periodo inicial de treinta años (luego 40 años) que consistía en la operación y mantenimiento de 16 Km desde el cruce de Vía de Evitamiento con Javier Prado hasta el cruce de la Carretera Panamericana Norte con Av. Habich. Además 9 Km de construcción, operación y mantenimiento de una nueva vía, entre el puente Huáscar hasta el cruce de las avenidas Morales Duárez con Universitaria. Los términos del contrato inicial fueron modificados en su extensión y duración a través de tres adendas.

Como es de conocimiento público, la empresa OAS se vio involucrada en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones en distintos países del mundo, siendo uno de ellos, el Perú.

En nuestro país, actualmente se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos pertenecientes a ambas gestiones municipales por actos de corrupción y pagos de sobornos vinculados a la celebración del contrato de concesión del Proyecto Vía Expresa Línea Amarilla y sus adendas por irregularidades propias al procedimiento previo de contratación.

Además, de los medios de comunicación disponibles se tomó conocimiento que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha venido sosteniendo reuniones con la Empresa Línea Amarilla, a fin de realizar renegociaciones en torno a los peajes, y que, de no tener éxito en las mismas, procederían por la nulidad del Contrato de Concesión.

B.- Análisis del Contrato de Concesión respecto a sus elementos esenciales

B.1.- Respecto al objeto del contrato de concesión

A efectos del estudio del presente elemento esencial del Contrato de Concesión, es necesario determinar si las prestaciones a las cuales se han obligado las partes en abstracto cumplan con los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración del objeto del contrato, es decir si son posibles física y jurídicamente, son lícitas, determinables y patrimoniales.

De esta forma, la cláusula 2.1 del Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla, señala que:

“Por el presente Contrato: El concedente transfiere al concesionario la potestad de construir y explotar el proyecto línea amarilla, durante un periodo originario de 30 años, posteriormente ampliado mediante Adenda N° 01 de fecha 13.02.2013 a 40 años, para lo cual concede el aprovechamiento económico de los bienes de la concesión”.

Así también, se fijan las prestaciones principales que formaban parte de la concesión, y constituyen el objeto de los derechos y obligaciones que asumen las partes.

Entre ellas tenemos a: i) La entrega, transferencia, uso y devolución de los Bienes Reversibles que se regula en el contrato; ii) La explotación de la sección 1 del Proyecto Línea Amarilla, conforme a las condiciones establecidas en el contrato; iii) La explotación de la sección 2 del Proyecto Línea Amarilla, conforme a las condiciones establecidas en el contrato; iv) El aporte de recursos financieros equivalentes a US\$ 74 500,000.00 al fideicomiso Río Verde. Cabe indicar que fue incluida mediante Adenda N° 01 de fecha 1 de febrero de 2013; y v) La construcción y explotación de la sección 3 del Proyecto Línea Amarilla, conforme a las condiciones establecidas en el contrato. Cabe indicar que esta prestación fue introducida vía modificación a través de la Adenda N° 03 de fecha 15 de abril de 2016.

Por consiguiente, la posibilidad de las prestaciones, podemos ubicarlas temporalmente en dos momentos, “El proceso constructivo de la obra” y la “explotación”, materializadas propiamente en la construcción y el cobro de peajes, cuyos plazos y cálculos deben determinarse conforme a lo indicado en el contrato.

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción está condicionada a las leyes naturales, es decir, en la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato, y si fuera el caso en su modificación, la cual deberá estar acompañada del sustento técnico respectivo.

De esta forma tenemos por ejemplo el Estudio definitivo de ingeniería, el cual conforme al punto 1.42 del contrato señala que:

“Es el documento técnico donde se establecen los detalles de diseño de ingeniería de los elementos que constituyen el Proyecto Línea amarilla, y que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO de acuerdo con la Iniciativa Privada y el Contrato. El Estudio definitivo de Ingeniería incluirá como mínimo lo siguiente: (i) Resumen Ejecutivo, (ii) Memoria Descriptiva, (iii) Metrados, (iv) cronogramas, (v) Especificaciones técnicas, (vi) Estudios básicos, (vii) Diseños, (viii) Plan de mantenimiento, (ix) Unidades de Peaje, (x) Planos”;

En ese sentido, somos de la opinión, que el análisis de este extremo estará condicionado a la posibilidad de materialización natural y técnica de la prestación. Más aún, cuando la complejidad del proceso constructivo, condicionará la realización de un estudio especializado para determinar su posibilidad o imposibilidad.

Respecto a la posibilidad jurídica del objeto del contrato de concesión, debemos señalar que se traduce en la conformidad de las prestaciones con el ordenamiento jurídico. Este análisis se realizará tomando en cuenta las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres existentes al momento de celebrar el contrato, las cuales constituyen indicadores de licitud, que nos permitirán determinar cuándo una prestación se encuentra amparada o proscrita por el ordenamiento.

En el presente caso, las prestaciones contenidas en el contrato de concesión se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, no existiendo ninguna norma de cualquier naturaleza (civil, penal o administrativa) que prohíba o sancione su realización. El propio contrato, en sus puntos 1.1 y 1.2, enlista el marco normativo general que regula su realización:

1.1. Ley N° 28059, Ley de Promoción de la Inversión Privada, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, el cual establecía el marco normativo para que el Estado promueva la inversión privada de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región del país.

El artículo 6 de la Ley N° 28059 señalaba que “la inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como (...) b) Concesión (...) No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley”.

1.2. Decreto Legislativo N° 1012, que aprobaba la Ley de Asociaciones Público-Privadas para la generación de Empleo productivo, la cual contemplaba los mecanismos para que se desarrollen iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales en los distintos niveles de gobierno, dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias; y su Decreto Supremo N° 146-2008-EF.

De esta forma, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración, en tanto, el ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se construya y explote una concesión entre un privado y el Estado a través de una asociación público privadas, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato de concesión, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva y de explotación de las secciones 1, 2 y 3 del Proyecto Línea Amarilla han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2.- Respecto a la forma del contrato

El Contrato de Concesión originario, así como las tres adendas suscritas fueron realizadas mediante documentos privados con firmas legalizadas ante un notario público; no se advierte que, en el marco normativo referente a la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas vigente al momento de su celebración, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma

determinada para condicionar la validez del contrato (más que la sola forma escrita), sino más bien se privilegia la libertad de forma en la contratación.

B.3.- Respetto a la causa y la licitud del contrato

La causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, conforme lo indicamos en capítulos anteriores:

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

En ese sentido el interés y su correspondencia con el ordenamiento cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes.

Asimismo, es pertinente determinar en abstracto cual es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato.

Respetto del primero es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como una persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población y el cumplimiento de sus finalidades a través de la promoción de la inversión privada, donde se busca contribuir al crecimiento de la economía nacional, cierre de brechas en infraestructura, generación de empleo productivo y competitividad del país.

Respetto del Privado, será básicamente la obtención de un beneficio económico a través del desarrollo de las actividades propias de su objeto social, que se circunscriben a sus negocios u operaciones lícitas (artículo 11 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).

En el caso específico, en abstracto este elemento se cumpliría a través de la construcción y explotación de las secciones 1, 2 y 3 que comprenden el Proyecto Línea Amarilla, y que tendría que verse reflejado en el contenido del contrato originario celebrado en fecha 12 de noviembre de 2009 y las Adendas 1, 2 y 3.

Sin embargo, esta motivación abstracta puede haber sido desnaturalizada a través de las actuaciones concretas de las partes por la presencia de actos de corrupción, lo cuál conllevaría a la ilicitud de la causa y del contrato celebrado.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos supuestos de corrupción que podemos recoger de los medios disponibles, identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Hechos de corrupción ligados al contrato de concesión

En primer lugar, el Ministerio Público, como titular de la acción penal viene investigando la comisión de diversos hechos delictivos. Así señala que:

“(…) presuntos actos de corrupción por los delitos de Colusión, Negociación Incompatible, Tráfico de Influencias, Asociación Ilícita y otros, los cuales, se habrían suscitado en la contratación del Proyecto “Vía Expresa Línea Amarilla” durante la gestión municipal del Sr. Luis Castañeda Lossio; ya que, aparentemente los funcionarios de la Municipalidad Metropolitana de Lima se abrían concertado con los ejecutivos de la empresa OAS, para

favorecer a esta última, tanto en la declaratoria de interés, como en la aprobación y posterior contratación de este proyecto.

Para ello, se habría subestimado los importes recaudados en los peajes con la finalidad de emitir informes favorables de las proyecciones propuestas por la empresa ganadora. Además, se habría aprobado un perfil de ingeniería muy básico, no acorde con la magnitud y particularidad del citado proyecto. Estas irregularidades, entre otros, habrían dado origen al contrato de concesión suscrito el 12 de noviembre de 2009, entre la Municipalidad metropolitana de Lima y la constructora OAS” (MINISTERIO PÚBLICO 2018: s/n)

Es conveniente señalar que el Ministerio Público ha identificado aparentemente los hechos de corrupción en “aprobación” del proyecto y en su “declaratoria de interés”, los cuales tuvieron como resultado final la celebración del contrato del Proyecto Vía Expresa Línea Amarilla con la empresa OAS; los cuales son los "momentos" en el procedimiento previo de contratación donde se habría introducido la corrupción.

Respecto al proyecto de iniciativa privada, una vez presentado y de forma previa a la declaratoria de interés, tiene que realizarse su evaluación, y los criterios vigentes en la normativa de la época en que se celebró el contrato fueron: la “capacidad financiera y solvencia técnica” del participante; la inversión económica y rentabilidad social; la afectación al ambiente, patrimonio cultural; la opinión favorable sobre la relevancia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales.

Es decir, que este momento en el procedimiento previo a la contratación es de vital importancia, en tanto si la evaluación resulta de forma negativa o no se obtuviera una opinión favorable el procedimiento se truncaría y no se llegaría a la celebración del contrato final.

En consecuencia, la presencia de actos de corrupción en este momento debe ser considerada relevante, y configuraría un supuesto de **“corrupción contractualmente relevante”**.

De esta forma, las consecuencias de los actos de corrupción por el cual un funcionario o servidor público se apartó de sus deberes naturales en privilegio de un interés particular se reflejarán en el contrato final suscrito, así no se otorgue la buena pro al privado corruptor, y se contrate con otra empresa, en tanto puede representar la celebración en el fondo de un contrato innecesario para el Estado.

Por otro lado, la declaratoria de interés, es otro momento importante en el procedimiento previo a la celebración del contrato de concesión. Ya que, la declaratoria de interés debió contener un análisis y pronunciamiento respecto del interés del Estado sobre el proyecto materia de la iniciativa privada, es decir del proyecto Línea Amarilla.

Así, el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012, que aprobaba la Ley de Asociaciones Público-Privadas señalaba que:

“(…) De ser el caso, las iniciativas privadas serán declaradas de interés por acuerdo del máximo órgano del Organismo Promotor de la Inversión Privada. La declaración de interés debía contener como mínimo la siguiente información:

- a) Un resumen del proyecto contenido en la iniciativa privada que contemple:
 - i) objeto y alcance del proyecto de inversión,
 - ii) Bienes y/o servicios públicos sobre los cuales se desarrollará el proyecto

- iii) Modalidad contractual y plazo del contrato.
 - iv) Monto referencial de la inversión.
 - v) Cronograma tentativo del proyecto de inversión.
 - vi) Forma de retribución propuesta (con indicación de si el proyecto requiere incremento de tarifa).
- b) Indicadores de calidad del servicio a prestarse, de ser el caso.
- c) Elementos esenciales del proyecto de contrato, de acuerdo a los criterios que establezca el Organismo Promotor de la Inversión Privada.
- (...)
- e) Requisitos de precalificación de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque
- f) Factor de competencia de la Oferta Pública, Licitación Pública o Concurso de Proyectos Integrales que se convoque (...)."

En ese sentido, la presencia de actos de corrupción en la etapa de “Declaratoria de interés”, que era otorgada por el máximo organismo de la inversión privada, configura otro supuesto de **“corrupción contractualmente relevante”**, debido a que el actuar indebido de los funcionarios o servidores públicos en esta etapa conllevará a la contratación posterior con un privado en términos que no son los más beneficiosos para el Estado.

En el presente caso, la Iniciativa Privada denominada Proyecto Línea Amarilla presentada por la empresa Constructora OAS, fue aprobada mediante Acuerdo de Concejo N° 272, de la Municipalidad Metropolitana de Lima en fecha 26 de junio de 2009.

Por lo que, en caso se corrobore la existencia de supuestos de corrupción para la consecución de forma irregular de la “declaratoria de interés”, incluso si no se atribuyen responsabilidades a los funcionarios y servidores públicos participantes, éste hecho afectará la licitud del contrato de concesión celebrado con posterioridad.

Un ejemplo, es el supuesto de la contratación directa, donde no existen terceros que hayan mostrado interés en el proyecto. Y, donde los términos contenidos en la declaratoria de interés deben respetarse, y solo podrán ser negociados aquellos aspectos no esenciales que no hayan sido comprendidos con anterioridad.

En ese sentido, tenemos al supuesto contenido en el informe final de la Comisión Lava Jato, el cual señala respecto de la fecha del inicio de la explotación:

“En el Acta de la sesión ordinaria N° 26 realizada el 25 de junio del 2009, en la que se declaró de interés la IP “Vía Expresa Línea Amarilla”, uno de los puntos determinantes para llegar a este acuerdo, fue el relativo a la propuesta que había hecho el proponente de la iniciativa privada de asumir el costo de la obra y no cobrar el peaje hasta el 70% de avance de obra”

Esta propuesta se evidencia en los considerandos del Informe N° 012-2009-MMLGPIP- SPI, firmado conjuntamente por las Comisiones Metropolitana de Asuntos Económicos y Organización, de Comercialización, Defensa del Consumidor y Transporte Urbano, de Desarrollo Urbano, Vivienda y Nomenclatura y de Asuntos Legales, en el que el Subgerente de Promoción de Inversiones concluye entre otros puntos: “...e) *El cronograma de inversión prevé que la*

Empresa aporta recursos propios hasta aproximadamente 70% de la inversión prevista, vale decir US\$ 331.2 millones, antes que capten los ingresos de peaje que se destinan actualmente a un Fideicomiso de Flujos de Peaje". Esa misma afirmación fue incluida en la publicación de la iniciativa privada en el diario oficial El Peruano y en el diario La República.

Sin embargo, en los hechos esa decisión no fue considerada como elemento esencial de la iniciativa privada, por lo que –como sucedió efectivamente- se incluyó una fecha determinada para el inicio de la explotación del peaje. Se descartó así la condición del 70% de avance de la obra para que se dé inicio a la explotación del peaje por parte del concesionario” (CONGRESO DE LA REPÚBLICA 2018: 567).

Este supuesto, básicamente cuestiona la esencialidad del avance de la obra para su explotación a través de los peajes; es decir, indica que presuntamente de manera indebida se consideró este aspecto a pesar de su importancia como un “elemento no esencial” al momento de formular la “declaratoria de interés”, lo cual permitió que se modifique en los términos finales del contrato y se establezca una fecha máxima de inicio de la explotación el 10 de febrero de 2013.

En ese sentido, si consideramos que este “momento” del procedimiento previo a la contratación estuvo plagado de actos de corrupción, y éstos contribuyeron y determinaron el contenido final del contrato definitivo, éste constituiría un hecho verificable.

Cabe indicar, que el mismo supuesto puede presentarse respecto a otros extremos del contrato como la venta de participación del privado, asignación de riesgos, etc.; por lo que, lo determinante en nuestra opinión para la verificar la existencia de una causal de nulidad del contrato de concesión celebrado, será la presencia de **“corrupción contractualmente relevante”** en los momentos determinantes del contenido final del contrato, como la evaluación del proyecto, relevancia, declaratoria de interés y la negociación del diseño final del contrato respecto a aspectos considerados no esenciales.

Más aún cuando, son precisamente estos términos los que conllevan a un presunto favorecimiento irregular al privado como en el presente caso, donde el inicio de la explotación de la concesión se inició cuando el avance de la obra se encontraba en la realidad en un 24.46%, lo cual contrasta completamente con lo propuesto en el proyecto donde se postulaba que se empezaría con la explotación cuando el avance se encontrara en un 70%, lo cual representa un beneficio para el privado.

B.3.2.- Hechos de corrupción vinculados a las Adendas del Contrato de Concesión.

El análisis que se efectúa respecto de las Adendas celebradas entre el Estado Peruano y la empresa Línea Amarilla, como supuestos de modificación contractual deben partir bajo dos premisas: i) La nulidad originaria del contrato, y ii) La validez originaria del contrato.

Respecto de la primera, debe señalarse que, cualquiera sea el número de adendas celebradas y cualquiera sea el ámbito de la modificación, todas devienen en nulas, en tanto, los vicios presentes en el contrato originario se extienden a las adendas celebradas.

Respecto al segundo caso, es el único supuesto donde podríamos considerar nulidades parciales sobre los extremos de las modificaciones efectuadas sobre un contrato válido, en caso de que dentro de su procedimiento previo a la celebración de las Adendas hayan existido propiamente actos de corrupción, y estos afecten de forma sobreviniente elementos estructurales del contrato.

En ese sentido, siguiendo el segundo supuesto, el cual es el único que nos permite a realizar el análisis de las modificaciones contractuales realizadas de forma posterior a la celebración del contrato, procederemos a describir aquellos presuntos actos de corrupción conforme al siguiente detalle:

Respecto a la Adenda N° 01, al Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla fue celebrado en fecha 13 de febrero del 2013, interviniendo la Municipalidad Metropolitana de Lima a través de su Gerente de Promoción de la Inversión Privada Sr. Domingo Arzubalde Elorrieta, y la Empresa Línea Amarilla S.A.C a través del Sr. André Giavina Bianchi, en su calidad de gerente general, y el Sr. Wu Yong Le, en su calidad de apoderado, dentro de las modificaciones contractuales relevantes se encuentran las siguientes:

1. La incorporación de nuevas obras distintas a las contenidas en el contrato originario de concesión: Obra vial de conexión San Juan de Lurigancho con vía de evitamiento, intercambio de la intersección de la vía de evitamiento y la Av. Palmeras, y construcción de un nuevo carril por cada sentido en la vía de Evitamiento, desde la intersección con la Avenida Javier prado hasta el Puente Huascar.
2. La concesión se transforma en onerosa, con la inclusión de la cláusula 1.74 A, por la cual LAMSAC paga a la Municipalidad Metropolitana de Lima en calidad de concedente un monto equivalente al 7% de los ingresos recaudados.
3. Se incluyó en el contrato la figura de eventos especiales, para aquellos supuestos distintos al caso fortuito o fuerza mayor.
4. Se modificó el plazo de la concesión, pasando de ser de 30 años a 40 años, teniendo como fecha de finalización el 2049.

Respecto a esta adenda, se identifica como hechos relevantes en el Informe Final de la Comisión Lava Jato, la inclusión dentro del Contrato de concesión, la figura de “eventos especiales” a través de la cláusula 17.1, a.1); el cual contemplo la posibilidad al concesionario de poder recibir una compensación por parte del concedente respecto de los costos adicionales o menores ingresos que haya asumido como consecuencia directa de algunos supuestos, entre ellos, la adenda contempla:

“(…) el retraso en la entrega, liberación y/o expropiación de las áreas de terreno comprendidas dentro del área de la concesión: (...) los mayores costos asumidos por el concesionario para la realización del diagnóstico, saneamiento físico legal, liberación y/o expropiación de las áreas de terreno comprendidas dentro del área de la concesión (...)”.

En este supuesto vemos, tanto la modificación del contrato, la inclusión de un supuesto en beneficio del concesionario, y su posterior materialización a través de la conformidad del pago correspondiente por ese concepto.

Este extremo según el Informe final de la Comisión Lava Jato fue cuestionado por la gestión de Susana Villarán; sin embargo, se produjo un cambio contundente al suscribirse la Adenda N° 01 del Contrato de Concesión.

Cabe indicar, que cualquiera sea el supuesto de modificación del contrato realizado por la Adenda N° 01, en caso de existir un supuesto de corrupción en su formulación, vale decir durante el procedimiento de trato directo contemplado en el contrato, y donde se evidencie el

apartamiento del funcionario o servidor público de sus funciones naturales en tutela de un interés particular, corresponderá la nulidad del extremo de la modificación cuya finalidad sea ilícita al buscarse un beneficio indebido del privado en perjuicio del Estado Peruano, y su efecto sería la vigencia de los términos originales del contrato.

Respecto a las Adendas N° 2 y 3; los cambios que produjeron al Contrato de Concesión del Proyecto Línea Amarilla fueron los siguientes:

1. Inclusión en la Sección 1 del proyecto de obra vial denominada Cuarto Carril en la berma central de la Vía de Evitamiento entre la intersección de la avenida Javier Prado hasta el Puente Huáscar, un carril adicional de aproximadamente 9 kilómetros de longitud.
2. Se sustituyó la obligación de la ejecución de las obras: Obra inicial (Viaducto 1) – Intersección Av. Morales Duarez y Avenida Universitaria; Obra especial – Obra vial de conexión San Juan de Lurigancho con la vía de Evitamiento; y Obra especial-intercambio de la intersección de la vía de Evitamiento y la Av. Las Palmeras; todas por la obra vial denominada “paso inferior- Intersección Av. Morales Duarez y Av. Universitaria y Puente Vehicular Bella Unión”
3. Inclusión de la Sección 3, para incluir la Obra “paso inferior- Intersección Av. Morales Duarez y Av. Universitaria y Puente Vehicular Bella Unión”.

Respecto de estas adendas, el hecho investigado en sede fiscal, y por cual se requirió el impedimento de salida del país del Sr. Luis Castañeda Lossio en el Expediente N° 23-2019-1-500-JR-PE-01, tramitado ante el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, es que el Sr. Luis Castañeda en su calidad de Alcalde Metropolitano de Lima, habría favorecido indebidamente a la Empresa concesionaria en la negociación y suscripción de la Adenda N° 02 al Contrato de concesión del Proyecto línea Amarilla.

Lo cual se vería presuntamente respaldado conforme a lo indicado por el Informe Final de la Comisión Lava Jato, por la información difundida por los medios de comunicación respecto a comunicaciones por Whatsapp registradas entre agosto y noviembre de 2014 entre Lucy Giselle Zegarra Flores y el Sr. Jose Aldemario Pinheiro Filho, presidente de la Constructora OAS.

Conforme a lo indicado de forma precedente, en caso existiera un supuesto de corrupción, que puede reflejarse en el contenido de la modificación del contrato originario como la exclusión e inclusión de obras a ejecutar, donde se haya privilegiado un interés particular frente al interés público a través de un comportamiento indebido de un funcionario o servidor público en beneficio de la empresa concesionaria, la mencionada modificación será nula, dejando a salvo el resto del contrato y volviendo al status quo precedente a la modificación.

C. Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad del contrato de concesión, debo señalar que esta se hace en mérito a los presuntos hechos de corrupción que han sido divulgados a través de los medios disponibles, vale decir a través de la prensa escrita, televisiva, informes de las comisiones del congreso (Comisión Lava Jato.), los cuales se encuentran en investigación por el Ministerio Público, el cual es el encargado de dirigir la investigación sobre la comisión de delitos de corrupción de funcionarios.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato.

De esta forma, configura el supuesto contenido en el numeral 4 del Código Civil Peruano por contener una causa ilícita, reflejada en el fin ilícito del privado de obtener un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado, contraveniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico (especialmente a los principios propios de la contratación estatal).

Por lo que, en el presente caso, de verificarse los supuestos de corrupción descritos de forma precedente, evidenciará una patología presente al momento de la celebración del contrato y verificable en su contenido correspondiendo la nulidad del contrato de concesión del proyecto Línea Amarilla, y por extensión la nulidad de todas las adendas que se hayan suscrito, en tanto la patología se irradia sobre todos los actos posteriores, siendo estos también nulos.

Por otro lado, en caso que no se verifiquen los supuestos de corrupción en el contrato originario celebrado en fecha 12 de noviembre de 2009; la misma lógica será aplicable a las modificaciones contractuales a través de las adendas 1, 2 y 3; vale decir que, en caso que el contenido modificatorio refleje un supuesto de corrupción, corresponderá la nulidad de la modificación, la cual se considera no efectuada, teniendo plena validez el contenido contractual original.

Así también, la misma suerte correrá, una eventual inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción, en tanto conforme advertimos en la primera parte del presente capítulo, esta no tiene una naturaleza convalidatoria de la invalidez del contrato, por ende, devendría en nula al irradiarse la ilicitud del contrato originario; esto adquiere relevancia, en tanto de los medios de comunicación hemos tomado conocimiento de la intención de las autoridades de utilizar esta cláusula como un medio para forzar la renegociación de los contratos, lo cual sería un despropósito dada la nulidad originaria del contrato.

De la misma forma, frente a esta nulidad, no podría oponerse el cambio de los accionistas de la empresa de propósito exclusivo Línea Amarilla S.A.C (actualmente propiedad de Vinci Highways, filial de Vinci Concessions), en tanto, la persona jurídica que celebró el contrato no ha variado, además recalcar que la intervención o comunicación a la Municipalidad Metropolitana de Lima de su transferencia, no convalida bajo ningún supuesto un contrato nulo.

Por último, debo señalar que no estoy de acuerdo con lo señalado por la Procuradora de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuando señala que la fecha límite para solicitar la nulidad del contrato de concesión es noviembre del 2019; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptorio.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que el contrato de concesión celebrado entre el Estado Peruano y la empresa Línea Amarilla es nulo por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres -en caso se comprobara los hechos de corrupción contractualmente relevantes -, conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato, permitiendo su conservación y la producción de los efectos que le son propios. Así, procederemos a desarrollar la posibilidad de aplicar la figura de la confirmación y la conversión.

Si partimos de la premisa que, la inclusión sobreviniente de la cláusula anticorrupción representa un supuesto de confirmación del contrato, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, surge una obvia inconsistencia, el acto de confirmación solo puede convalidar un negocio jurídico o contrato “anulable”, es decir un contrato cuya afectación a la validez del contrato es leve, y afecta solamente intereses particulares. En el presente caso, la existencia verificable de un supuesto de corrupción contractualmente relevante, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege.

Por otro lado, en el supuesto no consentido, que consideremos viable la convalidación del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla, la parte legitimada para efectuar la confirmación será el Estado Peruano, a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima, quien deberá identificar el supuesto de corrupción, y expresar su deseo de confirmar y estabilizar los efectos del contrato de concesión primigeniamente celebrado.

Considero que este supuesto no es aplicable, en tanto la convalidación del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla por confirmación, debe cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabiliza los efectos del contrato.

En el presente caso, de llegarse a incluir de forma sobreviniente la cláusula anticorrupción, se estaría cumpliendo el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo sería impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde se busca privilegiar solamente intereses particulares.

Por otro lado, si consideramos la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo – como en el presente caso-, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato, pero con efectos más limitados. Debemos señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al de concesión, donde pueda subsumirse el contenido ilícito del contrato originario del Proyecto Línea Amarilla. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así, la ilicitud de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinan la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país sin estar expresamente reconocida al no encontrarse prohibida, considero que deberá cumplir con los presupuestos mínimos identificados por Bianca:

“(…) i. La nulidad del contrato; 2. La idoneidad de los efectos jurídicos modificados para satisfacer, en buena medida, los intereses de las partes; 3. La presencia, en el contrato estipulado, de los requisitos necesarios para producir los diferentes efectos jurídicos; 4. La ignorancia de las partes acerca de la invalidez del contrato estipulado” (Bianca 2007: 653).

Así, respecto a la nulidad del contrato, conforme hemos desarrollado en el análisis del presente caso, somos de la opinión que, de corroborarse los supuestos de corrupción contractualmente relevantes, el contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla y sus adendas son nulos por encontrarse incurso en el supuesto contenido en el numeral 4 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto a la idoneidad que los efectos modificados satisfagan los intereses de las partes, debo señalar que este supuesto implica la existencia de un segundo negocio o contrato, cuyos efectos reducidos satisfagan tanto a la empresa Línea Amarilla S.A.C y al Estado Peruano. Frente a lo cual debo señalar que, no existe un contrato distinto al de concesión en nuestro ordenamiento jurídico, que pueda satisfacer el interés estatal de desarrollo de infraestructura, o que pueda desplegar efectos similares al contrato de concesión. Por lo que, este presupuesto es de imposible cumplimiento.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla también será nulo.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que no es posible argumentar bajo ningún supuesto que las partes intervinientes en un supuesto de corrupción, puedan alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos. En ese sentido, la empresa de propósito exclusivo Línea Amarilla S.A.C no podría argumentar desconocer que el contrato de concesión del proyecto Línea Amarilla era nulo, ni siquiera cuando los actuales accionistas no hubieran tenido ninguna participación en el contrato originario, debido a que el análisis de la nulidad no contempla criterios de culpabilidad.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no es legalmente viable que el Estado a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima pueda convalidar la nulidad del contrato de concesión del Proyecto Línea Amarilla mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción. En ese sentido, tampoco puede ser utilizada como argumento para instar a la renegociación del contrato originario en términos que le sean más favorables.

Por último, en caso que, se llegara a incluir indebidamente la cláusula anticorrupción de forma sobreviniente en el contrato de concesión, esta también será nula.

2.2. Caso Rutas de Lima

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en el Contrato de Concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima, a fin de determinar si los hechos de corrupción que vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de Concesión, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de Concesión y sus adendas, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Concesión, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto Vías Nuevas de Lima y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si el Contrato de Concesión del Proyecto Rutas de Lima es nulo.

Por último, en caso se determine que el Contrato de Concesión es nulo por estar incurso en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión sobrevinida de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del caso

Durante la gestión municipal de la Sra. Susana Villarán de la Puente (2010 en adelante), la Municipalidad Metropolitana de Lima con la finalidad de resolver problemas de transporte público aceptó la iniciativa privada autosostenible “Proyecto Línea Azul” que luego cambió a “Proyecto vías Nuevas de Lima” presentada por el Consorcio Líneas Viales de Lima conformada por las empresas brasileñas Constructora Norberto Odebrecht y Odebrecht Participacoes e Investimentos S.A.

En consecuencia, celebró un contrato de concesión por un periodo de treinta años consistente en la operación y mantenimiento de Panamericana Sur desde el cruce de Javier Prado con Evitamiento hasta la altura del peaje de Pucusana. En el Norte, desde el cruce de la panamericana Norte con Av. Habich hasta Ancón.

Como es de conocimiento público, la empresa Odebrecht se vio involucrada en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones a nivel mundial, incluido el Perú.

Actualmente, en nuestro país, se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos pertenecientes a la gestión municipal de la Sra. Susana Villarán por actos de corrupción vinculados a la celebración del contrato de concesión del Proyecto Vías Nuevas de Lima por irregularidades propias al procedimiento previo de contratación o modificación contractual a cambio de beneficios indebidos.

Además, de los medios de comunicación disponibles se tomó conocimiento que la Municipalidad Metropolitana de Lima ha venido sosteniendo reuniones con la Empresa Línea Amarilla, a fin de realizar renegociaciones en torno al precio de los peajes, y que, de no tener éxito en las mismas, procederían por la nulidad del Contrato de Concesión.

B.- Análisis del contrato de concesión respecto de sus elementos esenciales

B.1.- Respecto al objeto del contrato de concesión

El objeto consistente en las prestaciones a las cuales se obligaron las partes respecto al área de la concesión, y que podemos encontrar en el punto 2.1 del contrato son que “el CONCEDENTE transfiere al concesionario la potestad de diseño, construcción, mejoramiento, conservación, operación y explotación del proyecto Vías Nuevas de Lima”, durante un periodo originario de 30 años.

Así también, en su punto 2.2 se estableció las prestaciones principales, las cuales son:

“a) La entrega, transferencia, uso y devolución de los Bienes Reversibles que se regula en el contrato (...) b) La construcción, Mejoramiento y Conservación de los Tramos del Proyecto Vías Nuevas de Lima, conforme a las condiciones (...) del contrato; c) La Explotación de los Tramos del Proyecto Vías Nuevas de Lima, conforme (...) al contrato; d) El cumplimiento de los índices de Serviciabilidad y niveles de servicio (...)”.

Es necesario señalar que las prestaciones a las cuales se han obligado las partes en abstracto cumplen los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración del objeto del contrato, es decir son posibles física y jurídicamente, son lícitas, determinables y patrimoniales.

En el presente contrato, el juicio de posibilidad de las prestaciones se realizará en dos momentos trascendentales para el desarrollo del contrato de concesión: 1) Las prestaciones referidas al “proceso constructivo” de las obras que comprende el Proyecto Rutas de Lima; y 2) Las prestaciones relacionadas a la “explotación” de la concesión, a través del cobro de peajes por un periodo determinado de tiempo.

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción está condicionada a las leyes naturales, es decir, a la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos, precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato, y si fuera el caso en su modificación, la cual deberá estar acompañada del sustento técnico respectivo.

De esta forma tenemos por ejemplo el Estudio definitivo de ingeniería (EDI), el cual conforme al punto 1.55 del contrato señala que “Son los documentos técnicos donde se establecen los detalles del diseño geométrico vial urbano y la formulación de los estudios de Ingeniería para ejecución de los elementos que constituyen el Proyecto Vías Nuevas de Lima (...)”.

De esta forma, somos de la opinión que la posibilidad física de las prestaciones relacionadas al proceso constructivo de las obras que comprende el Proyecto Vías Nuevas de Lima, y su explotación son acordes a las leyes naturales, y su materialización es completamente posible.

En ese sentido, somos de la opinión, que el análisis de este extremo estará condicionado a la posibilidad de materialización natural y técnica de la prestación. Más aún, cuando la complejidad del proceso constructivo, condicionará la realización de un estudio “especializado” para determinar su posibilidad o imposibilidad.

Respecto a la posibilidad jurídica del objeto del contrato de concesión, debemos señalar que se traduce en la conformidad de las prestaciones con el ordenamiento jurídico. Este análisis se realizará tomando en cuenta las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres existentes al momento de celebrar el contrato, las cuales constituyen indicadores de licitud, que nos permitirán determinar cuándo una prestación se encuentra amparada o proscrita por el ordenamiento.

En el presente caso, las prestaciones contenidas en el contrato de concesión se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico, no existiendo ninguna norma de cualquier naturaleza (civil, penal o administrativa) que prohíba o sancione su realización. El propio contrato, en sus puntos 1.1 y 1.2, enlista el marco normativo general que regula su realización:

1.1. Ley N° 28059, Ley de Promoción de la Inversión Privada, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 015-2004-PCM, el cual establecía el marco normativo para que el Estado promueva la inversión privada de manera descentralizada como herramienta para lograr el desarrollo integral, armónico y sostenible de cada región del país.

El artículo 6 de la Ley N° 28059 señalaba que “la inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como (...) b) Concesión (...) No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley”.

1.2. Decreto Legislativo N° 1012, que aprobaba la Ley de Asociaciones Público-Privadas para la generación de Empleo productivo, la cual contemplaba los mecanismos para que se desarrollen iniciativas privadas en proyectos de inversión sobre recursos estatales en los distintos niveles de gobierno, dentro del ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias; y su Decreto Supremo N° 146-2008-EF.

En ese sentido, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración, en tanto, el ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se construya y explote una concesión entre un privado y el Estado a través de una asociación público privada, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato de concesión, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva y de explotación del Proyecto Vías Nuevas de Lima han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2 Respecto a la forma del contrato

El Contrato de Concesión originario, así como la única adenda suscritas fueron realizadas mediante documentos privados con firmas legalizadas ante un notario público; no se advierte que en el propio contrato o en el marco normativo referente a la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas vigente al momento de su celebración, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma determinada para condicionar la validez del contrato (más que la sola forma escrita), sino más bien se privilegia la libertad de forma en la contratación.

B.3.- Respecto a la causa y la licitud del contrato

Conforme a lo indicado, en el caso precedente, la causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, así:

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470)

De esta forma, el interés y su correspondencia con el ordenamiento jurídico cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes.

En ese sentido, es pertinente determinar en abstracto cuál es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato.

Respecto del primero, es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como una persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población a través de la promoción de la inversión privada, donde se busca contribuir al crecimiento de la economía nacional, cierre de brechas en infraestructura, generación de empleo productivo y competitividad del país.

Respecto del segundo, en el caso del Privado, será básicamente la obtención de un beneficio económico a través del desarrollo de las actividades propias de su objeto social, que se circunscriben a sus negocios u operaciones lícitos (artículo 11 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades).

En el caso específico, en abstracto este elemento se cumpliría a través de la construcción y explotación del área de concesión y las obras que comprenda el Proyecto Rutas de Lima, y que se refleja en el contenido del contrato originario celebrado en fecha 09 de febrero de 2013 y la Adenda de fecha 13 de febrero de 2014.

Sin embargo, la motivación abstracta de las partes en la celebración del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima, puede haber sido desnaturalizada a través de las actuaciones concretas de las partes durante su celebración. Así, en caso existieran actos de corrupción durante el procedimiento previo a la celebración del contrato, esta ilicitud se reflejará en su causa, correspondiéndole la nulidad.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos supuestos de corrupción, identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados con el contrato de concesión

En primer lugar, el Ministerio Público viene investigando presuntos actos de corrupción por los delitos de colusión y cohecho en el otorgamiento de la concesión del proyecto contra los que resulten responsables, los cuales se:

“Circunscriben a una posible concertación ilegal entre la Constructora Norberto Odebrecht S.A y Odebrecht Participacoes e Investimentos S.A/ Consorcio Rutas de Lima, con funcionarios y servidores de la Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante el ofrecimiento y entrega de pagos ilícitos a fin de asegurar la aprobación de la Concesión y Adenda de Bancabilidad del Proyecto “Vías Nuevas de Lima” (...) Se han identificado dos pagos de la empresa brasileña Odebrecht relacionados a la concesión de Rutas de Lima por la suma de US\$ 711,000” (Ministerio Público 2018: s/n).

Es necesario señalar que, si bien, se han identificado estos dos pagos, actualmente el caso se encuentra en periodo de investigación, no se ha formulado ninguna acusación, ni obtenido una decisión judicial definitiva por la cual se condene a algún funcionario o servidor público por un delito de corrupción de funcionarios.

De esta forma aún no se puede determinar de forma certera su existencia; sin embargo, si nos guiamos por la tesis fiscal, estos actos de corrupción se presentaron en el procedimiento previo a la celebración del contrato con la finalidad de asegurar la aprobación de la Concesión y la Adenda suscrita.

Respecto al procedimiento previo a la celebración del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima, tenemos algunos momentos importantes contenidos en el Decreto Legislativo 1012, los cuales son: la presentación de la iniciativa privada, evaluación por el Organismo Promotor de la Inversión Privada, declaratoria de interés, adjudicación directa, negociación final de aspectos no esenciales del contrato.

Cabe indicar que la presencia de corrupción, en cualquier de los momentos enunciados a excepción del primero, representa el privilegio de un interés particular de los privados sobre un interés general, y que tendrá su reflejo en el texto final del contrato, en donde podrá observarse un desequilibrio entre aquello a lo que se obligan las partes y el beneficio que se obtiene.

En ese sentido, una vez presentado y de forma previa a la declaratoria de interés, tiene que realizarse su evaluación, donde los criterios que debieron tomarse en cuenta conforme al artículo 21 y 22 del Decreto Supremo N° 127-2014-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1012 son las siguientes:

“(…) a) Capacidad financiera y solvencia técnica del proponente para desarrollar proyectos de magnitud similar al propuesto; b) Si el proyecto de inversión es económica y socialmente rentable; y c) Si el proyecto de inversión no es pasible de generar afectación al ambiente, al paisaje de una zona declarada como un área natural protegida y/o al Patrimonio Cultural de la Nación (...); la opinión favorable a la entidad (...) sobre la relevancia y consistencia del proyecto con las prioridades nacionales, regionales o locales (...)”

Vale decir, que este momento en el procedimiento previo es de suma importancia, en tanto si la evaluación resulta de forma negativa o no se obtuviera una opinión favorable el procedimiento se truncaría y no se llegaría a la celebración del contrato final.

Por lo que, la presencia de actos de corrupción en este momento debe ser considerada relevante, y configuraría lo que nosotros denominamos en el capítulo anterior como “corrupción contractualmente relevante”; ya que las consecuencias de los actos de corrupción por el cual un funcionario o servidor público se apartó de sus deberes naturales en privilegio de un interés particular se reflejará en el contrato final suscrito, así no se otorgue la buena pro al privado corruptor, y se contrate con otra empresa, en tanto puede representar la celebración en el fondo de un contrato innecesario para el Estado.

Cabe indicar que, el Congreso de la República a través de la comisión encargada de investigar presuntos hechos de sobornos, coimas y dádivas respecto de concesiones como el Proyecto Rutas de Lima, detalla que la Municipalidad Metropolitana de Lima contrató un estudio de abogados vinculado a la empresa Odebrecht para realizar la evaluación legal de la iniciativa privada presentada.

Esto evidencia, que muchas veces las entidades estatales requieren asesoría externa de carácter técnico a efectos de cumplir cabalmente su labor, lo cual impulsa la posibilidad de que los hechos materia de corrupción se presenten incluso con la intervención de terceros en calidad de asesores, los cuales buscan que los funcionarios o servidores públicos privilegien un interés particular, a través de una asesoría parcializada que busque favorecer al privado sobre el ámbito de la consultoría. Lo cual, representa que se pueda seguir adelante con el procedimiento de declaratoria de interés y adjudicación directa de forma irregular.

Por lo que, en este extremo la actuación irregular del tercero constituirá corrupción contractualmente relevante cuando sea recogida indebidamente por la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Respecto a la declaratoria de interés, es otro momento importante en el procedimiento previo a la celebración del contrato de concesión; la declaratoria de interés debió contener un análisis y pronunciamiento respecto del interés del Estado sobre el proyecto materia de la iniciativa privada, es decir del proyecto Rutas de Lima, el cual debía contener aquellos requisitos señalados en el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 1012.

Por lo que, de igual forma, en caso que los actos de corrupción se presenten en esta etapa del procedimiento previo a la contratación, y cuyas etapas siguientes comprenden la posibilidad de participaciones de otros privados o la adjudicación directa del proyecto, se configura en un supuesto de **“corrupción contractualmente relevante”**. En tanto el actuar indebido de los funcionarios o servidores públicos en tutela de un interés privado conllevará a la contratación posterior con un privado en términos que no son necesariamente aquellos más beneficiosos para el Estado.

En el presente caso, la declaratoria de interés fue declarada mediante Acuerdo de Concejo N° 825 del 03 de mayo de 2012, por lo que, en caso que se verifique la existencia de este supuesto de corrupción, incluso si no se atribuyen responsabilidades, afecta la licitud del contrato de concesión celebrado.

Un ejemplo claro, como esto puede verse reflejado en el contrato final, es el supuesto de la contratación directa cuando no existen terceros que hayan mostrado interés en el proyecto, dado que su efecto directo es que los términos contenidos en la declaratoria de interés deben respetarse, y solo podrán ser negociados aquellos aspectos no esenciales que no hayan sido comprendidos anteriormente.

Cabe indicar, que el mismo supuesto puede presentarse respecto a otros extremos del contrato como la venta de participación del privado, asignación de riesgos, etc.; por lo que, lo determinante en nuestra opinión para la verificar la existencia de una nulidad del contrato de concesión celebrado, será la presencia de **“corrupción contractualmente relevante”** en los momentos determinantes del contenido final del contrato, como la evaluación del proyecto, relevancia, declaratoria de interés y la negociación del diseño final del contrato respecto a aspectos considerados no esenciales.

Más aún cuando, son precisamente estos términos los que conllevan a un presunto favorecimiento irregular al privado como en el presente caso, donde el inicio de la explotación de la concesión se inició cuando el avance de la obra se encontraba en la realidad en un 24.46%, lo cual contrasta completamente con lo propuesto en el proyecto donde se postulaba que se empezaría con la explotación cuando el avance se encontrara en un 70%, lo cual representaría un beneficio irregular hacia el privado.

B.3.2.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados a la ejecución del contrato de concesión:

El análisis que se efectúa respecto de la Adenda celebradas entre el Estado Peruano y la empresa Rutas de Lima S.A.C, como supuestos de modificación contractual deben partir bajo dos premisas: i) La nulidad originaria del contrato, y ii) La validez originaria del contrato.

Respecto de la primera, debe señalarse que, cualquiera sea el número de adendas celebradas y cualquiera sea el ámbito de la modificación, todas devienen en nulas, en tanto, los vicios presentes en el contrato originario se extienden a las adendas celebradas.

Respecto al segundo caso, es el único supuesto donde podríamos considerar nulidades parciales sobre los extremos de las modificaciones efectuadas sobre un contrato válido, en caso de que dentro de su procedimiento previo a la celebración de la Adenda haya existido propiamente actos de corrupción, y estos afecten de forma sobreviniente elementos estructurales del contrato.

En ese sentido, el segundo supuesto, es el único que nos permite realizar el análisis de las modificaciones contractuales realizadas de forma posterior a la celebración del contrato, por lo que, procederemos a describir aquellos presuntos actos de corrupción recogidos por los medios disponibles:

Respecto a la Adenda N° 01, fue celebrada entre el Estado Peruano y el privado en fecha 13 de febrero de 2014, mediante el cual se acuerda que será el concesionario quien ejecute las actividades previas a cargo del Concedente, y por el cual se habría aprobado un presupuesto de US\$ 181' 285 311.67 para la ejecución de estas labores; y de igual forma días después de haberse suscrito se habría anotado una inscripción en la planilla paralela que tenía Odebrecht en el Departamento de Operaciones Estructuradas de la anotación “Concessao Rutas de Lima”.

Cabe indicar, que cualquiera sea el supuesto de modificación del contrato realizado por la Adenda N° 01, en caso de existir un supuesto de corrupción en su formulación, vale decir en los supuestos contemplados en el contrato en su punto 20.1 el cual señala lo siguiente:

20.1 Toda solicitud de enmienda, adición o modificación del presente contrato por cualquiera de las Partes deberá ser presentada a la otra Parte, con el debido sustento técnico y económico financiero (...) El acuerdo de modificación será obligatorio para las Partes solamente si consta por escrito y es firmado por los representantes debidamente autorizados por las Partes (...) La solicitud que en ese sentido realice el CONCESIONARIO o el CONCEDENTE deberá respetar la naturaleza de la Concesión, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes.

En ese sentido, en caso que la corrupción esté presente durante la evaluación de la modificación del contrato a través de la adenda, no se tome en cuenta el sustento técnico y económico financiero necesario para la modificación y se altere el equilibrio económico financiero de las prestaciones con la actuación indebida de los funcionarios o servidores públicos, se presentará un supuesto de “nulidad total del extremo de la modificación” y su efecto será volver al *status quo* precedente a la modificación, es decir, el contenido del contrato originario.

Por otro lado, según el Congreso de la República, también en ejecución del contrato, el privado y la Municipalidad Metropolitana de Lima suscribieron las actas de fecha 30 de junio de 2016, 03 de octubre de 2016, 05 de octubre de 2016 y 11 de noviembre de 2016, por los cuales se habrían modificado “en los hechos” el contrato de concesión del proyecto Rutas de Lima, sin respetar lo establecido en el Decreto Legislativo 1012 vigente al momento de su suscripción, y por las cuales se habría instalado nuevas unidades de peaje, aumentado las tarifas de peaje, ampliando el plazo de la concesión, modificando los alcances de las obras obligatorias y la modalidad de la concesión.

Sobre el particular debemos señalar que tanto la ley de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y el contrato contemplaban un mecanismo propio para realizar modificaciones contractuales; de esta forma, el reglamento de la ley, señalaba en su artículo 15.3 lo siguiente:

“La modificación de los contratos de Asociación Público Privada requerirá la opinión previa del organismo regulador correspondiente (...) Asimismo, se requerirá la opinión no vinculante del Organismo Promotor de la Inversión Privada que origino el contrato (...) En caso la modificación contractual altere el cofinanciamiento o las garantías, se requerirá previamente la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas (...)”.

De esta forma, entendemos que estas opiniones previas se solicitan precisamente para preservar la distribución de riesgos, condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero al que habrían llegado con el contrato original; y en caso se incumpliera este procedimiento previo obligatorio y se llegara a celebrar la adenda, esta devendría en nula.

Sin embargo, en el presente caso, ni siquiera se ha suscrito la adenda que materialice estos acuerdos, sino que el privado ha venido ejecutando prestaciones sin siquiera existir una modificación formal del contrato; por lo que, somos de la opinión que estos acuerdos contenidos en las actas no surten ningún efecto jurídico, y que continúa vigente los términos originales del contrato.

C. Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato de concesión

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad del contrato de concesión, debo señalar que esta se hace en mérito a los presuntos hechos de corrupción que han sido divulgados a través de la prensa escrita, televisiva, informes de las comisiones del congreso (Comisión Multipartidaria del Congreso de la República encargada de investigar los sobornos, coimas y dádivas, etc.), los cuales se encuentran en investigación por el Ministerio Público, el cual es el encargado de dirigir la investigación sobre la comisión de delitos de corrupción de funcionarios de cohecho y colusión.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato por el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984.

Todo esto por contener una causa ilícita, reflejada en la finalidad ilícita del privado de obtener un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado, contraviniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico (especialmente aquellas vinculadas a los principios de la contratación estatal).

Por lo que, en el presente caso, de verificarse el supuesto de corrupción consistente en la concertación ilegal entre el privado y funcionarios públicos para el aseguramiento del contrato de concesión y la suscripción de la adenda, evidenciará una patología existente al momento de la celebración del contrato y verificable en su contenido correspondiendo la nulidad del contrato de concesión del proyecto Rutas de Lima, y su adenda de Bancabilidad.

Por otro lado, en caso que no se verifiquen los supuestos de corrupción en el contrato originario celebrado en fecha 09 de enero de 2013; la misma lógica será aplicable a las modificaciones contractuales a través de la adenda 1; vale decir que, en caso que el contenido modificatorio refleje un supuesto de corrupción, corresponderá la nulidad de la modificación, la cual se considera no efectuada, teniendo plena validez el contenido contractual original.

Así también, la misma suerte correrá, la eventual inclusión de una cláusula anticorrupción de forma sobreviniente, en tanto, conforme hemos advertido en la primera parte del presente capítulo, ésta no tiene naturaleza convalidatoria. Así, si el contrato originario deviene en nulo, la nulidad se irradiará a todas sus modificatorias.

Este hecho es importante en el caso del Proyecto Rutas de Lima, debido que a través de los medios de comunicación, hemos tomado conocimiento de la intención de las autoridades de utilizar la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un medio para forzar la renegociación de los contratos originarios, lo cual en nuestra opinión, sería un despropósito, debido a que si el contrato originario es nulo, lo serán también todas sus modificaciones.

De la misma forma, frente a esta nulidad, no podría oponerse el cambio de los accionistas de la empresa de propósito exclusivo Rutas de Lima S.A.C (actualmente propiedad de Constructora Norberto Odebrecht S.A (25%), BIF III Perú Transportation I S.A.C (57%) y SIGMA Fondo de Inversión en Infraestructura – SIGMA FI (18%)), en tanto, la persona jurídica que celebró el

contrato no ha variado, además recalcar que la intervención o comunicación a la Municipalidad Metropolitana de Lima de su transferencia, no convalida bajo ningún supuesto un contrato nulo.

Por último, debo señalar que el plazo para que empiece a correr el decurso prescriptivo para invocar la nulidad del contrato de concesión es a partir del reconocimiento del supuesto de corrupción por una autoridad; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptivo.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que el contrato de concesión celebrado entre el Estado Peruano y la empresa Rutas de Lima S.A.C es nulo por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres -en caso se comprobara los hechos de corrupción contractualmente relevantes -, conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato, permitiendo su conservación y la producción de los efectos que le son propios. Así, procederemos a desarrollar la posibilidad de aplicar la figura de la confirmación y la conversión.

Si partimos de la premisa que, la inclusión sobreviniente de la cláusula anticorrupción representa un supuesto de confirmación del contrato, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, surge una obvia inconsistencia, debido a que la “confirmación” no opera frente a negocios jurídicos nulos, sino solamente frente aquellos negocios considerados “anulables”, cuya afectación a su validez es leve y afecta solamente a intereses de naturaleza particular. En el presente caso, la existencia verificable de un supuesto de corrupción contractualmente relevante, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege.

En el supuesto no consentido, que consideremos viable la convalidación del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima, la parte legitimada para efectuar la confirmación será el Estado Peruano, a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima, quien deberá identificar el supuesto de corrupción, y expresar su deseo de confirmar y estabilizar los efectos del contrato de concesión primigeniamente celebrado.

Considero que este supuesto no es aplicable, en tanto la convalidación del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima por confirmación, debe cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a

convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabiliza los efectos del contrato.

En el presente caso, de llegarse a incluir de forma sobrevenida la cláusula anticorrupción, se estaría cumpliendo el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo sería impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde se busca salvaguardar solamente intereses particulares.

Por otro lado, si consideramos la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo – como en el presente caso-, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato, pero con efectos más limitados. Debemos señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al de concesión, donde pueda subsumirse el contenido ilícito del contrato originario del Proyecto Rutas de Lima. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así, la ilicitud de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinan la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país, sin estar expresamente reconocida, al no encontrarse prohibida, debe cumplir mínimamente con los siguientes requisitos: a) El contrato primigenio debe ser nulo; b) Los efectos del nuevo negocio deben satisfacer los intereses de las partes; c) Los requisitos del negocio nulo deben poder producir efectos jurídicos distintos para el nuevo negocio; y d) La ignorancia de las partes sobre la nulidad del contrato.

Así, respecto a la nulidad del contrato, conforme hemos desarrollado en el análisis del presente caso, somos de la opinión que, de corroborarse los supuestos de corrupción contractualmente relevantes – concertación ilegal entre la empresa y funcionarios públicos-, el contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima y sus adendas son nulos por encontrarse incursos en el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo así, normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto a la idoneidad que los efectos modificados satisfagan los intereses de las partes, debo señalar que este supuesto implica la existencia de un segundo negocio o contrato, cuyos efectos reducidos satisfagan tanto a la empresa Rutas de Lima S.A.C y al Estado Peruano. Frente a lo cual debo señalar que, no existe un contrato distinto al de concesión, que pueda satisfacer el interés estatal de desarrollo de infraestructura, o que pueda desplegar efectos similares. Por lo que, este presupuesto es de imposible cumplimiento, más aún cuando en nuestro país, cuando se pretende celebrar un nuevo contrato con el Estado, se debe cumplir con los procedimientos previos contenidos en las normas de contratación estatal.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima también será nulo.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que no es posible argumentar bajo ningún supuesto que las partes intervinientes en un supuesto de corrupción, puedan alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos.

En ese sentido, la empresa de propósito exclusivo Rutas de Lima S.A.C no podría argumentar desconocer que el contrato de concesión del proyecto Rutas de Lima era nulo, ni siquiera cuando los actuales accionistas no hubieran tenido ninguna participación en el contrato originario, debido a que el análisis de la nulidad no contempla criterios de culpabilidad.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no es legalmente viable que el Estado a través de la Municipalidad Metropolitana de Lima pueda convalidar la nulidad del contrato de concesión del Proyecto Rutas de Lima mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción. En ese sentido, tampoco puede ser utilizada como argumento para instar a la renegociación del contrato originario en términos que le sean más favorables.

Por último, en caso que, se llegara a incluir indebidamente la cláusula anticorrupción de forma sobreviniente en el contrato de concesión, esta también será nula.

2.3. Construcción de la vía Costa Verde –Tramo Callao

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en el Contrato de obra del Proyecto de Construcción Vía Costa Verde – Tramo Callao, a fin de determinar si los hechos de corrupción que vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de obra, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de obra, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil Peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Obra, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto Vía Costa Verde – Tramo Callao y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si el Contrato de obra es nulo.

Por último, en caso se determine que el Contrato de obra es nulo por estar incurso en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del caso

Durante la gestión regional del Sr. Félix Moreno, el Gobierno Regional del Callao con la finalidad de realizar la construcción de la Vía Costa Verde, realizó la Licitación Pública N° 0009-2013-REGION CALLAO, otorgándose la buena pro al consorcio “Vía Costa Verde Callao” conformada por las empresas brasileñas Constructora Norberto Odebrecht S.A Sucursal Perú y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C con quien posteriormente se celebró el Contrato N° 007-2014-Gobierno Regional Callao.

La obra consistía en la construcción de una vía de una extensión aproximada de 5 km, seis carriles, que serían construidos sobre un relleno de terreno ganado al mar ubicados en la Av. Santa Rosa y otro en la Av. Haya de la Torre, conformados por rampas de acceso, viaductos, pasos a desnivel en la intersección con la Av. Costanera y pavimentación en concreto asfáltico de más de 150 mil metros cuadrados de vía, la recuperación arquitectónica de la playa Carpayo y la construcción de obras recreativas.

Como es de conocimiento público, la empresa Odebrecht se vio involucrado en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones en distintos países como Brasil, Estados Unidos y Perú.

Actualmente, en nuestro país, se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos pertenecientes a la gestión regional del Sr. Félix Moreno por actos de corrupción vinculados a la licitación pública y suscripción del contrato de obra.

Así también existe una sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, del cual se desprende la aceptación de la empresa Odebrecht de la existencia de hechos de corrupción respecto del Proyecto de la Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao.

B.- Análisis del contrato de obra respecto de sus elementos esenciales

B.1 Respetto al objeto del contrato

El objeto del contrato consistente en las prestaciones a las cuales se han obligado las partes, debe cumplir los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración; en el presente caso deben ser posibles física y jurídicamente, lícitas, determinables y patrimoniales.

Es así que, dentro del texto del contrato celebrado en fecha 19 de mayo de 2015, en su cláusula segunda se señala que:

“Con fecha 23.04.2014, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la LP-0009-2013-REGION CALLAO, convocada para la Obra: Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao, a CONSORCIO VIA COSTA VERDE CALLAO (los integrantes del Consorcio son: CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A SUCURSAL PERU – ODEBRECHT PERU INGENIERIA Y CONSTRUCCION S.A.C) conforme a los requerimientos Técnicos Mínimos”

Texto del cual podemos abstraer algunos elementos importantes: en primer lugar, que el objeto del contrato será la “construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao”; y, en segundo lugar, la existencia de “requerimientos técnicos mínimos”. En ese sentido, las prestaciones y

obligaciones contenidas en el íntegro del texto contractual conllevarán a la necesaria realización del Proyecto.

A modo de ejemplo, creemos conveniente citar algunas obligaciones a las que se comprometieron las partes:

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, en periodos de valorización mensual, conforme a lo previsto en la sección específica de las Bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de liquidación del contrato de obra, en el plazo de sesenta (60) días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

Habiendo identificado el objeto del contrato de obra y sus prestaciones, pasaremos a evaluar el cumplimiento de los requisitos mínimos para su configuración exitosa. De esta forma, podemos señalar que:

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción de las obras a las cuales se comprometen las partes está condicionada a las leyes naturales, es decir, en la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato.

Así, esta necesidad podía verse reflejada en el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la suscripción del contrato, el cual señalaba que

“Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos nacionales (...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado (...) La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica (...)”.

En ese sentido, somos de la opinión, que el análisis de este extremo estará condicionado a la posibilidad de materialización natural y técnica de la prestación. Más aún, cuando la complejidad del proceso constructivo, condicionará la realización de un estudio “especializado” para determinar su posibilidad o imposibilidad.

En este extremo cobra especial relevancia, “los requerimientos técnicos mínimos” en tanto es el documento que complementa al contrato y contiene lo referente a la ubicación del proyecto, los plazos de ejecución y prestaciones que debe cumplir el contratista.

Respecto a la posibilidad jurídica de las prestaciones del contrato de construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao se refleja en la congruencia del objeto con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres contempladas en el ordenamiento jurídico; en tanto este contrato respecto a este punto se encuentra amparado en el marco normativo vigente al momento de su celebración, los cuales son los siguientes:

1. Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.
2. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Código Civil de 1984, aplicado de forma supletoria.

En ese sentido, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración, en tanto, el ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se obligan a la construcción de una obra determinada entre un privado y el Estado a través de la contratación pública, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato de concesión, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva del Proyecto Vía Costa Verde – Tramo Callao han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2 Respecto a la forma del contrato

El contrato de construcción de la Vía Costa Verde - Tramo Callao fue suscrito mediante documentos privados; no se advierte que en el propio contrato o en el marco normativo de contratación estatal, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma determinada para condicionar la validez del contrato, más que la sola forma escrita.

B.3.- Respecto a la causa y la licitud del contrato

Conforme a lo indicado de forma precedente, la causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, así “La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

De esta forma, el interés y su correspondencia con el ordenamiento cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes.

En ese sentido, es pertinente determinar en abstracto cual es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato, respecto del primero es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población a través de la construcción de infraestructura vial.

En el presente caso en específico podemos encontrar la finalidad del proyecto en los Requerimientos técnicos Mínimos, donde se señala que la finalidad pública es la siguiente:

“Construir una adecuada infraestructura vial y peatonal, que permita una vía rápida de circulación vial en la Costa Verde, consistente en:

- a) Articulación vial del litoral de la vía Lima – Callao, con la construcción de la Vía Costa Verde - Tramo Callao, en una longitud de 4.89 Km, desde la intersección con la Av. Buenos Aires, hasta el límite con el distrito de San Miguel en el Jirón Virú.
- b) Infraestructura vial suficiente y adecuada para evacuaciones, permitiendo el empleo de la nueva vía como medio de alivio de la congestión existente y como ruta de evacuación de la

población de los distritos de La Punta, Callao y La Perla; ante la ocurrencia de fenómenos adversos de la naturaleza como sismos, tsunamis y otras emergencias.

c) Obras de defensa y protección marina que permitan la protección de la nueva vía y de la costa en esa zona.

d) Adecuada articulación vial de los distritos ubicados en el litoral sur de Lima Metropolitana con el Callao, al permitir bajos costos de operación vehicular y reducción de horas de viaje

e) Mayor ingreso y recuperación social de la zona, por el aprovechamiento del potencial turístico y recreacional y la reducción del nivel de contaminación y el mejoramiento medio ambiental.”

Sin embargo, la motivación abstracta de las partes en la celebración del contrato de obra del Proyecto “Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao”, puede haber sido desnaturalizada a través de las actuaciones concretas de las partes durante su celebración. Así, en caso existieran actos de corrupción durante el procedimiento previo a la celebración del contrato, esta ilicitud se reflejará en su causa, correspondiéndole la nulidad.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos supuestos de corrupción que podemos recoger del Acuerdo de Colaboración eficaz e identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados con el contrato

En primer lugar, a diferencia de los casos anteriores, donde no hay sentencias condenatorias sobre delitos de corrupción; en el presente caso, existe la Sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, que detalla los hechos materia de corrupción respecto del Proyecto de la Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao.

El primer hecho de corrupción:

“Se atribuyó a Félix Moreno Caballero que habría solicitado una ventaja dineraria indebida en el proceso de licitación de la obra “Construcción de la vía Costa Verde – Tramo Callao”, ascendente a cuatro millones de dólares que debía ser repartida en porcentajes del 60% y 40% entre él y Gil Shavit respectivamente, a fin de favorecer al Grupo Odebrecht en la licitación, modificando para ello las cláusulas de las bases con la finalidad de restringir la participación de los competidores y así otorgarle la buena pro. Asimismo, Gil Shavit habría prestado su colaboración necesaria, no sólo para arribar el acuerdo, sino también para abrir una cuenta en un paraíso fiscal a nombre de la empresa offshore Cardiff International Ltd.

Se precisó que los pagos a Félix Moreno Caballero fueron dirigidos a Luis Favre por concepto de servicios de consultoría para la campaña electoral de reelección de 2014 del Gobierno Regional de Callao”

Respecto al primer hecho de corrupción, puede ser abstraído de la siguiente forma: Uno o varios funcionarios o servidores públicos han modificado indebidamente las cláusulas de las bases del procedimiento de contratación pública de la Obra Vía Costa Verde – Tramo Callao, con la finalidad de restringir la participación de los competidores del Consorcio Costa Verde Vía Callao a fin de que pueda conseguir la buena pro y celebrar el contrato, todo esto a cambio de un beneficio indebido de cuatro millones de dólares.

De esta forma, el momento del procedimiento previo a la celebración del contrato donde se presenta el supuesto de corrupción es la “formulación de las bases”, por lo que, es conveniente determinar cuál es el alcance dentro del procedimiento a efectos de determinar si es un supuesto de “corrupción contractualmente relevante”.

En ese sentido, las bases son:

“(…) el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (…)” (Retamozo 2013: 33)

Por lo tanto, su importancia es innegable, ya que son elaboradas por un comité especial, y aprobadas por el titular de la entidad. Además, contienen mecanismos que fomentan la concurrencia y participación de postores, características técnicas de las obras, lugar de construcción, plazos, etc., y además condiciona la validez de las propuestas presentadas por los postores al cumplimiento de sus requisitos.

En suma, la presencia de actos de corrupción en su formulación tendrá efectos directos en los celebrantes y el contenido del contrato final.

Si los actos de corrupción afectan la formulación de las bases respecto a las características de los postores en el procedimiento de contratación, vale decir en su capacidad económica, técnica, experiencia o equipamiento, se constituirá un filtro perverso, por el cual se limitará la participación de otras empresas y consorcios, y en consecuencia se reducirá el número de ofertas viables elegibles, afectando directamente el interés del Estado Peruano y la maximización de los recursos estatales.

Este supuesto afecta negativamente al futuro contrato y constituye en nuestra opinión un **“supuesto de corrupción contractualmente relevante”**; lo cual ha sido además corroborado por la propia empresa corruptora, correspondiendo la nulidad del contrato celebrado entre el Gobierno Regional del Callao y el Privado.

B.3.2.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados a la ejecución del Contrato

Un segundo hecho de corrupción, que fue aceptado dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, respecto del Proyecto de la Construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao es que:

“Durante la ejecución de la obra: “Construcción de la vía Costa Verde – Tramo Callao, se evidenció retraso en la tramitación y obtención de licencias, autorizaciones y soluciones a interferencias, los cuales generaron que el Gobierno regional del Callao reconozca ampliaciones de plazo y en consecuencia, mayores gastos tanto al contratista y al supervisor. Asimismo, se aprobaron adicionales vinculados al cambio de diseño en intercambios viales determinados, que si bien generaron una disminución del monto contractual se realizaron sin estudios técnicos que las justificaran, y ocasionaron dificultades de transitabilidad”

De lo cual podemos abstraer que, se realizaron modificaciones al contrato original a través de ampliaciones de plazo y aprobación de prestaciones adicionales, los cuales fueron obtenidos a través de supuestos de corrupción.

Sin embargo, habiendo determinado en el punto precedente, que en caso de que la corrupción estuviera presente al momento de la formulación de las bases, su ilicitud irradiará al contenido final del contrato, deviniendo este en nulo; en consecuencia, cualquier acto posterior que modifica un contrato nulo, tendrá la misma consecuencia.

C.- Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad del contrato de construcción de la Vía Costa Verde, debo señalar que esta se hace en mérito a los hechos corroborados dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato en mérito del supuesto de nulidad sanción contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984 y reflejados en los supuestos arbitrables contenidos en los artículos 56 de la Ley de Contrataciones del Estado vigentes al momento de la celebración.

Todo esto, por contener una causa ilícita, reflejada en una finalidad ilícita del privado de obtener un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado, contraviniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, de tráfico de influencias, negociación incompatible y colusión agravada y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico, traducidas en los principios de integridad, imparcialidad, libre concurrencia, trato justo e igualitario y equidad propios de la contratación del Estado.

Por lo que, en el presente caso, al haberse verificado el supuesto de corrupción consistente en la concertación ilegal entre el privado y funcionarios públicos para el aseguramiento del contrato de construcción a través de la manipulación de las bases de la contratación, se evidencia una patología existente al momento de la celebración del contrato y verificable en su contenido final correspondiendo la nulidad del contrato, y por extensión de cualquier modificación o adenda suscrita con posterioridad, en tanto la patología se irradia sobre todos los actos posteriores, siendo estos también nulos.

Así también, la misma suerte correrá, la eventual inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción, en tanto conforme advertimos en la primera parte del presente capítulo, esta no tiene una naturaleza convalidatoria de la invalidez del contrato, por ende, devendría en nula al irradiarse la ilicitud del contrato originario.

Por último, debo señalar que el plazo para que empiece a correr el decurso prescriptorio para invocar la nulidad del contrato de concesión es a partir de la emisión de la Sentencia emitida dentro del procedimiento de colaboración eficaz; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que, la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptorio.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que el contrato de obra para la construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao es nulo por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres –reflejado en el comportamiento indebido de funcionarios públicos que favorecieron al Grupo Odebrecht en la licitación de la obra, modificando las cláusulas de las bases, restringiendo la participación de competidores- conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato.

En el presente caso en particular, este supuesto es completamente imposible, dado que el contrato de obra N° 007-2014-Gobierno Regional del Callao no se encuentra vigente, debido a que fue indebidamente “resuelto” en julio de 2017, primero por el Consorcio Vía Costa Verde Callao, y luego por la Entidad Contratante; quedando la obra paralizada desde entonces.

Señalamos que fue indebidamente resuelto, porque aceptar esta posibilidad implica que el contrato a pesar de la presencia de actos de corrupción era válido, lo cual es incorrecto, ya que el remedio idóneo frente a su ilicitud era la nulidad.

Sin embargo, si partimos del escenario donde el contrato no habría sido resuelto, la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción tendría que analizarse desde la óptica de la figura de la confirmación y la conversión.

Así, si asumimos que la inclusión sobreviniente de la cláusula anticorrupción hubiera representado un supuesto de confirmación del contrato, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, hubiera surgido una obvia inconsistencia, ya que el acto de confirmación solo puede convalidar un negocio jurídico o contrato “anulable”, es decir un contrato cuya afectación a la validez del contrato es leve, y afecta solamente intereses particulares. En el presente caso, la existencia confesa de un supuesto de corrupción contractualmente relevante contenido en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege.

Además, la aplicación de la figura de la confirmación, supondría que los hechos de corrupción que favorecieron al Grupo Odebrecht pueden ser subsumidos contractualmente en la figura del error o el dolo, lo cual no creemos posible.

Considero que este supuesto no es aplicable, en tanto la convalidación del contrato de obra por confirmación, debe cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabiliza los efectos del contrato.

En el presente caso, si hubiera sido incluida de forma sobreviniente la cláusula anticorrupción, se habría cumplido el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo hubiera sido impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde solo se busca privilegiar intereses particulares.

Por otro lado, si hubiéramos considerado la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo –como en el presente caso–, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato, pero con efectos más limitados. Debemos señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al contrato de obra con el Estado, donde pueda subsumirse el contenido ilícito del contrato originario. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así, la ilicitud demostrada de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinarían la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país, sin estar expresamente reconocida, al no encontrarse prohibida, debe cumplir mínimamente con los siguientes requisitos: a) El contrato primigenio debe ser nulo; b) Los efectos del nuevo negocio deben satisfacer los intereses de las partes; c) Los requisitos del negocio nulo deben poder producir efectos jurídicos distintos para el nuevo negocio; y d) La ignorancia de las partes sobre la nulidad del contrato.

Así, respecto a la nulidad del contrato, conforme hemos desarrollado en el análisis del presente caso, somos de la opinión que, existiendo una confesión expresa de la existencia de supuestos de corrupción contractualmente relevantes, traducidos en la concertación ilegal entre la empresa y funcionarios públicos del Gobierno Regional del Callao, el contrato de obra para la construcción de la Vía Costa Verde – Tramo Callao y sus adendas son nulos por encontrarse incursos en el supuesto contenido en el numeral 4 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo así, normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto a la idoneidad que los efectos modificados satisfagan los intereses de las partes, debo señalar que este supuesto hubiera implicado la existencia de un segundo negocio o contrato, cuyos efectos reducidos satisfagan tanto al Consorcio Vía Costa Verde Callao y al Estado Peruano.

En el ordenamiento jurídico peruano, no existe un contrato distinto al contrato de obra con El Estado, que pueda satisfacer el interés estatal de construcción de infraestructura para la satisfacción de necesidades sociales, o que pueda desplegar efectos similares. Por lo que, este presupuesto es de imposible cumplimiento, más aún cuando en nuestro país, cuando se pretende celebrar un nuevo contrato con el Estado, se debe cumplir con los procedimientos previos contenidos en las normas de contratación estatal.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito del contrato de obra para la construcción de la vía Costa Verde – Tramo Callao también será nulo.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que, existiendo una confesión expresa por parte del Grupo Odebrecht sobre la existencia de un supuesto de corrupción, es imposible que el Consorcio Vía Costa Verde pueda alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos. En ese sentido, no podría argumentar desconocer que el contrato de obra era nulo.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no hubiera sido legalmente viable que el Estado a través del Gobierno Regional del Callao hubiera podido convalidar la nulidad del contrato de obra mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción. En ese sentido, tampoco podría haber sido utilizada como argumento para instar a la renegociación del contrato originario en términos que le sean más favorables.

Por último, en caso que, se hubiera incluido indebidamente la cláusula anticorrupción de forma sobreviniente en el contrato de obra, esta también sería nula, y no desplegaría ningún efecto.

2.4. Caso “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en el Contrato de obra del Proyecto “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”, a fin de determinar si los hechos de corrupción que vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de obra, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de obra, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Obra, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco” y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si el Contrato de Obra es nulo.

Por último, en caso se determine que el Contrato de obra es nulo por estar incurso en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del caso

Durante la gestión regional del Sr. Jorge Isaacs Acurio Tito, el Gobierno Regional del Cusco con la finalidad de realizar el mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la Avenida Evitamiento de la ciudad de Cusco, realizó la Licitación Pública N° 007-2012-COPESCP/GRC otorgándose la buena pro al consorcio “Vías del Cusco” conformada por las empresas brasileñas Constructora Norberto Odebrecht S.A Sucursal Perú y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C con quien posteriormente se celebró el Contrato N° 1400-046-2013-COPESCO/GRC.

La obra consistía en la renovación de una extensión de 9.5 kilómetros de vía peatonal y vehicular, iniciada en la vía salida de la ciudad de Cusco hacia Puno, sector de Angostura y contaría con dos vías principales, dos auxiliares, ciclovía, cuatro puentes peatonales, seis puentes vehiculares, etc.

Como es de conocimiento público, la empresa Odebrecht se vio involucrado en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones en distintos países como Brasil, Estados Unidos y Perú.

Actualmente, en nuestro país, se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos pertenecientes a la gestión regional del Sr. Jorge Acurio por actos de corrupción vinculados a la licitación pública y suscripción del contrato de obra.

Así también existe una sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, del cual se desprende la aceptación de la empresa Odebrecht de la existencia de hechos de corrupción respecto del Proyecto.

B.- Análisis del Contrato sobre el Proyecto “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”

B.1.- Respecto al objeto del contrato

El objeto del contrato consistente en las prestaciones a las cuales se han obligado las partes debe cumplir los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración; en el presente caso deben ser posibles física y jurídicamente, lícitas, determinables y patrimoniales.

Es así que, dentro del texto del contrato celebrado en fecha 12 de marzo de 2013, en su cláusula segunda se señala que:

El presente contrato tiene por objeto la Contratación para la Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: “Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Av. Evitamiento de la Ciudad de Cusco”, conforme a lo establecido en las Bases Integradas del proceso de selección y la Propuesta Técnica y Económica respectivamente, los que se incorporan como parte integrante de este contrato.

Texto del cual podemos abstraer algunos elementos importantes: en primer lugar, que el objeto del contrato será la “Elaboración del expediente técnico”; y, en segundo lugar, la Ejecución de la obra. En ese sentido, las prestaciones y obligaciones contenidas en el íntegro del texto contractual conllevarán a su necesaria realización.

A modo de ejemplo, creemos conveniente citar algunas obligaciones a las que se comprometieron las partes:

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Nuevos Soles, en periodos de valorización mensual, conforme a lo previsto en la sección específica de las Bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de liquidación del contrato de obra, en el plazo de treinta (30) días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción de las obras a las cuales se compromete está condicionada a las leyes naturales, es decir, en la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato.

Esta necesidad podía verse reflejada en el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la suscripción del contrato, el cual señalaba que

“Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos nacionales (...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado (...) La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica (...)”

En ese sentido, somos de la opinión, que el análisis de este extremo estará condicionado a la posibilidad de materialización natural y técnica de la prestación. Más aún, cuando la complejidad del proceso constructivo, condicionará la realización de un estudio “especializado” para determinar su posibilidad o imposibilidad. Este estudio, en el presente caso, se encuentra contenido en el documento denominado “requerimientos técnicos mínimos”, que forma parte del contrato y contiene la información técnica pertinente para la ejecución del mismo.

Respecto a la posibilidad jurídica de las prestaciones del contrato de Obra Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y vehicular de la Av. Evitamiento de la Ciudad de Cusco se refleja en la congruencia de las prestaciones y los bienes relacionados con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres contempladas en el ordenamiento jurídico. De esta forma, somos de la opinión que las prestaciones y los bienes relacionados objeto del contrato se encuentran amparados por el marco normativo vigente al momento de su celebración, los cuales son los siguientes:

1. Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.
2. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Código Civil de 1984, aplicado de forma supletoria.

En ese sentido, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración.

En tanto, el ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se obligan a la construcción de una obra determinada entre un privado y el Estado a través de la

contratación pública, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato de concesión, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva del Proyecto para el Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y vehicular de la Av. Evitamiento de la Ciudad de Cusco han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2 Respecto a la forma del contrato

El contrato de construcción del proyecto para el Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y vehicular de la Av. Evitamiento de la Ciudad de Cusco fueron realizadas mediante documentos privados; no se advierte que en el propio contrato o en el marco normativo a la Contratación Estatal, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma determinada para condicionar la validez del contrato, más que la sola forma escrita.

B.3.- Respecto a la causa y la licitud del contrato

Conforme a lo indicado de forma precedente, la causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, así:

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés mercedor de tutela” (Bianca 2007: 470)

De esta forma, el interés y su correspondencia con el ordenamiento cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes.

En ese sentido, es pertinente determinar en abstracto cuál es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato.

Respecto del primero es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población a través del mejoramiento de infraestructura vial, en el presente caso en específico podemos encontrar la finalidad del proyecto en los Requerimientos técnicos Mínimos, donde señala en su punto 1 que la finalidad pública es:

Mejorar la transitabilidad peatonal y vehicular de la Avenida Evitamiento de la Ciudad del Cusco, en el tramo Angostura – Agua Buena, permitiendo contar con una adecuada infraestructura vial en condiciones de continuidad, fluidez y seguridad, reduciendo costos operativos vehiculares y tiempos de viaje.

Sin embargo, la motivación abstracta de las partes en la celebración del contrato de obra del Proyecto para Mejorar la Transitabilidad peatonal y vehicular de la Avenida Evitamiento de la Ciudad del Cusco, puede haber sido desnaturalizada a través de las actuaciones concretas de las partes durante su celebración. Así, en caso existieran actos de corrupción durante el procedimiento previo a la celebración del contrato, esta ilicitud se reflejará en su causa, correspondiéndole la nulidad.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos actos de corrupción que podemos recoger del Acuerdo de Colaboración eficaz e identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados al contrato

En primer lugar, a diferencia de los casos anteriores, donde no hay sentencias condenatorias sobre delitos de corrupción; en el presente caso, existe la Sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, que detalla los hechos materia de corrupción respecto del Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Avenida Evitamiento de la Ciudad del Cusco.

El primer hecho de corrupción:

“Se atribuyó a Jorge Isaacs Acurio Tito que presuntamente habría ofrecido a representantes de la empresa Odebrecht S.A. para interceder dentro del proceso de selección de la obra “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco”, incluyendo bases administrativas para colocar a la empresa en una mejor posición para el otorgamiento de la buena pro a cambio de obtener un pago equivalente al 3% del monto de la obra que equivalía aproximadamente a tres millones de dólares, el que se habría concretado a través de transferencias bancarias a favor de la empresa off shore Wircel S.A.; para el cual suscribieron un contrato ficticio de consultoría de inversiones inmobiliarias, donde participó en calidad de signatario autorizado de la empresa Wircel S.A la persona de José Francisco Zaragoza Amiel. Es de destacar que el aporte de la estructura societaria para justificar la transferencia de dinero se le atribuyó a Gustavo Fernando Salazar Delgado”

Respecto al primer hecho de corrupción, puede ser abstraído de la siguiente forma: Uno o varios funcionarios o servidores públicos han modificado indebidamente las cláusulas de las bases del procedimiento de contratación pública de la Obra Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Avenida Evitamiento de la Ciudad del Cusco, con la finalidad de poner en mejor posición al Consorcio Vías de Cusco, a fin de que pueda conseguir la buena pro y celebrar el contrato, todo esto a cambio de un beneficio indebido aproximado de tres millones de dólares.

En ese sentido, el momento del procedimiento previo a la celebración del contrato donde se presenta el supuesto de corrupción es la **“formulación de las bases”**, por lo que, es conveniente determinar cuál es el alcance dentro del procedimiento a efectos de determinar si es un supuesto de “corrupción contractualmente relevante”.

De esta forma, las bases son:

“(…) el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (...)” (Retamozo 2013: 33).

Por consiguiente, es innegable la importancia de las bases, ya que éstas son elaboradas por un comité especial, y aprobadas por el titular de la entidad. Además, contienen mecanismos que fomenten concurrencia y participación de postores, características técnicas de las obras, lugar de construcción, plazos, etc., y además condiciona la validez de las propuestas presentadas por los postores al cumplimiento de sus requisitos; en ese sentido, la presencia de actos de corrupción en su formulación tendrá efectos directos en los celebrantes y el contenido del contrato final.

Si los actos de corrupción afectan la formulación de las bases respecto a las características de los postores en el procedimiento de contratación, vale decir en su capacidad económica, técnica, experiencia o equipamiento, se constituirá un filtro perverso, por el cual se limitará la participación de otras empresas y consorcios, y en consecuencia se reducirá el número de ofertas viables elegibles, afectando directamente el interés del Estado Peruano y la maximización de los recursos estatales.

Este supuesto afecta negativamente al futuro contrato y constituye en nuestra opinión un **“supuesto de corrupción contractualmente relevante”**; lo cual ha sido además corroborado por la propia empresa corruptora, correspondiendo la nulidad del contrato celebrado por el Proyecto Especial Regional Plan Copesco del Gobierno Regional del Cusco.

B.3.2.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados a la ejecución del contrato

Un segundo hecho de corrupción, que fue aceptado dentro Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, respecto del Proyecto Mejoramiento de la Transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco es que:

“(…) durante la ejecución del contrato n° 1400-046-2013-COPESCO/GRC, se aprobó el expediente técnico elaborado por el consorcio Vías del Cusco por un monto mayor a lo establecido en el citado contrato, a partir de la incorporación de la partida de servidumbres de un monto mayor consignado en el término de referencia, así como el pago del contratista del 19% del costo directo de las servidumbres y el IGV.

Posteriormente, Jorge Luis Alyala Ricalde y René Concha Lezama en concertación con la empresa contratista emitieron resoluciones directorales mediante las cuales aprobaron la reducción de metas en vía evitamiento por un total de más de cincuenta millones y aprobaron irregularmente el pago de 13394 503.49 millones de soles correspondiente a la ampliación del plazo contractual número 18 de la referida obra a favor del contratista por la ampliación del plazo contractual”

De lo cual podemos abstraer que, se realizaron modificaciones al contrato original a través de ampliaciones de plazo y aprobación de reducciones de metas, los cuales fueron obtenidos a través de supuestos de corrupción.

Sin embargo, habiendo determinado en el punto precedente, que en caso de que la corrupción estuviera presente al momento de la formulación de las bases, su ilicitud irradiará al contenido final del contrato, deviniendo este en nulo; en consecuencia, cualquier acto posterior que modifica un contrato nulo, tendrá la misma consecuencia.

C. Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad del contrato de Mejoramiento de la Transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco, debo señalar que esta se hace en mérito a los hechos corroborados dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato en mérito del

supuesto de nulidad sanción contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil y reflejados en los supuestos arbitrables contenidos en los artículos 56 de la Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la celebración.

Todo esto, por contener una causa ilícita, reflejada en una finalidad ilícita del privado de obtener un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado, contraviniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, de tráfico de influencias, negociación incompatible y colusión agravada y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico, traducidas en los principios de integridad, imparcialidad, libre concurrencia, trato justo e igualitario y equidad propios de la contratación del Estado.

Cabe señalar que la nulidad que se invoca, es distinta a la nulidad que puede invocar de oficio la Entidad, nos estamos refiriendo propiamente a la nulidad arbitrable.

Por lo que, en el presente caso, al haberse verificado el supuesto de corrupción consistente en la concertación ilegal entre el privado y funcionarios públicos para el aseguramiento del contrato de construcción a través de la manipulación de las bases de la contratación, se evidencia una patología existente al momento de la celebración del contrato y verificable en su contenido final correspondiendo la nulidad del contrato, y por extensión de cualquier modificación o adenda suscrito con posterioridad, en tanto la patología se irradia sobre todos los actos posteriores, siendo estos también nulos.

Así también, la misma suerte correrá, la eventual inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción, en tanto, esta no tiene una naturaleza convalidatoria de la invalidez del contrato, por ende, devendría en nula al irradiarse la ilicitud del contrato originario.

Por último, debo señalar que el plazo para que empiece a correr el decurso prescriptivo para invocar la nulidad del contrato de concesión es a partir de la emisión de la Sentencia emitida dentro del procedimiento de colaboración eficaz; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptivo.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que el contrato de obra para el mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la Avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco es nulo por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres –reflejado en el comportamiento indebido de funcionarios públicos que favorecieron al Grupo Odebrecht en la licitación de la obra, modificando las cláusulas de las bases, para colocar a la empresa en una mejor posición para el otorgamiento de la buena pro-, conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato.

En el presente caso en particular, esta posibilidad es completamente imposible, dado que el Contrato N° 1400-046-2013-COPESCO/GRC no se encuentra vigente, debido a que la obra

fue culminada y entregada en 2016. Señalamos que fue indebidamente ejecutada y recibida, porque aceptar lo contrario implica que el contrato a pesar de la presencia de actos de corrupción era válido, lo cual es incorrecto, ya que el remedio idóneo frente a su ilicitud era la nulidad.

Sin embargo, si partimos del escenario donde el contrato continuara vigente, la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción tendría que analizarse desde la óptica de la figura de la confirmación y la conversión.

Así, si asumimos que la inclusión sobreviniente de la cláusula anticorrupción hubiera representado un supuesto de confirmación del contrato, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, hubiera surgido una obvia inconsistencia, ya que el acto de confirmación solo puede convalidar un negocio jurídico o contrato “anulable”, es decir un contrato cuya afectación a la validez del contrato es leve, y afecta solamente intereses particulares.

En el presente caso, la existencia confesa de un supuesto de corrupción contractualmente relevante contenido en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege.

Además, la aplicación de la figura de la confirmación, supondría que los hechos de corrupción que favorecieron al Grupo Odebrecht pueden ser subsumidos contractualmente en la figura del error o el dolo, lo cual no creemos posible.

Considero que este supuesto no es aplicable, en tanto la convalidación del contrato de obra por confirmación, debe cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabiliza los efectos del contrato.

En el presente caso, si hubiera sido incluida de forma sobreviniente la cláusula anticorrupción, se habría cumplido el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo hubiera sido impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde solo se busca privilegiar intereses particulares.

Por otro lado, si consideramos la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo – como en el presente caso-, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato distinto al primigenio, pero con efectos más limitados.

Sobre el particular, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al contrato de obra con El Estado, donde pueda subsumirse el contenido ilícito del contrato originario. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así,

la ilicitud demostrada de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinarían la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país, sin estar expresamente reconocida, debe cumplir mínimamente con los siguientes requisitos: a) El contrato primigenio debe ser nulo; b) Los efectos del nuevo negocio deben satisfacer los intereses de las partes; c) Los requisitos del negocio nulo deben poder producir efectos jurídicos distintos para el nuevo negocio; y d) La ignorancia de las partes sobre la nulidad del contrato.

Así, respecto a la nulidad del contrato, somos de la opinión que, existiendo una confesión expresa sobre la existencia de supuestos de corrupción contractualmente relevantes, cometidos por funcionarios públicos del Gobierno Regional del Cusco, el contrato de obra para el Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Avenida Evitamiento de la ciudad de Cusco es nulo por encontrarse incurso en el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo así, normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto al requisito de idoneidad de la conversión, este supuesto requiere la existencia de un segundo negocio o contrato dentro del ordenamiento jurídico, cuyos efectos “reducidos” puedan satisfacer a las partes celebrantes, vale decir al Consorcio Vías del Cusco y al Estado Peruano.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, no existe un contrato distinto al contrato de obra entre el Estado y un privado, que pueda satisfacer el interés estatal de construcción de infraestructura para la satisfacción de necesidades sociales, o que pueda desplegar efectos similares. Por lo que, el presupuesto para la conversión del negocio jurídico referente a la satisfacción de los intereses de las partes con el segundo negocio es de imposible cumplimiento.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito del contrato de obra del Proyecto para el Mejoramiento de la Transitabilidad Peatonal y Vehicular de la Avenida Evitamiento de la Ciudad de Cusco también será nulo.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que, existiendo una confesión expresa por parte del Grupo Odebrecht sobre la existencia de un supuesto de corrupción, es imposible que el Consorcio Vías del Cusco pueda alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos. En ese sentido, no podría argumentar desconocer que el contrato de obra era nulo.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no hubiera sido legalmente viable que el Estado a través del Gobierno Regional del Cusco hubiera podido convalidar la nulidad del contrato de obra mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción. En ese sentido, tampoco podría haber sido utilizada como argumento para instar a la renegociación del contrato originario en términos que le sean más favorables.

Por último, en caso que, se hubiera incluido indebidamente la cláusula anticorrupción de forma sobreviniente en el contrato de obra, esta también sería nula.

2.5. Caso “Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, tramos 2 y 3”.

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en los Contratos de Concesión del Corredor Vial Interoceánico Tramo 2 y 3, a fin de determinar si los hechos de corrupción que vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de Concesión, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de Concesión y sus adendas, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Concesión, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto, y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si los Contratos de Concesión del Corredor Vial Interoceánico Tramo 2 y 3 son nulos.

Por último, en caso se determine que los Contratos de Concesión son nulos por estar incursos en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del caso

Durante la gestión presidencial del Sr. Alejandro Toledo Manrique, el Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la finalidad de realizar la construcción, rehabilitación, mejoramiento y operación de la concesión de los tramos 2 y 3 de la Carretera Interoceánica Sur celebró el contrato de concesión por un periodo de 25 años con la Concesionaria Irsa Sur, conformada por Odebrecht, JJC Contratistas Generales e ICCGSA.

El contrato consistía en la construcción de 656 Km de la carretera interoceánica sur tramos 2 y 3 que une Urcos en Cusco con Iñapari en Puerto Maldonado, en frontera con Brasil.

Como es de conocimiento público, la empresa Odebrecht se vio involucrado en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones en distintos países como Brasil, Estados Unidos y Perú.

Actualmente, en nuestro país, se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos por actos de corrupción vinculados a la celebración del contrato de concesión; así también existe

una sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, del cual se desprende la aceptación de la empresa Odebrecht de la existencia de hechos de corrupción respecto del Proyecto.

B.- Análisis del Contrato de Concesión respecto de sus elementos esenciales

B.1.- Respecto al objeto del contrato de concesión

El objeto consistente en las prestaciones a las cuales se obligaron las partes respecto al tramo 2 y 3 de los contratos de concesión, tenemos que:

Respecto del tramo 2 y 3, encontramos el objeto en los puntos 2.4 de ambos contratos, los cuales señalan que:

2.4.- Por el presente Contrato, el CONCEDENTE otorga en Concesión al CONCESIONARIO, la Construcción, Conservación, Mantenimiento y Explotación de la infraestructura de servicio público del Tramo de la Concesión

Así también, sus principales prestaciones contenidas en los puntos 2.5 de ambos contratos son: la entrega, transferencia, uso y reversión de bienes, la construcción y mantenimiento de la infraestructura del Tramo de la Concesión, la conservación de la obra, la explotación del servicio, todo conforme al detalle particular de cada actividad que regula el contrato.

Es necesario señalar que las prestaciones a las cuales se han obligado las partes en abstracto cumplen los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración del objeto del contrato, es decir son posibles física y jurídicamente, son lícitas, determinables y patrimoniales.

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción está condicionada a las leyes naturales, es decir, en la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato.

De esta forma tenemos por ejemplo los Proyectos de Ingeniería, los cuales se realizarán conforme al expediente técnico, a las bases y al contrato; en ese sentido, somos de la opinión, que el análisis de este extremo estará condicionado a un análisis general si fueran prestaciones obviamente antinaturales, y técnicas, si dadas su complejidad requiera un estudio especializado, que es el que determinará su posibilidad o imposibilidad.

Respecto a la posibilidad jurídica de las prestaciones del contrato de concesión se reflejan en la congruencia del objeto con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres contempladas en el ordenamiento jurídico; en tanto este contrato respecto a este punto se encuentra amparado en el marco normativo vigente al momento de su celebración:

1. Decreto Legislativo N° 674 del 25 de setiembre de 1991, se declaró de interés nacional la Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado y se crea la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI), como ente rector del proceso.

2. Mediante Decreto Legislativo N° 839 del 20 de agosto de 1996, se aprobó la Ley de Promoción de la Inversión Privada en Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, creándose, como organismo a cargo, la Comisión de Promoción de Concesiones Privadas (PROMCEPRI).
3. Mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM del 26 de diciembre de 1996 se aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.
4. Mediante Decreto Supremo N° 059-96-PCM del 26 de diciembre de 1996 se aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.

En ese sentido, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración, en tanto, ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se construya y explote una concesión entre un privado y el Estado, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato de concesión, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, tramos 2 y 3 han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2 Respecto a la forma del contrato

Los contratos de Concesión originarios, así como las adendas suscritas fueron realizadas mediante documentos privados con firmas legalizadas ante un notario público; no se advierte que, en el marco normativo referente a la concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos vigente al momento de su celebración, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma determinada para condicionar la validez del contrato (más que la sola forma escrita), sino más bien se privilegia la libertad de forma en la contratación.

B.3.- Respecto a la causa y la licitud del contrato

Conforme a lo indicado de forma precedente, la causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, así “La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470).

En ese sentido el interés y su correspondencia con el ordenamiento cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no al negocio jurídico celebrado por las partes.

En ese sentido, es pertinente determinar en abstracto cuál es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato, respecto del primero es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población a través del mejoramiento de infraestructura vial, en el presente caso en específico

podemos encontrar la finalidad de los proyectos en su descripción general, donde señala en su punto 2.1 que :

El Proyecto del Corredor Vial Interoceánico, Sur – Brasil, considera un conjunto de intervenciones a realizar con la finalidad de mejorar el nivel de servicio a los Usuarios de los tramos, desde los tres puertos de la costa hasta Iñapari en la frontera con Brasil.

Sin embargo, la motivación abstracta de las partes en la celebración del contrato de concesión del Proyecto del Corredor Vial Interoceánico, Sur-Brasil, puede haber sido desnaturalizada a través de las actuaciones concretas de las partes durante su celebración. Así, en caso existieran actos de corrupción durante el procedimiento previo a la celebración del contrato, esta ilicitud se reflejará en su causa, correspondiéndole la nulidad.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos supuestos de corrupción que podemos recoger del Acuerdo de Colaboración eficaz e identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Respetto a los hechos de corrupción vinculados al contrato

En primer lugar, a diferencia de los casos anteriores, donde no hay pronunciamientos judiciales sobre delitos de corrupción; en el presente caso, existe la Sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, donde se detalla los hechos materia de corrupción respecto del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, Tramos 2 y 3, relacionado al Concurso de Proyectos Integrales para la Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil

El primer hecho de corrupción:

Se tiene que a fines del 2004, Jorge Simóes Barata, Superintendente de la empresa Odebrecht en el Perú fue abordado por Avraham Dan On en un evento social realizado en Palacio de Gobierno; presentándose como intermediario del entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo Manrique, a fin de ofrecerle favorecer en el proceso de licitación de los tramos 2,3 y 4 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Perú Brasil, modificando las cláusulas de las bases de la licitación para dificultar o impedir la participación de las otras empresas; en ese sentido, ambos sostuvieron reuniones en Palacio de Gobierno para coordinar las actualizaciones del proceso de licitación, también hubieron reuniones en Brasil en las que participó Alejandro Toledo, acordándose que el pago total por el favorecimiento en el proceso es por la suma total de \$ 35 millones, el mismo que iba a ser depositado a las cuentas del grupo empresarial de Josef Maiman.

Respetto al primer hecho de corrupción, puede ser abstraído de la siguiente forma: Uno o varios funcionarios o servidores públicos han modificado indebidamente las cláusulas de las bases de la Concesión Del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Interoceánico Sur, Perú - Brasil, con la finalidad de favorecer en el proceso de licitación de los tramos 2 y 3 a la Empresa Odebrecht y dificultar e impedir la participación de otras empresas, todo esto a cambio de un beneficio indebido de treinta y cinco millones de dólares.

En ese sentido, el momento del procedimiento previo a la celebración del contrato donde se presenta el supuesto de corrupción es la “formulación de las bases”, por lo que, es conveniente determinar cuál es el alcance dentro del procedimiento a efectos de determinar si es un supuesto de “corrupción contractualmente relevante”.

De esta forma, las bases son

“(…) el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (…).” (Retamozo 2013: 33)

Las cuales, en su momento fueron aprobadas por la PROMCEPRI y su cumplimiento fue verificado por el comité especial. Además, su importancia es innegable, en tanto contienen la información referente al objeto y características del concurso, los agentes autorizados y representantes legales, procedimiento para consultas e información, presentación de sobres, requisitos para calificación del postor, procedimientos de apertura, otorgamiento de la buena pro y cierre, etc.

En consecuencia, la presencia de actos de corrupción en su formulación tendrá efectos directos en los celebrantes y el contenido del contrato final.

Si los actos de corrupción afectan la formulación de las bases respecto a los requisitos para calificación de los postores en el procedimiento de contratación, en su capacidad técnico – operativa, requisitos legales y requisitos financieros, se constituirá un filtro perverso, por el cual se limitará la participación de otras empresas, y en consecuencia se reducirá el número de ofertas viables elegibles, afectando directamente el interés del Estado Peruano y la maximización de los recursos estatales.

Este supuesto afecta negativamente al futuro contrato y constituye en nuestra opinión un “supuesto de corrupción contractualmente relevante”; lo cual ha sido además corroborado por la propia empresa corruptora, correspondiendo la nulidad del contrato celebrado entre El Estado Peruano a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y las empresas Concesionaria Interoceánica Sur- Tramo 2 S.A, Concesionaria Interoceánica Sur- Tramo 3 S.A.

B.3.2.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados a la ejecución del contrato

Así también, el acuerdo de colaboración eficaz ha identificado un segundo hecho de corrupción:

Se tiene que el 23.06.2005, se otorgó la buena pro de los Tramos II y III de la Concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú-Brasil; a favor de los consorcios "Concesionario Interoceánica Urcos-Inambari" y "Concesionario Interoceánica Inambari-Iñapari", ambos integrados por Constructora Norberto Odebrecht SA, Graña y Montero S.A., JJ Carnet Contratistas Generales SA, e Ingenieros Civiles Asociados de CV; en ese contexto, a medida que se ejecutaban las obra, las citadas concesionarias solicitaron los Certificados de Avance de Obra (CAO) por parte de OSITRAN desde mayo de 2006, los mismos que fueron emitidos en un plazo de mes y medio en cada caso. Posteriormente, ante la relevante cantidad de obras ejecutadas sin la respectiva certificación que posibilitara recibir los valores correspondientes de acuerdo al contrato, Juan Carlos Zevallos Ugarte, Presidente del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Infraestructura de Transporte de Uso Público, en el primer trimestre del 2007, acordó con Jorge Simóes Barata el pago de una comisión ilícita de aproximadamente \$ 750,000 mil dólares, a cambio de acelerar la emisión de los certificados de avance de obras; el mismo que se concretó y en consecuencia, Zevallos Ugarte recibió entre los años 2008 y 2013, en su cuenta de la Banca Privada de Andorra, la suma total de \$780.000.00, realizadas mediante cuatro transferencias financieras provenientes de la empresa Aeon vinculada a la empresa Odebrecht y un depósito.

Del supuesto descrito, podemos abstraer un nuevo supuesto de corrupción, por el cual, el funcionario o servidor público cumple con su labor de forma acelerada a cambio de un beneficio indebido de US\$ 780,000.00 a cambio de acelerar su emisión en privilegio de intereses particulares; vemos que, en este supuesto, el funcionario no se aleja de las funciones propias del cargo que desempeña, sino más bien, influye indebidamente en el tiempo de su tramitación en beneficio del solicitante.

Este supuesto en nuestra opinión no constituye un “supuesto de corrupción contractualmente relevante”, en tanto no afecta ninguno de los elementos del contrato, ni su validez originaria; sin perjuicio de su contenido ilícito y reprochable, pasible de configurar delitos o faltas administrativas, pero no pueden conllevar a la nulidad de los contratos de concesión celebrados sobre los tramos II y III.

C. Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad de los contratos de Concesión de los Tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil, debo señalar que esta se hace en mérito a los hechos corroborados dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato, configura el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil Peruano de 1984.

Todo esto, por contener una causa ilícita, reflejada en la finalidad ilícita del privado de obtener un beneficio económico indebido en perjuicio del Estado, contraviniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico (especialmente a los principios propios de la contratación estatal).

Por otro lado, en caso se verifiquen los supuestos de corrupción relacionados al Contrato de Concesión de los tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur; la misma lógica será aplicable a las modificaciones contractuales que se hubieren efectuado; vale decir que, la patología presente al momento de la celebración del contrato se irradiará sobre todos los actos posteriores, siendo estos también nulos.

Así también, la misma suerte correrá, la inclusión sobrevenida efectuada en los contratos respecto a las cláusulas anticorrupción, en tanto, ésta no tiene una naturaleza convalidatoria de la invalidez del contrato, por ende, devendrían en nulas.

De la misma, forma, frente a esta nulidad, no podría oponerse el cambio de los accionistas que pudiera realizarse en el privado, en tanto, la persona jurídica que celebró el contrato no ha variado, además que su eventual transferencia, no convalida bajo ningún supuesto un contrato nulo.

Por último, debo señalar que el plazo para que empiece a correr el decurso prescriptorio para invocar la nulidad del contrato de concesión es a partir de la emisión de la Sentencia emitida dentro del procedimiento de colaboración eficaz; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción,

y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptorio.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que los contratos de concesión de los Tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil son nulos por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres –reflejado en el comportamiento indebido de funcionarios públicos que favorecieron al Grupo Odebrecht en la licitación, modificando las cláusulas de las bases, para dificultar o impedir la participación de otras empresas- conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato.

En el presente caso, a través de una adenda se incluyó una cláusula anticorrupción en ambos contratos de concesión con básicamente el mismo texto, el cual señala que:

EL CONCESIONARIO declara que, a partir de la suscripción de la presente Adenda, ni él ni sus accionistas, socio estratégico, así como futuros accionistas, o empresas vinculadas (...) pagarán recibirán, ofrecerán (...) algún tipo de pago, beneficio indebido, dádiva, comisión ilegal a alguna autoridad, funcionario o servidor público relacionada con la ejecución del presente Contrato.

Si por hechos suscitados con posterioridad a la firma de la presente Adenda, se verifica que alguna de las personas naturales o jurídicas mencionadas (...) hubiesen sido condenadas mediante sentencia consentida o ejecutoriada, en el caso de las personas naturales; o hubiese sido sancionada en última instancia por responsabilidad administrativa (...); el contrato quedara resuelto de pleno derecho, previa comunicación escrita remitente por el CONCEDENTE (...)

De la cláusula antes señalada, podemos advertir que su inclusión dentro de los contratos no pretende convalidar los contratos originarios, sino más bien, incluir dentro de su contenido un nuevo supuesto de resolución del contrato por “corrupción”; y a su vez traza una línea temporal respecto a los supuestos cronológicos que pueden subsumirse dentro de esta cláusula. Además, deja claro que solo los supuestos sobrevinientes pueden gatillar la resolución del contrato.

Cabe indicar que los supuestos de corrupción previos a la celebración de las Adendas dada su configuración actual no podrían ser considerados supuestos de resolución contractual, por no haber sido contempladas en el contrato originario.

Por lo que, la naturaleza de las cláusulas anticorrupción incluidas dentro de los Contratos de Concesión sobre los Tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, no han sido diseñados como supuestos convalidantes, por lo que su validez dependerá a su vez de la validez del contrato originario, y en caso este sea nulo, su ilicitud se irradiará a todas sus adendas.

Por otro lado, conviene analizar la posibilidad que en el futuro se intentara modificar el texto de la cláusula anticorrupción para que contemple un supuesto de convalidación del contrato, a través de las figuras como la confirmación o la conversión.

Entonces si partimos de la premisa que, de forma sobreviniente se modifique el contenido de la cláusula anticorrupción, para ser usado como un supuesto de confirmación del contrato nulo, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, surge una obvia inconsistencia, el acto de confirmación solo puede convalidar un negocio jurídico o contrato “anulable”, es decir un contrato cuya afectación a la validez del contrato es leve, y afecta solamente intereses particulares. En el presente caso, la existencia verificable de un supuesto de corrupción contractualmente relevante, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege.

Considero que este supuesto no es aplicable, en tanto la convalidación de Contratos de Concesión sobre los Tramos 2 y 3 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil por confirmación, debe cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabiliza los efectos del contrato.

En el presente caso, de llegarse a incluir de forma sobrevinida la cláusula anticorrupción, se estaría cumpliendo el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo sería impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde se busca privilegiar solamente intereses particulares.

Por otro lado, si a una eventual modificación de la cláusula anticorrupción, la consideramos como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo –como en el presente caso–, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato, pero con efectos más limitados. Debemos señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al de concesión, donde pueda subsumirse el contenido ilícito de los contratos originarios del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil Tramo 2 y 3. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así, la ilicitud de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinan la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país, sin estar expresamente reconocida, debe cumplir mínimamente con los siguientes requisitos: a) El contrato primigenio debe ser nulo; b) Los efectos del nuevo negocio deben satisfacer los intereses de las partes; c) Los requisitos del negocio nulo deben poder producir efectos jurídicos distintos para el nuevo negocio; y d) La ignorancia de las partes sobre la nulidad del contrato.

Así, respecto a la nulidad del contrato, conforme hemos desarrollado en el análisis del presente caso, somos de la opinión que, existiendo una confesión expresa de la existencia de supuestos

de corrupción contractualmente relevantes, cometidos por funcionarios públicos, los contratos de concesión del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil Tramo 2 y 3 son nulos por encontrarse incurso en el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo así, normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto al requisito de idoneidad de la conversión, este supuesto requiere la existencia de un segundo negocio o contrato dentro del ordenamiento jurídico, cuyos efectos “reducidos” puedan satisfacer a las partes celebrantes, vale decir, a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. y empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. y al Estado Peruano.

Dentro del ordenamiento jurídico peruano, no existe un contrato distinto al contrato de obra entre el Estado y un privado, que pueda satisfacer el interés estatal de construcción de infraestructura para la satisfacción de necesidades sociales, o que pueda desplegar efectos similares. Por lo que, el presupuesto para la conversión del negocio jurídico referente a la satisfacción de los intereses de las partes con el segundo negocio es de imposible cumplimiento.

Por lo que, este presupuesto es de imposible cumplimiento, más aún en nuestro país, cuando se pretende celebrar un nuevo contrato con el Estado, se debe cumplir con los procedimientos previos contenidos en las normas de contratación estatal.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito de los contratos de concesión también serán nulos.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que, existiendo una confesión expresa por parte del Grupo Odebrecht sobre la existencia de un supuesto de corrupción, es imposible que las empresas Concesionaria Interoceánica Sur- Tramo 2 S.A. y Concesionaria Interoceánica Sur- Tramo 3 S.A. puedan alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos. En ese sentido, no podría argumentar desconocer que los contratos de concesión eran nulos.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no es legalmente viable que el Estado pueda convalidar la nulidad de los contratos de concesión, mediante la eventual inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.

En ese sentido, tampoco podría ser utilizada como argumento para instar a la renegociación del contrato originario en términos que le sean más favorables.

Por último, dado que los contratos de concesión originarios son nulos, la inclusión indebida de cualquier cláusula, incluyendo las de corrupción, también son nulos.

2.6. Caso “Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1 tramo 1”

En el estudio del presente caso, realizaremos un análisis de los elementos esenciales del negocio jurídico presentes en el Contrato de obra del Proyecto “Sistema Eléctrico de transporte masivo de Lima – Callao Línea 1 Tramo 1”, a fin de determinar si los hechos de corrupción que

vienen siendo investigados por las autoridades nacionales afectan su validez, y en consecuencia determinan su nulidad.

En ese sentido, se procederá a identificar el objeto del Contrato de obra, a fin de verificar si cumple con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para configurarse de forma exitosa, y no se encuentre dentro del supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 3 del Código Civil peruano de 1984. Nos referimos a su posibilidad física y jurídica, su licitud, determinabilidad y patrimonialidad.

Igualmente, se identificará la forma adoptada por el Contrato de obra, a fin de determinar si cumple con las formalidades necesarias dispuestas por el ordenamiento jurídico, y no se encuentre incurso en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 219 numeral 6 del Código Civil peruano de 1984.

Por otro lado, realizaremos un análisis respecto de la causa y la licitud del Contrato de Obra, a través de la identificación de los hechos de corrupción que han sido vinculados al Proyecto y que vienen siendo investigados por las autoridades. Se pondrá un énfasis especial respecto a la motivación de las partes contratantes e identificación de supuestos de corrupción contractualmente relevantes.

Así también, del estudio del objeto, la forma y la causa del negocio jurídico realizados, el Tesista concluirá si el Contrato de Obra es nulo.

Por último, en caso se determine que el Contrato de obra es nulo por estar incurso en alguno de los supuestos contenidos en el artículo 219 del Código Civil peruano, se abordará la posibilidad de convalidarlo mediante la inclusión sobrevinida de una cláusula anticorrupción.

A.- Hechos del Caso

Durante la gestión presidencial del Sr. Alan García Pérez, el Estado Peruano a través Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, realizó la Licitación Pública N° 003-2009-MTC/20 otorgándose la buena pro al consorcio “Metro de Lima” conformada por las empresas Odebrecht Ingeniería & Construcción Internacional y Graña y Montero con quien posteriormente se celebró el Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20.

La obra consistía en la construcción del Tramo 1 de la Línea 1 del Metro de Lima, que comprendía desde Villa El Salvador hasta la Av. Grau en el Cercado de Lima, atravesando nueve distritos, a lo largo de veintidós kilómetros, y distribuidas por dieciséis estaciones de pasajeros.

Como es de conocimiento público, la empresa Odebrecht se vio involucrado en varios escándalos de corrupción en la realización de obras, proyectos, concesiones en distintos países como Brasil, Estados Unidos y Perú.

Actualmente, en nuestro país, se vienen investigando a varios funcionarios y servidores públicos por actos de corrupción vinculados a la licitación pública y suscripción del contrato.

Así también, existe una sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-

2018-5-5201-JR-PE-01, del cual se desprende la aceptación de la empresa Odebrecht de la existencia de hechos de corrupción respecto del Proyecto.

B.- Análisis del contrato de obra respecto de sus elementos esenciales

B.1 Respecto al objeto del contrato

El objeto del contrato consistente en las prestaciones a las cuales se han obligado las partes debe cumplir los requisitos que exige el ordenamiento jurídico para la correcta configuración; en el presente caso deben ser posibles física y jurídicamente, lícitas, determinables y patrimoniales.

Es así que, dentro del texto del contrato celebrado en fecha 23.12.2009, en su cláusula segunda se señala que:

El presente contrato tiene por objeto la Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de la Obra precisada en el Numeral 1.1 de la Cláusula primera del Presente Contrato, de acuerdo a las bases Integradas del proceso de selección y la propuesta técnica y económica respectiva, las que se incorporan como parte integrante de este contrato.

Texto del cual podemos abstraer algunos elementos importantes: en primer lugar, que el objeto del contrato será la “Elaboración del expediente técnico”; y, en segundo lugar, la Ejecución de la obra. En ese sentido, las prestaciones y obligaciones contenidas en el íntegro del texto contractual conllevarán a su necesaria realización.

La posibilidad física de las prestaciones en la construcción de las obras a las cuales se compromete está condicionada a las leyes naturales, es decir, en la posibilidad de realización, por cuanto, nadie puede obligarse a efectuar algo sobrenatural o que escape propiamente a la capacidad del hombre, esto se ve reflejado en este tipo de contratos precisamente por su alta complejidad, en su “viabilidad técnica”, la cual es analizada y verificada dentro del procedimiento previo a la celebración del contrato.

Esta necesidad podía verse reflejada en el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la suscripción del contrato, el cual señalaba que

“Las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos nacionales (...) En el caso de obras, además, se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado (...) La Entidad cautelará su adecuada formulación con el fin de asegurar la calidad técnica (...)”;

En ese sentido, somos de la opinión, la posibilidad física estará condicionado a un análisis general de concordancia con las leyes naturales, en tanto si la obra fuera imposible de construcción respecto a su naturaleza y a sus plazos, este extremo será nulo, lo cual no se presenta en el presente caso.

Por lo que, la prestación de construcción a las que la parte contratante se obliga es físicamente posible. En este extremo cobra especial relevancia, la primera etapa referente a la elaboración del expediente técnico, en tanto, determinará la posibilidad natural de la segunda etapa referente a la ejecución de la obra.

Respecto a la posibilidad jurídica de las prestaciones del contrato de Obra Ejecución de Obras Civiles y Electromecánicas del Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao Línea

1: tramo Villa El Salvador – Avenida Grau se refleja en la congruencia del objeto con las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres contempladas en el ordenamiento jurídico; en tanto este contrato respecto a este punto se encuentra amparado en el marco normativo vigente al momento de su celebración, los cuales son los siguientes:

1. Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.
2. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Código Civil de 1984, aplicado de forma supletoria.
4. Ley N° 27444, Ley de Procedimientos Administrativo General
5. Decreto de Urgencia N° 032-2009, mediante el cual se le encargan al Ministerio de Transportes y Comunicaciones la ejecución de Obras de la Extensión de la Línea 1 del Proyecto Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima y Callao
6. Decreto de Urgencia N° 034-2009, mediante el cual dictan medidas extraordinarias para la ejecución del Proyecto de Extensión Línea 1 del Tren Urbano de Lima desde el Puente Atocongo hasta la Avenida Grau.

En ese sentido, las prestaciones eran posibles tanto física como jurídicamente en abstracto, al estar sujetas a las leyes naturales y haber sido celebradas amparadas en el marco normativo vigente al momento de su celebración, en tanto, el ordenamiento jurídico considera positivo el desarrollo de un contrato por el cual se obligan a la construcción de una obra determinada entre un privado y el Estado a través de la contratación pública, ya que permiten al Estado el cumplimiento de sus objetivos sociales, materializados en la contribución del bienestar social de la población.

Respecto al requisito de determinabilidad del objeto del contrato, advertimos que las prestaciones y los bienes relacionados a la actividad constructiva del Proyecto “Sistema Eléctrico de Transporte masivo de Lima – Callao Línea 1 Tramo 1” han sido correctamente determinados e individualizados.

B.2 Respecto a la forma del contrato

Los contratos de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual N° 146-2009-MTC/20 fueron realizados mediante documentos privados; no se advierte que en el propio contrato o en el marco normativo a la Contratación Estatal, ni en ninguna otra norma similar se haya señalado expresamente la obligación de las partes de la adopción de una forma determinada para condicionar la validez del contrato, más que la sola forma escrita.

B.3.- Respecto a la causa y la licitud del contrato

Conforme a lo indicado de forma precedente, la causa, es sin lugar a dudas el elemento más controvertido del negocio jurídico, así

“La causa constituye el *fundamento de la relevancia jurídica del contrato*. Para que el contrato se pueda reconocer como jurídicamente vinculante (...), es necesario que ese acuerdo se justifique por un interés apreciable, y (...), será nulo aquel contrato que no se dirija a realizar un interés merecedor de tutela” (Bianca 2007: 470);

De esta forma, el interés y su correspondencia con el ordenamiento jurídico cobra una especial relevancia; en tanto será éste quien determine a través de sus normas (leyes expresas, orden público y buenas costumbres) la protección que se le imprimirá o no, al negocio jurídico celebrado por las partes.

En ese sentido, es pertinente determinar en abstracto cuál es la causa individual que orienta la actuación de las partes, es decir al Estado y al privado para la celebración del contrato, respecto del primero es innegable que, si bien el Estado Peruano actúa como persona jurídica para la celebración de todo tipo de contratos, su motivación final es la contribución al bienestar social de la población a través de la construcción de infraestructura para la operación de un medio de transporte masivo de Lima y Callao.

Sin embargo, la motivación abstracta puede haber sido desnaturalizada a través de sus actuaciones concretas a través de la presencia de actos de corrupción en el contrato, lo que conllevaría a la ilicitud de su causa y su respectiva nulidad.

Por lo que, es conveniente analizar cuáles son los presuntos supuestos de corrupción que podemos recoger del Acuerdo de Colaboración eficaz e identificar a qué ámbito del contrato afectan, determinar su esencialidad y su correspondiente validez o invalidez.

B.3.1.- Respecto a los hechos de corrupción vinculados al contrato

La Sentencia emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, detalla los hechos materia de corrupción respecto del Proyecto del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1, Tramos 1 y 2.

El hecho de corrupción:

Jorge Luis Cuba Hidalgo, viceministro de comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones entre los años 2008 y 2009, se reunió con un ejecutivo de Odebrecht, Carlos Nostre Junior, a efectos de manifestarle que existía la intención que dicha empresa saliera vencedora de la licitación a convocarse de la Obra: “Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1, Tramos 1 y 2; quien habría contado con el apoyo de Edwin Martín Luyo Barrientos, Mariella Huerta Minaya y Santiago Chau Novoa. Así la “ayuda” invocada consistía en que el comité especial debía 1) evaluar favorablemente los requisitos técnicos de la empresa para obtener mayor puntuación técnica, 2) incluir diversos pre-requisitos técnicos en las bases de la licitación para dificultar la habilitación de otras empresas en la licitación, y 3) incluir requisitos técnicos subjetivos en la etapa de propuesta, para emitir una mayor puntuación para la empresa. A cambio de dicha “ayuda” la empresa debía realizar el pago de US\$ 1 400 000.00 dólares americanos para el tramo 1, y, US\$ 6 700 000.00 dólares para el Tramo 2”.

Respecto al hecho de corrupción descrito, podemos abstraer las conductas de la siguiente forma:

- i) Uno o varios funcionarios o servidores públicos han elaborado indebidamente las cláusulas de las bases del procedimiento de contratación pública de la Obra Proyecto del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1, Tramos 1 y 2, con la finalidad de poner en mejor posición al Consorcio Tren Eléctrico Lima a través de una inclusión de prerequisites técnicos y subjetivos respecto de los postores, y de esta forma pueda conseguir la buena pro y celebrar el contrato.

- ii) Uno o varios funcionarios miembros del comité evaluador han calificado indebidamente los requisitos técnicos del Consorcio tren Eléctrico Lima como postor en el procedimiento de licitación, todo esto a cambio de un beneficio indebido aproximado de un millón cuatrocientos mil dólares.

En ese sentido, el momento del procedimiento previo a la celebración del contrato donde se presenta el supuesto de corrupción es la “formulación de las bases” y “evaluación de las propuestas”, por lo que, es conveniente determinar cuál es el alcance dentro del procedimiento a efectos de determinar si es un supuesto de “corrupción contractualmente relevante”.

De esta forma, las bases pueden ser entendidas como:

“(…) el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y co-contratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (…)” (Retamozo 2013: 33)

Por consiguiente, es innegable su importancia, ya que son elaboradas por un comité especial, y aprobadas por el titular de la entidad. Además, contienen mecanismos que fomenten concurrencia y participación de postores, características técnicas de las obras, lugar de construcción, plazos, etc., y además condiciona la validez de las propuestas presentadas por los postores al cumplimiento de sus requisitos.

En ese sentido, la presencia de actos de corrupción en la formulación de los perfiles de los postores tendrá efectos directos en los futuros celebrantes y el contenido del contrato final; por otro lado, la evaluación indebida de los requisitos técnicos de las propuestas presentadas condicionará una mejor posición para la celebración del contrato.

Si los actos de corrupción afectan la formulación de las bases respecto a las características de los postores en el procedimiento de contratación, vale decir en su capacidad económica, técnica, experiencia o equipamiento, y una indebida evaluación constituirán un filtro perverso, por el cual se limitará la participación de otras empresas y consorcios, y en consecuencia se reducirá el número de propuestas elegibles, afectando directamente el interés del Estado Peruano y la maximización de los recursos estatales.

Este supuesto afecta negativamente al futuro contrato y constituye, en nuestra opinión un “supuesto de corrupción contractualmente relevante”; lo cual ha sido además corroborado por la propia empresa corruptora, correspondiendo la nulidad del contrato.

C. Postura del Tesista respecto a la nulidad del contrato

A efectos de realizar una conclusión respecto a la nulidad de los contratos de Ejecución de Obra por concurso oferta y Cesión de Posición Contractual respecto al Proyecto del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima – Callao Línea 1, Tramos 1, debo señalar que esta se hace en mérito a los hechos corroborados dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz, contenida en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01.

En ese sentido, debemos concluir que la existencia de supuestos de “corrupción contractualmente relevante” en el procedimiento previo a la celebración del contrato y pasible de verificación en el contenido contractual determinará la nulidad del contrato en mérito del

supuesto de nulidad sanción contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil Peruano de 1984 y reflejados en los supuestos arbitrables contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado vigente al momento de la celebración.

Todo esto, por contener una causa ilícita, reflejada en la finalidad ilícita del privado de obtener un beneficio económico en perjuicio del Estado, contraviniendo así, normas imperativas expresas de carácter penal referentes a delitos de corrupción de funcionarios, de tráfico de influencias, negociación incompatible y colusión agravada u otro, y normas imperativas inferenciales de orden público y buenas costumbres recogidas del íntegro del ordenamiento jurídico, traducidas en los principios de integridad, imparcialidad, libre concurrencia, trato justo e igualitario y equidad propios de la contratación del Estado.

Cabe señalar que la nulidad que se invoca, es distinta a la nulidad que puede invocar de oficio la Entidad, nos estamos refiriendo propiamente a la nulidad arbitrable;

Por lo que, en el presente caso, verificado por propia declaración del corruptor del supuesto de corrupción consistente en la elaboración indebidamente de las bases del procedimiento de contratación e indebida evaluación de los requisitos técnicos del Consorcio Tren Eléctrico Lima entre el privado y funcionarios públicos para el aseguramiento del contrato, evidenciará una patología existente al momento de la celebración del contrato y que es pasible de verificación en su contenido final respecto a sus participantes.

Por lo que, corresponde la nulidad del contrato, y por extensión de cualquier modificación o adenda suscrito con posterioridad, en tanto la patología se irradia sobre todos los actos posteriores, siendo estos también nulos.

Cabe señalar que, en el presente caso, la obra ha sido dado como concluida; sin embargo, incluso este acto posterior no convalida en ningún supuesto la nulidad del contrato originario.

Así también, la misma suerte hubiera corrido, la eventual inclusión sobrevenida de una cláusula anticorrupción, en tanto conforme advertimos en la primera parte del presente capítulo, esta no tiene una naturaleza convalidatoria de la invalidez del contrato, por ende, devendría en nula al irradiarse la ilicitud del contrato originario.

Por último, debo señalar que el plazo para que empiece a correr el decurso prescriptorio para invocar la nulidad del contrato de concesión es a partir de la emisión de la Sentencia emitida dentro del procedimiento de colaboración eficaz; en tanto el artículo 1993° del Código Civil de 1984 señala que la prescripción comienza a correr desde el día en que puede ejercitarse la acción, y en mi opinión esto no es posible hasta que el supuesto de corrupción sea verificado por una autoridad judicial o arbitral, momento desde el cual recién empieza a correr el plazo prescriptorio.

Además, en todo caso, el supuesto de prescripción extintiva no convalida la nulidad del contrato de concesión, la cual aún puede ser formulada vía excepción.

D.- Respecto a la posibilidad de convalidar el contrato mediante la inclusión de una cláusula anticorrupción

Habiendo concluido que el Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20 es nulo por contener una finalidad ilícita y contravenir el orden público y las buenas costumbres –reflejado en el comportamiento

indebido de funcionarios públicos que favorecieron al Consorcio Metro de Lima, a través de la elaboración indebida de las bases y evaluación favorable- conviene determinar si la inclusión de la cláusula anticorrupción podría convalidar el contrato.

En el presente caso en particular, esta posibilidad es completamente imposible, dado que el Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20 no se encuentra vigente, debido a que la obra en los hechos ya fue culminada, e indebidamente ejecutada y recepcionada.

Sin embargo, si partimos de un escenario hipotético donde el contrato se encontrará vigente, la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción tendría que analizarse desde la óptica de la figura de la confirmación y la conversión.

Así, si asumimos que la inclusión sobreviniente de la cláusula anticorrupción hubiera representado un supuesto de confirmación del contrato, debemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una norma de ningún tipo que contemple esta posibilidad siquiera de forma remota.

El supuesto normativo más parecido es el contenido en el artículo 230 del Código Civil, que recoge la figura de la confirmación expresa del negocio jurídico. Así, señala que “Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”.

Así, hubiera surgido una obvia inconsistencia, ya que el acto de confirmación solo puede convalidar un negocio jurídico o contrato “anulable”, es decir un contrato cuya afectación a la validez del contrato es leve, y afecta solamente intereses particulares.

En el presente caso, la existencia confesa de un supuesto de corrupción contractualmente relevante contenido en la Resolución N° 20 de fecha 17 de junio del 2019 en el Expediente N° 00035-2018-5-5201-JR-PE-01, no puede ser considerado leve, sino más bien representa una grave afectación a los intereses generales que el ordenamiento jurídico protege. Además, la aplicación de la figura de la confirmación, supondría que los hechos de corrupción que favorecieron al Consorcio Tren Eléctrico pueden ser subsumidos contractualmente en la figura del error o el dolo, lo cual no creemos posible.

Considero que este supuesto no hubiera podido ser aplicable, en tanto la convalidación del contrato por confirmación, debía cumplir necesariamente con dos niveles, uno formal, por el cual se suscribe un acto confirmatorio, donde se indica el contrato a convalidar, los intervinientes, la causal; y otro sustancial, donde se estabilizaría los efectos del contrato.

En el presente caso, si hubiera sido incluida de forma sobreviniente la cláusula anticorrupción, se habría cumplido el nivel formal de la confirmación, pero al ser un negocio nulo hubiera sido impensable cumplir con su aspecto sustancial, en tanto la confirmación solo puede aplicarse en contratos anulables, donde solo se busca privilegiar intereses particulares.

Por otro lado, si hubiéramos considerado la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción como un supuesto de conversión del contrato, estaríamos ante la figura de un negocio que es nulo –como en el presente caso-, pero que cumple las exigencias legales de otro contrato, pero con efectos más limitados. Debemos señalar que la figura de la conversión no ha sido recogida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, podemos afirmar que, no existe ningún negocio jurídico distinto al contrato de obra con El Estado, donde pueda subsumirse el contenido ilícito del contrato originario. Más aún, cuando, un eventual segundo negocio también sería irradiado por la misma patología. Así, la ilicitud demostrada de los motivos, la contravención al orden público y las buenas costumbres determinarían la nulidad para cualquier tipo de contrato.

Sin perjuicio de lo indicado, en el supuesto de reconocer que la conversión del contrato pueda ser aplicada en nuestro país, sin estar expresamente reconocida, debe cumplir mínimamente con los siguientes requisitos: a) El contrato primigenio debe ser nulo; b) Los efectos del nuevo negocio deben satisfacer los intereses de las partes; c) Los requisitos del negocio nulo deben poder producir efectos jurídicos distintos para el nuevo negocio; y d) La ignorancia de las partes sobre la nulidad del contrato.

Así, respecto a la nulidad del contrato, conforme hemos desarrollado en el análisis del presente caso, somos de la opinión que, existiendo una confesión expresa de la existencia de supuestos de corrupción contractualmente relevantes, cometidos por funcionarios públicos del Gobierno, el Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20 es nulo por encontrarse incurso en el supuesto contenido en el numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984, por contener una finalidad ilícita, contraviniendo así, normas imperativas, y aquellas que interesan el orden público y las buenas costumbres.

Respecto a la idoneidad que los efectos modificados satisfagan los intereses de las partes, debo señalar que este supuesto hubiera implicado la existencia de un segundo negocio o contrato dentro del ordenamiento jurídico, cuyos efectos “reducidos” satisfagan tanto al Consorcio Tren Eléctrico y al Estado Peruano. Frente a lo cual debo señalar que, no existe un contrato distinto con el Estado, que pueda satisfacer el interés estatal de construcción de infraestructura para la satisfacción de necesidades sociales, o que pueda desplegar efectos similares.

Por lo que, este presupuesto es de imposible cumplimiento, más aún cuando en nuestro país, cuando se pretende celebrar un nuevo contrato con el Estado, se debe cumplir con los procedimientos previos contenidos en las normas de contratación estatal.

Respecto a la presencia de los requisitos necesarios para producir diferentes efectos jurídicos, en el presente caso, estamos convencidos de que la ilicitud de la causa como elemento esencial del contrato, afectará a cualquier tipo de contrato al que sea transferido; por lo que, cualquier contrato que se celebre con el contenido ilícito del Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20 también será nulo.

Respecto a la ignorancia de las partes de la nulidad del contrato, debo señalar que, existiendo una confesión expresa por parte del Grupo Odebrecht sobre la existencia de un supuesto de corrupción, es imposible que el Consorcio Tren Eléctrico pueda alegar que desconocían la ilicitud de su conducta y las consecuencias que acarrea en cualquiera de sus ámbitos. En ese sentido, no podría argumentar desconocer que el contrato era nulo.

Bajo estos argumentos, consideramos que, no es legalmente viable que el Estado convalide el Contrato de Ejecución de Obra por Concurso Oferta y Cesión de Posición Contractual ° 146 – 2009-MTC/20, mediante la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.

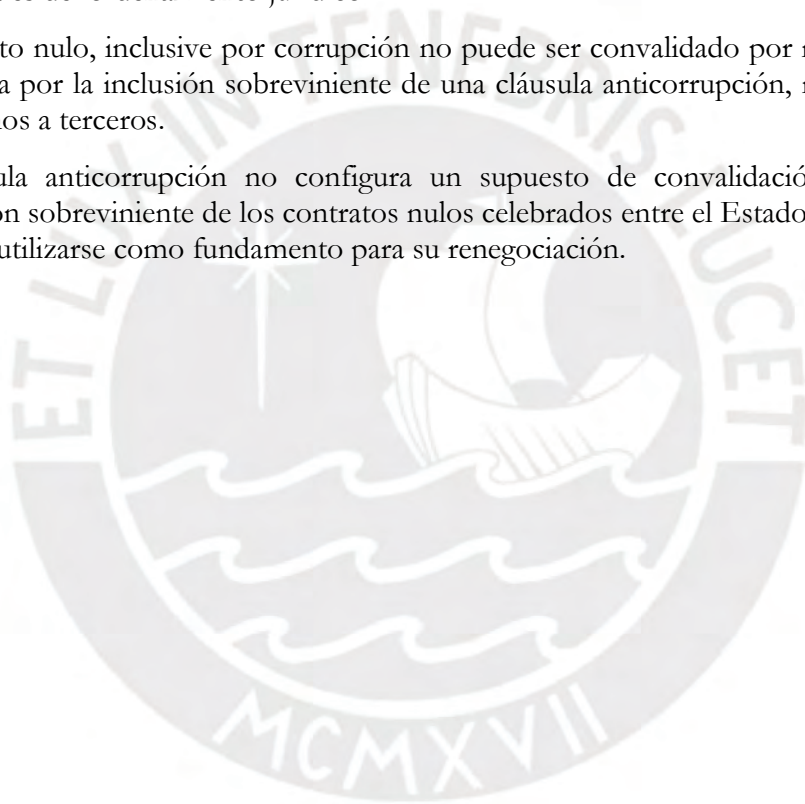
Por último, en caso que, se hubiera incluido indebidamente la cláusula anticorrupción de forma sobreviniente en el contrato, esta también sería nula.

3. Conclusiones del Capítulo 3

1. La cláusula anticorrupción no configura un supuesto de convalidación, conversión, renovación sobreviniente de los contratos nulos celebrados entre el Estado y los privados, ni puede utilizarse como fundamento para su renegociación.
2. Los contratos de concesión y adendas del “Proyecto Línea Amarilla” y “Proyecto Rutas de Lima” son nulos de confirmarse los supuestos de corrupción contractualmente relevantes en su celebración. Además, no pueden ser convalidados con la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.
3. Los contratos de Obra para la construcción de “la Vía Costa Verde – Tramo Callao”, “Mejoramiento de la transitabilidad peatonal y vehicular de la avenida Evitamiento de la ciudad del Cusco” son nulos al existir un supuesto de corrupción contractualmente relevantes en su celebración. Además, no pueden ser convalidados con la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.
4. Los Contratos de Concesión del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú – Brasil, Tramos 2 y 3 y sus adendas son nulos al existir un supuesto de corrupción contractualmente relevantes en su celebración, a pesar de la existencia de las cláusulas anticorrupción celebradas. Además, no pueden ser convalidados con la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.
5. El contrato de elaboración de expediente técnico y ejecución de la obra referente al Sistema Eléctrico de transporte masivo de Lima – Callao Línea 1 Tramo 1 y sus adendas son nulos al existir un supuesto de corrupción contractualmente relevantes en su celebración. Además, no puede ser convalidado con la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción.

CONCLUSIONES

1. La validez de los contratos, inclusive de aquellos en los que participe el Estado requieren la conjunción exitosa de los elementos esenciales del negocio jurídico, y aquellos específicos de cada tipo o modalidad contractual.
2. No puede aplicarse el remedio de la anulabilidad en los contratos donde el Estado sea parte, en tanto este supuesto de invalidez solo busca la protección de intereses particulares, cuando el Estado solo puede cautelar intereses generales.
3. La corrupción configura un supuesto de nulidad del contrato el amparo del numeral 4 del artículo 219 del Código Civil de 1984, por reflejar su ilicitud en su causa, en los motivos de las partes, así como representar la contravención a las normas imperativas expresas e inferenciales del ordenamiento jurídico.
4. El contrato nulo, inclusive por corrupción no puede ser convalidado por ningún motivo, ni siquiera por la inclusión sobreviniente de una cláusula anticorrupción, ni transferencia de derechos a terceros.
5. La cláusula anticorrupción no configura un supuesto de convalidación, conversión, renovación sobreviniente de los contratos nulos celebrados entre el Estado y los privados, ni puede utilizarse como fundamento para su renegociación.



BIBLIOGRAFÍA

ALBAN, Walter

- 2001 *Condiciones para una estrategia eficaz contra la corrupción*. Brújula Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001,15, pp. 23-27

ALBAN, Walter

- 2012 Experiencias democráticas y de lucha anticorrupción en el Perú. *La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.57-62

ALPA, Guido

- 2004 El Contrato en el derecho privado italiano actual. *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara Editores; pp. 115-146

ALPA, Guido

- 2015 *El Contrato en General. Principios y problemas*. Lima: Editorial Pacifico S.A.C

AMES, Rolando y Samuel Rotta

- 2005 Corrupción, Sociedad y Crisis del Estado en el Perú. *Vicios Públicos. Poder y Corrupción*. Lima: Sur Casa de Estudios del Socialismo; pp.275-306

BACA, Víctor

- 2009 *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento*. Revista de Derecho Administrativo. Lima, 2009,7, pp. 69-93

BALCAZAR, José

- 2004 *Corrupción vs. Gobernabilidad democrática*. Lima: Derecho & Sociedad, 2004,22; pp. 293-297
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16785>

BENITO, Demelsa

- 2016 La corrupción de Funcionario Público Extranjero en Transacciones Comerciales Internacionales. Especial Referencia al Papel de la Foreign Corrupt Practices Act. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.; pp.115-144

BELTRAN, Jorge y Héctor Campos

- 2009 “Breves Apuntes Sobre Los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico”. *Derecho y Sociedad*. Lima número 32, pp. 198-211

BELTRAN, Jorge

- 2014 Los Vicios de la Voluntad. *El Negocio Jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante De La Fuente; pp. 261-290

BETTI, Emilio

2018 *Teoría General del Negocio Jurídico*. Santiago: Ediciones Olejnik

BIANCA, C. Massimo

2007 *Derecho Civil 3. El Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

BOLEA, Carolina

2016 El Delito de Corrupción Privada: Bien Jurídico y Ratio Legis. *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. Madrid: Editorial Dykinson, S.L.; pp.101-114

BUENDIA, Eduardo

2016 *La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: Una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada*. Revista de Derecho Themis. Lima, 2016,70, pp. 165-181.

BRECCIA, Umberto y otros

1995 *Derecho Civil*. Volumen 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CARTIER-BRESSON, Jean

1996 *Corrupción Institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplo del caso francés*. s/l: Nueva Sociedad,1996, 145; pp. 110-125

<https://nuso.org/articulo/corrupcion-institucionalizada-y-neocorporativismo-con-ejemplos-del-caso-frances/>

CASTILLO, Mario y Jhoel CHIPANA

2013 “La conversión del acto jurídico”. *Acto Jurídico*. Lima: Motivensa S.R.L.; pp.107-124

CAMPOS, Héctor

2014 Invalidez e Ineficacia Negocial (Apuntes Introdutorios Para Su Estudio En El Código Civil Peruano). *El Negocio Jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante De La Fuente; pp. 147-234

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

2019 *Procesos Acumulados N° 4190 y 4209*. Laudo Arbitral Concesionaria Ruta del Sol S.A.S Vs Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Bogotá: 06 de agosto de 2019.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2018 Informe Final Comisión. Comisión Investigadora Multipartidaria encargada de investigar los presuntos sobornos, coimas y dádivas que hubieran recibido funcionarios públicos en los diferentes niveles de gobierno, en relación a las concesiones, obras y proyectos que hayan sido adjudicados a las empresas brasileñas Odebrecht, Camargo Correa, OAS,

Andrade Gutiérrez, Queiroz Galvao y otras, desde el inicio de sus actividades hasta la fecha, por cualquier forma de contratación con el Estado peruano. Lima: s/e.

DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel

2000 “Por qué se contrata”. *Contrato & Mercado*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 21-38.

ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin Wolff

1935 *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch

ESPINOZA, Juan

2012 *Derecho De Las Personas. Personas Jurídicas y Organizaciones de Personas No Inscritas*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C

ESPINOZA, Juan

2012 *Acto Jurídico Negocial*. Lima: Editorial Rodhas S.A.C

ECHEVESTI, Carlos

1993 “Ubicación del contrato en la teoría general del derecho: Contrato y Acto Jurídico. El contrato como fuente de obligaciones”. *Contratos, Teoría general*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, pp. 1-10.

FERNANDEZ, Sergio

2005 La corrupción sistémica en el Perú de los noventa, Medición del Impacto de Los Recursos Desviados por Casos de Corrupción sobre el Crecimiento Económico. *Vicios Públicos. Poder y Corrupción*. Lima: Sur Casa de Estudios del Socialismo; pp.245-272

FERNANDEZ, Gastón

2005 *El deber accesorio de diligencia en las Relaciones Obligatorias*. Advocatus. Lima, 2005,13, pp. 24-39.

FERNANDEZ, Gastón

2016 *La disposición de bienes conyugales. Reflexiones sobre dos instituciones encontradas: la nulidad y la ineficacia sobre la venta de bienes conyugales*. Actualidad Civil. Lima, 2016,19, pp. 143-161.

FERRI, Luigi

1969 *La autonomía privada*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

FERRI, Luigi

2004 *Lecciones sobre El Contrato. Curso de Derecho Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L

FRANCO, Eric

2017 *Los efectos contractuales de la corrupción y la arbitrabilidad de los contratos teñidos de corrupción*. s/l: s/e.

https://works.bepress.com/eric_franco/9/

FLUME, Werner

1998 *El Negocio Jurídico*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado

GALGANO, Francesco

1992 *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant Lo Blanch

GARCIA-SAYAN, Diego

2012 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la política anticorrupción de los Estados. *La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.51-56

HORNA, Giselle

2014 Confirmación, ratificación y convalidación del negocio jurídico. *El Negocio Jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante De La Fuente; pp. 235-260

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

2013 Final Award in Case 12990 (Extract). *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*. Paris: Internatioal Chamber of Commerce; pp. 1-19

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE

2013 Final Award in Case 13914 (Extract). *Special Supplement 2013: Tackling Corruption in Arbitration*. Paris: Internatioal Chamber of Commerce; pp. 1-12

JARAMILLO, Javier

2014 Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito, 2014, N° 06, pp.187-227

LARENZ, Karl

1978 *Derecho Civil. Parte General*. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado.

LEON, Leysser

2004 Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos. *Estudios sobre el contrato en general*. Lima: Ara Editores; pp. 879-936

LEON, Leysser

2014 Introducción Al Régimen General de los Negocios Jurídicos en el Código Civil Peruano. *El Negocio Jurídico*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante De La Fuente; pp. 23-105

LEON, Leysser

2019 *Derecho privado. Parte General. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

LOEWENWARTER, Víctor

1943 *Derecho Civil Alemán Comparado Con las Características del Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Nascimento.

MATEO, Miguel

2005 *Corrupción Política. Enfoques y Desenfoques desde la Cultura, la Economía y la propia Política. Vicios Públicos. Poder y Corrupción*. Lima: Sur Casa de Estudios del Socialismo; pp.307-328

MESSINEO, Francisco

2007 *Doctrina general del Contrato*. Lima: Ara Editores E.I.R.L

MINISTERIO PÚBLICO FISCALIA DE LA NACIÓN (MPFN)

Ministerio Público Fiscalía De La Nación: MPFN. Consulta: 16 de octubre 2019.

https://www.mpfm.gob.pe/equipo_especial/caso_lineaamarilla_contratoconcesion/

MINISTERIO PÚBLICO FISCALIA DE LA NACIÓN (MPFN)

Ministerio Público Fiscalía De La Nación: MPFN. Consulta: 16 de octubre 2019.

https://www.mpfm.gob.pe/equipo_especial/caso_mlm_rutasdelima/

MORALES, Rómulo

2004 *La causa del contrato en la dogmática jurídica. Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley; pp.285-460

MORALES, Rómulo

2019 *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C

MORON, Juan

2016 *Informe Nacional. Perú. La contratación pública en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; pp. 531-579

MORON, Juan y Zita Aguilera

2017 *Aspectos Jurídicos de la contratación estatal*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú.

MUJICA, Jaris

2005 *Estrategias de corrupción. Poder, autoridad y redes de corrupción en espacios locales. Vicios Públicos. Poder y Corrupción*. Lima: Sur Casa de Estudios del Socialismo; pp.133-162

NUÑEZ, Waldo

2003 *Ineficacias y Nulidades de los Actos o Negocios Jurídicos*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas

OERTMANN, Paul

1933 *Introducción al Derecho Civil*. Barcelona: Editorial Labor S.A.

PALACIOS, Eric

2002 *La nulidad del Negocio Jurídico. Principios generales y su aplicación práctica.* Lima: Jurista editores.

PODER JUDICIAL

2019 *Expediente N° 23-2019-1-5002.* Auto que resuelve requerimiento de impedimento de salida del país: 10 de noviembre de 2019.

PODER JUDICIAL

2019 *Expediente N° 00035-2018.* Sentencia Emitida dentro del Proceso Especial de Colaboración Eficaz: 10 de noviembre de 2019.

POVEDA, Alberto

2000 *La corrupción y el régimen.* Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional

PRIORI, Giovanni

2004 *La capacidad como presupuesto negocial. Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Editora Jurídica Grijley; pp.115-178

OFOSU-AMAAH, W. Paatii y Raj Soopramanien y Kishor Uprety

1999 *Combating corruption: a comparative review of selected legal aspect of state practice and major international initiatives.* Washington D.C: The World Bank.

QUIROGA, Miguel

2001 *Corrupción y Gobernabilidad Democrática.* Brújula Revista de ideas de la Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001,43-49

QUIROZ, Alfonso

2012 *La corrupción y el desarrollo económico del Perú contemporáneo. La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.109-127

RAMIREZ, Edgar

2008 *La ineficacia del negocio jurídico.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

ROPPO, Vincenzo

2009 *El Contrato.* Lima: Gaceta Jurídica

RESCIGNO, Pietro

2004 *Contratto, accordo, convenzione, patto* La terminología legislativa italiana en materia de contratos. *Estudios sobre el contrato en general.* Lima: Ara Editores; pp. 147-178

RETAMOZO, Alberto

2013 *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control.* Lima: Gaceta Jurídica

ROJAS, Fidel

- 2007 *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L
- SAN MARTIN, César
- 2012 Debate en panel: la lucha anticorrupción desde el sistema de justicia peruano. *La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.41-56
- SCOGNAMIGLIO, Renato
- 1996 *Teoría General del Contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- SCOGNAMIGLIO, Renato
- 2001 El Negocio Jurídico: Aspectos Generales. *Teoría General del Negocio Jurídico. 4 Estudios Fundamentales*. Lima: Ara Editores
- SCOGNAMIGLIO, Renato
- 2004 *Contribución a la teoría del Negocio Jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L
- SPITTLER, Miriam
- 2012 La lucha anticorrupción desde la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. *La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.21-40
- STOLFI, Giuseppe
- 1959 *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado
- TABOADA, Lizardo
- 1988 *Causales de nulidad del acto jurídico*. Themis - Revista de Derecho. Lima, 1988,11, pp. 71-76
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15705>
- TABOADA, Lizardo
- 1997 *El consentimiento y la declaración de voluntad en la doctrina general del contrato*. Revista Ius Et Veritas. Lima, 1997,14, pp. 53-61
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15705>
- TABOADA, Lizardo
- 1999 *La causa del negocio jurídico*. Lima: San Marcos.
- TABOADA, Lizardo
- 2002 *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- TABOADA, Lizardo
- 2015 *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- TAVARA, José

2012 Economía de la Corrupción. *La Lucha Anticorrupción Como Política de Estado*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; pp.77-107

TORRES, Aníbal

2007 *Acto Jurídico*. Lima: Editorial Moreno S.A

TRABUCCHI, Alberto

1967 *Instituciones del Derecho Civil I. Parte General. Negocio Jurídico. Familia. Empresa y Sociedad. Y Derechos Reales*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado

ZUSMAN, Shoschana

1993 *Teoría de la invalidez y la ineficacia*. Ius Et Veritas. Lima, 1993,7, pp. 159-167

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15405>

