

THĒMIS

Revista de Derecho



Joaquín Leguía Gálvez
Entrevista a Miguel Reale
Gred Ibscher • Manuel P. Olaechea
Carlos Torres y Torres Lara
Miguel de la Lama • Luis Lamas Puccio
César Luna-Victoria León
Lourdes Flores-Nano

THĒMIS

REVISTA DE DERECHO

**Publicación Trimestral editada por los alumnos de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

Comité Directivo: Beatriz Boza Dibos (Coordinadora), Allan Hennings Mariani (Tesorero), Antonio Pinilla Cisneros (Ventas). *Comité Consultivo:* Carlos Cárdenas Quiroz, Fernando de Trazegnies Granda, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostoya López Alfaro. *Comité de Redacción:* Alfredo Bullard G., Fernando Cantuarias S., Nicolás Lerner M., Mariana Negri M., Milagros Muñoz B., César Parodi M., María Teresa Quiñones A., Juan José Ruda S. *Diseño:* Vera Czichowsky. *Diagramación e impresión:* publiART.

**LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS**

Carátula: Honoré Daumier

**Dirección: Av. Universitaria Cdra. 18 – San Miguel
Facultad de Derecho – Apartado 1761 – Lima 100**

THĒMIS

Revista de Derecho

Segunda Epoca / 1986 / Nº 5

INDICE

3

Presentación

5

Entrevista a Miguel Reale

7

Gred Ibscher

Los regímenes democráticos en la mira del filósofo Demócrito (S.V a.C.)

II

Carlos Torres y Torres Lara
El régimen legal del trabajo agrario

25

Joaquín Leguía Gálvez
Reflexiones sobre el artículo 32 de la ley 24514

31

Manuel P. Olaechea
El Abogado

37

Miguel de la Lama (Eggerstedt)
Notas sobre la regulación del transporte aéreo de sustancias radioactivas

39

Luis Lamas Puccio
Sanción penal y patrimonio cultural

43

Manuel Villa-García Noriega
El Derecho Turístico, un nuevo Derecho autónomo

49

COMENTARIO AL CODIGO CIVIL
César Luna-Victoria León
El régimen patrimonial de las asociaciones civiles

58

Lourdes Flores-Nano
La bigamia y los derechos del cónyuge putativo supérstite en la sucesión
intestada

62

Carlos Cueva Morales
Hipoteca en garantía de una obligación futura o eventual

67

Juan Rivadeneyra y José Alvaro Quiroga
Las obligaciones facultativas

69

Eugenio Gadea Riedner
Imposibilidad de la prestación y Teoría del Riesgo

Agradecemos a:

Alfredo Ostoja Abogados

Barrios, Fuentes, Urquiaga & Dañino, Abogados.

Bigio, Fernández, Ramírez & Ramírez, Abogados.

Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich, Abogados.

Delfino, Pasco, Isola, Avendaño, Castañeda, Abogados

Estudio Jorge Avendaño V.

Estudio Javier de Belaúnde, Abogados

Estudio Luis Eche copar García

Estudio Mejía

Estudio Muñiz-Nuñez del Prado

Estudio Olaechea

Estudio Osterling, Arias Schreiber, Vega, Roselló & Asociados

Estudio Romero

Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

cuyo patrocinio hace posible la aparición de Thémis.

Presentación

Con este quinto número Thémis consolida la situación privilegiada que ha logrado dentro del campo de las publicaciones especializadas. La sincera acogida que los diversos medios académicos y profesionales han dispensado a nuestra revista reafirma aún más nuestros ideales y nos motiva a continuar en esta tarea. Asumimos el reto.

Respondiendo al entusiasmo de nuestros lectores y a la generosa y desinteresada colaboración de profesores y autoridades de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a partir de este número Thémis aparecerá trimestralmente.

Al tomar la posta en la dirección de la revista, los miembros del Comité Directivo, recogiendo el sentir de todos los colaboradores y amigos queremos rendir nuestro más profundo homenaje a Jaqueline Chappuis C., José Amado V., Fernando Arias-Stella, Eduardo de Rivero S. y Gustavo López-Ameri, ilustres gestores de la segunda época de Thémis, gracias a quienes, hoy, nuestra revista goza de un merecido prestigio.

*Lima, diciembre de 1986
El Comité Directivo*

**Todos
tenemos
derecho, al arte
y a la cultura.
Estas riquezas
del hombre,
solo son
fecundas
cuando se ponen
al servicio
de todos.**



Interbanc

Banco Internacional del Perú

UN BANCO PARA TODOS!

Entrevista a Miguel Reale

El Profesor Miguel Reale, Doctor en Derecho y Profesor de Filosofía del Derecho estuvo recientemente en Lima con motivo del Seminario sobre Tridimensionalismo Jurídico auspiciado por la Universidad de Lima. El profesor Reale, uno de los padres intelectuales de este enfoque filosófico del Derecho, autor de diversos libros y renombradas publicaciones, fue Rector de la Universidad de Sao Paulo en dos oportunidades. Ha sido Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil Brasileiro de 1917 y es reconocido como uno de los más eminentes juristas latinoamericanos.

Para Thémis constituye un verdadero honor presentar a continuación la entrevista exclusiva que gentilmente nos concediera el profesor Reale.

Thémis: Usted como uno de los principales exponentes del Tridimensionalismo Jurídico podría explicar en líneas generales las ideas centrales de esta teoría?

Prof. Reale: Lo que caracteriza la teoría Tridimensional del Derecho es la preocupación que se tiene de comprender el Derecho, no como simple norma abstracta, sino como su concretización en la experiencia jurídica, tal como ella es vivida y aplicada por abogados o jueces. Representa, pues, una reacción contra toda clase de formalismo jurídico, así como, no se conforma con el simple análisis lógico-lingüístico de las proposiciones normativas. Este estudio es relevante, pero no es válido, de por sí, para las tareas de la Ciencia Jurídica. Al contrario de lo que afirman algunos, estamos ante dos órdenes de investigación de carácter complementario, lo que explica que en el Brasil un adepto del tridimensionalismo jurídico, como es el Prof. Lounval Vilanova, de la Universidad Federal de Pernambuco, pueda ser, al mismo tiempo, el mayor representante en el país de la lógica jurídica moderna.

Thémis: En la vida de una norma se distinguen dos momentos: uno primero de formación y otro de vigencia. ¿Qué función le atribuye el Tridimensionalismo a los elementos valorativo y fáctico luego de promulgada la norma?

Prof. Reale: Una vez promulgada una norma jurídica, que corresponda a la realidad social subyacente, es ella objeto de una inferencia lógica mediante procesos deductivos, lo que cumplirá con las exigencias del Derecho mientras hubiera correspondencia entre la norma y los intereses sociales, económicos, etc. Aún más, ocurre que surge un momento en el cual se

sienten nuevas exigencias valorativas que imponen al intérprete una toma de posición creadora, como por ejemplo, considerar no de carácter "dispositivo" sino de "ius cogens" un determinado artículo del Código Civil. Lo mismo sucede con las mutaciones en el plano fáctico. Es la razón por la cual se realizan estudios de la semántica jurídica, la cual aprehende los distintos significados de la norma jurídica en función de las mutaciones operadas en el plano valorativo o fáctico.

Thémis: Usted afirma una visión del Derecho tridimensional. Sin embargo, no podría considerarse, acaso, al tridimensionalismo como un Positivismo dentro de un sistema mayor? ¿Cuál sería su crítica al planteamiento kelseniano?

Prof. Reale: Es claro que el tridimensionalismo es incompatible con el monismo normativo kelseniano. No se trata, entonces, de un positivismo más generalizado por cuanto los positivistas pretenden, en general, alcanzar una ciencia jurídica ciega para el mundo de los valores. Yo admito, por el contrario, la posibilidad de una ciencia ligada a la problemática axiológica. No concuerdo, pues, con Max Weber en cuanto a su ideal de una ciencia política o jurídica avalorativa, por pretender una certeza aséptica o neutra. En mi libro "Verdade e Conjetura" pienso haber demostrado que todo conocimiento, filosófico o científico, es de naturaleza conjetural, no coincidiendo, pues, con aquellos según los cuales sólo se podría hablar de ciencia cuando es posible una axiomatización matemática, o una inferencia de naturaleza experimental. No veo razón para emplear la palabra ciencia en ese sentido estricto, que la epistemología contemporánea no consagra. Por amor a la certeza absoluta estamos corriendo el riesgo de caer en una escolástica lógico-lingüísti-

co que propicia un diálogo entre especialistas, pero que nada significa para el abogado o el juez.

Thémis: En la teoría Tridimensional una Ley formalmente válida que atente contra los valores jurídicos nacionales, ¿debe aplicarse? En su caso, ¿quién decide sobre su aplicación? ¿Considera usted que el juez latinoamericano puede cumplir este papel?

Prof. Reale: En la teoría tridimensional son tratados todos los valores que integran la experiencia jurídica, desempeñando un papel especial los valores peculiares de cada nación. No se puede decir que haya quien decida sobre la aplicación de los valores, pues ellos, como expresiones objetivas de la forma de vida dominante en una sociedad, se imponen por sí mismas. Si los valores no tuviesen objetividad, aunque de naturaleza histórica, el Derecho no sería heterónimo o coercible. Por ese motivo los abogados y los jueces no pueden dejar de tener en cuenta todo proceso normativo, a partir de la creación de la norma jurídica misma.

Thémis: El Tridimensionalismo señala que el elemento fáctico debe ser tomado en cuenta al momento de crear la norma. ¿Cómo debe aproximarse el Legislador a esa realidad que intenta regular? ¿De qué medios debe valerse el Codificador para conocer esa realidad?

Prof. Reale: El momento del origen de la norma corresponde a una integración de elementos fácticos según los valores. Siendo así, hay necesidad de toda una metodología realista con el fin de elaborar la norma jurídica en contacto directo con los intereses dominantes en una sociedad. Todo dependerá de la decisión tomada. Sería imposible decir, en una breve entrevista, de qué medios debe valerse el codificador para conocer esa realidad, basta tener presente que el legislador, sobre todo en nuestros días, con una sociedad cambiante, debe tener un sentido de integridad, observando conjuntamente los hechos y las exigencias axiológicas pertinentes al segmento de la realidad para la cual está anunciando una norma jurídica, dotada de fuerza obligatoria. Múltiples son, por consiguiente, los caminos para alcanzar la realidad que se quiere disciplinar, desde la intuición hasta la aplicación de datos estadísticos.

Thémis: Con frecuencia se observa que las exigencias de la sociedad moderna rebasan las hipótesis previstas por el Legislador dando lugar a la pronta revisión de la norma, situación a la que no se escapa el Código Civil Peruano de 1984. ¿Cómo está afrontando el Codificador Brasileiro este asunto?

Prof. Reale: La mutabilidad de las reglas jurídicas en nuestra época ha dado lugar a que las codificaciones prefieran soluciones correspondientes a "modelos abiertos", y no a "modelos cerrados". Estos son más del Derecho Penal o del Derecho Tributario, como por ejemplo que no puede haber pena sin ley que previamente tipifique el delito, o que solamente es exigible el impuesto configurado en la ley. En las demás áreas del Derecho, los "modelos cerrados" corren el riesgo de ser superados por nuevas necesidades emergentes en la vida social. Es obvio, por tanto, que los

modelos abiertos, no pueden ser indeterminados o indefinidos, por cuanto el Derecho es inseparable del elemento de certeza. Las transformaciones en el significado de una norma, gracias a una hermenéutica creadora, no deben asustar a nadie desde que no se conviertan en un artificio hermenéutico, inventándose un significado que el enunciado lógico-lingüístico de la norma no legitima. No nos preocupamos, entonces, con el hecho que el Código Civil Peruano de 1984 tenga que sufrir modificaciones, pues ningún Código es sagrado y eterno.

Thémis: El Proyecto Brasileiro en la línea de los Códigos italiano y suizo propugna la unificación de las obligaciones civiles y mercantiles. Ahora bien, el Derecho Mercantil surge históricamente como un Derecho de los comerciantes. Con posterioridad el desarrollo del Comercio impuso un criterio objetivo basado en la noción del acto de comercio como elemento diferenciador. Actualmente la generalización de la actividad comercial ha llevado a lo que algunos denominan "la civilización del Derecho Mercantil" o "la comercialización del Derecho Civil". El legislador Brasileiro pretende, acaso, suprimir la especialidad del Derecho Mercantil? o, en su caso, cómo justificaría usted la subsistencia del Derecho Mercantil como una rama autónoma del Derecho? ¿Considera usted que hay un "Derecho de la Empresa"? ¿Qué entiende por "empresa"?

Prof. Reale: No puedo responder a esta última pregunta de manera amplia pues implicaría escribir toda una monografía. Me limito a esclarecer que el proyecto del Código Civil brasileiro, al contrario de los códigos italiano y suizo, se limita a la unificación de las obligaciones de manera general, pues aún hoy en el Brasil, en materia comercial o empresarial ya no se aplica el Código Mercantil de 1850, completamente superado, sino el libro de las obligaciones del Código Civil de 1917. Los libros relativos al Derecho de las obligaciones o al Derecho de empresa disciplinan el asunto según sus principios básicos, debiendo ser completados por "Leyes especiales" destinadas, por ejemplo a regir locaciones prediales, condominios sedilicios, quiebras, convenios, etc. Por otro lado, aún en Italia, se reconoce la unificación de la legislación y no de la doctrina, subsistiendo un Derecho Comercial al lado del Civil. En realidad, por amor a la tradición se conserva la denominación de Derecho Comercial, más entendida como Derecho de la Circulación (como quería Carnelutti) o de la empresa. El concepto de "acto de comercio", que nunca llegó a ser claramente conceptualizado, es un concepto "Perimé", o exaurido, como dice Savatier. Donde es sustituido por el concepto de "establecimiento" como parte de la empresa. Empresa, en el proyecto de Código Civil, no es una persona jurídica, significa por el contrario, la actividad estructuralmente organizada para la producción y circulación de las riquezas. Las personas jurídicas empresariales son las tradicionalmente conocidas como sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada o anónima. Tales sociedades son las titulares de la empresa que actúa con uno o más establecimientos. En breves palabras, son los conceptos de "estructura" y "función" las que convierten las relaciones obligacionales en relaciones empresariales.

Los Regímenes Democráticos en la mira del Filósofo Demócrito (S.V. a C.)

Dra. Gred Ibscher

Filóloga y Catedrática Emérita de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

En la época actual caracterizada por un constante y vertiginoso cambio político, económico y social resulta difícil imaginar que una reflexión política pueda tener vigencia a lo largo de la Historia. Quien pudiera sospechar que afirmaciones hechas hace casi 25 siglos, en circunstancias diametralmente distintas a las del mundo moderno, desplieguen aún hoy su total eficacia. Sólo la aguda facultad de observación, sensibilidad humana y social, e inteligencia de un Pensador como Demócrito pueden dar lugar a una situación de tal naturaleza. En efecto, los textos de prosa política del filósofo de Abdera encierran aseveraciones acerca de la Democracia, de la responsabilidad de los funcionarios y, en general de la Gestión Pública que aún hoy son de actualidad.

Ocurre, sin embargo, que estos textos han recibido muy poca atención de parte de los intérpretes; el hecho de estar inacabados, un estilo algo negligente que a veces hace pensar en una improvisación, no les da la apariencia ni de atractivos ni de valiosos. Sin embargo, en épocas remotas dieron a veces mucho que hacer a los copistas, quienes por no entenderlos bien, introdujeron arreglos arbitrarios, desmejorando y dificultando aún más la deficiente forma del original. Más adelante mostraremos un ejemplo que sirve para comprender cómo la confusión del copista antiguo o medieval pudo convertirse luego en una cruz para el exégeta moderno.

Sea todo esto como fuere, no hemos de olvidar que estos fragmentos de prosa, entremezclados con las sentencias morales del mismo pensador, constituyen la voz auténtica de Demócrito. Desafortunadamente, el legado científico de este ilustre atomista ha sufrido enormes pérdidas, que seguramente no compensan a cabalidad los relatos indirectos que poseemos de sus doctrinas sobre la naturaleza. Estos

fragmentos de prosa política representan, ciertamente, un ínfimo residuo de la vasta obra desaparecida. Su conservación se debe probablemente al hecho de que, en algún tiempo, se los juntó con las mencionadas sentencias morales, respecto de las cuales como género literario existió gran demanda, puesto que el mismo sirvió durante toda la antigüedad (e incluso en la era bizantina) como valioso instrumental para la educación y formación de las juventudes. Sólo así es comprensible la milagrosa reaparición, al cabo de casi un milenio, de los textos que ahora nos interesan. Ioannes Estobeo (llamado así por ser oriundo de Stobai, en la Macedonia), S. V p.C., incorporó todo este contingente en su muy leída antología de dichos y refranes sabios que él dedicó a su hijo. En el cuarto y último libro encontramos lo buscado: algunos textos de prosa política del Abderita Demócrito.

¿Bajo qué epígrafe los habrá reunido antiguamente el filósofo? ¿de qué contexto fueron arrancados por aquel compilador que los ensambló con el caudal de sentencias morales, suponiendo que también trataban de ética? Respecto de estas interrogantes, podríamos, quizás, creernos favorecidos porque conocemos el registro bibliográfico de todas las obras de Demócrito, confeccionado en la primera parte del 1er. siglo de nuestra era por Trasilio, un bibliotecario egipcio que terminó sirviendo al emperador Tiberio en la Corte romana. El organizó en grupos de a cuatro (tetralogías) la considerable masa de escritos democriteos que conoció en la biblioteca alejandrina. En el balance de su labor resultaron trece tetralogías; los títulos así reunidos se ven temáticamente diferenciados mediante epígrafes que indican la materia tratada en los respectivos libros. Ahora bien, ¿cómo llegó a nuestros días el registro trasiliano? Aproximadamente unos dos siglos después de su confección, en el siglo III p.C., fue integrado por el doxógrafo Diógenes Laercio

* THEMIS rinde en esta medida tributo de homenaje a la Dra. Ibscher, autor de la obra "Demócrito y sus sentencias sobre ética y educación", 2 tomos, UNMSM, Lima 1983 quien tradujera y comentara en nuestro idioma el pensamiento del Filósofo de Abdera.

a un léxico de famosos autores filosóficos, y obra allí en el noveno libro dentro de un bosquejo sobre la vida de Demócrito. Ahora bien, repasándolo, nos veremos prontamente defraudados; no hallamos en el mismo un título adecuado a lo que se dió en llamar "prosa política" del filósofo. A lo sumo, cabe pensar en un término (propio quizá de la técnica bibliográfica de Trasiló) para designar un material de notas sueltas, hechas para "recordar", o de comentarios adicionales del antiguo autor. Nos referimos al vocablo "hypomnemata", el cual, aunque completamente neutro, concuerda sí, en carácter y calidad con los textos entremezclados de las sentencias de ética democríticas, y cuyo estilo notoriamente flojo correspondería a meras observaciones y pensamientos hilvanados al azar.

Los fragmentos de la colección estobea, que a continuación serán objeto de una breve exégesis, dan la impresión de haber pertenecido alguna vez a un texto más coherente, el cual más tarde parece haber sido despedazado por los compiladores. Aparentemente se trata de textos bastante heterogéneos, sin embargo, tienen algo en común: se transparenta, a través de ellos, en mayor o menor grado, una gran preocupación del Pensador de Abdera: él, aficionado en principio a los regímenes democráticos, prevé la necesidad de tener que salvar la Democracia de los múltiples peligros y crisis a los que se vió expuesta la Grecia de su tiempo, a causa no sólo de amenazas externas sino también internas debido a las eternas debilidades y a los vicios humanos. Es importante destacar que son textos escritos por un hombre que nunca, hasta donde se sepa, asumió un cargo público. No obstante ello, Demócrito tenía una aguda facultad de observación, su mirada psicológica no se dejaba engañar por las apariencias: casi inmisericordemente detecta las fallas que, pese a la existencia de leyes o buenas normas estatales, amenazan a las democracias "desde dentro". De ahí, su extrema pragmatidad no exenta, sin embargo, de cierto pesimismo. Demócrito no se entregó a meras especulaciones abstractas sobre la esencia de la constitución democrática. El no teorizó, antes bien, se sintió urgido de impartir un consejo, o de proponer una enmienda en la legislación correspondiente. Desafortunadamente, no pasó de indicaciones pasajeras, no se detuvo en ningún cuadro concreto, a pesar de haber tenido una multitud de casos y ejemplos a la vista en aquella turbulenta época de fines del siglo V a.C.

A la cabeza de dichos textos encontramos una sentencia que bien puede decirse hace las veces de una

aserción programática: mediante ella opone la democracia, con toda la pobreza que podría serle inherente, a los gobiernos autocráticos, cuya muchas veces lustrada apariencia exige, como precio, la esclavitud en contraposición a la libertad que por antonomasia, gozan los gobernados en los regímenes democráticos. Esta antítesis —¿quién puede negarlo?— representa una especie de confesión de fe, la convicción fundamental del pensador: "la pobreza en una democracia es preferible al así llamado bienestar en las autocracias, del mismo modo como es preferible la libertad a la esclavitud".¹

Mas, como acabamos de señalar, ciertas debilidades inherentes a las formas democráticas del Estado, en la Grecia de su época, constituyeron temibles lacras, las cuales se convirtieron necesariamente en objeto de la preocupación casi constante del Pensador.

Demócrito pensaba en cómo poder remediarlos. El primer problema que consideró como peligro capital, fué seguramente la tendencia a la desunión en la ciudadanía, la cual fácilmente evoluciona hacia la formación de facciones enardecidas. El sabía demasiado bien, que de la discordia cívica no hay sino un paso hacia el estallido de una abierta guerra civil, la cual es "para ambas partes. . . un mal: porque la destrucción es igual para vencedores y vencidos".²

¿Qué causas, en última instancia, llevarían a tan catastrófico fin? ¿Cuáles serían las raíces de tan funestos males colectivos? Demócrito vió, sin duda, en primer término la propensión en algunos ciudadanos a la prepotencia: ". . . no debe —reclama— hacerse oposición más allá de la decencia, ni nadie debe arrogarse para sí más poder de lo que es conducente para el bien común".³ Y sigue una seria reflexión del filósofo, mejor dicho una solemne amonestación: "Sólo por la unión cívica son posibles las grandes obras. . . de otra manera nada es posible".⁴ No se trata ciertamente de simples palabras retóricas, sino de una visión bella unida a una tremenda profecía con que finaliza el fragmento ya citado: ". . . Un estado bien dirigido constituye el cimiento más sólido, y con esto todo está dicho; y si esto está salvado, todo está a salvo; si se arruina, todo está perdido".³

Demócrito, sin embargo, no se ocupa solamente de la prepotencia de algunos empedernidos, que se resisten a subordinarse a la voluntad de las mayorías en aras del bien común, sino que llama la atención acerca de un segundo problema de gravedad, se refiere en este contexto a los gestores de la hacienda pública ineptos para ese quehacer. Al respecto, Demó-

1. Estobeo IV 1,42 — Diels "Vorsokratiker" II 68B 251. Traducción al español en Ibscher, pág. 500.

2. Estobeo IV 1,34 — 68B 249. Ibscher, pág. 498

3. La sentencia completa reza "Los asuntos que conciernen al Estado han de ser considerados como los más importante entre todos los demás, a fin de que marchen bien; respecto de lo cual no debe hacerse oposición más allá de la decencia, ni nadie debe arrogarse para sí más poder de lo que es conducente para el bien común. Porque un Estado bien conducido constituye el cimiento más sólido, y con esto todo está dicho; y si esto está salvado, todo está a salvo, si se arruina, todo está perdido" (traducción al español en Ibscher, pág. 500). Estobeo IV 1,43 — 68B 252.

critico menciona en primer lugar un asunto muy delicado que él aborda con franqueza: los asuntos del Estado requieren de atención exclusiva; y son contados los que puedan sentirse completamente facultados en tal sentido. Quienes —piensa Demócrito— poseen recursos modestos que no alcanzan sino para salvaguardar su propio patrimonio, no deben abarcar los quehaceres del Estado, ya que muy pronto se verían ante el dilema de elegir entre las múltiples tareas que su cargo impone, forzándolos a descuidar sus bienes propios, o a descuidar, contra su propia voluntad e intención, las obligaciones públicas, por favorecer preferentemente sus asuntos personales. En ambos casos, observa el filósofo-psicólogo, tales individuos sacrificarán su nombre y buena reputación. Está —afirma— mal visto que quien se mueve en primera línea no cuente con los recursos indispensables; sin embargo, si “suciedera que alguien se descuida en la Administración Pública, aunque no robe ni cometa injusticia alguna. . .”, sólo por el hecho de haber tratado negligentemente la Administración Pública, dañará su nombre. Cualquier desliz político pone en peligro la reputación del funcionario pudiendo incluso acarrear un castigo. Errores en este campo son, pues, imperdonables, ya que, como concluye el autor, “los hombres no perdonan esto tan fácilmente”.⁵ ¡Juicio amargo de un rotundo pesimismo! esta vez, referido más bien al público, o sea al pueblo gobernado. En otro lugar, este juicio se profundiza mediante una reflexión que justifica en cierto grado a los gobernados, al presentar como una responsabilidad tanto más grave aquella que toman sobre sí los que gobiernan, y esto desde el punto de vista de la moral: “Los hombres recuerdan mejor los errores que los aciertos. Lo cual es correcto. Porque así como no merece aplauso el que devuelva prendas depositadas, sufriendo, por el contrario, insulto y castigo quien no las devuelva, lo mismo sucede con el funcionario público: fué escogido no para que actúe mal sino bien”.⁶

El filósofo-pensador expresa palabras de una censura aun más radical contra los irresponsables que alcanzan puestos de honor sin preparación, animados probablemente por designios vituperables: “Los malos ciudadanos cuando llegan a ocupar cargos públicos, cuanto más indignos sean para su desempeño, tanto más negligentes se muestran, inflándose de incompetencia e impertinencia”.⁷ Para el autor resulta desdeñable en sumo grado, aquel empleado público que, desempeñando el cargo de juez, absuelva, en contra de la ley, por móviles egoístas, a quien merezca castigo por haber cometido algún delito punible con exilio, prisión u otra sanción grave. Se siente así, entre líneas, la ira secreta del escritor que expresó las siguientes palabras de extrema parquedad: tal funcionario “comete injusticia”. El escapará al castigo (por no existir aún normas legales apropiadas); mas, únicamente su conciencia ha de condenarlo.⁸

Sobre este trasfondo tan oscuro se delinea y resalta más nítidamente la imagen del ciudadano verdaderamente llamado a gobernar por ser capaz de impedir la injusticia en cualquier forma que se presente. Este se muestra como hombre de gran iniciativa, pues él es quien se enfrenta, en la hora del peligro, a los elementos nocivos que acechan a la colectividad, sean estos alimañas u hombres criminales: si los mata, “quedará impune”, porque “debe darse muerte, a todo trance, a los seres que, violando la ley, causan daño o piensan causarlos. . .”.⁹ El Pensador menciona, *expressis verbis*, como tales malhechores a los piratas y a los salteadores de camino.¹⁰ Ellos cuentan, por decirlo así, entre los enemigos extraterritoriales o sea los enemigos nacionales.¹¹ Aquel que, por otra parte, asume la responsabilidad de eliminarlos, no hace sino cumplir un deber moral; al omitirlo, faltaría contra la ley moral.¹² El texto mencionado enumera algunas barreras jurídicas que no

4. Estobeo IV 1,40 — 68B 250. Ibscher, pág. 500

5. Demócrito al respecto sostiene que “no conviene a los valerosos ciudadanos que descuiden lo propio y se dediquen a hacer lo ajeno, porque se dañaría su patrimonio. Si sucediera que alguien se descuide en la Administración Pública, aunque no robe ni cometa injusticia alguna, de todas formas su reputación se dañaría. Sabemos bien que aunque nunca se haya cometido descuido e injusticias, siempre existe el peligro de adquirir una mala reputación o hasta de sufrir un castigo. Claro, desde luego se cometen errores, pero los hombres no perdonan tan fácilmente” (Traducción en Ibscher, pág. 468). Estobeo IV 1,44 — 68B 253

6. Estobeo IV 5,47 — 68B 265. Ibscher, pág. 502

7. Estobeo IV 1,45 — 68B 254. Ibscher, pág. 444

8. Las palabras del Pensador de Abdera son las siguientes: “Y los que han cometido un delito digno de ser penado con exilio o prisión u otra sanción, han de ser condenados y no absueltos. Pero si algún juez dictaminara un fallo absolutorio en contra de la ley, por motivo de lucro o placer, obra mal y esto, forzosamente, le pesará en su conciencia” (Traducción al español en Ibscher, pág. 504). Estobeo IV 5,44 — 68B 262

9. La sentencia completa reza: “debe darse muerte a todo trance, a los seres que violando la ley, causan daño. Y aquel que se responsabiliza cumpliendo esto, gozará de mayor participación en honor, derecho, confianza y propiedad en toda comunidad organizada” (Traducción en Ibscher, pág. 504). Estobeo IV 2,16 — 68B 257

10. Demócrito afirma “impune quedaría el que matara a todo bandolero o pirata, ya fuere con su propia mano o por medio de una orden dada o por mandato público” (Ibscher, pág. 504). Estobeo IV 4,18 — 68B 260

11. “Como ya se había escrito acerca de la alimaña y los reptiles hostiles, de igual modo me parece ser necesario que se haga también respecto de los hombres: matar al enemigo, de acuerdo a las leyes de los antepasados en toda comunidad organizada, donde no lo prohíbe la ley. Mas lo prohíben los santuarios de cada región, los pactos y los juramentos” (Traducción al español de la sentencia democrítea en Ibscher, pág. 504). Estobeo IV 2,17 — 68B 259

12. El Pensador de Abdera sostiene que “se debe proteger a los que están sufriendo una injusticia, y no admitir que suceda; esto es lo justo y lo moralmente bueno. Lo contrario es lo injusto y lo moralmente malo” (Traducción en Ibscher, pág. 456). Estobeo IV 5,43 — 68B 261

admiten la persecución, tales como los lugares sagrados de refugio, los pactos políticos y los juramentos. El héroe que se hizo representante de la comunidad entera salvándola de un grave peligro, gozará no solamente de impunidad, sino que tendrá mayor participación en honor (?), derecho, confianza y propiedad en toda constitución ordenada⁹; lo cual, sin duda, significa que su actuación en aras de salvaguardar la defensa pública trasciende, por decirlo así, los límites de la constitución igualitaria de un régimen democrático.

Frente a este rigor absoluto que exige la eliminación física de todo elemento dañino, sea este un animal o un ser humano, tenemos en otra cita el aspecto positivo, que concierne a la ciudadanía entera. Demócrito insiste en el factor de espontaneidad con que han de cumplirse los deberes cívicos, como todas las acciones que en general influyen positivamente en el mantenimiento de cualquier sociedad humana: "Cuando los pudientes se animan a socorrer con pagos adelantados a los que nada tienen y les asisten y les hacen favores, este solo hecho comprende otros, a saber: la compasión (por un lado), el que nadie se sienta aislado (por el otro), y el compañerismo, la defensa mutua, la unanimidad entre los ciudadanos, y otros beneficios que no cabe enumerarlos por ser tantos".¹³ He aquí in nuce un vasto programa de índole sociológico inspirado por la espontaneidad social.

La fina sensibilidad humanitaria unida a la capacidad de previsión del autor se expresa, asimismo, con relación a un caso específico hasta entonces ignorado por los legisladores en los regímenes democráticos conocidos por Demócrito. En efecto, la propuesta de carácter político-social del Abderita no tuvo al parecer paralelo en aquella época. Demócrito se pregunta por el destino de aquellos ex-funcionarios del Estado que habiendo cumplido con su deber en el sentido más cabal al fiscalizar severamente determinadas infracciones a la ley, suscitan la animosidad de quienes se sintieron afectados por su actitud. El ánimo de venganza de los infractores no se habría dejado de esperar, tan pronto cesaron en el puesto de mando, hecho que ocurría en la Grecia de entonces después del breve plazo de un año. Cavilando sobre el problema, el filósofo llega a concebir la necesidad de una ley complementaria o de un estatuto que figuraría como un apéndice a la ley. Así pues, el Pensador afirma que "no existe ningún dispositivo en la presente constitu-

ción para evitar que los funcionarios públicos sufran injusticia, por más valerosos que fueran (...); debe también esto haber sido arreglado de alguna manera, que el funcionario que no está haciendo nada incorrecto, aunque interrogue con entera severidad a los delincuentes, no caiga en poder de aquellos, sino que por la ley u otro dispositivo se proteja a quien ejerce la Justicia".¹⁴

Desafortunadamente, el texto del fragmento en cuestión está deteriorado en su primera parte. Obviamente algún compilador o copista, por no haber comprendido las intenciones parcamente señaladas por el autor, trató de corregir la expresión quizá ultra breve en este punto, malogrando la oración en su integridad. Ahora bien, al sospechar que podía tratarse de una laguna mayor, diversos intérpretes se empeñaron en restaurarla. Haremos mención, entre estas tentativas, a la suposición de Diels¹⁵, quien proponía introducir la idea de la rendición de cuentas a la que el funcionario estuvo obligado cuando dejaba su oficio. Esta solución hipotética no mejora, sin embargo, la situación, sino que la complica aun más. Seduce, por otra parte, la ingeniosa propuesta de Gomperz¹⁶, que con Halm, proponía suplir las palabras que pudieran faltar, mediante una imagen, una metáfora: se parece aquel hombre infeliz a un águila que cayó en un nido de víboras. Sin embargo para evitar una enmienda de tantas palabras, debemos atenernos al lineamiento de la idea como tal, que gravita, en realidad, sobre lo dicho en la segunda parte: hay un contraste de dos tiempos, el primero caracterizado por la autoridad que se posee durante el ejercicio del cargo dotado de un supuesto poder, mientras que el segundo se concibe sin el respaldo de esta autoridad. En una palabra, es el contraste entre el "antes" y el "después" lo que cuenta, y que en la frase que se creía mutilada, no había sido explicado con la suficiente claridad; el funcionario de "antes" dependía de sí mismo (o, digamos, del dictamen de su conciencia), el de "después" no debe en modo alguno, depender de otros: por ser y haber sido justo no merece depender de terceros. Con esta mínima enmienda se atiende perfectamente a la lógica interior del fragmento.

Nosotros, al reflexionar sobre este tema, nos preguntamos, si las lacras que caracterizaron las democracias primitivas, han desaparecido totalmente en las modernas.

13. Estobeo IV 1,46 — 68B 255. Ibscher, pág. 500

14. Estobeo IV 5,48 — 68B 266. Ibscher, pág. 502

15. Diels "Vorsokratiker" II, pág. 196

16. Ver el aparato crítico en la edición de Diels y Wiener Beiträge III, 1876

El Régimen Legal del Trabajo Agrario*

(en el caso de las cooperativas agrarias de trabajadores)

Carlos Torres y Torres Lara

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Lima

1. ANTECEDENTES

Para analizar el problema del trabajo agrario —en las cooperativas agrarias—, resulta inevitable referirse, aunque sea brevemente, al fenómeno que está íntimamente relacionado con él: la relación hombre—tierra. El hombre hace fructificar la tierra mediante su esfuerzo disciplinado e inteligente. En compensación de ello, la naturaleza recompensa su esfuerzo con los frutos que permiten sembrar nuevamente y a su vez obtener un excedente económico.

No obstante ello, la organización social interpuso un intermediario, el propietario de la tierra, quien según fuese el sistema feudal o capitalista, se apropiaba o apropia de una parte de ese excedente económico y en algunos casos además convierte al trabajador en un dependiente, en un ser alienado de su trabajo, su producto y su gestión. Esto último, se produce mediante el contrato de trabajo dependiente, en el cual, el patrón —titular de la empresa agrícola—, por tal condición, es quien se apropia del excedente económico y tiene la dirección de la empresa. El trabajador contratado resulta así enajenado de su destino como productor. Debe producir para obtener un salario, y el producto, ni es de él ni tiene intervención en la dirección general de su proceso productivo. Los sistemas de cogestión y coparticipación, ensayados hasta el momento, no resuelven este problema de fondo pues sólo constituyen un paliativo, ya que conceden una parte siempre minoritaria en la apropiación del excedente económico y en la gestión.

La relación natural: hombre—tierra, es así modificada artificialmente por una racionalidad jurídica basada en la propiedad primero y en la titularidad de la empresa después, interponiendo ese tercer elemento que reclama toda o la mayor parte del excedente y del derecho a la dirección de la actividad económica

productiva. Es como resultado y consecuencia de esto, que aparece el asalariado, es decir el trabajador dependiente que se aliena de su propia actividad y resultados: éstos son del titular, del patrón que compró su fuerza productiva. El medio para lograrlo es uno de los instrumentos más valiosos que incorporó la revolución liberal: el contrato.

El contrato no siempre tuvo la importancia de que ahora goza en nuestro sistema jurídico. En efecto, hoy en día el contrato es el principal generador de las obligaciones y lo fue aún más en los inicios de la revolución burguesa. El contrato, la propiedad privada y la libertad de comercio e industria fueron los tres pilares fundamentales para la construcción del nuevo orden. De los tres, el contrato basado en la libertad de las partes, el principio de la autonomía de la voluntad y la ingenua creencia de que las partes son iguales y por lo tanto, tienen idénticas capacidades y fuerza de negociación, permitió el desarrollo de la revolución burguesa triunfante y luego del capitalismo. Es sólo en el presente siglo cuando el Derecho logra advertir lo irreal de tal enfoque e introduce elementos compensatorios para evitar los excesos. Es así como nacen y se desarrollan —en el Derecho Civil—, instrumentos de garantía para el más débil en la relación contractual, pero es en la relación laboral donde penetra más intensamente la ideología de la protección, en este caso a favor del trabajador: el más débil en la relación capital—trabajo. Y llega a penetrar en tal forma, que hoy en día, hay autores que afirman que ya no existen contrato de trabajo pues las relaciones laborales surgen para ser reguladas por la legislación que nace del Estado o la normatividad corporativa o colectiva, que nace del poder sindical y la negociación. El contrato así habría quedado reducido a su mínima expresión como generador de las obligaciones entre las

* Trabajo sustentado ante el Seminario de Derecho Agrario promovido por la Comisión Andina de Juristas en noviembre de 1986.

sión como generador de las obligaciones entre las partes, para ser sustituido por otras fuentes generadoras de esos derechos y obligaciones.

No obstante ese moderno desarrollo del derecho, las relaciones jurídicas reales se estarían manteniendo en forma igual, subsistiendo por un lado, el titular del derecho sobre el excedente económico y sobre la dirección de la economía y por otro, el trabajador que aún cuando avanza mediante la cogestión en la dirección y aún en la copropiedad, sigue siendo **dependiente** del titular. Esta es la base real y fundamental aunque hayan variado los instrumentos e incluso el trabajo se haya humanizado substancialmente. El trabajador sigue buscando su liberación, su libertad como productor, libertad que se expresaría en la condición de titular del resultado de su esfuerzo y en la dirección de su propio destino.

2. LA COOPERATIVA AGRARIA: FINALIDAD Y MODALIDADES

La Cooperativa Agraria representa una de las formas más generalizadas en el mundo moderno para alcanzar la liberación a que nos hemos referido antes.

En efecto, ella se desarrolla en las economías y sistemas políticos más diferentes. Encontramos un sólido cooperativismo agrario en países capitalistas como Estados Unidos de América, Alemania Federal o Brasil, así como en todos los países socialistas donde además cuentan con un apoyo estatal especial.

El desarrollo explosivo del Japón no había sido posible sin las cooperativas agrarias, ni Argentina habría sido en su momento el granero del mundo sin el mismo fenómeno. Incluso modernos sistemas socialistas como el cubano, que inicialmente tuvieron cierto reparo por el desarrollo de las cooperativas agrarias hoy muestran programas muy intensivos a favor del cooperativismo agrario.¹

A su vez, las cooperativas agrarias de todos los sistemas económicos se encuentran voluntariamente asociadas en la Alianza Cooperativa Internacional —ACI— demostrando con ello, que hay segmentos empresariales y sociales en los que la relación puede darse sin temores. Así estas organizaciones luchan por la paz mundial, la mayor producción y productividad y en consecuencia, el desarrollo. La ACI es órgano oficial de consulta de las Naciones Unidas.

¿Qué hace que exista esta coincidencia mundial? Pues ello, deviene del hecho de que la cooperativa concilia los ideales del siglo actual: la libertad y la justicia distributiva. Busca la liberación del hombre a través de su trabajo. Justifica la apropiación del excedente económico por los productores y la realización del hombre como ser libre e independiente. Esto se logra volviendo a la forma natural de producción, identifi-

cando al trabajador como el titular de la actividad productiva y en consecuencia dueño de su propio destino, del resultado de su producción y de la dirección que imprima a su actividad económico—social. Elimina así en gran medida los problemas principales de nuestra época al suprimir al intermediario patrón y convertir al trabajador asociadamente en dueño de su propia actividad, en productor libre.

El problema no es como se afirma con excesiva frecuencia, sólo la propiedad, pues actualmente se puede ser patrón sin ser propietario (caso del leasing). El problema fundamental reside en ser el titular de la actividad productiva, aunque actualmente en la mayoría de casos de la propiedad deviene tal derecho, debe advertirse que no siempre es así en la moderna economía.

En cuanto a las modalidades de cooperativas agrarias hay que señalar que son fundamentalmente dos: las de trabajadores y las de usuarios. En la literatura especializada también se denomina a estas dos formas como cooperativas de trabajo asociado y de servicios.

La diferencia entre estos dos tipos de cooperativas es que en las de trabajadores el objeto es trabajar en común, mientras que en las de servicios, el objeto es el obtener servicios en común pues la producción se hace individualmente. Es decir, en el primer caso se cooperativiza el proceso productivo mientras, en el segundo caso se cooperativiza sólo una parte del proceso empresarial antes y después de la actividad productiva (antes: compra en común de insumos y después: venta en común de la producción).

Nada o poco tiene que ver el modelo con el tipo de propiedad como es frecuente escuchar, pues se dice que en las cooperativas de trabajadores la propiedad es colectiva mientras que en las de usuarios la tierra pertenece a cada campesino. Esto es lo frecuente mas no es lo que las tipifica.

En efecto, es posible que la propiedad sea colectiva e incluso estatal y que a su vez la cooperativa distribuya la tierra sólo para su explotación, tal como se hacía desde la época preincaica para los efectos de la producción individual. El caso se ha generalizado en Israel desde hace mucho mediante los Moshavin, que no son otra cosa que cooperativas de servicios asentadas sobre tierras de propiedad de la colectividad judía y no de los campesinos ni de la cooperativa.

Ahora bien, lo importante, lo fundamental en este punto, es precisamente observar la interrelación que existe entre la finalidad de la cooperativa agraria y su modalidad, a efecto de observar después el fenómeno de carácter laboral. Efectivamente, en la modalidad de trabajadores la finalidad es el trabajo asociado, la producción colectiva, mientras que en el segun-

1. Ley No. 36 de Cooperativas Agropecuarias de Cuba del 22 de julio de 1982.

do caso, vale decir en las cooperativas de usuarios, la finalidad no es otra que el uso de servicios en común. Como consecuencia de esto devienen dos reglas fundamentales: en las cooperativas de trabajadores, éstos deben ser a su vez socios salvo excepciones; mientras que en las cooperativas de usuarios, los trabajadores no necesitan ser socios pues éstos se han asociado no para trabajar en común sino para hacerlo por su propia cuenta.

3. NATURALEZA DE LA RELACION LABORAL: EN LAS COOPERATIVAS AGRARIAS

La relación laboral resulta consecuentemente distinta si se trata de una cooperativa de servicios a si se trata de una cooperativa de trabajadores. En la primera se presentan los caracteres típicos del contrato de trabajo. En primer lugar hay un contrato escrito u oral en el cual se fijan las condiciones de trabajo: remuneración, horario, beneficios adicionales a los prescritos por la ley, tipo de ocupación, etc., contrato que como todos los demás, se funda en la voluntad de las partes contratantes. Su modificación requiere la voluntad de ambos o una Resolución judicial.

Sin embargo, en el caso de las cooperativas de trabajadores no sucede lo mismo sino sólo en apariencia. En efecto, el ingreso y retiro del centro de trabajo y los beneficios sociales mayores o menores a los que determina la ley, se fijan estatutaria y reglamentariamente —y aquí lo más importante—, pudiendo ser en consecuencia, variados por la voluntad general de la mayoría. No se sigue pues la lógica del contrato en donde todos deben estar conformes, sino la corporativa—estatutaria donde predomina la voluntad de la mayoría.

De modo que lo que existe en la relación laboral de un socio trabajador con una cooperativa de trabajadores no es un "contrato de trabajo" típico sino una "asociación para trabajar" en común. Si se quiere llegar al extremo de aceptar que esto también es un contrato podrá decirse que es entonces un contrato de sociedad para trabajar en común, pero no un contrato de trabajo. Y por lo tanto, las reglas de interpretación jurídica son diferentes.

Hay quienes afirman que debe reconocerse la existencia de la relación laboral común, pues de por medio existe una persona jurídica que es la cooperativa, ente que es el que contrata. La relación laboral se produce entonces según esta lógica entre la cooperativa y el trabajador a nivel empresarial, mientras que a nivel asociativo se produciría la relación cooperativa. Desde este punto de vista aparentemente sólido, la relación laboral se rige por la legislación laboral común, mientras que la relación asociativa se rige por la legislación cooperativa. Esta posición señala además, como instrumento confirmatorio de su tesis, la analogía que existe con las empresas mercantiles donde no interesa que el trabajador sea socio (hasta determinado

límite) pues sus beneficios se basan en la legislación laboral, mientras que su condición de socio y sus beneficios como tal, se determinan según la legislación de sociedades.

Esta tesis es correcta sólo para las cooperativas de usuarios en los países en los que se acepta que el trabajador sea socio, pero no es posible aplicarla a las cooperativas de trabajadores. En efecto, ocurre así porque en las cooperativas de usuarios, el contrato social (estatuto) regula las relaciones de socios en el ámbito de servicios, crédito, consumo, comercialización, etc. y en consecuencia, cualquier otra relación jurídica se regula entre la cooperativa y el socio por la respectiva legislación.

Así, en el caso de una cooperativa de crédito, el ahorro y los préstamos se regulan por los estatutos y los reglamentos, pero si un socio le vende o compra un automóvil a su cooperativa, este acto se regulará por la legislación de compra—venta contenida en el Código Civil. En nada intervendrá la normatividad cooperativa.

Sucede algo similar en la relación laboral de las cooperativas agrarias: si es una cooperativa de servicios para la comercialización de productos, las relaciones se determinan jurídicamente en base al estatuto, pero si una persona, sea socia o no de la cooperativa, trabaja en ella, entonces se trata de una relación distinta a la societaria y en consecuencia sujeta a la legislación laboral. Tratándose de una cooperativa de trabajadores la relación laboral será determinada por los estatutos y los reglamentos, pues el objeto mismo de la cooperativa es el trabajo asociado. Es precisamente esto lo que constituye el objeto de la cooperativa.

Por eso tampoco es posible aplicar el ejemplo de las sociedades. Veamos por qué. Si un trabajador de una empresa privada cuyo titular es una sociedad anónima, es socio de ella, ahí sí existe una doble relación: como trabajador y como socio. En el primer caso, entrega su trabajo para obtener un salario, mientras que en el segundo caso, entrega su capital para especular con él. El contrato social nada tiene que ver con el trabajo, lo que regula es cómo se aplicará el capital y cómo se distribuirá el resultado de la especulación. El trabajador puede dejar de ser tal y sin embargo seguir percibiendo utilidades. En el caso de la Cooperativa de trabajadores no es así, el contrato social es para trabajar en común. El aporte es una obligación, no da derecho alguno, pues el interés que recibe es sólo compensatorio. La cooperativa no es una sociedad de capitales para especular con el capital, sino una sociedad de personas para maximizar la renta del trabajo. Si el trabajador deja de ser tal, no puede seguir siendo socio de la institución.

Finalmente, aquel argumento de la interposición de la persona jurídica como ente contratante debe ser igualmente rechazado, pues hace mucho que se ha



**PRODUCIMOS
PETROLEO
PARA EL
DESARROLLO DEL
PERU**

OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION OF PERU

SUCURSAL DEL PERU

superado la tesis de que la sociedad, la persona jurídica es un ente. Esta es una visión que niega la realidad y precisamente el Derecho Laboral se basa principalmente en la observación de la realidad y no de las ficciones jurídicas.

Pero no sólo el Derecho Laboral asume actualmente esta posición, sino incluso el más tradicional de los derechos, el Derecho Civil. En efecto, por ejemplo nuestro Código Civil abandona la posición de considerar a la persona jurídica como un ente contrapuesto a sus socios. La persona jurídica es la organización de los socios pero no es un ente aparte. Es esclarecedora la explicación que formula el profesor Carlos Fernández Sessarego en la Exposición de Motivos del Libro de las Personas, del cual él fue precisamente el autor: ...“Expresar que la persona jurídica es distinta de sus miembros o personas naturales que realmente la integran, no significa la creación de un ente específico distinto diferente a tales personas o miembros. Aludir al concepto de persona jurídica no supone encontrar un “algo” diverso a aquellas personas naturales. Decir “persona jurídica” no conduce a ningún ente o cosa u organismo alguno, a ningún ente real o abstracto, sino sólo a una organización de personas que realiza fines valiosos”.²

Lo explicado nos permite advertir que el trabajo cooperativo en una cooperativa de trabajadores rompe y supera la concepción del trabajo asalariado y dependiente, reemplazándolo por la concepción del trabajador autónomo asociado, donde no se dan las características tipificantes del primero: la dependencia, el esfuerzo con resultados para un tercero y la alienación de la dirección del trabajo, sino que más bien es reemplazado por el trabajo asociado mediante el cual no existe dependencia de un titular Estado o capitalista; así el trabajador se asocia para ser dueño de su propio destino, dirigiendo colectivamente su empresa y apropiándose del excedente económico y asumiendo responsablemente las pérdidas que pudieran resultar del riesgo o la mala gestión, es decir retoma la condición de ser humano libre, responsable y creador de su propio destino.

4. EL RÉGIMEN LABORAL EN LAS COOPERATIVAS AGRARIAS EN EL PERU

1. La Legislación actual y sus antecedentes

En el Perú las cooperativas están bajo el régimen del Decreto Legislativo 085 del 20 de mayo de 1981, Ley General de Cooperativas. Esta disposición regula en forma expresa el problema laboral en las cooperativas de la siguiente manera:

“Artículo 9.— Las relaciones de trabajo en las organizaciones cooperativas se regulan por las siguientes normas básicas:

1.— Tienen la calidad jurídica de trabajadores dependientes y en consecuencia están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, para todos sus efectos:

1.1. Los trabajadores de las cooperativas de usuarios.

1.2. Los trabajadores no socios de las cooperativas de trabajadores que fueren excepcionalmente contratados por éstas.

1.3. Los trabajadores de las organizaciones cooperativas de grado superior.

2.— El Poder Ejecutivo establecerá, mediante Reglamento especial, el régimen laboral correspondiente a las cooperativas de trabajadores y, dentro de dicha norma, los beneficios que, deberán ser reconocidos a favor de los socios—trabajadores de ellas, así como los procedimientos administrativo y jurisdiccional aplicables a las respectivas reclamaciones o demandas laborales”.

La parte introductoria del articulado se refiere a “relaciones de trabajo” y “organizaciones cooperativas”. La primera es de conocimiento general y se usa en su sentido más amplio. La segunda “organizaciones cooperativas” tiene un sentido especial. La Ley se refiere en unos casos a “las cooperativas”, como por ejemplo los artículos 5 ó 7; y, a “las organizaciones cooperativas” en otros casos, como por ejemplo en los arts. 3, 4 y 6 de la referida Ley. Esta diferencia radica en lo siguiente: cuando la Ley usa la expresión “cooperativa” se está refiriendo específicamente a las que jurídicamente tienen esa calidad, vale decir las cooperativas de primer grado y las de grado superior, las de base y las centrales; mientras que cuando se refiere a “las organizaciones cooperativas” está aludiendo además a las Federaciones y a la Confederación, que no son jurídicamente cooperativas sino Asociaciones. Las primeras se inscriben en el Libro de Cooperativas de los Registros Públicos mientras que las segundas se inscriben en el Libro de Asociaciones del mismo Registro, tal como así lo prescribe el art. 12 de la misma Ley.

El art. 9 en consecuencia, se refiere a todas las organizaciones cooperativas, sean o no cooperativas propiamente dichas.

La “lógica” del art. 9 es la de calificar como trabajador sujeto a la legislación laboral común, a quienes tengan la condición de “dependientes” que es la calidad que caracteriza la relación laboral de la llamada “actividad privada”. Dado que la doctrina acepta que cuando hay “dependencia” hay “relación laboral sujeta a la legislación laboral”, la ley optó por recoger ese principio y evitando toda duda, califica, manda y dispone que se reconozca con la calidad de “dependientes” determinadas relaciones que señala en su inciso 1): las de los trabajadores de las cooperativas de usua-

2. Fernández Sessarego, Carlos: “Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano”, Editorial Studium, 1986, pág. 51.

rios es decir las también llamadas cooperativas de servicios, donde se incluyen las cooperativas agrarias de servicios o de usuarios, los trabajadores no socios de las cooperativas de trabajadores, ya que si no son socios son evidentemente dependientes de quienes tienen la titularidad de la empresa; y, los trabajadores de las organizaciones cooperativas de grado superior, que como lo tenemos explicado vienen a ser las centrales, las federaciones y la Confederación Nacional de Cooperativas. En todas ellas, los trabajadores no son socios porque se los prohíbe expresamente el art. 17 de la Ley y aunque se les permitiera, el tipo de relación jurídica regulado por el estatuto no es el trabajo, motivo por el cual la situación jurídico laboral deviene similar a la que existe entre una sociedad y un trabajador que sea además socio minoritario. Hay dos relaciones y cada una de ellas se rige en forma independiente: por la legislación de sociedades, la condición de socio y por la legislación laboral, la condición de trabajador dependiente. El inc. 2 del comentado art. 9, luego se refiere a las relaciones laborales en donde no existe la dependencia y precisa que el Poder Ejecutivo mediante Reglamento establecerá el régimen laboral en las cooperativas de trabajadores: beneficios, procedimientos administrativo y jurisdiccional aplicables a las reclamaciones o demandas laborales.

Esta norma tiene su antecedente en el art. 81 de la Ley General de Cooperativas de 1964, que ya había observado que en estas cooperativas no existía relación laboral sujeta al régimen de la actividad privada, por lo cual se vio obligada a normar el seguro obligatorio que en ese entonces se ligaba sólo al trabajo dependiente. Es muy importante lo que dijo el legislador en aquel entonces en la Exposición de Motivos de dicha primera ley, pues se observa que tenía conciencia de la naturaleza especial de las relaciones laborales que se comenzaban a producir en las cooperativas de trabajadores e incluso en las cooperativas agrarias de producción fomentadas y en funcionamiento desde 1964, en Piura (los casos de Sinchao Grande y Sinchao Chico). Dice así aquella exposición de motivos:

“Artículo 79—(81) C. de D.

“El artículo 79 (finalmente 81) considera la situación especial de los socios de una cooperativa que participen con su trabajo personal en ella, por así exigirle el tipo a que pertenece y los incorpora al régimen de la Seguridad Social. Al respecto, caben las siguientes observaciones:

“a) El caso ordinario de las cooperativas en que, por su estructura jurídica y económica, los socios actúan con su trabajo personal, corresponde a las cooperativas de producción, de trabajo u otras en las que sea posible esta modalidad, como presumiblemente ocurrirá en alguna variedad de las futuras cooperativas comunales;”

“b) Los socios que así actúan en la cooperativa dependen de ella, aún cuando no siempre reciban sueldo, salario ni otro tipo de remuneración fija y, por tanto, no son considerados como empleados ni obreros de ella;”

“c) Si bien es cierto que dentro de la cooperativa y sus socios no existe la relación jurídico—laboral de empleador a servidor, es un hecho que éstos realizan un trabajo remunerado. En efecto, la retribución de sus servicios no se mide por sueldos o salarios fijos, sino por la participación proporcional que, según sus estatutos, reglamentos u otras pautas internas, tienen en los precios o derechos que la empresa social cobra al público por los productos vendidos o los servicios realizados independientemente de los excedentes que resulten al fin del ejercicio anual o al término de la liquidación;”

“Por estas consideraciones, los socios que participan con su trabajo sin tener la calidad jurídica de empleados u obreros, son en realidad y técnicamente, servidores de la cooperativa, puesto que tienen que prestarle permanentemente y a tiempo completo, su esfuerzo personal y porque indudablemente ellos y sus familias subsisten con el producto de esa participación”.

“d) Sin embargo, los referidos socios no pueden gozar de los beneficios de la seguridad social, por el simple hecho de no tener la calidad jurídica de empleados y obreros. Por tanto y no obstante que corren iguales ó mayores riesgos que otros trabajadores amparados por los seguros sociales, ellos se encuentran huérfanos de esa protección. De ahí que cuando enferman o sobrepasan el límite de la jubilación, quedan virtualmente desamparados y cuando fallecen, sus familiares quedan, a su vez, en el abandono”;

“e) El Proyecto tiene el propósito de llamar la atención sobre este problema porque considera que así como hay protección para el empleado o el obrero dependientes de un empresario, debe también existir análogo tratamiento para el trabajador que entrega no sólo sus esfuerzos, sino sus ahorros, a la cooperativa en que él trabaja y superar, de este modo, el desamparo en que se encuentra”;

“f) A base de estas consideraciones se propone que las personas antes referidas sean incorporadas a los beneficios de los seguros sociales que de acuerdo con la Legislación Laboral vigente, se operaría sobre las siguientes bases:

“1. Los socios antes referidos deben ser comprendidos, obligatoriamente, en todos los beneficios de la Seguridad Social, en los que expresamente el Proyecto incluye los beneficios de la jubilación”;

“2. Como existen dos regímenes, uno para los obreros (Seguro Social Obrero) y otro para los empleados (Seguro Social del Empleado) y en vista de que los socios amparados por la norma propuesta realizan diversas formas de trabajo manual e intelectual, es necesario que se establezca una

pauta diferencial por la cual se determine que ellos sean incorporados al régimen que les corresponda, según la naturaleza específica de su labor”;

pueda determinarse el régimen de seguridad al que deban incorporarse los socios—servidores antes mencionados. Para el efecto, la norma reglamentaria deberá efectuar la regularización respectiva en función de las normas de la Legislación Laboral vigente, que es la que define quiénes son empleados y quiénes obreros”;

“4. En todo caso, tanto los socios asegurados como las cooperativas a quienes ellos sirven, deberán pagar a las respectivas Cajas, las cuotas correspondientes de conformidad con las prescripciones de las leyes que regulan el funcionamiento de los Seguros Sociales, según los casos”.

“g) La figura propuesta por el artículo 79 ha de dar complementariamente solución a un problema que ya se observa en ciertas cooperativas de producción en las que los socios participan con su trabajo personal, como es el caso de las cooperativas pesqueras y de transporte existentes, los que tendrán la posibilidad de ser amparados por el Seguro Social correspondiente. Mas no se trata solamente de beneficiar a ellos. El artículo 79 abre otras perspectivas valiosas para la ampliación de la Seguridad Social hacia sectores que aún se encuentran marginados de ella y que pueden ser fácilmente incorporados a su campo de acción precisamente a través del Cooperativismo. Es el caso de los campesinos, que en las actuales condiciones, no tienen posibilidad de ser cubiertos por el Seguro Social, a menos que se dicte una ley especial que resuelva el problema en todos sus aspectos. A esos campesinos, el artículo 79 propuesto les brinda la oportunidad de ingresar, progresivamente, en el campo de la Seguridad Social, a través de las cooperativas agrarias de colonización y comunales en las que a menudo será indispensable que sus socios participen con su trabajo personal. Por este hecho y al amparo del artículo 79 propuesto, estarán en condiciones de

ser comprendidos en los beneficios de los Seguros Sociales incluidos los de la jubilación”.³

La larga cita transcrita permite advertir que el legislador ya tenía desde 1964 claramente definido el problema así:

- a) En las cooperativas de usuarios o servicios, la relación laboral es la común y debe sujetarse a la legislación laboral.
- b) En las cooperativas de producción o de trabajadores no existe relación laboral de dependencia. No puede aplicarse la legislación laboral común.
- c) No obstante esto último, es necesario que el legislador no deje desprotegido a este trabajador no dependiente y por lo tanto, establezca algunos derechos fundamentales como el del Seguro Social que en ese entonces era típico y casi exclusivo de los trabajadores dependientes.

La jurisprudencia tuvo un comportamiento dubitativo hasta que recogió plenamente el principio señalado en la Ley General de Cooperativas de 1964, así puede verse de la Resolución de Tribunal de Trabajo Exp. 124/74 de 1974 (Morales y De Los Heros 1976).⁴

La nueva Ley General de Cooperativas ha seguido la lógica de la legislación anterior pero con la diferencia que ha trasladado a la norma positiva la explicación contenida antes en la Exposición de Motivos y en la Jurisprudencia. La experiencia demostró que la ley debía ser más clara y expresa para evitar las dudas de quienes no tienen acceso a las fuentes que generaron la ley.

El panorama legal y jurisprudencial estaba claro: la Ley de Cooperativas de 1964, la Exposición de Motivos de ella y algunos casos jurisprudenciales recogían la tesis de la condición especial de la relación laboral de los trabajadores socios de las cooperativas de trabajadores. Sobre esta situación se dictó la nueva Ley General de Cooperativas de 1981 Decreto Legis-

3. Torres y Torres Lara, Carlos: “Legislación de Cooperativas”, 2da. Edición, Ed. Rochdale, 1971, pág. 383.

4. Expo. 124/74.— VISTOS: oído el informe del doctor don Carlos Torres y Torres Lara en audiencia pública de fecha 15 de febrero último, y CONSIDERANDO: que la demandada es una cooperativa de transportes que por su naturaleza funciona con el trabajo personal de sus socios de conformidad con los artículos primero y segundo del Decreto Supremo No. 13—69 de fecha 15 de setiembre de 1969, es decir, es de gestión laboral exclusiva, en la que no existe dualidad “patrono—trabajador”, sino que los socios intervienen directamente en el régimen administrativo y económico, en su constitución y aportación para la formación del capital social, dirección, administración y control de la cooperativa en la forma establecida por la Ley General de Cooperativas No. 15260, participando en el resultado final de la gestión; que el reclamante, admite su calidad de socio cooperativista en su carta de renuncia a fs. 3, hecho que acredita esta calidad, fehacientemente probada también con el instrumento de fs. 9 y solicitud de ingreso que en copia fotostática corre a fs. 39; que aún más según aparece en los documentos de fs. 40 a 46, en conformidad con lo dispuesto en el inciso d) del artículo 42 de la citada ley; ha venido percibiendo adelantos de excedentes en forma semestral, corroborando su situación legal de socio cooperativista con los certificados de aportaciones de S/. 5,000.00 cada uno, de S/. 1,983.00 el último, que corren agregados a fs. 59 a 64; que los socios cooperativistas están excluidos de los beneficios sociales por los servicios que prestan, por lo que ese régimen sólo se aplica a las personas sometidas a una relación laboral derivadas del contrato de trabajo y no a la relación cooperativista; REVOCARON la sentencia de fs. 32 a 33, su fecha 20 de diciembre de 1973, en cuanto declara fundada en parte la demanda; la que declararon infundada; la CONFIRMARON en lo demás que contiene; y los devolvieron al Cuarto juzgado Privativo de Trabajo.

lativo No. 85 la cual confirmó todos estos principios en su art. 9o. Posteriormente debía dictarse un Reglamento que precisara estas relaciones laborales, según lo dispuesto en el propio articulado. Al respecto, hubieron siempre dos tesis. La primera de quienes sostuvieron que era necesario dictar una amplia reglamentación sobre "Derecho Laboral Cooperativo"; y la segunda que sostuvo la tesis de que serían suficientes algunas breves normas que diferencien el régimen laboral cooperativo, orientándose a la legislación laboral común por analogía. Nos inscribimos en esta última tesis por las siguientes razones:

- a) El fenómeno laboral es muy complejo y por ello requeriría de una reglamentación tan amplia como la que existe en la legislación laboral común. Sin embargo, no obstante el largo trabajo que se haría, casi todo sería igual a la legislación común, pues las grandes diferencias están sólo igual a la legislación común, pues las grandes diferencias están sólo en algunos puntos básicos. Esto lo demuestra actualmente la existencia de los Reglamentos de Trabajo de las Cooperativas Agrarias de Trabajadores, así como los anteproyectos de Derecho Laboral Cooperativo que circulan desde la década del 70.
- b) Otro inconveniente es que los cambios que se producen en la legislación laboral común son muy rápidos, debido a la tensa relación existente entre el capital y el trabajo, a tal punto de que muchos se oponen a la codificación de esta rama para permitir el cambio constante. Pues bien, si se dictara una legislación especial para las Cooperativas se daría pronto el caso de que la legislación del sector capitalista sería más avanzada a la del sector cooperativo, lo cual resultaría un absurdo. La capacidad del cooperativismo para presionar el dictado de normas no ha llegado al nivel del Movimiento Sindical donde existe un mayor grado de integración. Por las razones expuestas resulta mejor, más rápido y prudente para los derechos de los cooperativistas, un Reglamento simple que distinga en lo fundamental y que en lo accesorio, se remita a la legislación laboral común.

Una razón adicional de gran importancia para optar por la solución de un corto Reglamento, es el hecho de que el fenómeno Cooperativo en el Perú es extremadamente variable. No es posible comparar el caso de un complejo agro industrial de varios miles de trabajadores socios con el de una cooperativa urbana de producción de zapatos y de unos 20 ó 30 socios. En el primer caso, las relaciones son menos personales, más empresariales, en el segundo existe mayor relación personal. Esto significa, sin la menor duda, que en el primer caso es necesario establecer mayores normas de protección que en el segundo. Sin embargo lo difícil resulta determinar el límite ya que el fenómeno no se presenta violentamente al propiarse un número específico de socios, sino progresivamente, a mayor número de socios más peligro de presentarse el

abuso de un nuevo sector que surge con intereses propios, la dirigencia y la tecnocracia, frente a una gran masa de trabajadores.

Por el momento, resulta pues conveniente establecer que cada cooperativa autorregulará los beneficios laborales, pero a su vez para evitar el mal uso de esta libertad, conviene establecer que en principio y salvo acuerdo en contrario, los beneficios serán similares a los de la legislación laboral común.

2. La reglamentación vigente

Fue esta lógica la que inspiró el dictado del D.S. 034-83-TR del 14/12/83, el cual actúa como Reglamento del art. 9 de la Ley General de Cooperativas. El único Considerando del D.S. 034-83-TR señaló su condición de instrumento reglamentario del art. 9 inc. 2 de la Ley General de Cooperativas. Veamos su contenido:

El primer artículo de este Decreto refuerza las bases del Derecho Laboral Cooperativo al establecer que los socios son los que señalan su propio régimen de beneficios y condiciones de trabajo, ya que no se trata de un trabajo dependiente sino de una asociación de trabajadores libres. La Asamblea General que es la autoridad suprema de una Cooperativa es la encargada de producir el resultado de la voluntad general, la cual es la generadora de las normas de conducta. No es pues fundamentalmente el Estado sino que son los propios trabajadores quienes autogestionariamente señalan sus derechos y sus obligaciones. Se trata de dar apoyo y fuerza al desarrollo de un derecho corporativo de los propios trabajadores sin manipulaciones externas, de orden democrático y además realista.

El segundo artículo está destinado a determinar los límites que el legislador concede a la Asamblea General. Es obvio que ninguna libertad debe ser usada ilimitadamente pues ello puede conducir al abuso. Y eso también ocurre en las cooperativas. Si bien es cierto que la Asamblea es la autoridad suprema, también es cierto que con ese instrumento se podría abusar de socios menos activos que los líderes que actúan con mayor conocimiento y habilidad. También podrían cometerse excesivos abusos contra las minorías. Por ello es preciso establecer límites. Por eso el Reglamento en este artículo establece que la Asamblea no puede fijar derechos menores a los de la legislación laboral, con lo cual quedarían protegidos derechos básicos frente a abusos. No obstante esto, también es cierto que determinadas cooperativas pequeñas deben optar en la práctica por suspender ciertos beneficios fundamentales con la seguridad de poder superarlos después de cierta operación productiva. Hemos visto frecuentemente el caso de cooperativas que han suspendido el pago de remuneraciones durante dos o tres meses, donde los trabajadores siguen laborando a costa de sus ahorros, para luego obtener los beneficios que recuperan el sacrificio inicial, para que la cooperativa se afirme. Para ello, el artículo dispone que pueden determi-

La Constitución en su artículo 233 inc. 1 garantiza que no existe jurisdicción distinta a la del Poder Judicial con la excepción de un Fuero Militar y el Arbitraje. En estos dos casos se dan características especiales; en el primero, la realización de actos típicamente militares y en el segundo caso, la voluntad de las partes.

El arbitraje debería difundirse a efecto de descargar las labores judiciales y particularmente para redoblar el ejercicio del autogobierno de los trabajadores, pero ello tiene que hacerse mediante su uso voluntario. Para el efecto, existen dos posibilidades: la primera es que producido el conflicto ambas partes acuerden acudir al Tribunal de Arbitraje Cooperativo y la segunda es que se establezca en el propio estatuto una cláusula de arbitraje en el caso de conflicto. Esta cláusula arbitral haría obligatoria por propia voluntad de los interesados el desarrollo del arbitraje en cada caso en que pueda producirse el conflicto. Visto así el problema, sería muy fácil la Reglamentación del Tribunal de Arbitraje Cooperativo, tal como puede observarse del proyecto de Ley que se debate en la Comisión de Cooperativas de la Cámara de Diputados actualmente.

De los dispositivos analizados puede concluirse en lo siguiente, tanto en materia sustantiva como en materia adjetiva, es decir tanto en los derechos de los trabajadores socios como en el procedimiento para hacerlos efectivos:

1. Los beneficios sociales laborales en las cooperativas de trabajadores, entre ellas las cooperativas agrarias de producción o de trabajadores, los determinan las propias Asambleas. En caso de silencio, se aplican las normas del derecho laboral común. Si la Asamblea desea aprobar beneficios menores al régimen común, se requiere votación secreta, voto no menor a las dos terceras partes de la Asamblea, y sesión expresamente convocada para el efecto.

2. En materia de procedimientos, el Tribunal de Arbitraje Cooperativo es de carácter voluntario y las partes pueden recurrir a los Tribunales si no desean acudir al arbitraje. El fuero correspondiente es el de Trabajo quien está a cargo de resolver todos los conflictos de carácter laboral en el sector no público, con mayor razón mientras el Tribunal de Arbitraje Cooperativo no se implemente y comience a operar.

3. Recientes casos jurisprudenciales

La primera conclusión que puede obtenerse al estudiar la reciente jurisprudencia laboral en materia de cooperativas de trabajadores en el Perú es su sentido contradictorio en busca de una definición final. Así sucede normalmente cuando las instituciones se van absorbiendo en el Derecho pues la claridad de la naturaleza de las instituciones sólo aparece luego de un largo proceso en el que la justicia logra encontrar las definiciones precisas para cada caso.

Es obvio que el Fuero Laboral se creó específicamente para resolver los conflictos laborales y que es-

tos se producían en la relación entre capital y trabajo, pero tanto la legislación laboral como la jurisprudencia han tenido que irse modificando progresivamente para adecuarse a los nuevos fenómenos que presenta la economía. Terminaron los tiempos en el que la relación laboral sólo era propia del capitalismo; ahora el Estado es un empresario usual, los trabajadores tienen sus propias empresas y el seguro social ya no es propio de los trabajadores dependientes. Nacen así nuevos fenómenos, nuevas normas y nuevas interpretaciones. Dentro de este cambio que además se produce lentamente, aparece la jurisprudencia como el instrumento interpretador de la ley y su adecuación al tiempo y lugar donde se produce. Por ello, no es raro encontrar como en este tema, jurisprudencia contradictoria en esta materia, pues responde a la búsqueda del canal definitivo de interpretación de la realidad y de la norma.

Sobre la naturaleza especial de las relaciones laborales en las cooperativas de trabajadores, puede verse la ya mencionada Resolución 124-74 del año 1974,⁴ la cual estableció claramente que en las cooperativas de este tipo no se produce la vinculación laboral típica de la relación capital-trabajo. Es interesante advertir que esta Resolución se produjo durante la vigencia de la Ley General de Cooperativas 15260 de 14 de diciembre de 1964, cuando como lo tenemos estudiado recién se inicia la elaboración del concepto de relaciones jurídicas de naturaleza sui generis. No obstante ello, quedó claro a partir de ahí que en estas cooperativas existía una relación diferente en materia laboral y por ello, contribuyó a la formación de la lógica interpretativa nueva.

No obstante lo señalado, el tema en debate en lo sucesivo se orientó a establecer si consecuentemente a tal naturaleza especial, era o no el Fuero Laboral el encargado de resolver los conflictos laborales en esas cooperativas. Por el momento al respecto, se han producido Resoluciones contradictorias, según las pasamos a exponer:

A favor de que el Fuero Laboral resuelva los conflictos en las cooperativas de trabajadores está la Resolución de 7 de Marzo de 1985 que señala claramente que ... "el Tribunal de Arbitraje Cooperativo si bien puede resolver reclamaciones sobre beneficios especiales y derechos que interpongan los socios trabajadores que hubieran sido separados, **no tiene facultad jurisdiccional para juzgar sobre derechos y beneficios sociales; que esa facultad jurisdiccional referente a esas materias es ejercida unica y exclusivamente por el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales** en virtud de lo dispuesto en el D.S. 02-79-TR, con fuerza de Ley D.L. 19040, Título IV sustituido por el D.L. 22465; que el poder de juzgar o de administrar justicia exceptúa de sometimiento las materias exclusivas que son propias del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales con las garantías establecidas en la Constitución y según los procedimientos precisados en las disposiciones normativas de su competencia..."⁵

En contra de que el Fuero Laboral resuelva los conflictos en las cooperativas de trabajadores está la

Resolución Exp. 2025-85 de 28 de Agosto de 1986 donde se precisa que frente a la creación del Tribunal de Arbitraje Cooperativo y la legislación cooperativa ... "el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales, no es competente para conocer y resolver la presente reclamación" ... No obstante la referida Resolución suscrita por tres vocales fue materia de voto en discordia por parte de los Vocales Villacorta Ramírez y Rojas Tazza, quienes sostuvieron que el Tribunal de Arbitraje Cooperativo es voluntario y que de no someterse las partes a él, sea por negativa o por inexistencia del Tribunal, es el Fuero Laboral ... "el único organismo autorizado en la administración de justicia en materia laboral, conforma lo reconoce el art. 232 de la Constitución Política del Estado; que consecuentemente el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales es competente para resolver la presente causa ..."⁶

V. DOCTRINA Y LEGISLACION EXTRANJERA

Brasil, Argentina y Uruguay, países de gran tradi-

ción jurídica son y han sido los primeros en incorporar en sus respectivas legislaciones el concepto del "acto cooperativo" para diferenciarlo por su naturaleza del acto mercantil. Mientras el acto mercantil es económico y a su vez lucrativo, el acto cooperativo si bien es económico nunca es lucrativo. El término de lucro aquí se utiliza en el sentido de "provecho o beneficio obtenido del capital o por la especulación sobre el trabajo". En el acto cooperativo existe la búsqueda de un beneficio económico pero siempre en función del propio trabajo y no en función del trabajo ajeno, la especulación o la apropiación de la plusvalía del asalariado.

Para el art. 79 de la Ley de Cooperativas del Brasil (Diciembre 1971) ... "O ato cooperativo não implica operacao de mercado, nem contrato de compra e venda de producto au mercaderia" (El acto cooperativo no implica operación de mercado ni contrato de compra venta de productos o mercadería).

5. Exp. 652-85-A. Señores Barrientos, Ampuero de Fuentes y Villacorta.- VISTOS; y CONSIDERÁNDO: que el Decreto Supremo 034-83-TR, su fecha 14 de Diciembre de 1983, no es aplicable al caso de autos, en razón de que el caso del reclamante se ha producido el 17 de Mayo de 1981; que si bien los socios trabajadores de las Cooperativas Especiales de Producción se rigen actualmente por el mencionado Decreto Supremo, conforme al inciso 2) del artículo 9o. del Decreto Legislativo No. 85 de 20 de Mayo de 1981, Ley General de Cooperativas, los beneficios especiales y derechos laborales que aprueban las Asambleas Generales o sus Reglamentos Internos no pueden ser inferiores a los otorgados por la Legislación Laboral Común; que aparte, el Tribunal de Arbitraje Cooperativo si bien puede resolver reclamaciones sobre beneficios especiales y derechos que interpongan los socios-trabajadores que hubieran sido "separados", no tiene facultad jurisdiccional para juzgar sobre derechos y beneficios sociales; que esa facultad jurisdiccional referente a esas materias es ejercida única y exclusivamente por el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo 02-79-TR, con fuerza de ley, Decreto Ley 19040, Título IV sustituido por el Decreto Ley 22465; que al poder de juzgar o de administrar justicia exceptúa de sometimiento las materias exclusivas que son propias del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales con las garantías establecidas en la Constitución y según los procedimientos precisados en disposiciones normativas de su competencia; que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1087 del Código de Procedimientos Civiles y 60o. del Decreto Supremo 03-80-TR; DECLARARON nulo e unsubistente el auto de fojas 31, su juicio 28 de Enero último; debiendo el Juez continuar el juicio según su estado y expedir sentencia en su oportunidad con arreglo a ley; en los seguidos por don Rufino Vidal Benites García con Cooperativa Agraria de Producción Mochica Ltda. No. 012-B-II; y los devolvieron al Tercer Juzgado de Trabajo y Comunidades Laborales de Trujillo. BARRIENTOS/AMPUERO DE FUERTES/VILLACORTA/MERY MAYHUA/SECRETARIA/RUFINO VIDAL BENITES GARCIA con C.A.P. MOCHICA LTDA. No. 012-B-II.
6. Exp. 2025-85-S. Señores: Parra Solís, Gutiérrez Ballón y Cervantes Carreño.- Lima, 28 de agosto de 1986. VISTOS; y CONSIDERANDO: que el Decreto Legislativo No. 85, Ley General de Cooperativas, en su artículo 9o. establece que tienen la calidad jurídica de trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, los trabajadores de Cooperativas de Usuarios, los no socios y los de grado superior, disponiendo que mediante Reglamento se establecerá el régimen laboral y los beneficios sociales que deberán ser reconocidos a los socios trabajadores, de ellos así como el procedimiento administrativo o jurisdiccional aplicable a dichas reclamaciones, creando en su numeral 89 los órganos del Instituto Nacional de Cooperativas, entre los que figuran el Tribunal de Arbitraje Cooperativo; que, mediante el Decreto Supremo No. 034-33-TR, de 14 de diciembre de 1983 que reglamenta dicha ley, se dispuso que las reclamaciones laborales de los socios trabajadores que fueran excluidos serán resueltos por sus propios organismos; que, consecuentemente, el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales, no es competente para conocer y resolver la presente reclamación; que en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal en el expediente No. 2805-83 seguido por don Carlos Pacheros Rojas con la Cooperativa Agraria Azucarera Pomalca y en el expediente No. 3222-85 seguido por don Enrique Morante Sánchez con la misma Cooperativa Agraria: REVOCARON la sentencia de fs. 64 a 64 vuelta que declara infundada la excepción de incompetencia deducida por la demandada, la que declararon fundada; asimismo REVOCARON en cuanto declara fundada en parte la demanda, la que declararon inadmisibles, dejando a salvo el derecho del reclamante para que lo haga valer de acuerdo a ley, en los seguidos por don Roger Mendoza Vílchez contra la Cooperativa Industrial de Instalaciones Metálicas (COOPTIMEP), y los devolvieron al Juzgado de Trabajo y Comunidades Laborales de Talara. PARRA SOLÍS-GUTIERREZ BALLÓN-CERVANTES CARREÑO. Oscar Véliz.- Relator de la Tercera Sala. ROGER MENDOZA VILCHEZ con COOP. INDUSTRIAL DE INSTALACIONES METALICAS.
EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES VOCALES VILLACORTA RAMIREZ Y ROJAS TAZZA ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO: que es de público y notorio conocimiento que a la fecha de esta Resolución el Tribunal de Arbitraje Cooperativo, creado por el inciso 5o. del artículo 89 del Decreto Legislativo No. 85 de fecha 20/5/81 (Ley General de Cooperativas) no se encuentra en funcionamiento; que igualmente en la actualidad no existe el Reglamento que norme su funcionalidad, en razón de que no se ha dado cumplimiento a cabalidad con el artículo 11 del Decreto Supremo No. 021-81-TR de 09-10-81; que los Organismos creados por ley, mientras no están vigentes en cuanto a su funcionamiento, son ficciones jurídicas hasta su real materialización; que, además el artículo 11 de Decreto Supremo ya mencionado, reconoce expresamente que el Tribunal de Arbitraje Cooperativo tiene por objeto resolver los conflictos que surjan en el movimiento Cooperativo, siempre que así lo soliciten las partes litigantes; que en el caso de autos el reclamante no tuvo la intención, ni la tiene de someterse al mencionado Tribunal de Arbitraje, máximo aún si éste no opera en la actualidad; que una de las características tipificantes del derecho laboral y procesal laboral es el de la tutela y protección al trabajador, razón por la cual en

Para la Ley de Cooperativas Argentina (art. 4) los actos cooperativos son los que se producen fundamentalmente entre las cooperativas y sus socios así como entre aquellas. (Legislación promulgada en mayo 1973).

Para la Ley de Cooperativas de Uruguay dictada el 17 de octubre de 1984, los actos cooperativos, que son exclusivamente los realizados entre la cooperativa y sus miembros ... "constituyen negocios jurídicos específicos cuya función económica es la ayuda mutua, no considerándose actos de comercio.

La doctrina ha sido muy amplia para definir, explicar y aclarar las diferencias entre los actos civiles, mercantiles y cooperativos. Ahora bien, dentro de los actos cooperativos se reconocen diversas subespecies, y entre ellas la doctrina alude al acto cooperativo laboral. Así lo demostraron Corvalán y Moirano en su "Acto Cooperativo de Trabajo" en la Ponencia sustentada ante el III Congreso Continental de Derecho Cooperativo realizado bajo los auspicios de la Universidad de Rosario Argentina en Julio de 1986, quienes además acreditaron las consecuencias prácticas de observar y diferenciar la naturaleza jurídica del acto cooperativo y en especial del acto cooperativo laboral con un trabajador que se caracteriza por no tener un salario sino adelantos de excedente o pérdidas, ... "tampoco existe relación de dependencia ..." y en consecuencia la inexistencia del empleador.

Para León Shujman puede reconocerse la existencia de una subordinación técnica mas nunca una subordinación jurídica pues en la cooperativa de trabajadores lo que se produce es una empresa autogestoria. La diferencia la remarcó brillantemente también en Venezuela desde 1967 Daly Guevara en su obra "Derecho Cooperativo". Dante Cracogna alude a su vez a la enorme importancia de la Jurisprudencia argentina como encausadora de interpretaciones potables para la solución de los conflictos sociales. Así

menciona varios casos en la Jurisdicción de la Capital Federal, Buenos Aires, como el de la Sala VI de la Cámara Nacional de Trabajo en los seguidos entre el Sindicato Unico de Trabajadores de Espectáculos Públicos y la Cooperativa de Trabajo Margarita Xirgu cuyo fallo dice: "La existencia del acto cooperativo, que es aquél realizado entre la cooperativa y su asociado de acuerdo a los principios que rigen a estas sociedades, el que por naturaleza y finalidad crea un vínculo ajeno al contrato de trabajo", o el caso producido entre Salazar Francisco con Cooperativa de Trabajo de Vigilancia y Seguridad en cuyo fallo se precisa que ... "la prestación del servicio —trabajo— se hace como acto cooperativo".⁷

Las nuevas corrientes legislativas van asentando esta dirección ya marcada por la jurisprudencia. En efecto, en Argentina un reciente proyecto de ley elevado por el Ministro de Economía Bernardo Grinspun indica que dicho proyecto de 30 artículos pretende recoger "una asentada elaboración doctrinaria y jurisprudencial, declarando la inexistencia de la relación laboral o de dependencia, entre las cooperativas de trabajo y sus asociados".

Igualmente, en España se debate ante las Cortes, el Proyecto de nueva Ley General de Cooperativas donde se señala que las normas laborales dentro de este tipo de cooperativas las establecen los propios socios con las limitaciones que señala el proyecto (arts. 117 a 126) y además que las cuestiones contenciosas entre las cooperativas de trabajadores y sus socios serán materia de la Magistratura del Trabajo. Se prevé asimismo que los socios no podrán ser repuestos contra la voluntad de la Asamblea.

La fundamentación del Proyecto de Ley asigna gran importancia a estas normas diciendo que ... "se han introducido importantes innovaciones, regulando por primera vez en nuestro derecho un conjunto de

autos no se puede desamparar jurisdiccionalmente al demandante con respecto a sus pretensiones económicas referidos a pago de beneficios sociales; que los Jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley, en cuyo caso deben de aplicarse los principios generales del derecho y preferente los que inspiran el derecho peruano; que los derechos reclamados por el actor versen precisamente sobre cobro de beneficios sociales, extremos que son de competencia y jurisdicción del Fuero de Trabajo y Comunidades, por ser legalmente éste el único Organismo autorizado en la administración de justicia en materia laboral, conforme lo reconoce el artículo 232 de la Constitución Política del Estado; que consecuentemente el Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales es competente para resolver la presente causa; que aparte, este Tribunal se encuentra facultado a corregir los errores conceptuales y de cálculo que contiene la recurrida; que en estricta aplicación a la Ley 23707, corresponde al actor por su compensación por tiempo de servicios la suma de S/. 1'816,000.00 (S/. 216,000.00 por los tres primeros años a razón de S/. 72,000.00 cada uno, y S/. 1'600,000.00 a razón de S/. 320,000 por los cinco últimos años legales); que por otro lado, la demandada pese a no estar obligada legalmente al pago de utilidades, sin embargo, para el caso de autos si resulta aplicable en virtud que conforme a la boleta de pago de fs. 1 se acredita fehacientemente que tal beneficio era otorgado por la demandada a favor del reclamante; que en lo demás la recurrida se ha expedido al mérito del proceso NUESTRO VOTO es porque se CONFIRME la sentencia de fs. 64/65 que declara fundada en parte la demanda; con lo demás que contiene, se MODIFIQUE en la suma que ordena de abono; en consecuencia, se MANDE que Cooperativa Industrial de Instalaciones Metálicas (COOPTIMEP) pague a don Roger Mendoza Vilchez la suma de (I/. 8,375.00) que la corresponde por los conceptos siguientes: I/. 1,816.00 por compensación por tiempo de servicios, I/. 4,230.00 por gratificación por terminación de plataformas, I/. 829.00 por vacaciones y I/. 1,500.00 por utilidades; más el 2 o/o mensual de la indemnización especial compensatoria hasta el 19 de noviembre de 1985 y a partir del día siguiente el interés legal que establece el Decreto Supremo 033-85-TR. VILLACORTA-RAMIREZ-ROJAS TAZZA. Oscar Véliz.— Secretario de la Tercera Sala.

7. Cracogna, Dante: "Ocho años de vigencia de la ley de cooperativas", Revista de Derecho Comercial y de las obligaciones, No. 85, febrero 1982, pág. 65.

cuestiones relacionadas con la problemática" ... de las cooperativas.⁸

No obstante ello, en la propia España, en virtud de las autonomías regionales, ya se avanzó en la misma vía, tal como puede observarse por ejemplo en la Ley de Cooperativas del país Vasco dentro de España, dictada el 11 de febrero de 1982. En su art. 56 se señala lo siguiente:

"inc. 5.— la Jurisdicción laboral será la competente para conocer las cuestiones contenciosas que se susciten entre la Cooperativa y el socio trabajador ... la jurisdicción laboral aplicará en todo caso con carácter preferente la legislación cooperativa, los estatutos y los demás acuerdos internos de la cooperativa y en general los principios informantes del orden cooperativo" ... y en el inc. 6 se dice que las tramitaciones ... "se sujetarán a las normas establecidas en la Ley de Procedimiento Laboral completada por los siguientes preceptos:

- a) *En los supuestos de expulsión, la notificación del acuerdo de expulsión tendrá los mismos efectos que la carta de despido; y,*
- b) *En ningún caso podrá imponerse la readmisión del socio trabajador contra el acuerdo de la Cooperativa, dada su doble condición mercantil y laboral".*

Finalmente, es interesante advertir cómo analiza la doctrina extranjera la legislación peruana en esta materia de derecho laboral cooperativo. Así conviene resaltar uno de los trabajos más importantes publicados en Europa sobre la legislación cooperativa peruana.

Dabormida, profesor de la Universidad de Génova, especialista en Derecho Comparado dice sobre el art. 9 de la Ley de Cooperativas peruana lo siguiente: "Del tenor de esta disposición aparece la idea de que el legislador peruano ha partido de algunos presupuestos sobre los cuales se apunta la mejor doctrina que interpreta la relación de trabajo al interior de la cooperativa" y luego reproduce los seis principios básicos del Derecho laboral cooperativo que sustenta aquel criterio:

1. El principio del respeto a la autonomía de la cooperativa para señalar sus propias normas.
2. El principio del retorno del excedente en proporción al trabajo.
3. El principio del reconocimiento de derechos mínimos a las minorías.
4. El principio de la tutela jurisdiccional por parte de los Tribunales de Trabajo; y,
5. El principio de asociación laboral que impida en lo posible la existencia de asalariados no socios en estas cooperativas.⁹

VI. NUEVA SITUACION, CONCLUSION Y PERSPECTIVAS

Mediante Decreto Legislativo 384 publicado en el Diario "El Peruano" el 30 de agosto de 1986 se dispuso la reorganización del Fuero Laboral al disponerse cambios fundamentales en ese sector, como el haberle otorgado a su Sala Plena la facultad de concordar la jurisprudencia emitida por los diferentes tribunales de Trabajo y Comunidades Laborales (art. 8) con directivas de cumplimiento obligatorio para dicha jurisprudencia.

El referido Decreto Legislativo establece y redefine además la competencia del Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales. Con esa redefinición es posible reinterpretar la legislación y la jurisprudencia analizada a efecto de resolver adecuadamente la atención de los conflictos laborales en las cooperativas de trabajadores y adecuarse a las más modernas y avanzadas corrientes:

En efecto, es preciso partir de ciertas premisas, tales como las siguientes para las cooperativas agrarias de trabajadores, y en general para todas las cooperativas cuya naturaleza es la asociación para trabajar en común:

- a) En lo sustantivo, gozan de los derechos que establece la respectiva Asamblea y supletoriamente el Derecho Laboral común. En consecuencia, las cooperativas de trabajadores tienen un régimen laboral especial, que puede ser definido como "régimen laboral especial dentro del régimen laboral de la actividad privada".
- b) En lo adjetivo, si bien la jurisprudencia es contradictoria y se evidencia el sano debate al interior del Fuero, se advierte también que es necesario que éste asuma la jurisdicción que le corresponde sin desmedro del régimen laboral sui generis ni de la posibilidad facultativa de que las partes acudan al Tribunal de Arbitraje Cooperativo. Esto resulta indispensable no sólo en función de las necesidades de encontrar una solución jurisdiccional a la problemática laboral cooperativa sino en virtud de la garantía constitucional prevista en el art. 233 inc. 1) de la Carta Magna.

Dentro de tal perspectiva es posible aplicar el nuevo Decreto Legislativo 384, de la siguiente manera:

- a) Interpretar que el Fuero Laboral tiene jurisdicción en los conflictos laborales producidos dentro de las cooperativas de trabajadores. Favorece esta interpretación el hecho de que la jurisdicción del Fuero ya no se liga a la existencia de "un contrato de trabajo", como lo señalaron tanto el

8. Proyecto de Ley de Cooperativas de España, Boletín Oficial del 20 de setiembre de 1985.

9. Dabormida, Renato: "Le Legislazioni Cooperative estere", Revista della Cooperazione del Ministerio de Trabajo de Italia, No. 24, 1985.

D.S. 012-79-TR del 5 de diciembre de 1979 (art. 4 inc. A, parte introductoria) y el Decreto Ley 22465 del 6 de marzo del mismo año (art. 2, modificatorio de los Decretos Leyes 19040 y 22230, artículo 28 inc. a). En estos casos, se aludía a "contratos de trabajo", lo cual no existe en las cooperativas de trabajadores pues como lo tenemos demostrado se trata de contratos de sociedad para trabajar en común. Por lo tanto, puede interpretarse legítimamente que el Fuero Laboral conoce "las acciones individuales interpuestas por los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada" (art. 2 inc. a) D.L. 384) que son de dos tipos: en los que existe dependencia (empleados y obreros) y aquellos en los que no existe dependencia: profesionales bajo régimen de la Ley 15132 y los trabajadores de las cooperativas de trabajadores (también podrían incluirse las Empresas de Propiedad Social). En efecto, si bien las relaciones laborales en las cooperativas de trabajadores son sui generis y diferentes a las del sector capitalista, no por ello dejan de estar dentro de la actividad privada, es decir dentro de la actividad no pública.

- b) Interpretar que el inc. e) del art. 2 del Decreto Legislativo en comentario será de aplicación sólo para la ejecución de las resoluciones administrativas que dicte el INCOOP para el cumplimiento de los laudos resultantes del Tribunal de Arbitraje Cooperativo. Esta es además, la única manera de entender el inc. e) del indicado artículo 2, pues el INCOOP carece de facultades no sólo jurisdiccionales, como es obvio, sino que tampoco

tiene facultades para resolver asuntos laborales, como una interpretación hecha a primera vista del D.L. 384 pudiera parecer. En efecto, las facultades del INCOOP están señaladas específicamente en los arts. 87 y 88 de la Ley General de Cooperativas, y en ninguno de ellos se establecen facultades sobre la materia. El Fuero Laboral tiene la posibilidad de resolver el grave problema de los conflictos laborales en las cooperativas de trabajadores sobre la base de la interpretación indicada. De no ser así, es decir si se aplicara el Decreto Legislativo mediante una interpretación superficial tendríamos el siguiente resultado: que el INCOOP asumiría funciones jurisdiccionales que ninguna ley le ha otorgado ni le puede otorgar, y frente a ello los interesados interpondrían en defensa de tal exceso las acciones contencioso administrativas a que alude el inc. d, del artículo 2 del Decreto Legislativo 384.

En conclusión, el Fuero Laboral puede y debe asumir jurisdicción sobre todos los conflictos laborales que se producen en las cooperativas de trabajadores, incluidas las agrarias, por reclamaciones individuales, al amparo del art. 2 inc. a) del Decreto Legislativo 384, el cual ya no condiciona el ámbito del Fuero Laboral a la preexistencia de contratos de trabajo sino sólo al campo del llamado "régimen laboral de la actividad privada" (capitalista, cooperativa, social, etc.) es decir, con la única excepción del sector público. Asimismo, asume expresamente jurisdicción para la ejecución de las Resoluciones administrativas dictadas por el INCOOP debiéndose entender esto para el efecto del cumplimiento de los laudos arbitrales en materia laboral.¹⁰

10. Bibliografía:

CORVALAN Y MOIRANO: "Acto Cooperativo de Trabajo" Ponencia sustentada ante el tercer Congreso Continental de Derecho Cooperativo"; Rosario - Argentina, 1986. CRACOGNA, Dante: "Ocho años de vigencia de la ley de cooperativas", Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones No. 85, 1982. DABORMIDA, Renato: "Il diritto cooperativo peruviano secondo la legge generale de 1981", Revista della cooperazione, 24 nueva serie, 1985. DALY GUEVARA, Jaime: "Derecho Cooperativo". Ediciones Universidad Central de Venezuela, Caracas. 1967. DEL RIO, Jorge: "Cooperativas de trabajo", Editorial Intercoop, Buenos Aires, 1962. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: "Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano"; Editorial Studium, 1986. MORALES, Pedro - DE LOS HEROS, Alfonso: 1976. "Manual Laboral". Ed. Economía y Finanzas. 1976 actualizaciones a octubre 1986. SHUJMAN, León: "El Acto Cooperativo. Presencia e Incidencia en el régimen laboral en las cooperativas". Ponencia presentada ante el III Congreso Continental de Derecho Cooperativo, realizado en Rosario - Argentina 1986. TORRES Y TORRES LARA, Carlos: "Legislación de Cooperativas" 1971, 2da. Edición, Ed. Rochdale, 1971. Ley No. 36 de Cooperativas Agropecuarias de Cuba del 22 de julio de 1982. Ley de Cooperativas del Brasil 1971. Ley de Cooperativas Argentina 1973. Ley de Cooperativas Agropecuarias de Uruguay 1984. Ley de Cooperativas del País Vasco. 11 de febrero de 1982. Proyecto de Ley para Cooperativas de Trabajo, Congreso de la Nación Argentina. Proyecto de Ley de Cooperativas de España, Boletín Oficial, 20 de setiembre de 1985.

Reflexiones sobre el Artículo 32. de la Ley 24514

Joaquín Leguía Gálvez

Ex-Ministro de Trabajo y Catedrático de Derecho Laboral en la PUC.

El artículo 32o. de la Ley 24514 legisla sobre un tema particularmente delicado, cual es la prestación de servicios por personal ajeno al centro de trabajo. Vale decir, personal que no depende del dueño del establecimiento de labores, figurando en la planilla de un tercero.

Se trata por lo tanto, de una situación contraria a una de las presunciones básicas del derecho laboral, que consiste en encontrar en toda prestación de servicios, un contrato o relación de trabajo, entre el trabajador y el titular del establecimiento donde aquel desarrolla sus actividades. Así lo confirma el párrafo segundo del artículo 32o. al disponer que el incumplimiento de sus normas dará lugar a que se declare que el servidor del contratista en realidad mantiene una relación de trabajo con el titular del establecimiento donde aquel ha venido prestando sus servicios; y que por lo tanto debe figurar en la planilla de éste, reconociéndosele todo el tiempo de servicios prestados.

La problemática regulada por el artículo 32o. de la Ley 24514 tiene íntima vinculación con las nociones jurídicas de "objeto y duración de contrato"; "empleador"; y "estabilidad en el trabajo". Es por esto que la norma en comentario determina las condiciones que deberá reunir el empleador de aquellos trabajadores que prestan servicios en un establecimiento de labores ajeno a su patrón; las labores que pueden ser objeto del contrato entre el contratista y el titular del centro de trabajo; el tipo de contrato que deben celebrar estos dos últimos; y la naturaleza del vínculo laboral que debe existir entre el contratista y sus servidores.

1. Antecedentes.— La prestación de servicios por trabajadores ajenos al centro de labores, aparece con verdadera importancia en el escenario del derecho laboral del Perú, después de la Ley No. 18471, y al parecer como una respuesta al régimen de estabilidad absoluta que estableció este dispositivo. Fue su característica fundamental la realización de labores por

personal que no figuraba en la planilla del propietario del centro de trabajo, y a veces tampoco en la del intermediario o enganchador que lo había contratado, produciéndose de esta manera una distorsión de todas las normas del contrato individual de trabajo.

El fenómeno surgió con singular relevancia en el área petrolera, y como una derivación de las exigencias propias de los trabajos preparatorios a las etapas de exploración y explotación propiamente dichas. Nos estamos refiriendo al personal de trocheros, taladores, constructores de campamentos, y en general a todas aquellas personas cuyos servicios fueron utilizados en labores accesorias al proceso de actividad petrolera.

El desorden existente hizo necesario que se dictara el Decreto Supremo 017-72-TR de 03 de octubre de 1972, en cuyos artículos 1o. y 2o. se prohibió utilizar intermediarios o enganchadores y celebrar contratos limitados a la entrega de fuerza de trabajo. Se obligó a los prestadores de servicios a constituirse en empresas y a celebrar los correspondientes contratos de locación. Por último, el Decreto Supremo estableció la responsabilidad solidaria del contratista y de la empresa petrolera, frente a los trabajadores de aquel.

En marzo de 1978 se dictó el Decreto Ley 22126, cuyo artículo 27o. recogió el sentido del Decreto Supremo No. 017-72-TR, pero además distinguió entre empleos permanentes y empleos eventuales, accidentales, y de temporada; ordenando que los trabajos permanentes e indispensables en la empresa, no fueran efectuados por personal extraño al centro de trabajo, lo que importaba la nulidad de los contratos que se celebrasen contrariando esta prohibición.

El artículo 32o. de la Ley 24514 mantiene, con los mismos términos, lo dispuesto en el artículo 27o. del Decreto Ley 22126, agregando que en caso de incumplimiento de sus normas, se considerará que existe vínculo laboral entre el servidor del contratista y el

titular del establecimiento de trabajo donde aquel desarrolle sus labores.

2. Labores permitidas.— El artículo 32o. permite concretamente, que determinadas labores permanentes, que sean accesorias, y las labores especializadas puedan ser ejecutadas por personal pagado por empresa distinta y extraña al centro de labores, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que las labores tengan la naturaleza mencionada; que el trabajador tenga vínculo laboral permanente con su empresa de servicios; y que la ejecución del servicio haya sido materia del correspondiente contrato de locación, el cual debe celebrarse entre dos empresas.

Así las cosas, resulta necesario precisar los conceptos de: "labores permanentes principales"; "labores permanentes accesorias"; y "labores especializadas".

Al respecto, Mario de la Cueva dice lo siguiente: "Partiendo de las ideas de la ejecutoria transcrita y con apoyo en los precedentes de las Juntas de Conciliación de arbitraje en los contratos colectivos, la doctrina precisó los siguientes conceptos:

- "a) Los trabajos de planta son todos aquellos cuyo conjunto constituye la actividad normal y necesaria de la empresa o establecimiento, aquellos cuya falta haría imposible su funcionamiento, los que son indispensables para la obtención de los productos o servicios proyectados, por lo tanto, aquellos sin cuya ejecución no podrían alcanzarse los fines de la negociación";
- "b) La doctrina marcó una segunda característica: Los trabajos de planta son permanentes, lo que quiere decir que son los trabajos que constituyen la vida de la empresa o del establecimiento y cuya falta provocaría la paralización o la muerte".
- "c) Los trabajos eventuales son aquellos a los cuales faltan las características apuntadas".¹

Como el artículo 32o. de la Ley 24514 distingue entre labores permanentes principales, y labores permanentes complementarias, debemos concluir que las labores permanentes principales son las que De la Cueva denomina "labores de planta"; vale decir, aquellas cuya ejecución está vinculada al proceso productivo de la empresa al extremo que su interrupción haría imposible el funcionamiento de ésta, por ser indispensables para la obtención de los productos o servicios que constituyen la finalidad de la negociación.

En cambio, y por exclusión, podrán considerarse como labores permanentes accesorias, aquellas cuya

suspensión o inexecución no paralizan necesariamente la producción de bienes o servicios, por no formar parte del proceso productivo propiamente dicho, entendido éste como la secuela de operaciones y movimientos indispensables para la producción de dichos bienes o servicios.

Estimamos que éste es el criterio que informa al art. 32o. cuando califica como actividades complementarias las de mantenimiento, limpieza, vigilancia, y seguridad, las cuales, no obstante ser habituales dentro del funcionamiento de una empresa, no forman parte de aquellas cuya falta haría imposible el funcionamiento de la misma. En este sentido, resulta claro que las labores de mantenimiento son necesarias, pero no en forma permanente. Igual característica pueden presentar las labores de limpieza, las cuales son ajenas al proceso productivo propiamente dicho, dependiendo la continuidad de su ejecución del tipo de actividad a que está dedicada la empresa, y también de los distintos ambientes de ésta, ya que en unos puede requerirse una limpieza continua, mientras que en otros la labor de limpieza puede ser intermitente o eventual. Iguales conceptos pueden aplicarse a las labores de vigilancia y seguridad.

En cuanto a las labores de carácter especializado a que alude el art. 32o., estimamos que bajo esta calificación pueden agruparse labores permanentes y labores no permanentes, según el tipo de actividad a que se dedique la empresa. Como ejemplo podemos referirnos al Anexo A del Decreto Legislativo 366, relativo a la actividad petrolera, que contiene la lista de las labores especializadas que pueden ejecutarse por sub-contratistas. Por lo tanto, bastará que las disposiciones legales lo señalen o que la ejecución de las labores exija la intervención de personal con habilidades particulares, y/o del uso de maquinaria sofisticada, y de características distintas a las usuales dentro del proceso productivo, para que estemos frente a labores "especializadas".

En conclusión, debe estimarse que el art. 32o. ordena que los trabajadores que deben estar vinculados al titular del establecimiento de trabajo en forma directa, mediante la correspondiente relación laboral, son los que en forma habitual, están encargados de realizar aquellas labores que forman parte del proceso productivo de la empresa, propiamente dicha.

3. La obligatoria intervención de "empresas".— De otro lado, el artículo 32o. de la Ley 24514 exige otras condiciones para aceptar la validez de los servicios de extraños al centro de trabajo, entre las que figura el requisito consistente en que sea una "empresa" la que aparezca como empleadora del servidor que trabaje en centro de labores distinto al de su empleador.

1. De la Cueva, Mario. "El nuevo derecho mexicano de trabajo", Editorial Porrúa S.A., Cuarta Edición, pág. 226

El artículo 32o., al igual que el artículo 27o. de la Ley 22126, y el Decreto Supremo 017-72-TR de 3 de octubre de 1972, han tenido como propósito prohibir la intervención de los llamados "intermediarios", de quienes el mismo De la Cueva se ha expresado en los términos siguientes:

"La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía es el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercadería a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene una fácil y elevada plusvalía".²

Por lo tanto, intermediario, o enganchador, es el personaje que, en complicidad con el dueño de la empresa, se presenta como ejecutor independiente de determinados servicios, para lo cual contrata personal al que generalmente abona la remuneración mínima legal, recibiendo del propietario del negocio una suma que generalmente equivale al monto de las retribuciones que deberá pagar a los enganchados, más una suma adicional que constituye su utilidad.

Se trata en consecuencia, de un testaferro del verdadero empleador, que es utilizado por éste para evitarse las obligaciones emanadas de la relación de trabajo, manteniendo un número mínimo de personal y eludiendo toda responsabilidad respecto al derecho de estabilidad en el empleo de quienes debían ser sus trabajadores. Además, mediante este sistema la empresa reduce sus costos, porque los trabajadores del intermediario reciben por lo general salarios inferiores a los servidores de la planta, y no gozan de las condiciones de trabajo de éstos. Para colmo de males, el intermediario usualmente es un insolvente, por lo que hasta los beneficios sociales de sus llamados trabajadores están en peligro.

La legislación mejicana es una de las más prolifas regulando la situación de los contratistas a que alude el citado artículo 32o. de nuestra Ley 24514. En este sentido, la nueva Ley de Trabajo de Méjico en sus artículos 13 y siguientes distingue cuidadosamente entre intermediarios, contratistas y empresas.

Al respecto Néstor De Buen,³ se expresa de la siguiente manera: "El intermediario actúa a nombre propio y crea entre él y los trabajadores una relación directa, generalmente con el ánimo de evitar a la empresa principal las responsabilidades derivadas de la Ley. A su vez, entre la empresa principal y el intermediario, sedicente patrón, se constituye una relación civil o mercantil que puede tomar el aspecto de con-

trato de obras a precio alzado, a precio unitario o por administración. Por regla general, el intermediario satisface los requisitos formales de una empresa y especialmente los fiscales y los que exige la ley de Seguro Social, además de otros requisitos complementarios (v. gr.; la inscripción como contratista autónomo en Cámaras Industriales de Comercio o de Construcción) aún cuando estos requisitos no se apoyen en una estructura económica adecuada, ya que los intermediarios suelen ser insolventes".

"La ley contempla una tercera figura aunque le admita visibles reservas. Se trata de los llamados "contratistas", los cuales se entiende que no se limitan a poner a disposición del patrón la mano de obra, sino que, además, aportan los materiales y el equipo necesarios para la realización de la obra ..."

"La cuarta hipótesis de la ley se refiere a una situación que escapa definitivamente a la idea de intermediación, ya que necesariamente presupone a dos empresas. Es evidente que el concepto de "empresas" excluye que pueda pensarse en un simple intermediario. . ."

Así las cosas, al igual que en los países con legislaciones laborales avanzadas, el artículo 32o. de la Ley 24514, tiene como propósito eliminar al intermediario o enganchador. Por este motivo, el dispositivo en mención exige que el empleador de los trabajadores ajenos al centro de trabajo, esté constituido como empresa, concepto del cual hablaremos a continuación.

Para Mario de la Cueva, al describir a la empresa debe estarse a la definición de Hueck-Nipperdey, para quienes "La empresa es la unidad de los elementos personales, materiales, e inmateriales, destinada a realizar la finalidad que se propone alcanzar el empresario".

Por lo tanto, para que la contratación de los servicios mencionados en el citado art. 32o. sea válida, tanto el Locador cuanto la Comitente, deben estar organizados como verdaderas empresas, dentro del concepto mencionado de unidad de elementos personales, materiales, e inmateriales destinados, en forma permanente, a la producción de bienes o servicios.

De esta manera el legislador, ha querido limitar la celebración de estos contratos de servicios a personas reales y solventes, a fin de evitar la explotación de los trabajadores por intervención de intermediarios o enganchadores.

En lo relativo al vínculo contractual que debe existir entre las empresas mencionadas en el art. 32o. debe entenderse que se trata de la locación de servi-

2. Ibidem, pág. 160.

3. De Buen, Néstor. "Derecho de Trabajo", Tomo I, pág. 455.

cios no personales regulada por el artículo 1766 del Código Civil.

Nada dice el artículo 32o. respecto a las características del contrato de locación de servicios no personales que deberá celebrarse entre la empresa Locadora y la empresa Comitente. En tal virtud, deberá estarse además del citado art. 1766, a lo dispuesto en los arts. 1755 y demás disposiciones pertinentes del Código Civil.

4. Vínculo laboral entre el contratista y sus trabajadores.— Sobre la naturaleza del vínculo laboral que deberá existir entre la empresa de servicios y sus trabajadores, el art. 32o. en su párrafo primero contiene una frase referida a esta relación, que dice: "personal que teniendo vínculo laboral permanente con empresa de servicios realice su actividad en otra empresa distinta". Empero, el párrafo tercero del mismo dispositivo dispone que: "Si el empleador requiriese la contratación de personal a plazo fijo o por obra determinada, se sujetará a lo dispuesto en el Decreto Ley 18138".

El texto del primer párrafo del art. 32o., llevaría a concluir que, en todo caso, el vínculo laboral que deberá existir entre el locador de servicios y su personal, tendrá que ser de carácter permanente; o sea de plazo indeterminado, con período de prueba vencido, y con jornada de más de 4 horas diarias de labor. Vale decir, que cualquiera que fuere el tipo de servicio, o su duración, la empresa Locadora deberá ejecutarlo con personal que tenga contrato de trabajo de plazo indeterminado.

Esta conclusión sin embargo, desconoce en primer lugar que, por su naturaleza, toda locación de servicios es de plazo determinado.

En efecto, conforme a nuestra legislación civil todo contrato de locación de servicios está sujeto a plazo en virtud de lo dispuesto en el art. 1768 del Código Civil, el cual establece 6 años de duración máxima para los contratos de locación de servicios profesionales y 3 años tratándose de otra clase de servicios. A mayor abundamiento, cuando este tipo de contratos se celebran con entidades sujetas a las normas de la Ley de Presupuesto General de la República, la duración del convenio tendrá como máximo el período presupuestal correspondiente.

Por lo tanto, es posible sostener que el plazo es una modalidad propia de la locación de servicios, y en consecuencia, interpretar el art. 32o. de la Ley 24514 en el sentido que impide a las empresas de servicios

contratar personal a plazo fijo para atender contratos de locación de servicios también de plazo fijo, es apartarse del principio de derecho laboral señalado por De Buen, consistente en que la duración de la relación de trabajo está determinada por las condiciones que le dieron origen.

En efecto, el autor citado, al referirse a la duración de las legislaciones de trabajo, afirma⁴, que: "El elemento fundamental para determinar la duración de la relación de trabajo consiste, precisamente, en la subsistencia de las condiciones que le dieron origen". Así las cosas, no nos parece procedente que en contratos que por esencia son de plazo fijo, resulta imposible legalmente, contratar personal también a plazo fijo.

De otro lado, la interpretación en comentario nos lleva a concluir que el párrafo tercero del art. 32o. alude exclusivamente a la empresa Comitente, excluyendo de sus alcances a la empresa Locadora de los servicios, lo cual supone, a nuestro criterio, distinguir donde la ley no distingue.

Además, el párrafo primero del dispositivo comentado se refiere a dos empresas relacionadas por un contrato de locación de servicios, quedando sobreentendido que ambas empresas son empleadores de sus respectivos trabajadores. En consecuencia, no hay razón para sostener que el sujeto "empleador" mencionado en el párrafo tercero esté referido solamente a la empresa Comitente y no a la Locadora. Por el contrario, la única referencia a relaciones laborales existente en el primer párrafo del art. 32o., es la relativa a la relación entre la empresa Locadora de servicios y su personal, por lo que en todo caso, la palabra "empleador" tendría que aludir a la empresa Locadora de servicios y no a la Comitente. Entendemos por lo tanto, que el mencionado párrafo tercero se aplica al Locador y a la Comitente, vale decir, a ambas empresas.

Pero aún cuando existan muchas razones para refutar la afirmación de que el contratista debe utilizar siempre personal con Contrato de plazo indeterminado, no cabe duda que es necesario explicar el significado de la frase "vínculo laboral permanente" contenida en el párrafo primero del art. 32o.

Nestor de Buen al analizar las consecuencias de la presunción de duración indeterminada que tiene toda relación de trabajo, se expresa en los siguientes términos: "Hemos dicho que en esta materia domina la presunción favorable al trabajador, de que toda relación es indeterminada en cuanto a su duración, salvo que se pacte otra cosa. La carga de la prueba se le impone al empleador, quien habrá de acreditar fehacientemente, la naturaleza temporal del vínculo".

4. De la Cueva, Mario, Op. cit., pág. 56

“Ahora bien, esta materia domina el principio de que la temporabilidad no deberá depender sólo de la voluntad patronal, sino que habrá de acreditarse con la naturaleza del servicio que así lo amerita”. De ahí que en el art. 39o. se indica que “si vencido el término que se hubiere fijado subsiste la materia del trabajo, la relación quedará prorrogada por todo el tiempo que perdure dicha circunstancia”.

Aún cuando el art. 32o. de la Ley 24514, no contiene una disposición tan precisa como el art. 39o. de la Ley Mejicana, estimamos que la frase “personal que teniendo vínculo laboral permanente con su empresa de servicios”, consagra el mismo principio, en el sentido que el servidor deberá tener vínculo laboral con su empleador durante toda la duración del contrato de servicios, lo cual no es incompatible con el contrato de trabajo de plazo fijo.

Vale decir que, la frase “vínculo laboral permanente” inserta en el primer párrafo del citado art. 32o. debe entenderse en el sentido que la relación laboral entre la empresa prestadora de servicios y su personal, deberá tener, cuando menos, la misma duración del contrato celebrado por aquella con la empresa Comitente. En consecuencia, la relación entre la empresa de servicios y sus trabajadores se presumirá que es de plazo indeterminado, pero sin que esto impida que la empresa de servicios contrate personal a plazo fijo o por obra determinada, cuando así lo requieran sus relaciones con la empresa Comitente.

Esta interpretación es coincidente con el sentido del párrafo 3o. del citado art. 32o. el cual alude al Decreto Ley 18138, a fin de permitir que en los casos en que lo exija el servicio a prestar, sea posible al Locador contratar personal por obra determinada o por plazo fijo. Así las cosas, cualquiera que fuere el plazo de duración del vínculo laboral, la permanencia del trabajador en la labor a que alude el art. 32o., estará garantizada mientras dure el contrato de locación de servicios entre su empleador y la empresa Comitente. Esto es así, porque aún cuando el plazo de duración del contrato de trabajo fuere determinado, al vincular el D.L. 18138 la validez de este plazo con la duración de la obra o del servicio a ejecutar por el trabajador, éste se encontrará en aptitud de exigir su reincorporación al servicio de su empleador, o sea a la empresa contratista, cuando el contrato de servicios entre su empleador y la Comitente, fuera objeto de ampliación expresa o tácita, en atención a que fue contratado para ejecutar dicho contrato.

Por lo expuesto, estimamos que el art. 32o. de la Ley 24514 no exige que todos los trabajadores de las empresas de servicios tengan contrato de plazo indeterminado con sus empleadores. A nuestro criterio, el citado dispositivo consagra el principio de permanencia del vínculo laboral de acuerdo a la naturaleza de las cosas, y mientras subsistan las condiciones que

dieron origen a la relación de trabajo entre el contratista y su trabajador, y entre el contratista y la empresa Comitente. De manera tal que, si el pacto entre el contratista y su trabajador es de plazo indeterminado, la relación contractual no podrá terminar sino por alguna de las causas reconocidas en la Ley 24514. Igualmente, en el supuesto que la relación de trabajo entre el contratista y su servidor fuere de plazo fijo o por obra determinada, la relación de trabajo por mandato del Decreto Ley 18138, deberá subsistir mientras el contratista mantenga con la empresa Comitente la locación de servicios que, a su vez, originó el vínculo laboral entre el contratista y sus servidores.

5. La sanción del artículo 32o.— No es posible terminar con estas reflexiones sobre el artículo 32o. de la Ley 24514, sin una referencia a la regla que contiene su párrafo segundo, conforme a la cual la Autoridad Administrativa de Trabajo dispondrá la inscripción del trabajador en el libro de planillas del centro laboral en el que se encuentre realizando labores de carácter permanente, si se hubiere comprobado, dentro del procedimiento correspondiente, el incumplimiento de las disposiciones del mismo art. 32o. Se precisa que al trabajador se le reconocerá todo el tiempo de servicios prestado en el centro laboral en el que se hubiere encontrado trabajando.

La regla en cuestión se sustenta en que deberá presumirse la existencia de relación de trabajo directa entre el servidor y el propietario del centro de labores en que aquel hubiere estado trabajando en labores permanentes, cuando la relación contractual entre el servidor y su empresa de servicios no fuera real. O, conociéndolo tuviera un objeto no permitido por la Ley.

En este sentido, el art. 32o. se limita a aplicar la presunción de que nos habla De Buen, y los principios generales del acto jurídico y en particular los relativos a actos nulos y simulados.

Al respecto, cabe señalar que la regla del segundo párrafo del art. 32o. se aplica siempre que las labores encomendadas al servidor fueren permanentes, incluidas las que pueden ejecutarse por contratista, y las que no pueden ser encomendadas a contratistas; quedando excluidos los trabajos de naturaleza accidental o eventual.

Además, se aplicará la sanción, entre otros casos, si las labores permanentes están siendo ejecutadas por personal que no pertenezca al contratista; o cuando no exista contrato de locación de servicios entre la empresa propietaria del centro de labores y el tercero que figure como empleador de este personal; y también cuando las labores objeto del contrato de locación fueren indispensables al proceso productivo.

Resulta más compleja la determinación del órgano jurisdiccional competente encargado de aplicar las

diversas consecuencias del art. 32o. de la Ley No. 24514.

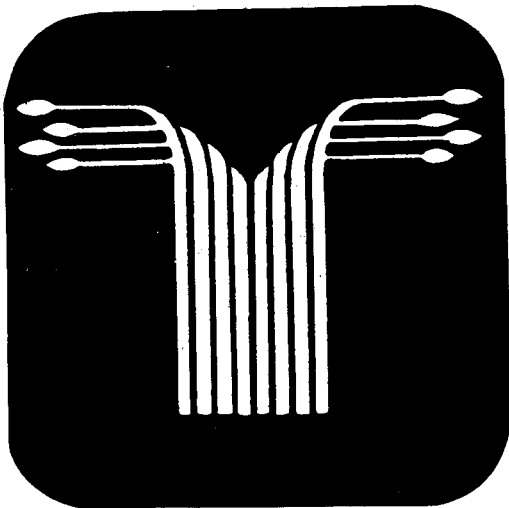
En este sentido, si la litis consistiera en la calificación de la naturaleza de la labor encomendada al servidor del contratista, a fin de determinar si se trata de una labor permanente o de una labor complementaria, nos inclinamos a pensar que sería competente la Autoridad Administrativa de Trabajo, por efecto de lo dispuesto en el art. 1o. del Decreto Supremo 006-72-TR, siempre y cuando la denuncia se formulase durante la vigencia de la relación de trabajo del denunciante con la empresa de servicios, y de ésta con la empresa Comitente.

En cambio, si la violación consistiese en una separación del trabajador realizada en forma injustificada, será competente el Fuero Judicial de Trabajo, tanto si la demanda se interpone con el propósito de reintegrar al servicio del contratista, cuanto si el pedido de reposición tiene por objeto que se declare como la

verdadera empleadora a la presunta empresa Comitente, en atención a que en ambos casos sería de aplicación el art. 8o. de la Ley 24514.

Empero, si la acción tuviera como propósito obtener que se declare que la identidad del verdadero patrón corresponde a la empresa Comitente por nulidad del contrato celebrado con la empresa de servicios, estimamos que la acción deberá plantearse ante los tribunales ordinarios, por estar referida a obtener la nulidad de un acto jurídico, lo cual excede de la competencia que, conforme al Decreto 03-80-TR, corresponde al Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales.

En todo caso, estimamos que el tema en cuestión reviste singular importancia, por lo que debe ser materia de cuidadosa reglamentación, a fin de evitar que a corto plazo se convierta en fuente inagotable de conflictos, cuya duración perjudicará exclusivamente a los trabajadores.



TRENER

El Abogado

(segunda parte)

Manuel P. Olaechea

Abogado. Socio del Estudio Olaechea

No son los grandes abogados, ni los abogados los que han despertado la odiosidad popular hacia la profesión. Es el exceso de abogados. Contra esto, se ha luchado en Roma y hasta nuestros días. Veamos cómo.

En primer lugar, limitando el número de abogados, **numerum clausus**. Roma lo hizo, y para evitar que alguien pudiera verse privado de defensa, una constitución de Graciano llegó a prohibir la monopolización de todos los abogados. Francia, Prusia y Escocia también limitaron el número de abogados, y en España Pérez Villamil pedía a fines del siglo XVIII la reducción de los abogados, que Carlos IV decreta el 30 de setiembre de 1794 "hasta que quede fijo en el de 200 para Madrid y a exemplo de lo executado en la Corte, el Consejo restrinja en el número de abogados en las Chancillerías, Audiencias y Capitales del Reyno. . . como podrá hacerse el examen más riguroso". Años más tarde, Fernando VII en una circular expresaba: "El Rey no ha podido menos de reparar que la multitud de abogados en sus dominios es uno de los mayores males. La pobreza inseparable de una profesión que no puede socorrer a todos inventa las discordias entre familias en vez de conciliar sus derechos; se sujetan, cuando no a vilezas, a acciones indecorosas que los degradan de la estimación pública y, por último, se hace venal el dictamen, la defensa de la justicia, y en vez de imparcialidad y rectitud de corazón, sólo se encuentran ardidés que eternizan los pleitos, aniquilan o empobrecen las casas"²⁴

Las anteriores restricciones al número de abogados impuesta por los reyes de España rigieron en el Perú hasta el año 1831, en que por decreto de 14 de

octubre se suprimió la limitación del número de abogados.²⁵

Para reducir el número de abogados se ha pensado también en dificultar los estudios, limitar las vacantes universitarias o endurecimiento de los exámenes finales. Empero, todas estas fórmulas han sido descartadas por impracticables. Bartolomé Cipolla, docto jurista del siglo XVI, a quien cita Calamandrei, entre las ingeniosas prácticas que recomendaba a los abogados para asegurar su subsistencia imaginó una "cautela pro advocatis ad protractendas causas ad longum".²⁶

Evidentemente que en muchos casos la dura vida de muchos abogados pobres los obliga a alargar los litigios para subsistir. **Finché la pende, la rendei**, dicen los abogados italianos: "Mientras dura, produce".

Y conocida es la anécdota del abogado joven que, al contraer matrimonio, su padre le dona como obsequio de bodas un litigio que se prolonga ya por un cuarto de siglo. Meses más tarde, el hijo anuncia satisfecho al padre, que ha logrado el triunfo judicial del caso. "Desgraciado, le responde el padre, con ese proceso te crié y eduqué, ¿con qué alimentarás a tu familia?"

Los Colegios de Abogados constituyen otro camino ensayado y con más éxito para proteger a sus miembros contra los excesos del poder y cuidar del prestigio y honor profesionales. **La orden** es colegiada. Su directiva fija reglas a los abogados sobre su conducta. Surgen los Códigos de Ética, las suspensiones, las descalificaciones. En suma, la obligación de pertenecer a un Colegio de Abogados como requisito para ejercer la profesión, o sea la colegiación obligatoria, responde a un interés superior y en el Perú el

24. Quintiliano Saldaña, obra citada, pág. 81.

25. Geraldo Arosemena Garland, obra citada, pág. 100

26. Piero Calamandrei, obra citada, pág. 76.

número que a cada abogado le asigna nuestro Colegio en su matrícula, le impone carácter, le queda de por vida. Como se ha dicho, su antecedente remoto es la inscripción en la antigua tabla romana: **carere foro**.

Presiden los Colegios de Abogados los profesionales más eminentes. Es la condecoración simbólica o el reconocimiento de sus méritos hechos por los más calificados: los propios colegas. Y así se suceden por siglos en las asociaciones de abogados los más egregios.

Esta era también la tradición en el Perú. Las elecciones en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y en toda la República se realizaban de mera fórmula. El Decano saliente invitaba entre los abogados distinguidos a aquél que aún no había sido Decano y lo invita a formar su Junta Directiva. La elección era unánime y la política estaba alejada del Colegio.

Esta práctica, quizás consecuencia de la inexistencia de los problemas y tensiones sociales de nuestra época, concluye entre nosotros cerca del año 1940, desde cuya fecha las elecciones han sido siempre luchadas y, por desgracia, en algunos casos politizadas.

Lamentablemente, al son de los tiempos modernos, lo que los abogados siempre trataron de evitar en la antigüedad ha sucedido. Cada vez somos menos una orden y más un gremio.

Y ya que se habla de nuestro Colegio, diremos que su emblema es una estrella de oro de siete puntas con la deliberadamente anfibólica frase latina **Orabut Causas Melius** que simultánea y alternativamente puede decir: "Defiende las mejores causas", o sea, las buenas, con lo que cumples el Código de Ética profesional; o "Defiende tus causas lo mejor que puedas", con lo que cumples tu deber de colaborador de la justicia, ilustrando al juez lo mejor que puedas sobre el derecho de tu cliente. Así habrás cumplido con tu deber y ayudado al magistrado. Y todo esto —agregamos— sin escrúpulo alguno, porque tu no sentencias el caso.

En su deseo de fijar la posición del abogado se ha pretendido definir la naturaleza jurídica del contrato entre aquél y su cliente.

Se ha sostenido, en primer lugar, que existe un mandato. Era una de las hipótesis del Derecho Romano a la que se adhiere Pothiers. Aunque esta teoría es suscrita por muchos tratadistas, no mediante poder, asesorar no es representar.

Afirman otros que es un contrato de prestación de servicios. La sostienen Cujas, Laurent y Baudry-Lacantinerie. Se dan las características del servicio

ofrecido y un salario estipulado. Ya hemos visto que el abogado no sólo sirve al cliente; también colabora con la justicia y esto le supone obligaciones, ajenas a una simple locación de servicios. El interés de su cliente no puede ser su único objetivo. Su independencia es su privilegio, el contrato de servicios, le resulta estrecho.

Para un tercer grupo no hay contrato. Son servicios no susceptibles de valorización. Aubry et Rau se encuentra entre los sostenedores de esta tesis. Un abogado que promete su talento y su experiencia no puede ser demandado para que lo haga. Si se niega a hacerlo en forma que perjudique a su cliente, la acción no será sobre cumplimiento de contrato, sino de daños. Esta tesis no es exacta y se aplicaría a todos los artistas. A lo más podría invocarse a su favor la independencia del abogado respecto del cliente en resguardo de su reputación profesional al descubrir lo ilícito o injusto de una causa.

Por último, hay quienes sostienen que es una operación de servicio público. Por esta tesis se inclina la doctrina francesa y de ahí saca todas las consecuencias, es decir, los deberes y derechos del abogado. Porque su misión sólo puede ser cumplida sobre la base de su libertad de conciencia, que hace al abogado el primer juez de su cliente. Toda la relación entre el abogado y su cliente se inspiran en la necesidad de asegurar la marcha normal del servicio público.

Naturalmente, a esta noción se mezclarán los atributos de un contrato, honorarios, plazos, etc., pero siempre estos aspectos estarán subordinados al otro.²⁷

Muchos manuales o códigos de ética se han escrito para orientar y regular el ejercicio de la profesión del abogado. Entre ellos tiene especial interés "Las Reflexiones sobre la Profesión del Abogado", del J. des Cressonnières.²⁸

El autor trata el tema como programa analítico, lo que permite al lector desarrollarlo personalmente en cada caso concreto, juzgándolo a la luz de determinados hechos. La obra enfoca las normas, preceptos legislativos, prácticas, costumbres y tradiciones que regulan la profesión del abogado. Es quizás la obra más completa sobre la materia, y por su estilo esquemático tiene un gran poder de sugerencia que lo hace preferible a los abogados sobre otros tratados más amplios que plantean ya soluciones con las que se puede discrepar. J. des Cressonnières abre un amplio campo para la creación personal, adaptable al caso concreto. No ofrece soluciones, esboza y plantea problemas, y es sabido en dialéctica que de un problema bien planteado fluye naturalmente la respuesta adecuada.

27. Jean Appleton, obra citada, págs. 397 y ss.

28. J. des Cressonnières, **Reflexiones sobre la Profesión del Abogado**, traducción española de J. González Sabathí, Rosario, Argentina, 1927.

Fácilmente se advierte que todo lo que sea ha dicho hasta ahora está principalmente referido a la labor judicial del abogado, a lo que su actividad histórica propiamente dicha representa.

Al lado del abogado que defiende en los tribunales ha existido siempre el procurador, que asiste al cliente en la observancia del ordenamiento legal existente y cuya ignorancia no lo exime de responsabilidad en caso de incumplimiento.

Tres sistemas existen aún en el mundo a este respecto. El abogado separador del procurador (Inglaterra y Francia); el abogado que en determinadas circunstancias puede optar por ser también procurador; y el que acumula ambas actividades (Estados Unidos de América, España y América Latina).

La evolución del abogado antiguo al abogado procurador es juzgada por muchos como una consecuencia de la decadencia de la profesión. Consideramos, por el contrario, que ello es una consecuencia del incremento de la actividad industrial y comercial que hoy existe en el mundo. La rapidez y agitación de la vida moderna ha disminuído los litigios ante los tribunales a los casos más esenciales. La complejidad de las relaciones hace necesaria la intervención de un experto en la redacción de los contratos, de las declaraciones tributarias, de los trámites administrativos, de las actas de las sesiones, etc.

Es verdad que la autoridad del antiguo abogado era casi sacerdotal, pero precisa reconocer que hoy el letrado no sólo debe aconsejar y litigar por el cliente. Debe ser casi su mandatario, su coadministrador, quien vela por la legalidad y validez jurídica de sus negocios. En muchos países aún repugna que el abogado sea retribuido a sueldo fijo como consultor de una entidad. Ya hemos visto que ello es indispensable en el ejercicio moderno de la profesión (Ver nota 2). En Estados Unidos de América hay grandes firmas que reúnen varios cientos de abogados y que actúan precisamente en esa forma, sobre la base de *retainers* (retención de servicios), que cobran su trabajo por horas de consulta, que tienen especializaciones. La eficiencia de este sistema que resulta en mayor seguridad y economía, se va imponiendo en todo el mundo. Por lo demás, responde al estado actual de las cosas en la materia.

Esto nos lleva a un aspecto sumamente interesante e importante del tema que venimos tratando y sobre el cual se ha escrito muy poco, aunque si bien es cierto muchas reglas pueden extraerse por analogía de los códigos de ética redactados principalmente con miras a la actuación jurídica.

Nos referimos al abogado como asesor del cumplimiento del sistema legal vigente y a su independen-

cia del cliente en materia de contratación y declaraciones administrativas. Especialmente a la identificación que pretende establecerse entre el abogado y su cliente o en cuanto a la firma de un contrato, sobre todo cuando él o los contratantes son un particular y un Estado o varios Estados. Juegan aquí la política nacional y los imperialismos internacionales.

Pasamos a examinar este importante y relativamente novedoso tema.

En primer lugar cabe señalar que a este aspecto de la práctica profesional le son también aplicables las reglas que rigen el ejercicio de la abogacía, tales como la independencia, el respeto por los colegas, por el cliente, por la otra parte, el secreto profesional, etc.

Dos aspectos nuevos deben examinarse, sin embargo. La responsabilidad por error en la redacción de los contratos o en la formulación de formularios tributarios o de otras declaraciones que sean equivocadas. Aquí evidentemente precisa señalar, al igual que en la parte judicial, que sólo es responsable el abogado por los daños que pueda causar a su cliente por dolo o grave negligencia. La reputación sobre la capacidad de cada profesional es conocida y los resultados de sus deficiencias o de la limitación de sus conocimientos o experiencias puede decirse que son responsabilidades de ambos, del cliente y del abogado.

Nuestro Código de Ética Profesional, que tiene su antecedente en el del American Bar Association, también se dirige, en materia de los deberes y derechos del abogado, fundamentalmente a la actuación judicial, a la colaboración con el Juez. En su artículo 28 prevé la obligación para el abogado de reconocer la responsabilidad que resultare por su negligencia, error o dolo en el cumplimiento de sus deberes profesionales. ¿Y qué significa esta responsabilidad? ¿Se trata acaso de la responsabilidad contractual? Ya hemos visto que en el manejo de un litigio no surge como resultado de un contrato. Tampoco como consecuencia de un acto ilícito, de la responsabilidad extracontractual. Para asegurar la libertad del juez y del abogado, la doctrina francesa establece que en materia judicial su responsabilidad se limita al dolo y que en materias en que actúa como mandatario o gestor de negocios, tenga una responsabilidad más exigente, comparable a la del mandatario en derecho civil.²⁹

Y así llegamos al segundo aspecto de nuestro problema: la identificación del abogado con su cliente en la redacción y ejecución de un contrato.

El tema merece ser tratado *in extenso* por el gran interés que hoy asume en nuestra profesión, cuando el Estado interviene tan frecuente y activamente en actividades mineras, agrícolas, industriales y comer-

29. Jean Appleton, obra citada, págs. 435 y ss.

ciales, forzando a todos los abogados a ser algunas veces su abogado y en otras, el del otro contratante.

¿Puede luego el abogado abandonar su profesión y embarcarse en política?

En primer término convengamos que en todos los asuntos en que interviene el Estado, todo un sector de la ciudadanía, la que está en uso del poder, decide el contrato; es el mandato de los electores y por tanto su responsabilidad, su tarea.

En segundo lugar, precisa aceptar que la especialidad y complejidad de cada contrato escapa inevitablemente del conocimiento general del abogado, que sabe de leyes pero es extraño a la peculiaridad técnica de cada negocio.

Sin embargo, se incurre aquí en gravísima confusión de conceptos, que desde el siglo pasado ha obedecido al deseo de utilizar como política preconcebida y sistemática la responsabilidad del abogado por los contratos o actitudes de su cliente. Unos y otros son exclusiva decisión de este último.

Esta actitud de los políticos y de algunos abogados que representan al Estado, tiende a olvidar los móviles e informaciones que los impulsaron a firmar esos contratos o adoptar esas actitudes. En último término está destinada o inspirada **a posteriori** a detener el desarrollo de los países al desalentar y amedrentar a inversionistas nacionales o extranjeros que ante los antecedentes sobre la validez de los contratos que van a celebrar o de las críticas de aquéllos que ya han suscrito, muchas veces se ven inducidos a no invertir en el país.

Estos ataques también se dirigen contra los abogados como medio subsidiario de imponer la contratación. El inversionista sabe que en su momento se hará lo indecible para aislarlo de toda defensa, mediante ataques a su abogado, ajeno por entero a su contrato. Esto, como veremos, puede llegar a tipificar la denegatoria de justicia por pérdida del derecho a un justo asesoramiento legal.

Para resolver el punto en examen, principiemos por descartar al abogado deshonesto, a aquél que induce al cliente hacia el contrato delictuoso, hacia el incumplimiento de sus obligaciones, a la violación del derecho ajeno. Lo mismo podríamos decir del abogado que sugiere litigios temerarios o fraudulentos. Este no es un abogado. Simplemente es el delincuente o el cómplice, según sea su participación en el asunto. De este personaje no nos ocupamos, se encuentra previsto por el derecho penal. Existe, sin embargo, y, por desgracia, persiste y prospera, conoce los caminos por los que transita y es escurridizo como un pez.

El abogado teje en el amplio telar de la vida. Ha estudiado en la Universidad la teoría general del Derecho, el derecho común, y ha saludado a todos los demás derechos especiales. Su misión en la vida contractual será dar forma jurídica a los actos y valor y exigibilidad a los derechos que se sometan a su consideración y estudio.

Poco o nada puede conocer de todas las artes y ciencias que encierra nuestro mundo moderno, cada vez más complejo y especializado. Tampoco necesita penetrar en los vericuetos y axiomas de cada ciencia, de cada arte, por lo demás en constante evolución. No puede, aunque lo desee, devenir un experto en cada una de las ramas del saber humano. Si se le consulta un contrato, un juicio, o simplemente se le pide una opinión, su labor se limita a dar forma legal a lo que desean las partes, a informar a su cliente sobre las leyes pertinentes, así como los derechos que lo asisten y los peligros que lo acechan. Se trata de cuidar que en los documentos que redacte se exprese clara e indubitablemente lo que las partes entienden pactar y que tales pactos sean válidos y exigibles conforme a ley. Más tarde debe, libremente y sin vacilaciones, defender los derechos de su parte invocando las leyes y los contratos, sin temor a recurrir a los tribunales, que son precisamente la parte del Estado que existe para eso. Hay más aún. Un abogado puede y debe aceptar la defensa de un culpable, hasta de un criminal, y procurar para él la mejor solución. Se trata de una violación de la ley independiente o anterior a la intervención del abogado, en la que no ha participado. No es el caso del cómplice. Es el ejercicio de la parte más sagrada de la profesión, la que se ha comparado al sacerdocio. "¡Oh la defensa del asesinato! Es una obra de arte tan difícil y arriesgada como el asesinato mismo. El abogado y el asesino ¡qué dos grandes artistas!".³⁰

¿Puede un abogado saber de agricultura, de minería, de ingeniería, de industrias, de electricidad, de ganadería, de finanzas, de mecánica, de energía atómica y de tantas otras especialidades de la complicada sociedad moderna? Evidentemente que no; y tampoco necesita volverse un experto para tratar legalmente sobre estos temas, para contratar sobre ellos, o para defender en los estrados judiciales el derecho de su cliente.

El problema bajo examen cobra mayor interés cuando una de las partes es el Estado. Al momento de contratar, los políticos y los funcionarios son todo atenciones con el cliente (y con su abogado especialmente si es extranjero). Todos los obstáculos se allanan al extremo que el abogado de quien contrata con el Estado se convierte indirectamente en el defensor del Estado, en el freno de las negociaciones. Previendo las críticas futuras, exige el cumplimiento de todas y cada una de las leyes aplicables, y esto con la

30. Quintiliano Saldaña, obra citada, pág. 53.

oposición del abogado del Estado, quien para servir a su cliente sólo quiere lograr el contrato, poniendo de lado el cumplimiento de todo texto legal que le interfiera, que sólo escucha con impaciencia y que toma como piedras en su camino. El abogado de la parte que contrata con el Estado, ya sea por hábito profesional o por simple protección a su cliente, procura que todos los trámites legales y demás requisitos sean cumplidos para solidez del contrato. Conoce ya la táctica que se empleará cuando se le ataque y que los funcionarios audaces o imprudentes ya no estarán en sus puestos cuando se discuta el contrato. Quizás esos mismos funcionarios serán sus enemigos.

Firmado el contrato, suelen decir quienes pactan con los Estados, se inicia una pugna que constituye la verdadera discusión de los términos del contrato y de las condiciones de la inversión. Todo beneficio parece poco al funcionario y, al margen del equilibrio contractual que sirvió de base para el consentimiento, todo derecho de la otra parte es privilegio insostenible. Se habla de error y hasta de engaño, de abuso, de fraude. Se trata a los que los precedieron en los cargos como delincuentes y al Estado como menor incapaz burlado.

Se acusa de traidor al abogado de quien contrató con el Estado, se procura amilanar a los jueces y, finalmente, se dictan leyes o decretos por los cuales el Estado pretende erigirse en árbitro del contrato que firmó como parte y olvidando el valor de sus compromisos contractuales, que reaparezca como un tercero, con autoridad superior y que en uso de su facultad de *imperium* modifica unilateralmente los pactos que celebró como contratante. "Contratar es limitarse en el ejercicio de sus derechos", decía el doctor Manuel Vicente Villarán. La contractualidad de ciertas leyes —agrega Manuel Augusto Olaechea— reposa en un nuevo concepto del Poder Legislativo del Estado. Se consideraba antes a la ley como la expresión de un supremo imperio. Se considera hoy a la ley como una función ordenadora del servicio público. El cambio de la función es la necesidad del servicio. Su legitimidad reside en su propio objeto. Su consecuencia es la responsabilidad del Estado cuando perturba la ordenación del servicio o intenta romper relaciones jurídicas pactadas por él.³¹

Y por consiguiente, frente a una controversia o discrepante interpretación, el Estado y la otra parte deben negociar y, llegado el caso, recurrir al Poder Judicial por una definición o aclaración de derechos. Ningún pacto puede contemplar todas las hipótesis, ni la infinita variedad con que se presenta la vida puede ser prevista por los contratantes. Para eso es que existe justamente el Poder Judicial, ese tercer poder del Estado que, colocado en una tercera posición espiritual, se encuentra en condiciones ideales para estudiar y dirimir cualquier diferencia.

El Poder Judicial no es un tercer Estado extranjero, ni un enemigo del Estado; forma parte del mismo y propio Estado que a través de sus otros Poderes contrató. En consecuencia, no se infiere ningún agravio a ese Estado cuando se recurre en busca de una definición legal a él mismo y no a los susceptibles "políticos", temerosos de la pérdida de su caudal electoral. El Poder Judicial es el único camino lógico; no puede implicar injuria o agravio y toda presión que tienda a paralizarlo, será irremediable desaliento a la inversión.

El recurrir a la facultad de *imperium* y dictar leyes que modifiquen el equilibrio contractual, cosa frecuente en nuestros tiempos, es improcedente. Tales disposiciones legales son nulas.

La rescisión administrativa de nuestros tiempos constituye otra aberración jurídica. Una *contradictio in terminis*. Es una actitud que en último término perjudica al propio Estado, pues limita su capacidad de contratación. Los precedentes en esta materia son cuidadosamente analizados por todos los inversionistas, sobre todo por los extranjeros. Ante la falta de seguridad, sólo suscriben sus contratos cuando saben "que la verdadera negociación del convenio se inicia al día siguiente de su firma" y están conformes con eso. Y los que esto aceptan son muy pocos, y sólo en negocios donde por ser la ganancia mucha y la recuperación rápida el riesgo puede ser cubierto. No atraerá, por cierto, a un banquero que trabaja con intereses fijos y cuidadosamente calculados este tipo de tratos. Prudente con el dinero, cuya administración los clientes le han encomendado, no correrá riesgos inútiles.

Con inconsecuencia increíble en muchos países de América del Sur, y en general en otros países subdesarrollados, los políticos firman los contratos que estiman convenientes para el país, con extranjeros o nacionales, brindándoles todas las seguridades previstas por las leyes. Luego la lucha política convierte a esos pactos en campos de batalla, en banderas de lucha y sin respetar la seriedad del país y su desarrollo jurídico, que están comprometidos en la seguridad y validez de sus compromisos, se embarcan en caprichosas interpretaciones carentes de todo sustento legal; se inventan nulidades inverosímiles o inexistentes; se llega al increíble extremo de invocar la propia falta del Estado como causal de rescisión; se efectúan interpretaciones asombrosas y se escuchan verdaderas aberraciones jurídicas convertidas en dogma. Al abogado defensor se le acusa de traición, de falta de patriotismo o de honradez. Se procura amedrentarlo para debilitar así la posición de quien contrató con el Estado. Más aún, se le impide con amenazas recurrir al Poder Judicial. Se le limita la defensa del cliente conforme a las leyes y a los pactos celebrados.

Ahora bien ¿Puede responsabilizarse a un aboga-

31. Manuel Augusto Olaechea, *Las leyes convenciones*, Boletín del Banco Central de Reserva del Perú, Año I No. 12, agosto 1932.

do por el contrato suscrito por un particular con su Gobierno sobre una obra pública, un empréstito o cualquier otro asunto técnico o especializado? La respuesta fluye sola. Evidentemente que no. A ninguno de los abogados: Ni al que representa al Estado ni al que representa a quien contrata con aquél cabe tal responsabilidad. La complejidad actual y siempre creciente de los objetos contractuales determina que la decisión de celebrar un convenio para la ejecución de determinada obra sea decisión exclusiva de las partes antes de recurrir a los abogados para darle forma legal.

En el caso del Estado, la contratación es acto eminentemente de política económica, cuya responsabilidad recae de modo exclusivo sobre quienes tienen la facultad de obligar al país, vale decir, de los políticos y funcionarios de turno, asesorados por sus técnicos.

Mediante el voto (o la fuerza) los representantes del Estado ejercen el poder, tienen sus planes y creen, de buena o mala fe, saber lo que conviene al país. Incluso la compra de armas para una guerra puede estar entre sus proyectos y no son los abogados los llamados a discutir la bondad o conveniencia del objeto contractual. Sólo les toca dar forma a una compraventa. Igual es para ellos la compraventa de mil toneladas de cobre o de una máquina complicada. Asesorados por sus técnicos, los representantes del Estado se informan y conocen de todo lo relativo al acto que van a celebrar, y si ello no es así, a los políticos y a sus técnicos será tan sólo imputable el resultado desfavorable del pacto. Los abogados de ambas partes sólo intervienen para cuidar que en el contrato se exprese claramente la común intención de los contratantes y se cumplan todos los requisitos previos previstos por la Constitución y leyes para el acto de que se trata. Ni siquiera son responsables ante sus clientes por los casos de omisiones o errores debidos a ignorancia o falta de experiencia. Es el cliente quien debió saber seleccionarlos.

La defensa ulterior del cliente que ha suscrito un convenio con el Estado, interpretando el acuerdo, cuidando de su cumplimiento y, si fuera necesario, recurriendo a los tribunales nacionales para su correcta interpretación, es parte importante del deber del abogado. Coactarlo es interferir su labor, respetada en todo país civilizado desde los albores de la civilización. Su hostigamiento, destinado a amedrentarlo, si el cliente es extranjero, configura en Derecho Internacional la denegatoria de justicia.

El artículo 316 del Decreto Ley 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial peruana establece el derecho del abogado para defender o prestar asesoría a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, políticas y administrativas, sin que ninguna autoridad pueda impedir este ejercicio bajo responsabilidad.

Se atenta, pues, irresponsablemente contra el progreso del país cuando, escudándose en un falso nacionalismo, se pretende dañar y estigmatizar los contratos suscritos con extranjeros, por beneficiosos que hayan sido para la economía nacional.

Se crea así pobreza, se ahuyenta la inversión extranjera y consecutivamente la nacional, pues ambas buscan seguridad sin que la nacionalidad del capital sea criterio para clasificarlas. Todo esto al margen de los injustificados ataques al abogado.

Más interesante aún es el tema que examina el doctor Manuel Augusto Olaechea con motivo de una crítica que se hiciera a su función como Ministro. Sostiene el doctor Olaechea con claridad meridiana la fina diferencia que existe entre el abogado que interviene asesorando a un cliente en un contrato del político que luego juzga ese mismo contrato. Aclara con toda precisión la figura de ambos y reivindica el derecho del político a criticar la bondad de un contrato en el que intervino como abogado, sólo "para establecer la conformidad del texto contractual ya formulado con la ley autoritativa".

Nada interfiere su derecho a criticar el pacto ni el objeto para que se celebró o la forma cómo se ejecutó. La conveniencia o uso que se le diera le fueron extraños cuando prestó su asesoría legal.

Al redactar un contrato, el abogado examina, en primer lugar, si contiene las cláusulas "esenciales" de que nos hablan los glosadores, para permitir la calificación o tipificación del contrato. En una compraventa, por ejemplo, las personas del vendedor y el comprador, la cosa y el precio, viendo que cada uno sea definido claramente. La capacidad de los contratantes y de sus representantes; la cosa, que le puede ser totalmente desconocida, antes, durante la redacción y después de terminado el contrato. Son las propias partes las que le proporcionan esa descripción.

Revisa luego las "cláusulas naturales", aquéllas que se tienen por puestas en un contrato, como el saneamiento por evicción, o la garantía de funcionamiento, y que pueden reducirse, aumentarse o suprimirse según la intención de las partes.

Termina con las "cláusulas accidentales" o propias del caso específico, tales como forma de entrega y pago, lugar de entrega, etc., que sólo pueden ser sugeridas por las partes.

Concluimos: no sólo es, pues, un abogado ajeno al contenido mismo y a la aplicación o uso que se dé a un contrato, sino que está obligado a procurar que se ejecute según la leal y común intención de las partes, sin permitir que se le vede el acceso a todos los recursos que le brinda la ley. Esto es garantía de todo país civilizado y supone deber de todo abogado. Lo contrario es barbarie, anarquía, desgobierno.

Notas sobre la Regulación del Transporte Aéreo de Sustancias Radioactivas

Miguel de Lama Eggerstedt

Profesor de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia Diplomática del Perú.

El artículo 44o. del Convenio sobre Aviación Civil Internacional de Chicago de 1944, establece que la Organización de Aviación Civil Internacional —OACI— tiene entre sus objetivos promover la seguridad en la navegación aérea internacional. En 1975, la Comisión de Navegación Aérea de dicho Organismo Especializado de Naciones Unidas, emprendió un minucioso estudio del transporte internacional de mercancías peligrosas por vía aérea. Un año después, la Comisión decidió la constitución de un Grupo de Expertos, al que encomendó elaborar las normas apropiadas, formular las prácticas a recomendar a los Estados, y redactar las instrucciones correspondientes para el transporte aéreo de dichas mercancías.

La preocupación de la OACI estaba motivada por el incremento del transporte aéreo de sustancias nucleares radioactivas. Según el artículo primero inciso a) parágrafo (v) del Convenio sobre Responsabilidad Civil en Materia de Energía Nuclear celebrado en París el 29 de Julio de 1960, el término "Sustancias Nucleares" comprende tanto los combustibles nucleares (con excepción del uranio natural y el uranio empobrecido) como los productos o desechos radioactivos.

El uranio se presenta en la naturaleza en forma de minerales diversos, y no es susceptible normalmente de concentración física. Para llegar hasta el concentrado rico de uranio desde el mineral de baja ley, son necesarios diversos procedimientos químicos: Degradación de tamaño; solubilización; separación de los líquidos uraníferos y los sólidos estériles; concentración y purificación química a partir de los líquidos; precipitación y tratamiento del concentrado de uranio y eliminación de efluentes.

El uranio se enriquece elevando la relación entre el isótopo 235 y el isótopo 238 presente en el uranio natural, de tal manera que la suma de los isótopos 235 y 233 y el isótopo 238 sea superior a la relación entre el isótopo 235 y el isótopo 238, según la definición contenida en el Tratado Constitutivo de la

Comunidad Europea de Energía Atómica —EURATOM— de Roma de 1957, artículo 197o. inciso segundo. Mediante dicho proceso, el uranio 235 o 233 adquiere la condición de elemento combustible.

También se considera "combustible nuclear" el uranio bajo la forma de metal, de aleación o de compuesto químico, según la definición contenida en el Convenio de París de 1960 ya citado. Para obtener uranio metal se utiliza calcio o magnesio en la metalotermia del tetrafluoruro de uranio; de carburo de uranio y de dióxido de uranio.

Se ha señalado que no sólo los combustibles nucleares —entre los que cabe mencionar también al plutonio y otras materias fisibles— están comprendidos dentro del término "Sustancias Nucleares". Caben asimismo dentro de dicho término los productos o desechos radioactivos; es decir, las materias radioactivas producidas o convertidas en radioactivas por exposición a las radiaciones resultantes de operaciones de producción o de utilización de combustibles nucleares.

El Convenio de Viena sobre Responsabilidad Civil por Daños Nucleares de 1963, define en el inciso g) del apartado primero de su artículo primero, a los "productos o desechos radioactivos", como los materiales radioactivos producidos durante el proceso de producción o utilización de combustibles nucleares, o cuya radioactividad se haya originado por la exposición a las radiaciones inherentes a dicho proceso, salvo los radioisótopos que hayan alcanzado la etapa final de su elaboración y puedan ya utilizarse con fines científicos, médicos, agrícolas, comerciales o industriales.

El transporte aéreo de sustancias nucleares radioactivas presenta una serie de peligros especiales. El principal, es el de contaminación. Esta puede producirse por la rotura de un contenedor que ocasione la expansión de las sustancias nucleares al medio ambiente, o cuando no se eliminan debidamente las sus-

tancias que quedan impregnadas en su superficie. La irradiación, especialmente peligrosa para los órganos humanos, y el calor, que normalmente produce todo material radioactivo, son otros peligros particulares de esta carga. Pero existe además un peligro adicional: El aumento del carácter crítico de los materiales radioactivos, si éstos son transportados conjuntamente con sustancias inflamables, tóxicas, corrosivas o explosivas.

El Grupo de Expertos de la Comisión de Navegación Aérea de la OACI, propuso en 1978 la suscripción de un nuevo Anexo a la Convención de Chicago relativo al transporte de mercancías peligrosas. Dicho Anexo contiene disposiciones de carácter general que facilitarían a los Estados el control del transporte aéreo de estas mercancías. Contiene asimismo instrucciones técnicas de carácter obligatorio.

En la esfera privada, la Asociación del Transporte Aéreo Internacional —IATA—, constituida por compañías que operan líneas aéreas que cuentan con

autorización para establecer servicios aéreos regulares, concedida por Gobiernos elegibles como miembros de la OACI, ha elaborado un Reglamento de Transporte de Artículos Objeto de Restricciones. Dicho Reglamento tiene carácter vinculante para las líneas aéreas que son miembros de la Asociación. Exige un embalaje y un acondicionamiento especial para el transporte de sustancias nucleares radioactivas.

Entre las disposiciones del referido Reglamento se encuentra una que exige determinadas distancias mínimas entre la superficie de los contenedores o cajas que contengan las cargas indicadas, y los pisos interiores del sector reservado a los pasajeros y la cabina del piloto.

Sin desconocer la importancia práctica de estas regulaciones, parece necesario estudiar la conveniencia de incorporar en nuestro Derecho interno normas que regulen este transporte y que permitan un mayor control del mismo por parte de las autoridades nacionales.

GLORIA S.A.

Sanción Penal y Patrimonio Cultural

Luis Lamas Puccio

Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la PUC

4. ANTECEDENTES Y SITUACION LEGAL DEL PATRIMONIO CULTURAL

Durante la época virreynal se dio inicio a las actividades depredatorias como consecuencia de la actitud dominadora de los conquistadores, del total desinterés de la corona española por dictar algún tipo de norma relativa a la protección del patrimonio cultural y también por tratar de desaparecer todo vestigio cultural y social inherente al pueblo indígena. Los dispositivos legislativos más antiguos de los que se tiene conocimiento son los que aparecen en el siglo XVI y tienen como fundamento el concepto relacionado con el derecho de propiedad (*Ius Quiritium*), relativos a los yacimientos arqueológicos, cementerios, templos y ruinas de parte de la familia real española, siempre en su afán predominante de percibir “El Quinto Real”²⁷. Así vemos que el Rey Carlos V aconsejaba a sus súbditos hacia el año de 1541 lo siguiente: “que se cuidara todo tipo de monumentos incaicos, porque ellos nos pertenecen ...”. Otro caso es el de las famosas Ordenanzas de Toledo dadas en la ciudad de la Plata (hoy Estado de Sucre en Bolivia), que tenían por finalidad establecer las limitaciones y obligaciones que tenían las personas para con la Corona Española, que se dedicaban a la explotación y búsqueda de tesoros incaicos en las sepulturas y cementerios.²⁸ Sin embargo, en todos estos dispositivos, el ánimo que los motivaba no era de ninguna manera la protección del patrimonio cultural, sino más bien el resguardo y el acrecentamiento de la riqueza para la corona en un afán de lograr una mayor participación en los diferentes tributos que obligatoriamente tenían que pagar los pueblos conquistados.

Es recién en el período republicano, en el año 1821, cuando por efecto de la vigencia de los princi-

pios ideológicos y filosóficos de libertad —que motivaron los movimientos independizadores en el continente americano— así como por las ideas que propugnó la Revolución Francesa que realmente se origina una nueva mentalidad y concepción de carácter fundamentalmente nacionalista en los pueblos independizados, como consecuencia de la identificación con los propios valores históricos y nacionales, inherentes a nuestro propio pasado. Lo que originó que se promulgara por primera vez un dispositivo por parte del gobierno peruano en el año de 1822, relativo a lo siguiente: “Los monumentos que quedan a la antigüedad del Perú, son de propiedad de la Nación, porque pertenecen a la gloria que deriva de ellos; las preciosidades que abundan en nuestros minerales, aunque puedan circular libremente en el país y hasta mudar de dominio, el Gobierno tiene el derecho de prohibir su exportación; cuando felizmente ha llegado el momento de aplicar el uso racional de todo lo que nuestro suelo produzca de exquisito en los tres reinos de la naturaleza. Con dolor se ha visto aquí, vender objetos de un valor inapreciable y, llevarse a donde es conocido su verdadero valor, privándonos de la ventaja de poseer lo nuestro.”²⁹ De lo que se puede deducir que ésta es la primera norma legal con la que se empieza a dar importancia a un pensamiento de carácter nacionalista a lo largo de nuestra historia, prohibiéndose por consiguiente todas las exportaciones y extracciones sin la respectiva autorización de las autoridades, tratándose de establecer un cierto control sobre la comercialización de piezas artísticas con valor histórico.

Posteriormente, en el año de 1836 se vuelve a dictar otro dispositivo en este sentido, el mismo que no sólo se limita a identificar la riqueza nacional, sino que además crea el primer organismo de carácter protector de este patrimonio, por cuanto se formaliza el

27. Impuestos que obligatoriamente tenían que pagar las diferentes colonias a la Corona Española.

28. Ordenanzas del Perú, recogidas y coordinadas por el Lic. D. Thomas de Ballesteros. Tomo I, libro III, (Ordenanzas de Minas), título quince, págs. 296–298, Lima 1572, imprenta Francisco Sobrinos y Bados.

29. Decreto Supremo No. 89, Lima 2 de abril de 1822.

funcionamiento del primer museo en la República, para lo cual se expuso lo siguiente: "Ante la abundancia de preciosidades que son dignas de contemplación y, el deber por parte del Estado de fomentar la ilustración y la cultura, se establece la creación de un museo". Ratificándose en cierto sentido el decreto anterior, e imponiéndose además las primeras penas de carácter pecuniario para todas las personas que lo trasgredieran.³⁰

Con el paso de los años, en 1841 se promulga otra norma relativa a la protección de nuestro patrimonio cultural, pero ya no sólo se hace referencia a los objetos de los períodos pre-incas e inca, sino que también tiene implicancias para las obras artístico-culturales del período virreynal, exponiéndose así; "Queda prohibida la extracción al extranjero, las pinturas antiguas originales, ya sea en lienzo, tabla o lámina de metal de los maestros de la Escuela Italiana o Española".³¹ Este sería el primer antecedente relativo a la protección jurídica de obras de arte de la etapa virreynal.

Posteriormente se promulgaron otras leyes y diferentes decretos relacionado al tema, al empezarse a tener más conocimiento y conciencia sobre los daños que la depredación cultural generaba en este sentido. Como en el caso de los perjuicios en los monumentos arqueológicos por parte de las personas que se dedicaban a las excavaciones clandestinas, tomándose cada vez mayor conciencia sobre lo trascendental que es la protección que se debe de brindar a todos los monumentos arqueológicos.

Paralelamente a la preocupación que mostraban las autoridades, la comunidad también empieza a tener una participación más directa en estas actividades proteccionistas. Como es el caso de la carta que envía el Prefecto del Departamento de Junín en el año de 1845, a su similar de Cerro de Pasco, en la que entre otras cosas, le manifiesta su profunda inquietud en los términos siguientes: "Que el tiempo destructor, la criminal codicia de algunos sedientos de riqueza que no dudan en no esconderla; la indiferencia con que se han visto y, se ven las riquezas de nuestros antepasados, han ocasionado su completa destrucción, viéndose tan sólo inmensos escombros en muchos de ellos y su total abandono".³²

Por fin en el año de 1893, el Gobierno decreta que todos los monumentos de valor histórico sean declarados obligatoriamente "Monumentos Históricos", entre los que se encuentran los que han sido construídos en tiempos anteriores al período de la conquista española y en territorio de la República. Estos monumentos deben ser objeto de protección, mantenimien-

to, conservación y permanentemente vigilancia por parte de las autoridades, quedando totalmente prohibida su destrucción o utilización para construcción.³³

A principios del presente siglo con el auge de los conocimientos científicos de la arqueología y la antropología, se da aún mayor importancia a todo este contexto histórico, haciendo su aparición en el país arqueólogos que más tarde adquirirían renombre internacional por haber formulado nuevas teorías sobre el pasado del Perú. Como es el caso del sabio y científico Max Uhle o del arqueólogo Julio C. Tello, quienes lograron que se incorpore en forma destacada las diferentes culturas nacionales, en el contexto de los conocimientos internacionales, ayudados por los notables adelantos de las ciencias auxiliares de la arqueología, que ampliaron enormemente los conocimientos sobre el hombre andino y sus obras. Desgraciadamente al mismo tiempo que la historia peruana empieza a ser revaluada entre las esferas científicas, se incrementaron alarmantemente también las múltiples y variadas actividades depredatorias, por efecto del perfeccionamiento de los medios y las vías de comunicación. Panorama que hace necesario que se promulgen mayor número de leyes de protección, de mayor efectividad y de más amplia cobertura jurídica. Como lo hace notar el doctor Uhle en 1911, cuando hace referencia a las excavaciones clandestinas y a la importancia de que las autoridades protejan el patrimonio cultural: "El Gobierno debe de interceder por la vasta e ilícita explotación de restos antiguos y, debe de promulgar una norma que sancione severamente y proteja de forma eficaz los monumentos históricos, muy similar a la que hay en Turquía.

Se promulgaron variedad de dispositivos con esta finalidad, comprendiéndose a todos los objetos artísticos, históricos, culturales de todos los períodos de nuestra historia nacional, creándose para estos efectos, un organismo encargado de velar por la cultura nacional.

El 13 de junio de 1929, se dictó la Ley No. 6634, que es la que ha normado en gran medida, todo lo relativo a las acciones traslativas de dominio sobre objeto y bienes culturales, estableciéndose en su artículo 11o. que: "las antigüedades precolombinas de propiedad particular, se inscribirán en un registro especial que se abrirá para estos fines en el Museo de Historia Natural, con las indicaciones y datos necesarios para su posterior identificación, consignándose el cambio de posesión en este registro para su posterior validez, señalándose que los objetos que no hayan sido inscritos durante el transcurso de un año en éste, se reputarán propiedad del Estado, sancionándose con el decomiso y una multa pecuniaria a todas las personas que

30. Decreto Supremo No. 433, Lima, 1 de junio de 1836.

31. Decreto Supremo No. 556, Lima, 1 de marzo de 1841.

32. Comunicación del Prefecto de Junín a su similar de Cerro de Pasco de fecha 24 de julio de 1845.

33. Decreto Supremo No. 600, art. 11o. Lima, 27 de abril de 1893.

participen directa o indirectamente en las exportaciones clandestinas de bienes arqueológicos³⁴.

Igualmente el Código Civil de 1936, derogado, establecía en su artículo 882 lo siguiente: "Son del Estado - inc. 5) los Monumentos arqueológicos y los objetos arqueológicos que están regidos por su ley especial".

5. LA SANCION PENAL

Dentro del ámbito penal vigente se puede afirmar categóricamente que estas actividades no se encuentran tipificadas de manera "sui-generis", es decir como delitos arqueológicos o contra el patrimonio cultural, cuya trasgresión de las normas punitivas que los tipifica significa la aplicación de una sanción penal y, por lo tanto una pena privativa de la libertad, como existe en ordenamientos penales de otros países³⁵.

Este vacío se debe en gran medida a que el actual Código Penal data del año de 1924 y, en los momentos de su estructuración estuvo influenciado fuertemente por la legislación helvética³⁶, sobre todo en lo referente a la tipificación de las figuras en su parte especial. Panorama jurídico justificado si tenemos en cuenta que en aquella época la problemática de la depredación del patrimonio cultural no había alcanzado ni la magnitud ni las características que alcanzó en la actualidad, por las razones que ya han sido expuestas a lo largo del presente trabajo.

Lo que se hace en la actualidad para que muchos de estos actos no queden impunes, es recurrir a otras figuras específicas, cuyas características deben reunir las acción concreta para que se le califique de delictiva (Delito contra el patrimonio, contrabando, encubrimiento, daños materiales, etc.). Tenemos el ejemplo de las actividades de saqueo o de excavaciones clandestinas en perjuicio de los monumentos arqueológicos, que son tipificadas como daños³⁷, para

lo cual sólo se tiene en cuenta la intención que motivó al trasgresor, sin notar que no sólo se trata del perjuicio material que se ocasiona, sino lo más importante es la protección de un bien jurídico de características invaluable por su trascendencia y valor histórico que su misma esencia implica y significa. En el caso de sustracción de una pintura de la escuela cusqueña en perjuicio de una iglesia o museo, sólo se le concibe como delito de hurto, conforme lo señala el artículo 237 del Código mencionado, por el hecho de estar generándose un apoderamiento ilegítimo sólo de una cosa mueble ..., por medio de la destreza, el engaño y la astucia, por lo que quedaría excluido el elemento de la violencia, sustrayéndosele de la esfera del poseedor, en este caso el Estado peruano, por cuanto el delito sólo quedaría consumado cuando (el Estado que es el poseedor) sale del territorio nacional, de lo contrario sólo se trataría de una "tentativa". Por otro lado, en el caso que existiera una persona solicitante (por encargo), que es el que muchas veces es sorprendido en la aduana, en el peor de los casos sería un encubridor, ya que ha comprado un bien que ha sido robado "crimen receptorum" (art. 243 del C. Penal)³⁸.

De otro lado, cabría pensar que se trata de una defraudación al Estado de acuerdo con el artículo 246 del actual código, inc. 5o. Sin embargo, esto significaría ignorar qué se entiende por defraudación, y que la disposición citada no es sino un caso agravado de esta forma delictiva, en razón a que el perjuicio es a la Administración Pública. Para que se reprima el caso analizado sería necesario que podamos demostrar que el sacar indebidamente huacos del país constituye una etapa u otro tipo de fraude previsto en el código penal. Este no es el caso. Tampoco podría tratarse de apropiación ilícita, pues deberíamos suponer que el poseedor de los huacos los tiene por encargo del Estado con la obligación de devolverlos, por lo que al disponer indebidamente de ellos incurriría en este de-

34. El artículo 11o. de la Ley No. 6634 estipula: "las antigüedades precolombinas se inscribirán en un registro especial". Posteriormente la Ley No. 8853, así como el Decreto Supremo No. 14 del 9 de marzo de 1964 en sus partes vigentes indica la "obligatoriedad" de la administración de llevar un registro de objetos arqueológicos. La Ley No. 12954, también estipula la obligatoriedad de establecer este registro tanto para las personas naturales o jurídicas y, los artículos 14o. y 15o. de esta ley, señalan además: "la posibilidad de responsabilidad criminal para las autoridades aduaneras que permitan la exportación de estos bienes". El Decreto Ley No. 18780 prohíbe tajantemente la exportación de restos arqueológicos, históricos y artísticos que sean de propiedad del Estado o de los particulares. El Decreto Ley No. 19033, al igual que la ley No. 6634, no sólo señala la propiedad del Estado sobre esta clase de objetos y bienes, sino que además señala la intangibilidad y la inalienabilidad e imprescriptibilidad sobre monumentos pre-incaicos e incaicos, coloniales y republicanos. El Decreto Ley No. 22680 aprueba la Convención sobre medidas que deben de adoptarse para prohibir e impedir la exportación ilícita de bienes culturales, adoptada en la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en su reunión celebrada en París el 12 de octubre al 14 de noviembre de 1970. Y por último, el Decreto Ley No. 22682, aprueba la Convención sobre Defensa de Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas (Convención de San Salvador). De lo que se concluye en lo referente a todos estos dispositivos que, (1) No existe libre disposición de dominio sobre los bienes culturales que son poseídos por los particulares, sean personas naturales o jurídicas. (2) El Estado está obligado, tanto por las leyes nacionales, cuanto por los tratados internacionales a proteger y conservar los bienes monumentales que constituyen herencia común de la humanidad. (3) El decomiso y posterior ingreso al Patrimonio del Estado de los especímenes incautados a los particulares está amparado por las leyes (Alfonso Morante Campos, Informe del INC, sobre incautación de objetos arqueológicos).
35. La Ley de Protección del Patrimonio Cultural de Cuba que, en su artículo No. 12 (Ley No. 1), dice: "la extracción o intento de extracción del territorio nacional de bienes culturales protegidos por esta ley, sin haber obtenido la autorización previa del Ministerio de Cultura, constituye delito ...". Ley Federal Sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas de México. Capítulo VI. De las Sanciones. Artículos 47o., 48o., 49o., 50o., 51o., 52o., 53o. y 54o., que señala que para cualquiera de las trasgresiones que se señalan en estos dispositivos se impondrán sanciones de prisión.
36. Hurtado Pozo José, Manual de Derecho Penal, Parte General, pág. 45, Sesator, Lima, Perú.
37. Daños; art. 250 del Código Penal. Título VIII: "El que destruyere, dañare, o inutilizare una cosa perteneciente a otro, será reprimido con prisión no menor de ...".
38. Artículo 243 del Código Penal: "El que adquiere o recibiere en donación o prenda, o guardase, escondiese o vendiese o ayudase a negociar una cosa que él debía de presumir que provenía de un delito, será reprimido con prisión no menor de ...".

lito. Esta es una ficción inadmisible en el derecho penal, donde necesariamente tiene que prevalecer el principio de la legalidad, por lo que la acción sancionada debe de ser tipificada de manera expresa e inequívoca³⁹.

La figura más cercana que por sus propias características es a la que con mayor frecuencia se recurre, es la que se encuentra tipificada en el artículo 1o. de la ley que reprime el contrabando⁴⁰, la que señala que: "el internare o extrajere del territorio nacional clandestinamente "mercancías" o cualquier clase de bienes, eludiendo, en esa forma, el pago de impuestos y las tasas de aduana o infringiéndose disposiciones que prohiban o limiten dichas operaciones, incurrirán en el delito de contrabando y serán reprimidos con prisión de ...". Sin embargo, hay que tener en cuenta, para una cabal evaluación jurídica—punitiva de estos delitos y de la trascendencia del bien turístico que se trata de proteger cuando se recurre a la sanción penal⁴¹, que esta ley hace referencia a "mercancías", y esta concepción de ninguna manera puede ser aplicada por analogía o similitud a una pieza de cerámica o un lienzo de escuela cusqueña, o un manto de Paracas, por cuanto son obras artísticas de un valor intrínseco para una comunidad, ya que representan su pasado histórico, y sirven para afianzar el sentimiento de identidad de una colectividad. Por lo que al recurrirse a la ley mencionada para su sanción, indirectamente se estaría reconociendo el poco valor que el ordenamiento jurídico da a un objeto cultural. Además, conforme lo señala el gran maestro Hurtado Pozo, en el ámbito del Decreto Penal prima por sobre todas las cosas, el principio de legalidad, por lo que la acción punitiva debe ser no sólo expresa, sino inequívocamente descrita (art. 3o. del Código Penal; art. 2o. inc. 20 de la Constitución del Estado).

Y si bien es cierto que últimamente se ha promulgado la Ley de Amparo para protección del Patrimonio Cultural, en la que entre otros aspectos se señala sobre el régimen de derecho correspondiente a los bienes integrantes del patrimonio cultural de la nación, sin excepción de ninguna naturaleza, regulando su identificación, protección, investigación, restauración, mantenimiento, restitución y difusión, en ninguno de sus dispositivos se señala sobre la posibilidad de encuadrar cualquiera de los comportamientos que atentan contra esta clase de patrimonio, como delitos. Por el contrario, se sigue recurriendo a las sanciones de carácter administrativo y pecuniario, entre las críticas más severas que se formulan, que podrían ser motivo de un análisis mucho más amplio.

Del análisis y estudio de las normas legales que se han expuesto a lo largo de este trabajo, se desprende que, en el transcurso de los años, han sido muchas las leyes que se han dictado y se siguen promulgando en relación al tema que motiva este estudio. Sin embargo, se puede afirmar, que en el fondo todas han perseguido lo mismo. Pero lo cierto es que, los actos depredatorios siguen llevándose a cabo y cada día van en mayor aumento. Lo que demuestra la ineffectividad de toda la legislación enunciada, principalmente por su sentido "reiterativo y repetitivo", ya que si bien fueron promulgadas con las mejores intenciones, sus resultados todavía son sumamente discutibles. Lo que hace pensar que, los que las promulgaron, pensaron que quizás la mejor forma de proteger nuestro patrimonio cultural, es o era justamente promulgar mayor número de leyes, en algunos casos con desconocimiento de las que ya estaban vigentes. Pero a pesar, de todas estas constantes reformas y derogaciones de todo género, en nuestro sistema penal, en el adjetivo y en el sustantivo, carecemos todavía de los delitos contra el patrimonio cultural. Además, de encontrarnos desprovisto de un procedimiento adecuado y eficaz que, posibilite su rápida recuperación tanto en el plano nacional o internacional.

6. RECOMENDACIONES

- a) La formulación y puesta en práctica de un plan nacional en el campo de la investigación, es decir una racionalización de los trabajos de exploración, investigación, restauración y estudio de todos los yacimientos arqueológicos en la República.
- b) Se debe hacer obligatoria la enseñanza del valor de nuestro patrimonio cultural a todos los niveles educativos de la enseñanza, incluyendo la cátedra universitaria⁴².
- c) Debe realizarse un censo a nivel nacional de todo nuestro patrimonio artístico—histórico, creándose para estos efectos un archivo de catalogación de todas las especies que se encuentran en poder de los coleccionistas particulares y del Estado⁴³.
- d) Y para finalizar, la tipificación de estos delitos, ya que constituyen conforme a lo expuesto bienes jurídicos de naturaleza especialísima y muy diferente a las genéricas del patrimonio en agravio del Estado. Esto obliga a la creación de una figura típica penal de delito contra el patrimonio cultural de un país, considerándose así, el agregado respectivo en el Código Penal, con un procedimiento ad—hoc para la recuperación de estos valores, así como la respectiva valorización civil del caso⁴⁴.

39. **Hurtado Pozo, José.** Patrimonio Cultural y Protección Penal. Diario Expreso, Lima. 25 de mayo de 1981.

40. **Ley de Contrabando No. 16185** del 28 de junio de 1966.

41. **José M. Rico.** Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. Ediciones Siglo XXI. Introducción: "Es un hecho innegable que en toda agrupación humana existen un conjunto de normas que regulan tanto el funcionamiento de los órganos colectivos, como las relaciones de los miembros del agregado social y la de éstos con los órganos colectivos. Si los hombres respetaran voluntariamente esas normas, el derecho penal sería innecesario; pero los seres humanos son constantes trasgresores del orden jurídico establecido y, por ello, junto al derecho constitutivo también tiene que figurar el derecho sancionador. A menudo basta sólo una sanción de índole privada; la restitución de la cosa, la nulidad del acto, la indemnización por los daños y perjuicios; pero en los casos en que la importancia del bien jurídico lo reclama, el Estado se ve en la necesidad de recurrir a formas coactivas más enérgicas y, la pena se impone, (Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, 1964. T. 2; 3a. ed., pág. 13).

42. "Difusión del pasado precolombino está muy atrasado en los colegios". También en las universidades afirma catedrático". El Comercio 7.6.82. "Los conocimientos difundidos en los colegios y universidades peruanas en torno a nuestro pasado están demasiado atrasados en relación a los avances científicos ...".

43. "Hacen el primer inventario en museo antropológico, desde su establecimiento hace cuarenta años". El Comercio 30.3.84.

El Derecho Turístico, un Nuevo Derecho Autónomo

Manuel Villa—García Noriega

Alumno del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

¿Se puede hablar de un Derecho Turístico? La respuesta es afirmativa y a lo largo del presente artículo, intentaremos precisar que definitivamente podemos hablar hoy en día de un Derecho Turístico, que regularía la todavía incipiente actividad turística en el Perú, pero muy avanzada en otros países y que es una importantísima fuente productora de divisas y creadora de numerosos puestos de trabajo.

La primera ocasión en que se utilizó la denominación "Derecho Turístico" se debió al Jurista Italiano Bellitu.¹ Este término, conjuntamente con el de "Derecho del Turismo", es sin duda el más adecuado para individualizar el objeto en estudio, por su precisión terminológica, que ubica de inmediato su contenido y extensión de la materia analizada.

Al plantearse el término en cuestión se despierta el interés por saber si nos encontramos ante una nueva rama de la ciencia jurídica y la posibilidad de que ese nombre sea algo presuntuoso si la conclusión a que se llegue fuere negativa. En este sentido, estando totalmente de acuerdo con el Jurista Argentino Folchi y muchos otros, damos nuestra opinión adelantada, la cual es evidentemente afirmativa, es decir, que el Derecho Turístico es una nueva Rama del mundo Jurídico. Pero ésta no estaría comprendida dentro de una mayor, sino que por sus elementos propios y especiales justifica que se la proponga autónomamente frente a las demás.

Folchi define al Derecho Turístico como: "El conjunto de principios y normas de Derecho Público y Privado, de orden interno e internacional, que rigen

las instituciones y relaciones jurídicas nacidas del turismo y modificadas por él".²

Para nosotros, el Derecho Turístico es aquel conjunto de normas y principios de orden público y privado que están encaminadas a establecer los derechos y obligaciones de aquellas personas que se desplazan libremente fuera de su domicilio habitual por más de 24 horas y con un máximo de 6 meses, en el cual inyectan recursos que provienen del lugar de su procedencia y regula las relaciones que se establezcan con las personas naturales o jurídicas que ejercen profesionalmente esta actividad.

En apoyo de lo inicialmente manifestado señalamos que el 26 de Setiembre de 1985 la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo, Organismo dependiente de las Naciones Unidas, aprobó la Carta del Turismo y el Código del Turista, la cual como todas las Resoluciones de este organismo Internacional, tiene sólo el carácter de recomendación. En esta se señala la necesidad de que los Estados integren su política turística en su política global de desarrollo, en sus diversos niveles local, regional, nacional e internacional. Además se reconoce a toda persona el derecho al descanso y al tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo, a vacaciones periódicas pagadas y a la libertad de movimiento, sin limitaciones, dentro de los límites legales.³

1. El Turismo como un Derecho Fundamental.— Debe afirmarse categóricamente que la posibilidad de viajar y recorrer diferentes lugares y detenerse en ellos

1. FOLCHI, Mario O. **Derecho Aeronáutico y Derecho Turístico**, en Revista Peruana de Derecho Aeronáutico y del Espacio. Publicación Técnica Trimestral de Derecho Aeroespacial y Turismo. Enero—Marzo 1985. Año 1, No. 1, p. 29. Se refiere al tratadista italiano Bellotti quien en 1919 realizó el tratado "Il Diritto Turistico, Nella Legge, Nella Doctrina e Nella Giurisprudenza".

2. FOLCHI, Mario O. Op. Cit. p. 32.

3. ORGANIZACION MUNDIAL DEL TURISMO. **La Carta del Turismo y el Código del Turista**. Resolución adoptada por la Asamblea General de la Organización Mundial del Turismo reunida en Sofía, Bulgaria, en su sexta reunión ordinaria del 17 al 26 de Setiembre de 1985.

está indudablemente unida, de manera indisolublemente, a la libertad de la persona humana, constituyendo un verdadero derecho fundamental de la misma, por lo que el ordenamiento jurídico tiene que reconocer esa facultad, sin perjuicio de que señale al mismo tiempo los límites que en cada caso resultan razonables según las circunstancias.

Es decir, el turismo moderno nace de la aplicación de la Política Social que condujo a la obtención por los trabajadores de vacaciones periódicas pagadas, lo cual equivale a la vez al reconocimiento de un Derecho Fundamental del ser humano al descanso y a viajar.

El derecho al uso del tiempo libre y especialmente el derecho de acceso a las vacaciones y a la libertad de viaje y de turismo, consecuencia natural del derecho al trabajo, están reconocidos, por pertenecer al desarrollo de la misma personalidad humana, tanto en la Constitución Política de nuestro país, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En efecto, nuestra Constitución Política de 1979, en su Título I referente a los Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona, establece en el artículo 20. lo siguiente: "Toda persona tiene derecho: 9. a elegir libremente el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad". Además en el mismo Título, en el Capítulo referente al Trabajo, se establece en el párrafo tercero del artículo 44 lo siguiente: "Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios".

En el mismo sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en el artículo 13, lo siguiente: "1.— Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2.— Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país". Además, el artículo 24 señala: "Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas".⁴

Cabe resaltar lo que señaló el Jurista Español José Luis del Valle Iturriaga, en relación con los artícu-

los señalados, en su discurso titulado "Proyección de los Derechos Humanos en el Derecho Positivo". El analizó una sentencia de la Corte Suprema de la India, de fecha 10 de Abril de 1967, que resumió así: "El derecho a trasladarse al extranjero, el Derecho a viajar, es un derecho fundamental que forma parte integrante de la libertad personal. En la época moderna el pasaporte no sólo es indispensable para salir del propio país, sino también para entrar en un país extranjero, por ello es un requisito para estar en condiciones de viajar libremente. La denegación a un ciudadano de un pasaporte para trasladarse al extranjero, vulnera el Derecho Fundamental a viajar. Las atribuciones discrecionales que la administración pretende tener para expedir, retirar o anular pasaportes son además, incompatibles con el principio de igualdad ante la ley, enunciado en el artículo 14 de la Constitución India."⁵

La cita es tan elocuente que nos releva de hacer mayor comentario, pero eso sí, se le debe tener presente como un precedente Jurisprudencial del Derecho Comparado.

Asimismo, se establece éste Derecho en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos,⁶ y en el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁷

Luego del breve análisis legislativo realizado, concluimos que los Derechos a Transitar por el territorio nacional, a salir y entrar en él (salvo limitaciones justificadas), a gozar de vacaciones anuales pagadas constituyen Derechos Fundamentales de toda persona, o mejor dicho, se reconoce el Derecho Fundamental del Turismo que toda persona libremente puede ejercer.

2. Los Elementos del Derecho Turístico.— Tenemos que señalar, que siendo esta una rama en formación nos resulta imposible señalar todos sus elementos, pero sin embargo citaremos algunos, esperando que los próximos estudios que se hagan sobre este tema los vayan estableciendo y delimitando.

Vamos a seguir la idea del Jurista Italiano Ambrosini,⁸ quien estableció, en los comienzos de los Estudios del Derecho Aeronáutico, que son tres los elementos que permiten establecer con seguridad, que existe una nueva rama autónoma del Derecho.

En nuestra opinión, los 3 elementos que vamos a

4. POWER MANCHEGO—MUÑOZ, Jorge. **Índice Analítico de la Constitución Política del Perú de 1979**. Lima, Editorial Andina, 1981. pp. 297 y ss.

5. FERNANDEZ ALVAREZ, José. **Curso de Derecho Administrativo Turístico**. Madrid, Editorial Mundo Científico, 1967. T. I p. 17, cita el discurso de Ingreso en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación de José Luis del Valle Iturriaga, que versó sobre "Proyección de los Derechos Humanos en el Derecho Positivo" (Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Ciclo Conmemorativo del XX Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

6. POWER MANCHEGO—MUÑOZ, Jorge. Op. Cit. pp. 311 y ss.

7. POWER MANCHEGO—MUÑOZ, Jorge. Op. Cit. pp. 332 y ss.

8. FOLCHI, Mario O. Op. Cit. p. 29. Hace referencia al tratado de Antonio Ambrosini, "Instituciones del Derecho de la Aviación", Buenos Aires, Depalma, 1949.

señalar se podrían aplicar a cualquier derecho en formación que se quiera sustentar y con mayor razón al Derecho Turístico, que es materia del presente artículo, por su proximidad con el Derecho Aeronáutico, ya que, este surgió y se ha desarrollado tanto en los últimos años por el exclusivo incremento y mundialmente generalizado de la actividad turística que ha dado origen a la ciencia jurídica que nos ocupa.

a) Novedad Orgánica de la Materia.— Es evidente que la naturaleza del turismo ofrece fenómenos muy peculiares, que le otorgan incuestionablemente novedad respecto de las otras actividades del hombre.

Es indiscutible, que la actividad turística de las personas se manifiesta mediante un fenómeno masivo, tanto nacional como internacional, en el cual las personas se dirigen a otros lugares diferentes al lugar del domicilio. La conducta de esa inmensa mayoría se manifiesta y se origina en la experiencia masiva en busca de ciertas características naturales, como sol, playa, montañas, etc. o en busca de determinadas expresiones culturales, como ciudades coloniales, museos, monumentos arqueológicos, etc., o en busca de determinadas experiencias deportivas, como andinismo, canotaje, etc.

Asimismo, el turismo es de enorme trascendencia social por cuanto se le entiende como una actividad esencial de la vida de las Naciones, por sus consecuencias culturales y educativas de las sociedades nacionales y para sus relaciones internacionales en todo el mundo.

La masividad que presenta el turismo, se convierte además en un gran factor de desarrollo económico, ya que si ella no se diera no se justificaría las planificaciones en gran escala para hacer rentable el negocio turístico y las grandes inversiones para desarrollar determinados lugares con un específico interés turístico.

Todos estos fenómenos repercuten, sin duda, en el ámbito jurídico, creando nuevos marcos normativos, con los cuales, reuniéndolos a todos ellos, se forma el Derecho Turístico, que va a regular tanto el sector turístico nacional como el internacional.

b) Especialidad de los Principios Generales que la Gobiernan.— Sin perjuicio de la existencia de los principios de orden general, validez y aplicación universal para todas las ramas jurídicas, en cuanto principios generales del derecho, cabe señalar algunos principios que pueden servir como líneas directrices del Derecho Turístico.

En este sentido, el principal principio de esta rama jurídica resulta ser el Principio de la Libertad a Viajar, que toda persona posee, por se inherente a la naturaleza humana ya sea dentro del territorio de su

país o fuera de él.

Este es el principio base de todo el Derecho Turístico y de él nacen dos tipos de principios, los que podríamos señalar como informadores del Derecho Turístico Público y los principios del Derecho Turístico Privado.

Dentro de los primeros tenemos el principio de la Integración, que postula la necesidad y la conveniencia de crear un sistema unitario de las normas del turismo, corrigiendo las reiteradas prácticas de dispersión legislativa que se viene dando.

Luego tenemos el Principio de la Primacía, el cual postula que al turismo se le debe dar un rol de primera línea, ya que logrando el desarrollo de esta actividad se encuentra el futuro de nuestros pueblos. En consecuencia, con este principio se establece que los intereses turísticos tienen un carácter prevalente, por lo que en caso de conflicto con otros intereses ha de darse un trato preferente a lo turístico.

Y un principio que se desprende del anterior, es el del Impulso, que significa que el órgano competente del estado, en nuestro caso el Ministerio de Turismo, en su labor de alentar y estimular las actividades turísticas encuentra que determinado sector no se encuentra bien explotado por los organismos privados, puede incluso llegar a su directo ejercicio.

Dentro de los segundos podemos señalar los principios que sustentan el sistema de responsabilidad que rige para el contrato de viaje, las particulares relaciones jurídicas creadas entre los agentes de viajes y los prestadores de servicios turísticos.

c) Complementariedad en sus Aspectos Público y Privado.— El Jurista Español Fernández Alvarez,⁹ señala al respecto, que no cabe entrar en la vieja cuestión, planteada en sus orígenes por Ulpiano, al parecer con fines docentes, de la distinción de dos grandes sectores en el campo del derecho: El Derecho Privado y el Derecho Público. Pero señala, que sí cabe que recordemos que desde entonces se vienen dando casos de publicitación del Derecho Privado, y aunque esto no ocurriese de manera tan acusada como ahora, ya se reconocía en las fuentes que no se trataba de un proceso arbitrario y caprichoso, sino que sus diversas manifestaciones obedecían siempre a un fin tuitivo o de protección. Y como es natural el mundo del Turismo no podía ser una excepción, sino que incluso constituye manifestación elocuente de este fenómeno, puesto que, si bien nuestro Derecho Turístico ha hecho reconocimiento expreso del Principio de la Libertad de las Empresas, prácticamente son innumerables los condicionamientos que las mismas han de tener en cuenta para el ejercicio de la Actividad.

9. FERNANDEZ ALVAREZ, José. Op. Cit. T. I, p. 9.

En efecto, en la actualidad las instituciones y las normas del Derecho Turístico, nos es materialmente imposible ubicarlas exclusivamente dentro del Derecho Público o en el Derecho Privado, los dos grandes sectores que reconoce el Sistema Jurídico Romano—Germánico. Es fácil comprobar lo mencionado, si analizamos a las empresas turísticas, las cuales tienen su origen por, iniciativa privada, constituyéndose con arreglo a la Ley General de Sociedades, pero luego, para ejercitar y desarrollar esta actividad es necesario que cumpla con una serie de requisitos de orden público, como por ejemplo, debe obtener su registro turístico, sin el cual no podrá desarrollarse empresarialmente en esta actividad. Con este ejemplo, al cual se le podrían sumar muchísimos más, cabe declarar, sin temor a incurrir en un error, que el Derecho Turístico reconoce la existencia de una complementariedad o integralidad en sus aspectos público y privado, y que nos resulta imposible tratar de circunscribirlo exclusivamente a uno de ellos.

Luego de este exhaustivo análisis, llegamos a la conclusión que el Derecho Turístico, es una nueva rama del derecho, el cual cuenta con sus tres elementos esenciales.

3. El Derecho Turístico, un Nuevo Derecho Autónomo.— Conviene dejar, antes que nada, claramente establecido, que al mencionar este tema, debemos referirnos al concepto de la Unidad del Derecho, según el cual se destruye toda posibilidad de independencias absolutas o de fronteras cerradas entre sus ramas. Los distintos sectores en que se divide el Derecho no dejan de conformar, en su esencia, el carácter de partes de una única unidad científica.

Por eso, nunca la autonomía de un sector jurídico puede significar total libertad para regularse íntegramente por sí solo. La autonomía en cualquier sentido que se tome, no puede concebirse de manera absoluta, sino que cada rama del Derecho forma parte de un conjunto del cual es porción solidaria.¹⁰

Esta aclaración se hace necesaria, por cuanto algunos autores han sostenido la existencia totalmente independiente de determinados derechos, regidos por principios propios y totalmente desvinculados de las restantes disciplinas jurídicas. Tal posición definitivamente la rechazamos y no queremos que se llegue a una mala interpretación en el sentido que nosotros proponemos en el presente trabajo que el Derecho Turístico es un Derecho desvinculado de los demás ya que, somos conscientes que el Derecho constituye una realidad, un todo común, que impide una emancipación total de las diversas ramas que la integran.

En consecuencia, el Derecho constituye una unidad en su conjunto, pero esta consideración no impide que admitamos su variedad en cuanto a la materia y con ella las nuevas denominaciones, entre las cuales puede alinearse el Derecho Turístico. Entendida en tal sentido la autonomía, esta será enfocada desde tres puntos de vista: Legislativa, Didáctica y Científica.

a) Autonomía Legislativa.— Es la más claramente consagrada ya que, en nuestra legislación como en la legislación comparada, está respaldada con leyes positivas y orgánicas que regulan independientemente esta materia.

En el Perú el claro ejemplo de ello es, la Ley No. 24027, Ley General de Turismo, del 13 de Diciembre de 1984, que establece los lineamientos generales de la actividad turística.

Asimismo, en el Campo Internacional ya hay grandes intentos por establecer normas comunes, como por ejemplo el Convenio de Bruselas de 1970 sobre Contrato de Viaje, aunque desde luego es un aspecto parcial de esta nueva rama jurídica. Este convenio es el resultado de largos e importantes estudios jurídicos efectuados por el Instituto Internacional del Derecho Privado (UNIDROIT), organismo intergubernamental con sede en Roma, que fueron precedidos por sólidos estudios sobre los principios jurídicos existentes como consecuencia de las relaciones entre los viajeros y las personas o empresas a quien aquellos se dirigen para obtener determinadas prestaciones o servicios turísticos.¹¹

Asimismo, el 26 de Setiembre de 1985, la Organización Mundial del Turismo (OMT) ha propuesto La Carta del Turismo y el Código del Turista, al cual ya hicimos referencia anteriormente.

En consecuencia, desde el punto de vista legislativo permite verificar un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico con independencia formal, llámese por ejemplo Código Turístico.

Ello significa el pleno reconocimiento de la Autonomía Legislativa y tiende a evitar que la forzada supletoria de disposiciones inspiradas por características diversas de otras disciplinas comprometa la unidad y armonía en la aplicación de la Ley Turística.¹²

b) Autonomía Didáctica.— Se constituye cuando todas estas normas efectivamente se consolidan en leyes orgánicas o códigos, cuya aplicación suele necesitar de organismos jurisdiccionales especializados, así

10. VILLEGAS, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983. T. I, p. 124.

11. FOLCHI, Mario O. Op. Cit. p. 33.

12. VIDELA ESCALADA, Federico. *Derecho Aeronáutico*. Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, Editor, 1969. T. I, p. 49. El autor se refiere al Derecho Turístico, pero por su semejanza con la materia que nos ocupa es aplicable.

como, la especialización de investigadores, docentes y profesionales del Derecho. Es la que reconoce como única causa del estudio separado de una rama jurídica, las necesidades de orden práctico o de enseñanza. Cuando las normas jurídicas relacionadas con un mismo objeto adquieren determinado volumen, es conveniente su estudio en forma unitaria e independizada de otras partes del Derecho.¹³

Pero en la actualidad, la autonomía didáctica no ha alcanzado todavía la misma consagración universal que la Legislativa, aunque en el mundo cada vez son más las Universidades de Derecho que están incluyendo en su plan de estudios la enseñanza de esta materia, independientemente de las demás, como un todo completo en sí mismo.

En las Universidades de Derecho Peruanas, definitivamente todavía no se ha pensado en incluirla como un curso autónomo, pese a que cada vez más, se incrementan las corrientes turísticas que vienen al Perú para apreciar el rico potencial turístico que el Perú posee y que cada día, como lógica consecuencia se incrementan los problemas jurídicos, sin existir los marcos legales necesarios para resolverlos, claro ejemplo de ello, es el Turismo de Aventura, muy promocionado en el Perú y en el Mundo.

En consecuencia, aunque en las universidades de Derecho Peruanas hoy en día no se enseña, no obsta para reconocer que en otros países ya existe autonomía didáctica en este nuevo derecho, ya que su enseñanza se ha convertido muy particularizada y separada de las otras ramas del Derecho.

c) Autonomía Científica.— Se caracteriza porque el conjunto de normas que la constituyen se encuentran regidas por elementos y principios generales que le son propios.

La asignación o no de autonomía científica a un sector del Derecho tiene importancia teórica y práctica. Cuando se refiere a nuevas ramas jurídicas, la autonomía científica dará la pauta de la legitimidad de los apartamientos de su normatividad con respecto a la de su disciplina troncal, o sea, de la validez de sus normas específicas, cuando se alejan de las relaciones del tronco común del cual se han desprendido.¹⁴

Una prueba de ello se da, cuando se propugna la Autonomía Científica de determinada rama del Derecho, no se hace sino sostener que si se aplicasen a esa rama los principios, instituciones y conceptos de la disciplina troncal dentro de la cual antes se subsumía, no se satisfacen exigencias axiológicas de razonabilidad y justicia.¹⁵

Claro ejemplo de ello, son las regulaciones administrativas en torno a la conducción de los hoteles, ofreciendo un marco jurídico novedoso y que se aparta totalmente de la regulación del contrato de hospedaje regulado en el Código Civil y que en definitiva el Derecho Turístico lo abarcaría.

En consecuencia, el Derecho Turístico al poseer principios generales propios que lo sustentan e impide a su vez que otras ramas se confundan con la presente materia, nos permite sustentar también la existencia de la Autonomía Científica.

Luego del análisis realizado, en el cual hemos llegado a la conclusión que en todos sus aspectos (legislativo, didáctico, y científico) el Derecho Turístico es un Derecho Autónomo, se hace necesario que se le trate como tal por la complejidad cada vez mayor de la vida diaria en este sector específico, es decir, como una Nueva Rama Autónoma de las Ciencias Jurídicas.

13. VILLEGAS, Héctor. Op. Cit. T. I, p. 125.

14. VILLEGAS, Héctor. Op. Cit. T. I, p. 126.

15. VILLEGAS, Héctor. Op. Cit. T. I, p. 127.

Ahorros
Cuentas Corrientes
Tarjeta de Crédito
Plazo Fijo
Moneda Extranjera
Giros
Transferencias
Letras
Remesas de Dinero
Valores
Cartas de Crédito
Importaciones y
Exportaciones, etc.

**Pida Ud. el servicio
que necesite, y el
BANCO DE LIMA
se lo dará con la mejor
atención.**



BANCO DE LIMA

hace las cosas bien

El Régimen Patrimonial de las Asociaciones Civiles

César Luna—Victoria León

Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Facultad de Derecho de la PUC.

1. REFLEXION INICIAL

Parto de un supuesto: que las Asociaciones Civiles tienen una presencia cada día más importante en la vida económica del país. Bajo el único requisito de tener finalidad no lucrativa (esto es, no distribuir entre los asociados los excedentes que pudieran obtener), las Asociaciones han desarrollado diversas actividades típicamente mercantiles. Claro está que estas actividades mercantiles se encuentran subordinadas al objeto social de la Asociación y el rendimiento económico sólo sirve para financiar la ejecución de este objeto social. Pero nada de esto debe restar importancia al hecho que se realizan tales actividades económicas.

Veamos algunos ejemplos. Muchas Asociaciones dedicadas a la prevención de la salud en sectores marginales, importan y comercializan medicinas; y su movimiento excede normalmente al promedio de las droguerías o farmacias. Los Centros de Investigación, Capacitación y Promoción editan, en algunos casos imprimen y, en la mayoría de los casos, distribuyen y comercializan sus trabajos; y su movimiento es comparable al de imprentas y librerías. Para no incrementar la cita de ejemplos, utilicemos un último: la actividad financiera. Con el evidente propósito de ayudar a experiencias autogestionarias de trabajadores (empresas de propiedad social, cooperativas, empresas administradas por sus trabajadores) o, más recientemente, de apoyar a los "empresarios populares" (ambulantes, sin eufemismos) se organizaron Asociaciones

Civiles para conceder créditos y garantías a las organizaciones beneficiadas. Es cierto que, en los ejemplos citados, el "costo" de la medicina, del libro o del crédito está "subvencionado", esto es que se ofrece al usuario por debajo de su costo de mercado. Pero para el análisis, el valor involucrado en una transacción no enerva en nada la naturaleza jurídica del acto: una venta será una venta, sin importar el valor. Por otro lado, estas Asociaciones Civiles no sólo realizan actos mercantiles aislados. Estos actos constituyen una actividad cotidiana. Junto con estas tareas, las Asociaciones Civiles empiezan a tener una participación mayor en la vida económica del país: contratan trabajadores (aliviando la desocupación), captan divisas provenientes de la Cooperación Técnica Internacional (aliviando la escasez de reservas internacionales) y sustituyen al Estado en la prestación de servicios públicos en áreas marginales a los que éste no llega (salud, educación, cultura, alimentación, vivienda, "subvencionado" y aliviando al Tesoro Público).

Entonces, si estas Asociaciones Civiles realizan actividades económicas de modo habitual (y, en algunos casos, organizados más eficientemente que cualquier empresa) ¿qué la diferencia de las personas jurídicas de ánimo lucrativo como son las sociedades? La diferencia, lo hemos visto, no está en la actividad cotidiana. Esta diferencia es mucho más sutil y abstracta. Para las sociedades, la actividad económica constituye, en sí misma, el objeto social; en tanto que para las Asociaciones Civiles el objeto social será otro de interés común para los asociados (la prevención de la sa-

lud, la investigación y difusión de la cultura, la promoción a determinados sectores, en los ejemplos citados), de tal suerte que la actividad económica sólo es un medio para perseguir ese objeto social. En otras palabras, la actividad económica está vinculada directamente con la finalidad lucrativa de la sociedad (es precisamente a través de la optimización de esa actividad que se generarán utilidades que luego se distribuirán, según la lógica del sistema), en tanto que en la Asociación Civil la actividad económica no es concebible en sí misma, tiene que estar siempre subordinada a un objeto social de interés común (de allí, que los resultados de la actividad económica no puedan ser distribuidos entre los asociados, sino que deben ser aplicados necesariamente al cumplimiento del objeto social).

Pero, más allá de la evidente distinta naturaleza jurídica entre Asociaciones Civiles y Sociedades, el dato objetivo es que unas y otras realizan actividades económicas que el sistema legal no puede ignorar y debe regular. El caso está cubierto para las Sociedades, porque todo el ordenamiento legal supone que realizan tales actividades económicas y las regulan. No sucede lo mismo en el caso de las Asociaciones Civiles. Pareciera ser que el ordenamiento legal las continúa considerando como entidades exclusivamente altruistas o filantrópicas, ignorando su nuevo rol.

Por ello, con cierta decepción, asistí al debate final del nuevo Código Civil, viendo cómo la Asociación Civil, y las demás personas jurídicas, eran reguladas en términos generales. La decepción fue mayor, porque en otras partes del Código se hizo un esfuerzo pedagógico importante. Quienes trabajaron el nuevo Código prefirieron sacrificar rigurosidad técnica, introduciendo definiciones y regulaciones concretas en diversas instituciones, precisamente para favorecer y promover que el hombre común de nuestro país acceda a la "cultura jurídica". Citaré al doctor Felipe Osterling, Presidente de la Comisión Reformadora del Código, porque evita mayor comentario: "En ciertos casos se justifica que los Códigos tengan una función docente, aún a riesgo del peligro teórico de la inexactitud que puedan encerrar las definiciones y del peligro que supone circunscribir algunos aspectos de la vida jurídica al criterio de una época particular, detalle este último que en muchas ocasiones ha impedido la flexibilidad de las normas. La decisión por la cual se ha optado en esta ocasión, queda justificada por la circunstancia de que nuestro medio adolece de una aguda carencia de educación jurídica".¹

Lamentablemente, este esfuerzo docente no está presente en el tratamiento de la Asociación Civil. Salvando siempre la ofensa de la comparación, examine-

mos la Ley General de Sociedades, la Ley General de Cooperativas, la Ley de Empresas de Propiedad Social y la Ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Se verá que existe el esfuerzo (excesivo para algunos, pero esfuerzo al fin) de regular al detalle el funcionamiento de estas personas jurídicas. Se advertirá que la persona que se embarca en un negocio mediante alguna de estas "formas empresariales", cuenta con alguna experiencia en el manejo de éstas. No obstante, el ordenamiento legal le facilita la gestión al brindarle regulación (las leyes comentadas) que prevén el detalle más insignificante. Vemos por ejemplo, cómo estas leyes enseñan hasta cómo se hace un acta. Pero esto es lo anecdótico, destaco más bien la regulación patrimonial (quién es responsable del manejo de los recursos sociales, cómo y en qué oportunidad debe formular el balance y los estados de resultados, la formación de tales estados financieros, el tratamiento a las pérdidas y, por último, el procedimiento y acciones para determinar la responsabilidad de los representantes).

La comparación marca un contraste muy fuerte en contra de la Asociación Civil. Si el punto de partida fue evitar la regulación patrimonial en la Asociación porque este aspecto no era importante (dada la finalidad no lucrativa) este punto de partida ya había sido superado por la realidad hace mucho tiempo (incluye mucho antes del debate del nuevo Código).² Si la opción fue una regulación básica y técnica, contradice la opción pedagógica de otras partes del Código. A continuación he querido identificar algunos de los aspectos del régimen patrimonial de las Asociaciones Civiles, compartiendo una experiencia y sugiriendo un debate, antes que formular una propuesta.

2. EL PATRIMONIO

Probablemente una de las normas cuya ausencia resalta más en el nuevo Código es aquella que exigía a las Asociaciones Civiles que contasen con un patrimonio ("peculio propio") o que establecieran en sus estatutos la manera de formarlo, como un requisito para su existencia jurídica (art. 44o. del Código Civil de 1936). Más que una norma evidente (cuya omisión técnicamente podría ser justificada) se trata de una condición para la existencia jurídica de estas Asociaciones cuya regulación es necesaria. Debe tenerse presente que en todas las personas jurídicas de responsabilidad limitada para sus integrantes, se exige siempre la formación de un capital (integrado precisamente por aportes de los socios) que constituye el patrimonio neto inicial para poder afrontar las obligaciones derivadas de los actos y contratos que realice la Sociedad. La Asociación Civil es también, en rigor, una persona jurídica de responsabilidad limitada, porque sus

1. En "Código Civil". Exposición de Motivos y Comentarios, Compilación de Delia Revoredo de Debakey, Tomo V pág. 301. Lima-Perú 1985.
2. Véase, por ejemplo, "El proyecto de nuevo Código Civil en lo referente a Personas Jurídicas" de Javier de Belaunde López de Romaña en Revista de Derecho No. 36 PUC. Diciembre 1982.
3. Toda cita legal sin referencia específica corresponde al Código Civil de 1984.

asociados no responden como tales por las deudas de la Asociación (art. 78o.).³ En este contexto, la regulación sobre la formación de un patrimonio inicial es una necesidad.

Se podría sostener que esta regulación existe al requerirse que el estatuto de la Asociación exprese "los bienes que integran el patrimonio social" (inc. 3 del art. 82o.). Pero la norma es incompleta e imperfecta.

El concepto de "patrimonio" utilizado, por ejemplo, está siendo superado en el análisis de asuntos patrimoniales. Explicaré esto: existen al menos dos conceptos de "patrimonio" utilizados por el Código Civil. Una acepción alude a la universalidad de derechos y ne y a lo que uno debe), así se alude al "acervo" o "patrimonio sucesoral" (art. 660, por ejemplo). Otra acepción alude a "patrimonio" sólo como al conjunto "de lo que es de uno", así se habla de "patrimonio cultural" o "patrimonio personal". Esta última acepción es la utilizada en el Código al requerirse a las Asociaciones Civiles que precisen en su estatuto los bienes de los que son propietarias o, los que es lo mismo dentro de la acepción escogida, "los bienes que integran el patrimonio social".

Sin embargo, en el uso común de las regulaciones patrimoniales, predomina la primera acepción. En efecto, "patrimonio" no es sólo "lo que uno tiene" sino también "lo que uno debe", de tal suerte que la definición universalmente aceptada de patrimonio es "lo que uno tiene menos lo que uno debe" o, más técnicamente: "activo menos pasivo". De allí que para la mayoría de los usuarios del Código Civil en la parte de las regulaciones patrimoniales no comprendan del todo cómo un patrimonio podría estar integrado sólo por bienes sin precisar el monto de las obligaciones. Para todos ellos, el patrimonio de una Asociación es una cuenta (un conjunto de cuentas, en rigor) que varía día a día, precisamente en función de la comparación de "lo que uno tiene contra lo que uno debe". De otro lado, tampoco alcanzo a encontrar utilidad alguna a la norma, al menos tal como está redactada. Una primera inquietud es el nivel de especificidad con que debo precisar los "bienes de mi patrimonio", ¿será suficiente identificar los bienes más importantes? ¿será necesario indicar los bienes de uso corriente, "inventarios" por ejemplo? Una segunda inquietud es si debo precisar el valor de los bienes. Literalmente la norma no lo exige, de modo tal que no sería necesario indicar el valor; pero si esto es así, la norma no cumpliría totalmente con el objetivo de precisar el "peculio propio" con que cuenta la Asociación para afrontar sus obligaciones. De otro lado, si debo indicar el valor, ¿cuál debo utilizar: el valor histórico (valor de adquisición y/o valor en libros), estaré obligado a revalorar y depreciar los bienes, estaré obligado a aplicar "índices de corrección monetaria", o deberá indicar valor de mercado o tasación? Por último, ¿cuál deberá ser la diferencia patrimonial que me obligará a modificar estatutos para indicar la venta o adquisición de bienes y, por tanto, la variación de mi patrimonio?

Creo que aún en el supuesto de ser resueltas estas inquietudes, seguiría siendo inútil para el acreedor de la Asociación: éste nunca actuará por lo que el estatuto establezca. La situación patrimonial la definirán los estados financieros y el balance, a ellos se remitirá el acreedor para saber si la Asociación cuenta con "peculio propio" para afrontar obligaciones. Hubiese sido sin duda necesario repetir la norma del Código anterior y agregar, a lo sumo, que "... el patrimonio de la Asociación será el que arroje su Balance".

3. EL PATRIMONIO ANTES DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Uno de los mayores aciertos del nuevo Código es el haber reconocido la existencia y funcionamiento de Asociaciones "irregulares", esto es, no inscritas en registros (arts. 125 y siguientes). Sin embargo, sin proponérselo, el Código ha establecido mecanismos que desalientan la regularización de estas Asociaciones no inscritas, al concederles un tratamiento más favorable que a las Asociaciones inscritas. Identifico, al menos, dos de estos mecanismos.

El primero es la responsabilidad de los asociados. La Ley General de Sociedades, por utilizar una analogía, establece muy claramente que los socios son responsables solidarios por las operaciones realizadas antes de la inscripción (art. 387 de la citada Ley). Agregando que, aún cuando se inscribiese, las operaciones realizadas en nombre de la Sociedad antes de la inscripción sólo serán asumidas si ésta lo ratifica (art. 3o. id.). En este contexto, los socios son los primeros interesados en perfeccionar la inscripción registral para liberarse de esa responsabilidad solidaria. Nada de esto ocurre en la Asociación, porque el régimen sólo establece la responsabilidad solidaria de "quienes actúen en nombre de la Asociación" (art. 126). De modo tal que, al no estar involucrados en la responsabilidad por las obligaciones de la Asociación, los asociados podrían no estar necesariamente interesados en la inscripción.

De otro lado, también está regulado que el asociado no tiene derecho alguno sobre el patrimonio de la Asociación (art. 78o.).³, si se retira estará obligado al pago de las cotizaciones devengadas y no tendrá derecho al reintegro por las aportaciones realizadas (art. 91o.) y el saldo de liquidación patrimonial deberá entregarse a otra institución de fines análogos (art. 98o.). Sin embargo, este régimen patrimonial no es aplicable a la Asociación no inscrita, porque pese a la remisión que permite la aplicación supletoria de las normas de las Asociaciones inscritas (art. 124), el régimen de las Asociaciones no inscritas tiene una norma precisa que permite interpretar que el "fondo común" (esto es, el patrimonio institucional) podría ser repartido (entre los asociados, debo entender) y aplicarse al reembolso de las aportaciones de los asociados, una vez que se cancelen las obligaciones de la Asociación, esto es, cuando deje de tener vigencia (art. 125).

En una cultura de la "informalidad", usando conceptos de moda, los asociados preferirán el régimen de la Asociación no inscrita, porque no les impone más responsabilidad (esto es, mantienen la responsabilidad limitada) y les permite el reembolso de aportaciones y la distribución patrimonial que no les estaría permitido de inscribir en Registros Públicos la constitución de la Asociación. Si además, la Asociación no inscrita goza de personería jurídica (al menos para efectos judiciales, tal como está regulada por el art. 124) creería que existen más ventajas no inscribiendo la Asociación. Claro está, habrá que buscar siempre un Representante que, como Administrador, asuma la responsabilidad por las operaciones sociales. Creería que toda esta situación podría ser subsanada si el régimen estableciese la responsabilidad solidaria de los asociados durante la etapa "irregular" de la Asociación, esto es, en tanto no se inscriba en Registros Públicos. El único modo de desalentar la "informalidad", es hacer que ésta sea más onerosa que la "formalidad" y no al revés.

4. LA FORMACION DEL PATRIMONIO (EL TRATAMIENTO A LAS DONACIONES)

Es de alguna manera evidente que el nuevo rol de las Asociaciones Civiles es financiado por donaciones o créditos promocionales. Ninguna de sus grandes tareas es asumida sólo con las aportaciones de los asociados ni con el rendimiento de alguna de las actividades económicas, por más rentables que fuesen éstas últimas (son muy contados los casos en que tales actividades han logrado recrear capital de trabajo para autosostener a las Asociaciones, pero aún en este supuesto, el recurso inicial fue siempre una donación).

Los problemas que con más frecuencia se presentan en el tratamiento patrimonial a las donaciones son de varios niveles. Para comenzar, habría que precisar que la palabra "donación", en el contexto de las Asociaciones Civiles, es utilizada para aludir al típico contrato de donación, pero también es utilizado indistintamente para aludir a cualquier "transferencia" o "habilitación" o "aporte" que Entidades de Cofinanciamiento conceden a las Asociaciones Civiles para auspiciar, financiar o, simplemente, colaborar en la ejecución de algún proyecto de las Asociaciones. Si bien todos estos actos son "gratuitos", no todos ellos pueden ser jurídicamente considerados como una donación. La donación es fundamentalmente un acto de "liberalidad" que es sólo una especie del gran género de los actos gratuitos. La diferencia está en lo siguiente: en los actos gratuitos una parte se beneficia de la otra porque no está obligada a una contraprestación, pero no necesariamente se "enriquece" porque no hay necesariamente una transferencia patrimonial; sólo en los actos de liberalidad hay un enriquecimiento patrimonial gratuito, porque el acto de liberalidad sí importa la transferencia patrimonial.

Conforme a esto, la donación importa la obliga-

ción del donante de "... transferir gratuitamente el donatorio la propiedad de un bien ..." (art. 1621). Esto es, que será donación sólo aquellas "habilitaciones" o "transferencias" en las que la Asociación reciba gratuitamente un bien que la "enriquezcan patrimonialmente". En otras palabras, recursos financieros que sean de libre disposición de la Asociación. Este "enriquecimiento patrimonial" no desaparece ni la donación se desnaturaliza si el donante impone un "cargo", esto es, una conducta o una afectación al donatorio. Así, será una donación, por ejemplo, la transferencia gratuita de un equipo de proyección audiovisual, aún cuando se le imponga la "carga" de utilizarla para los fines educativos de la Asociación. Como puede resultar obvio, para que siga existiendo donación debe seguir existiendo "enriquecimiento patrimonial", de tal suerte que la "carga" debe ser simbólica y proporcional a la transferencia patrimonial, en ningún caso ser equivalente (en cuyo caso estaríamos frente a una contraprestación que eliminaría el carácter gratuito de la donación) ni superar el monto de lo donado, porque allí estaremos frente a figuras distintas a la donación, como se verá a continuación (cfr. art. 187).

Distintos son los casos en que la Asociación recibe recursos, que si bien son gratuitos, está obligada a aplicarlos íntegramente a la ejecución de su objeto social. Esta es la situación de la gran mayoría de los proyectos institucionales que son "cofinanciados" por Entidades de Cooperación. En estos casos, existe obligación de la Asociación de "rendir cuentas" de los recursos recibidos, eventualmente deberá devolver los recursos no aplicados (o cuya rendición no hubiese sido aceptada) o (en determinados casos) devolver los bienes adquiridos con los recursos proporcionados, una vez que se culmine la ejecución del proyecto. Como resulta claro, en estos casos no existe "enriquecimiento patrimonial" alguno para la Asociación, aún cuando existe una "transferencia de recursos".

Existe otra modalidad para tratar las "habilitaciones sujetas a rendición de cuentas" y es cuando la Asociación no ejecuta el proyecto por sí, sino en representación de la Entidad de Cooperación. Esta posibilidad ocurre cuando la Asociación traslada a la Entidad de Cooperación todos los gastos realizados, porque tales gastos se hacen por cuenta de ella (lo que supone, legalmente, un Convenio de Mandato con Representación). Ejemplos de estos son los casos en que la Asociación es sólo una intermediaria entre la Entidad de Cooperación y los Beneficiarios, bien sea para trasladarles directamente recursos y bienes o, más complejamente, para ejecutar un proyecto o una obra que será transferida posteriormente a tales beneficiarios. En cualquier caso, el ingreso no es un ingreso de la Asociación ni el egreso es un egreso de la Asociación, la representación obliga a que todo el movimiento patrimonial no quede reflejado en las cuentas de la Asociación. Para efectos de control, tales movimientos (ingresos y egresos) deberían formar parte de

"cuentas de orden" llevadas por la Asociación pero que no son de la Asociación. Estas cuentas (mejor dicho, los saldos de estas cuentas) serán transferidos a la Entidad de Cooperación concluido el encargo.

De modo tal que las "Habilitaciones sujetas a rendiciones de cuentas" no son donación, aún cuando equívocamente las partes intervinientes así la hayan calificado (se debe recordar que "las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son"). La diferencia, se ha visto, no es sólo por su naturaleza jurídica sino también por sus efectos prácticos en el tratamiento de los gastos de operación.⁴ A estos efectos prácticos quisiera agregar uno último, referido a la forma que debe revestir el contrato. Si se trata de una "habilitación sujeta a rendición de cuentas" (en el sentido precedentemente comentado) no existe forma alguna obligatoria, por tanto puede revestir cualquiera, incluso formalizarse por simple acuerdo de voluntades. No obstante, disposiciones tributarias requieren que estos ingresos consten de "documentos fehacientes" para no ser considerados como ingresos gravados (cfr.: art. 54o. de la Ley del Impuesto a la Renta, texto único ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 300-85-EF), por lo que se impone necesariamente que exista prueba escrita y fehaciente de las habilitaciones.

Situación distinta es la de las donaciones. En estos casos, si el importe supera las ciento cincuenta veces el salario mínimo vital, se requiere que la donación conste por escritura pública. Se puede discutir la necesidad de esta exigencia (en rigor, personalmente la discuto) pero está allí y habrá que respetarla, "bajo sanción de nulidad" como lo establece el artículo 1625. Conozco casos en que se ha tratado de eludir la obligación de la escritura pública, "fraccionando" la donación en cuotas menores a los cientos cincuenta salarios mínimos vitales (recreando una suerte de "suministro gratuito" de recursos), pero ésta es una figura impropia y no todas las donaciones son susceptibles de fraccionamiento. En otros casos, (sobre todo en aquellos casos en que la donación proviene del exterior) se ha pretendido amparar en las normas de Derecho Internacional Privado, haciendo que el contrato de donación se otorgue fuera del país, de tal suerte que sea la ley del lugar en que se otorga la donación la ley que regule la forma del contrato de donación, conforme a la norma del artículo 2094. En estos últimos casos, el contrato de donación se reputará válido y no existirá "sanción de nulidad" si el contrato reviste la forma exigida en el lugar en que se otorgó (por lo general tales legislaciones son menos formales que la peruana). Sin embargo, creo que siempre lo más fácil es hacer las cosas tal como son mandadas

por la ley. El problema es que la escritura pública "es muy cara", con lo que se resuelve identificando un servicio menos caro (esto es, un Notario "más barato") o simplificando la escritura. En rigor, bastaría que la escritura pública indicara sólo los bienes y recursos donados, su valor y, eventualmente, las cargas que deba cumplir la entidad perceptora de la donación. Las demás estipulaciones y regulaciones (como la indicación del proyecto, de los beneficiarios, el modo en que se transferirán los recursos y similares) bien podrían constar en documento privado, cuya referencia sería recomendable se indicara (sólo se indicara) en la escritura).

5. LA ACTIVIDAD MERCANTIL (LOS INGRESOS DE OPERACION)

En la introducción de este comentario se precisó que "bajo el único requisito de tener una finalidad no lucrativa" las Asociaciones Civiles podrían realizar casi cualquier actividad económica. Esta afirmación, en principio, es válida, aunque descubro impedimentos legales para que una Asociación Civil realice determinadas actividades económicas, pero no por su naturaleza jurídica sino porque esta naturaleza jurídica no permite cumplir determinados mecanismos de participación de los trabajadores que garantizan y exigen la Constitución y determinadas leyes sectoriales.

Para este efecto, escojamos el ejemplo de la empresa industrial, precisamente por ser el más conocido y en el que se puede apreciar mejor lo comentado. Conforme a la Ley General de Industrias, para dedicarse a la actividad industrial las personas jurídicas deben obtener licencias y registros, que las conviertan en "empresas industriales", entendiéndose por tales a "... la constituida por la persona natural o jurídica bajo cualquiera de las formas previstas en el artículo 112o. de la Constitución Política del Perú y cuyo objeto sea, fundamentalmente, ejercer la actividad manufacturera. . ." (norma IV del Título Preliminar de la Ley General de Industrias, Ley No. 23407), estableciendo la norma del artículo 112o. de la Constitución lo siguiente: "El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la existencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características". Se ha interpretado estas normas para excluir a las Asociaciones Civiles de las actividades industriales porque, se afirma, no son "empresas".

Existe en la interpretación y en la norma consti-

4. Sólo las "Habilitaciones sujetas a rendición de cuentas" y transferencias similares absorben pérdidas directamente porque son tratadas como cuentas en los Estados de Resultados. En cambio, la donación no es un ingreso de operación sino una cuenta patrimonial ("capital adicional") que se refleja en el balance y sólo compensa gastos indirectamente, una vez que éstos han ocasionado una pérdida de operación y es trasladada como "Resultados del Ejercicio" a otra cuenta patrimonial ("Resultados acumulados"), compensándose entre sí a efectos de determinar el "patrimonio neto" de la Asociación.

de Industrias ya citada). En principio, la participación en la gestión y en las utilidades de la actividad industrial no desnaturaliza a la Asociación Civil. En efecto, nada impide que, conforme al mandato legal, los representantes de los trabajadores se integren en el Consejo Directivo de la Asociación para la deliberación de los asuntos de la actividad industrial como nada impide que los mismos representantes de los trabajadores se integren al Directorio de una Sociedad Anónima, sin desnaturalizar a ésta. Tampoco nada impide que los trabajadores participen en una parte de las utilidades de la actividad industrial. Esta distribución no desnaturaliza la finalidad no lucrativa de la Asociación, porque aún cuando su naturaleza no es estrictamente laboral, deberá ser entendida como un costo laboral. En este supuesto, el saldo neto de la actividad industrial (deducida la participación de los trabajadores) será la que deberá aplicarse necesariamente al objeto social de la Asociación y no distribuirse entre los Asociados.

Donde si existe dificultad es cuando los trabajadores de la actividad industrial tienen derecho a participar también en el patrimonio de la persona jurídica, porque tal participación se efectiviza mediante títulos representativos de aportes de alícuotas de ese patrimonio (acciones comunes para los Accionistas y acciones laborales para los trabajadores, para el caso de la Sociedad Anónima) que sí es incompatible con la naturaleza de la Asociación.⁵ Es por esta razón normativa que una Asociación Civil eventualmente puede verse impedida de ejercer actividades industriales. De modo tal que nada impediría a la Asociación Civil el ejercicio pleno de la actividad mercantil en aquellas situaciones en que no se viese obligada a conceder participación patrimonial a sus trabajadores.

6. EL DESTINO DEL PATRIMONIO

No pretendo ni podría afirmar que la Asociación es un "patrimonio afectado", pero sí creo que es válido sostener que el patrimonio de la Asociación está afectado a un interés por lo menos común. Es evidente que la naturaleza jurídica de la Asociación excede a la simple definición de un "patrimonio afectado" como a veces se reduce en el caso de la Fundación. Pero no es menos cierto que el patrimonio de la Asociación no es de libre disposición, está "afectado" a un objeto social.

En efecto, si los asociados no tienen libre disposición ni reembolso de sus aportaciones (ni siquiera en caso de retiro), el patrimonio de la Asociación se debe aplicar necesariamente al objeto social, no sería concebible una aplicación distinta. Esta "afectación"

incluso sobrevive a la propia existencia jurídica de la Asociación, porque el saldo de liquidación patrimonial se entrega a personas distintas de los asociados para que lo continúen "afectando" a fines análogos, tal como está previsto en el artículo 98o. Esa fue la intención declarada de quienes hicieron el Código, citando para ello al doctor Carlos Fernández: "... Es por ello que en el estatuto de esta persona jurídica puede establecerse con toda libertad el destino final del patrimonio, siempre que tal disposición no signifique una operación lucrativa sino que por el contrario, los bienes se atribuyan en esta hipótesis al fomento de actividades sociales solidarias de índole no lucrativa" (en "Código Civil..." compilación de Delia Revoredo de Debaquey ya citado, Tomo IV, pág. 220). La afectación es mucho más precisa en el caso que el estatuto no haya fijado beneficiario del patrimonio, porque en esta hipótesis la norma obliga expresamente a la Corte Superior a aplicar el patrimonio a fines análogos a los de la Asociación liquidada.

Se pone de manifiesto, en consecuencia, que el régimen patrimonial no es ni debe ser de interés exclusivo de los asociados. No cabe duda que la colectividad, como potencial beneficiaria del saldo de liquidación patrimonial, tiene algún interés en que el patrimonio de la Asociación se aplique correctamente y, lo que es más importante, "no se pierda en el camino". Es cierto que el ser "potencialmente beneficiaria" no otorga a nadie un derecho directo de fiscalización (salvo la poco probable hipótesis que uno aparezca como beneficiario según declaración previa del propio estatuto), pero ello no puede enervar la necesidad que el ordenamiento legal establezca mecanismos regulatorios. Quisiera sugerir al menos tres: el tratamiento de las pérdidas, la posibilidad de fusión entre Asociaciones Civiles y la administración y transferencia de patrimonio de Asociaciones en Quiebra.

Se recordará que las pérdidas acumuladas constituyen una causal de disolución y liquidación de las Sociedades, en aquellos casos en que reducen el patrimonio a la tercera parte del capital social (inciso 3o. del art. 359o. de la Ley General de Sociedades).⁶ Contra lo que se sugiere comúnmente, ésta no es una norma en favor de los acreedores sociales, porque en esta hipótesis el patrimonio "no se ha perdido del todo". Existe aún un patrimonio (equivalente es cierto sólo a la tercera parte del capital), o lo que es lo mismo: luego de considerar las obligaciones sociales (pasivo) tenemos bienes (activo) que las cubren suficientemente y arrojan un saldo positivo en favor de la Sociedad (patrimonio neto: activo menos pasivo). De

5. La participación de los trabajadores en el patrimonio de "empresas industriales" no está prevista para las "pequeñas empresas", esto es aquellas cuya venta neta es inferior a 720 sueldos mínimos vitales anuales. Superada esa cifra, los trabajadores eligen entre participar sólo en el 17 o/o de las utilidades (Sistema II) o acceder al 23.5 o/o, percibiendo como utilidades sólo 10 o/o y el saldo de 13.5 o/o patrimonializándolo para recibir "acciones laborales".

6. La causal ha sido suspendida hasta el 31 de diciembre de 1988 respecto de pérdidas determinadas al 31 de diciembre de 1985. D.S. No. 216-86-EF.

modo tal que, en este caso, los acreedores sociales tienen cubiertos sus créditos. La norma sugiere más bien que los directores (administradores sociales) están obligados a convocar a los socios para que deliberen sobre esta pérdida de patrimonio. Serán los socios los que, luego del examen, decidirán si continúan con la "empresa" (para lo cual tendrían que reintegrar la pérdida o reducir el capital social) o si le ponen fin (procediendo a la disolución y liquidación). Para este efecto, los directores o administradores sociales no tienen que esperar el cierre del ejercicio para determinar la pérdida de patrimonio, están obligados a realizar el examen por lo menos trimestralmente y a convocar a la Junta de Socios de inmediato cuando la pérdida deba presumirse (art. 169o. de la Ley General de Sociedades).

Conforme al régimen de las Sociedades, si la Junta de Socios no es convocada o si reunida no acuerda "regularizar" la situación patrimonial ni disolver la sociedad, ésta sobreviene en "irregular", lo que determina responsabilidad solidaria para los directores o administradores (arts. 385o. y 387o. de la Ley General de Sociedades), quienes sólo podrán liberarse de esta responsabilidad recurriendo al juez para que éste declare la disolución social (art. 363o. id.). En la lógica del sistema, está el interés de evitar la pérdida total del patrimonio, exigiendo un pronunciamiento expreso de los interesados (la Junta de Socios) sobre si la situación de pérdidas acumuladas amerita o no continuar la "empresa".

Nada de esto se prevé para las Asociaciones Civiles. Sería conveniente evaluar este mecanismo (o cualquier otro) que persiga el mismo fin. Descubro dos problemas para aplicar mecánicamente el sistema elegido para las Sociedades. En éstas, el capital social es una cuenta estable (representa la suma aritmética de los aportes sociales) y por tanto es una referencia fija que permite evaluar con alguna certeza el movimiento del patrimonio y establecer cuando éste ha quedado reducido a la tercera parte del capital. En cambio, en las Asociaciones Civiles o no existe capital social o éste está integrado sólo por las cotizaciones de los asociados, no constituyendo en ningún caso una cuenta de referencia. En este caso, creería que la referencia debería abarcar también la cuenta "capital adicional" que integra las donaciones recibidas por la Asociación. Así, sería causal de disolución de una Asociación "pérdidas que reduzcan el patrimonio a menos de la tercera parte del capital social y adicional, salvo que éstos se reduzcan y exista acuerdo expreso de la Asamblea General de Asociados de continuar operando". Obviamente, esta sugerencia pasa también por una actualización y adecuación del tratamiento del Plan Contable General Revisado (Resolución CONASEV No. 006-84-EF/94 del 15 de febrero de 1984) a la realidad de las Asociaciones Civiles. Un segundo problema es determinar la responsabilidad de los Administradores y, eventualmente, cómo proteger el interés de la colectividad "potencialmente beneficiaria". Este es un aspecto que trasciende el nivel ex-

clusivamente legal, para entrar a discutir sobre los modelos de control en la gestión de las personas jurídicas. En principio, soy de la idea de mantener en libertad a las personas jurídicas para determinar por ellas mismas la responsabilidad de la gestión de sus Administradores, sin crear mecanismos u organismos controladores que las corporativicen estatalmente. Pero ello requiere se regule la responsabilidad de los Administradores por mala gestión y la responsabilidad que alcance también a los asociados por no imputar tal responsabilidad. En este sentido, debería existir una norma que prohibiera la liberación de responsabilidad de los Administradores, porque según la línea argumental, éste patrimonio está "afectado" y ya no corresponde al asociado "perdonar" la mala gestión, como no le está permitido disponer lucrativamente del patrimonio. Sólo cuando el asociado comprenda que podría estar involucrado solidariamente con el Administrador si conociendo su mala gestión no se la imputa, es que el patrimonio de la Asociación podría estar protegido; de otro modo, el asociado no tendría mayor interés (salvo el de continuar persiguiendo el objeto social) ni responsabilidad en la pérdida del patrimonio. Determinada la responsabilidad del Administrador, la Asociación podría optar por ejercitar ella misma la acción, con lo que la recuperación patrimonial (la indemnización) incrementará el patrimonio (resarcirá la pérdida) o podría informar al Ministerio Público para que ésta la ejercitara (ampliando las facultades previstas actualmente en el art. 96o.) en cuyo caso entiendo que el recupero patrimonial debería quedar a disposición de la Corte Superior para su aplicación a fines análogos.

Otro mecanismo regulatorio pendiente es la posibilidad expresa (porque, en rigor, nada le impide) de la Fusión entre las Asociaciones Civiles. Debe tenerse presente que el objetivo de la Fusión es que el patrimonio de una o más personas jurídicas (se entiende de la misma naturaleza) se integren disolviéndose (extinguiéndose) las personas jurídicas fusionadas "sin liquidarse" (según el concepto del art. 354o. de la Ley General de Sociedades). En la lógica de la afectación de patrimonio de la Asociación Civil, la Fusión sería el mecanismo más funcional para que el patrimonio de una Asociación continúe afectado, pasando a otra Asociación de fines análogos, evitando los riesgos de la liquidación. Hay que tener presente que por la naturaleza misma de la liquidación, la funcionalidad y utilidad del patrimonio puede perderse. En efecto, el objetivo del proceso de liquidación es precisamente hacer "líquido" el patrimonio, esto es, cobrar todos los créditos y cancelar todas las deudas convirtiendo en efectivo el patrimonio. En este proceso, como resulta evidente, pueden venderse bienes sociales, desintegrando la aplicación útil de todos ellos. De otro modo, el valor de los bienes puede ser menor si son considerados individualmente (para su venta) en lugar de considerar el valor útil si se aplican conjuntamente a un mismo fin. Por otro lado, el valor mercantil de los bienes puede esos mismos bienes con-

siderados para los objetivos que persiguen las Asociaciones Civiles. No escapa al criterio de nadie que muchas Asociaciones Civiles tienen un valor "intangibile" representado por sus bibliotecas, informes, ensayos, experiencia, en suma una "propiedad intelectual" generada en muchos años de experiencia que sólo tiene sentido en una liquidación si pasa a otra Institución que las pueda aprovechar. Todos estos inconvenientes pueden ser obviados, si se regula la Fusión.

Por las mismas razones mencionadas para la Fusión, es altamente recomendable se regule la posibilidad que otras Asociaciones de fines similares puedan "administrar provisionalmente" Asociaciones Quebradas, con el objetivo de presentar un programa de refluotamiento (para cancelar deudas), a cambio de la

entrega del patrimonio de la Asociación quebrada. Algo similar estuvo regulado en favor de los trabajadores de empresas quebradas conforme al régimen del Decreto Ley 21584.

REFLEXION FINAL

Mi propósito no ha sido otro que llamar la atención sobre los aspectos patrimoniales de la Asociación. No siendo "esencial" para la definición de la naturaleza jurídica de la Asociación, puede llevarnos a conocer mucho mejor y descubrir aspectos ignorados. La idea que el patrimonio de la Asociación es de algún modo también un "patrimonio afectado" y que el asociado tiene responsabilidad por ello, deberían ser motivos suficientes.

EUGENIO COGORNO S.A.

La Bigamia y los Derechos del Cónyuge Putativo supérstite en la sucesión Intestada

Lourdes Flores—Nano

Profesora de Derecho Civil y Comercial en las Universidades Católica y de Lima

El presente trabajo pretende analizar los derechos sucesorios del cónyuge supérstite en caso de matrimonio putativo, en particular, en el supuesto en que, la anulación del matrimonio deriva de la bigamia cometida por uno de los contrayentes, en ignorancia del otro.

El asunto en concreto a analizar, es el siguiente: "A" contrae matrimonio con "B"; "A", a pesar de estar unido por el vínculo conyugal referido vuelve a contraer matrimonio con "C", si "A" fallece, ¿Cuáles son los derechos sucesorios de "C", suponiendo que, su matrimonio puede calificarse como putativo.

Huelga recordar que matrimonio putativo es aquel que no obstante haberse invalidado, surte efectos civiles respecto del cónyuge que lo contrajo de buena fe. La referencia tiene por tanto, sólo un carácter introductorio al tema.

Cabe destacar igualmente que, los efectos civiles que derivan del matrimonio son personales y patrimoniales encontrándose dentro de estos segundos el derecho sucesorio, materia de nuestra preocupación. En efecto, tanto el legislador de 1936, cuanto el codificador de 1984, conceptuaron a la cónyuge como heredera, según es de verse en los artículos 700, 701, 703, 704, 760, 765, 767, 768, 769, 770 y 771 del código derogado y en los artículos 730, 731, 732, 822, 823, 824, 825, 826 y 827 del código vigente.

Ahora bien, analicemos cuál es el régimen legal, tanto en el código vigente cuanto en el derogado, respecto del matrimonio putativo y de los eventuales derechos sucesorios que pudieran corresponder al cónyuge supérstite, si hubiere obrado de buena fe.

CODIGO CIVIL DE 1984: En el LIBRO III.— Derecho de Familia.— Sección Segunda: Soc. Conyugal.— CAPITULO QUINTO: Invalidez del Matrimonio, el Artículo 284 dispone: "El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe".

En el LIBRO IV.— Derecho de Sucesiones.— Sección Tercera.— Sucesión Intestada.— Título IV.— Sucesión del cónyuge.— El Artículo 827 estatuye: "La nulidad del matrimonio por haber sido celebrado con persona que estaba impedida de contraerlo no afecta los derechos sucesorios del cónyuge que lo contrajo de buena fe, salvo que el primer cónyuge sobreviva al causante".

CODIGO CIVIL DE 1936: En el LIBRO II.— Del Derecho de Familia.— Sección Primera.— Del Matrimonio.— Título VI.— De la Nulidad del Matrimonio.— El Artículo 157 dice: "El matrimonio declarado nulo produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos, si se contrajo de buena fe. Si hubo mala fe, en uno de los cónyuges el matrimonio no produce efectos a su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos. El error de derecho no perjudica la buena fe.

La comparación de las normas transcritas y la mención a su ubicación sistemática nos permite inferir las siguientes variaciones sustanciales entre el nuevo código y el derogado, en lo atinente al matrimonio putativo y a los eventuales derechos sucesorios que pudieran derivarse:

- a) El código civil de 1936 sólo contenía una norma genérica relativa a los alcances y efectos del matrimonio putativo, sin precisión alguna en relación al derecho sucesorio. El código vigente, en adición a la norma genérica contenida en el Libro de Familia consagra un precepto expreso para el derecho sucesorio en caso de matrimonio putativo.

- b) Mientras el código civil de 1936 aludía a la simple producción de efectos civiles, en caso de matrimonio putativo, el de 1984, precisa que tales efectos se producen "como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio".

La parte final del primer párrafo del artículo 284 es explicada por el Dr. Cornejo Chávez, ponente del Libro de Familia, puntualizando que "Cierra el paso a la errada interpretación de que semejante matrimonio queda convalidado en homenaje a la buena fe",¹ precisando más adelante que la anulación no tiene efecto retroactivo y sólo rige para el futuro.²

Cabe inferir igualmente de dicha expresión, siempre siguiendo a Cornejo Chávez que la liquidación de la sociedad legal deberá efectuarse bajo los cánones de lo dispuesto en caso de divorcio y que la invalidación del matrimonio con anterioridad a la muerte del cónyuge elimina los efectos hereditarios, en razón que los ex-cónyuges divorciados no se heredan entre sí.

Es la primera diferencia, la que motiva el presente estudio. No existiendo en el código civil de 1936 norma específica que regula la herencia del cónyuge putativo en caso de bigamia, ¿cuál debería ser el alcance del transcrito artículo 157?

Las opiniones de los más connotados expertos nacionales en materia de Familia y Sucesiones, no resultan uniformes.

El Dr. Jorge Eugenio Castañeda refería: "Pero si uno de los cónyuges se casa de buena fe con el bigamo es evidente que tiene derechos sucesorios iguales a los de la cónyuge legítima. Es lo que se desprende del artículo 157.2".³

Cornejo Chávez, reconocía el derecho de la cónyuge putativa a la herencia, pero proponía, con criterio de justicia una alternativa de solución en la distribución de la cuota hereditaria. "(...) cualquier que sea la que se sugiera al respecto entrañará necesariamente un agravio a una de las dos mujeres, aparte del que sufrirán los hijos del primer matrimonio por la concurrencia de la segunda mujer y de los hijos de ésta en calidad de legítimos. Pero guardando lógica con la solución propuesta para el problema de la distribución de gananciales a que ya nos hemos referido, podría sostenerse que la cuota hereditaria que corresponde a la segunda mujer y que no le puede ser negada, deberá hacerse efectiva en la misma forma

y con cargo a los mismos bienes que las cuotas de la primera mujer y de los hijos de los dos matrimonios (...) Ahora bien son justamente los bienes que se adjudican al bigamo al disolverse, por su muerte la primera sociedad legal, los que forman su herencia, de modo que, siguiendo el mismo criterio adoptado frente al problema de los gananciales, hay que concluir en que la cuota hereditaria de la segunda mujer merma necesariamente de la primera".⁴

Por su parte, Rómulo Lanatta, recogiendo el ejemplo de la legislación italiana, se inclinaba por la solución que el código de 1942 de ese país contempla,⁵ concluyendo: "Cuando el causante muere habiendo fallecido anteriormente la primera cónyuge, la segunda concurre a la sucesión con lo demás herederos de aquel. Pero cuando la primera cónyuge le sobrevive, la segunda no hereda. De esta manera se concede al cónyuge putativo derechos sucesorios, mientras ello no vaya en desmedro y en agravio del cónyuge legítimo".⁶

En la jurisprudencia sobre la materia, son de clásica mención, dos Ejecutorias Supremas:

- a) **La del 29.9.1941 publicada en los Anales Judiciales – Año 1940 (p. 147 a 153)** que, declarando NO HABER NULIDAD en la de vista, que a su vez revocaba la de Primera Instancia incluyó como heredera a la segunda esposa del causante, que había contraído matrimonio en la creencia que su esposo era viudo, cuando en realidad no lo era.

Cabe destacar que, en el caso que motivó el fallo en mención, la primera cónyuge falleció antes que el causante.

- b) **La del 22.3.1967 publicada en los Anales Judiciales – Año 1967 (p. 15 – 18)** que, declarando HABER NULIDAD en la sentencia de vista que reconocía como heredera a la segunda esposa en concurrencia con su hijo legitimado y la primera esposa, reformándola, y recogiendo la opinión del Fiscal Supremo Dr. Félix Navarro Irvine precisa que no procede reconocer vocación hereditaria a la esposa putativa, cuando sobrevive la esposa legítima.

Por la singularidad de la segunda Ejecutoria y el propósito de este estudio, vale la pena recoger y analizar las consideraciones del Dr. Navarro Irvine, de las

1. CORNEJO CHAVEZ Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I, Librería Studium Lima – Perú, 1985, p. 240.

2. Ob. cit., p. 242

3. CASTAÑEDA Jorge Eugenio, *Derecho de Sucesión: Programa de Derecho U. Villarreal*, 2da. ed., 1976, Tomo III, p. 30.

4. CORNEJO CHAVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Tomo I, Librería Studium, 1967, Tomo I, pp. 131–132.

5. El artículo 584 del C.C. Italiano preceptúa: "Cuando el matrimonio ha sido declarado nulo después de la muerte de uno de los cónyuges, al cónyuge superviviente de buena fe le corresponde la cuota atribuida al cónyuge, por las disposiciones que preceden. Quede sin embargo excluido de la sucesión cuando la persona de cuya herencia se trata está ligada por matrimonio válido en el momento de la muerte".

6. LANATTA E. Rómulo, *Derecho de Sucesiones*, Tomo II, p. 276

que deriva la posición adoptada por la Corte Suprema.⁷

- a) La ley en el artículo 157 ni presume la buena fe ni supone la mala fe en caso de un matrimonio con bigamo. La publicidad que se da hoy a la celebración del matrimonio y su realización pública permiten afirmar la presunción de buena fe
- b) Sin embargo, aunque se admita la buena fe de la esposa putativa, no cabe reconocerle vocación hereditaria cuando sobrevive y hereda la esposa legítima "a cuyas expensas funcionaría el derecho de herencia de la esposa putativa".
- c) El régimen de la herencia legal está orgánicamente regulado en el Código Civil a base del principio que en la herencia de una persona casada sólo puede participar como cónyuge sobreviviente una sola persona y por lo tanto la norma del artículo 157 no puede tener el alcance de romper esta sistemática.

Compartimos el primer argumento. El segundo argumento, que hemos referido también como preocupación de los tratadistas Cornejo Chávez y Lanatta nos merece la siguiente atinencia. Pareciera que en la óptica de los citados juristas, el perjuicio siempre habría de ser acarreado a la primera cónyuge. Los hechos sin embargo, diferentes en cada caso podrían determinar que, la primera unión hubiera supuesto un período muy corto de convivencia, frente a uno segundo de más larga duración; que el primer matrimonio si bien no disuelto legalmente se encontrara en una situación de separación de hecho, de muy larga duración frente a un segundo matrimonio vigente y en convivencia de los cónyuges al producirse el deceso del bigamo; que, los bienes que integran la masa hereditaria del causante se hubieran adquirido a expensas del caudal conyugal del vínculo contraído con la segunda cónyuge; situaciones que referimos para demostrar que la idea de perjuicio y la afectación de los derechos de la primera cónyuge, que subyace como fundamento para privar de vocación hereditaria a la segunda, no es en nuestro concepto ni absoluta ni siempre cierta.

En tal virtud, si bien juzgamos razonable la observación formulada por el señor Fiscal Supremo en relación a la posibilidad que la concurrencia en la herencia del bigamo de la primera y segunda cónyuge pudiera mermar el derecho de la primera en beneficio de la segunda, en nuestro concepto la expresión debería ser siempre formulada en condicional y evaluada en función de cada circunstancia, siendo demasiado categórica la inferencia que la segunda cónyuge no goza de derecho hereditario pues necesariamente disminuye el derecho de la primera, cuando en verdad, en circunstancias como las señaladas es probable que la única perjudicada sea la cónyuge putativa.

Tampoco creemos que el tercer argumento tuviera sustento en norma alguna del código civil de 1936, entendiendo más bien que la situación contemplada, constituiría una hipótesis no prevista en el código anterior, siendo por tanto un "vacío legal" que correspondería al juzgador llenar, en aplicación del numeral XXIII del Título Preliminar del Código derogado.

En conclusión, estimamos a esta altura de nuestro estudio:

- a) Que el código civil de 1936 adolecía de un vacío legal en relación al derecho de la cónyuge putativa, en el supuesto de fallecimiento del bigamo.
- b) Que, no existiendo norma específica que regulara esa situación, el juzgador sólo podía recurrir a la norma genérica contenida en el artículo 157 respecto de los efectos generales del matrimonio putativo, debiendo en su aplicación tenerse presente que "no cabe distinguir allí donde la ley no distingue". De ello colegimos que en principio no podía negarse a la cónyuge putativa derecho a la herencia del bigamo.
- c) Que, sin embargo, si con criterio de justicia y ante el vacío legal se quisiera en aplicación del artículo XXIII del T.P. del C.C. resolver una situación en concreto, resultaría equitativo verificar si la concurrencia de la cónyuge putativa con la primera cónyuge en efecto generaba desmedro a su cuota hereditaria, merma que podría presentarse en determinados supuestos como la participación sobre bienes propios del causante, la concurrencia sobre una masa hereditaria formada de consuno con la primera cónyuge, siendo el hecho de la convivencia en tal sentido elemento valioso en el análisis, mas no, en otros como la formación de la masa hereditaria a través de la adquisición de bienes con la segunda cónyuge.

Mientras en las primeras situaciones resultaría razonable, en aplicación de la equidad como principio general del derecho, privar a la segunda cónyuge de vocación hereditaria, no nos parece en cambio lógica la aplicación extensiva del criterio al segundo supuesto. Reiteramos que, en nuestro concepto esta definición del juzgador debería operar respecto de cada caso en concreto y supliendo un vacío legal, mas no como aplicación de disposición específica o interpretación de precepto alguno.

El código civil vigente en cambio, sí ha definido en forma contundente la situación, en el artículo 827, antes citado y es precisamente esta norma la que en nuestro concepto refuerza nuestras conclusiones anteriores y, la que nos permite respetuosamente discrepar de la solución a la que arribara la Corte Suprema

7. Dictamen Fiscal del 27.XII.1966, publicado en Anales Judiciales, 1967, p. 15 a 17.

en su Ejecutoria del 22.3.1967 así como de las opiniones de los Doctores Lanatta y Navarro Irvine.

Abuda en favor de esta afirmación, la propia expresión del ponente del Libro de Sucesiones, Dr. Rómulo Lanatta, al comentar el referido artículo 827: "Este precepto, **del que carece el código civil de 1936**, se refiere al derecho sucesorio del cónyuge putativo (...) Los fundamentos de esta disposición se encuentran en nuestra jurisprudencia **y en el Código Civil Italiano**".⁸

Si el código del 36' carecía de norma particular y el antecedente de la norma del código vigente es el artículo 584 del código italiano de 1942, obviamente, por haber sido promulgado 6 años más tarde no pudo ser la norma italiana el antecedente del código anterior y no siéndolo, la excepción ahora legislada, no estaba contemplada en el código abrogado.

Una consideración final justifica nuestra preocupación por acentuar el tratamiento diferenciado que en nuestro concepto tiene el código vigente con relación al derogado en la materia que nos ocupa.

Conforme al artículo 2117 del código de 1984: "Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este código se rigen por las leyes anteriores (...)"

El propósito de deslindar los alcances normados por el código de 1936 y el de 1984, nos conduce a concluir que, la cónyuge putativa de aquel que hubiera fallecido antes del 14.11.84 tendría vocación hereditaria y su derecho inclusive podría entrar en concurrencia con el de la primera cónyuge sobreviviente al causante, situación que en cambio no es aplicable a la sucesión abierta bajo la normativa del código vigente, por expresa prohibición contenida en el artículo 827.

Finalmente, la solución del código vigente, aunque generalmente justa, podría avalar algunas situaciones de evidente provecho para la primera cónyuge en perjuicio de la segunda, frente a las cuales, sólo quedaría a ésta o el camino del enriquecimiento indebido o el de la congrua indemnización susceptible de ser señalada en aplicación de lo normado por el numeral 351 del código vigente, concordante con el 284.

8. LANATTA E. Rómulo, en Código Civil – Exposición de Motivos y Comentarios, Compilación efectuada por la Dra. Delia Revoredo de Debakey, Tomo V, Lima. 1985, p. 124.

Hipoteca en Garantía de una Obligación Futura o Eventual

Carlos Cueva Morales

Alumno de 8vo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Una de las características de la hipoteca, derecho real de garantía por excelencia, y además un requisito legal para su validez, es que se constituya para garantizar el cumplimiento de una obligación. Es decir, debe tener necesariamente como referente, sin el cual no podría existir, una obligación principal. A esto se conoce el carácter accesorio de la hipoteca.

Ahora bien, lo que debemos preguntarnos es lo siguiente: ¿puede la hipoteca garantizar cualquier obligación, incluso una obligación futura o eventual?

Nuestro estudio se centrará básicamente a analizar los efectos que pueda ocasionar una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual, modalidad ésta que ha sido explícitamente consagrada en el art. 1104 del Código Civil recogiendo la orientación de la gran mayoría de legislaciones.

1. CONCEPTOS PREVIOS

Las nociones de obligación futura y obligación eventual no son necesariamente similares aún cuando las legislaciones las utilicen indistintamente y a veces las intercambian con facilidad. Así por ejemplo, el Código Civil argentino prevé sólo el caso de la obligación eventual que implícitamente engloba a la obligación futura. Contrariamente la legislación española sólo habla de obligación futura, y tratadistas como **Ramón Roca Sastre**¹ y **Jerónimo Gonzales**² consideran que está excluido el concepto de obligación eventual. En igual sentido se pronuncia la legislación italiana que sólo se pone en el supuesto del crédito futuro.³ Finalmente el Código Civil peruano prevé en el art. 1104 tanto la obligación futura como la obligación

eventual como susceptibles de ser garantizadas con hipoteca.

a) Obligación futura.— Alude a una obligación que nacerá posteriormente. Si le damos un alcance amplio y extensivo incluirá a la posibilidad incierta de que la obligación llegue a existir o no, lo cual nos llevaría a confundirla con la obligación eventual como en efecto hacen algunas legislaciones. Lo que en realidad debe entenderse como obligación futura, es aquella obligación que, naturalmente, no existe todavía pero que existirá en razón de que hay cierta seguridad o posibilidad que ello ocurra. Es decir, para que pueda afirmarse que estamos frente a una obligación futura, cabe averiguar por un lado si el objeto es física o jurídicamente posible, y por otro si existe una situación previa vinculante o de ligamen preliminar entre las partes que implique un supuesto de deuda futura. Este nexo jurídico fundamenta la existencia de la hipoteca⁴.

b) Obligación eventual.— Es la obligación que puede o no existir posteriormente por estar sujeta a cualquier acontecimiento o suceso inseguro, de realización incierta. Se diferencia de la obligación futura en que no existe ninguna situación previa que haga suponer que la obligación necesariamente existirá; no existe ni potencialmente.

2. LA HIPOTECA COMO GARANTIA DE UNA OBLIGACION FUTURA O EVENTUAL

A continuación exponemos la opinión de importantes tratadistas extranjeros que, estudiando sus respectivas legislaciones, fundamentan la posibilidad de

1. ROCA SASTRE, Ramón. Derecho Hipotecario, T. IV, Urgel, Barcelona, 1954, p. 433.

2. GONZALES, Jerónimo. La Hipoteca de seguridad, p. 22.

3. MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Ediciones Jurídicas Europa—América, Buenos Aires: 1971, T. IV, p. 112.

4. Algunas doctrinas ven allí la preexistencia de una deuda en embrión, potencialidad, concepción, deuda preliminar o suposición de su existencia.

que la hipoteca pueda constituirse para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, incluso de una obligación futura o eventual.

Roca Sastre, tratadista español, afirma que: "La hipoteca es un derecho real de realización de valor en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación. Por consiguiente, la hipoteca es un derecho real que presupone la existencia de un crédito u obligación.

"El Derecho positivo se produce con gran amplitud acerca de la **existencia** y **clase** de la obligación garantizada, contrastando ésto con la rigidez y concreción que imprime a la hipoteca como a todo derecho real. Según el art. 1861 del Código Civil, la hipoteca 'puede asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria' ... La ley hipotecaria admite además 'la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura' ".⁵

Por su parte **Messineo** nos señala que: "Atendiendo el carácter accesorio de la hipoteca, es necesario advertir que el presupuesto de ella es la existencia de un crédito válido y perfecto: de manera que no es admisible hipoteca en garantía de un crédito que nace de obligación imperfecta o natural. Se admite, sin embargo, que la hipoteca puede concederse para garantizar un crédito sometido a condición suspensiva, o un crédito futuro; en este segundo caso, siempre que exista actualmente una relación jurídica de la que el crédito pueda eventualmente nacer (por ejemplo apertura de crédito; garantía por eventual evicción)".⁶

Alguer y Pérez Gonzales comentan: "La hipoteca es accesorio; depende de la existencia de un crédito asegurado (...). Ahora bien, esta accesoriedad (...) no es tan absoluta que no pueda constituirse hipoteca sin que en el momento de la constitución exista ya un crédito. Por el contrario, el art. 142 de la Ley Hipotecaria (española) prevé la hipoteca en garantía de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas".⁷

Salvat, eminente tratadista argentino, señala que: "La hipoteca puede igualmente constituirse para garantizar créditos eventuales, es decir créditos que actualmente no tienen existencia real, ni siquiera como condicionales, pero que pueden llegar a existir. El caso más importante de esta especie es el de la hipoteca constituida para garantizar el saldo resultante de una cuenta corriente mercantil".⁸

En el Derecho alemán además de la hipoteca existe otro gravamen inmobiliario que se denomina "deuda inmobiliaria". **Enneccerus** nos dice al respecto: "La deuda inmobiliaria es un derecho de garantía no accesorio, pues no presupone un crédito; en su definición la ley evita en absoluto mencionar un crédito, y sólo por esto se distingue de la hipoteca. Por consiguiente, es posible establecer una deuda inmobiliaria, es posible establecer una deuda inmobiliaria que no tenga por objetivo asegurar crédito alguno".⁹

Por eso, en el Derecho alemán, frente a una obligación futura o condicional, hasta que el crédito nazca o se cumpla la condición suspensiva existe una "deuda inmobiliaria del propietario" y no una hipoteca a favor del futuro acreedor.

Nuestro Código Civil, recogiendo la orientación de la legislación moderna, permite en su art. 1104 que se constituya hipoteca para garantizar una obligación futura o eventual. Esto no desvirtúa el carácter accesorio de la hipoteca, porque sigue siendo un derecho real que surge como colateral de una obligación que si bien no existe todavía, es ya determinable. Debemos entender con gran amplitud la existencia y clase de la obligación garantizada, de manera que pueda comprender a la obligación futura o eventual. Por lo demás, el art. 1099 inc) 2 del Código Civil prevé la posibilidad que se pueda constituir hipoteca para garantizar el cumplimiento de una obligación determinable, y una obligación futura o eventual es ciertamente una obligación susceptible de ser determinada.

Pero para que una obligación futura o eventual pueda ser garantizada con un derecho real hipotecario, es necesario que se señalen los lineamientos básicos sobre los que se constituirá la misma. Se dirá entonces que se constituye una hipoteca para garantizar una obligación que tendrá determinadas características que se señalarán de antemano. Dentro de ello, lo más importante es fijar claramente el monto o la cuantía (en forma determinada o determinable) que cubre la garantía, para los efectos de que tanto acreedores como terceros estén notificados y debidamente advertidos del alcance de la obligación garantizada y el límite hasta el cual está afectado el inmueble en el caso que se quiera constituir ulteriores hipotecas. El Código Civil argentino pone énfasis en que si el crédito es eventual "basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca"¹⁰. Por ejemplo, se constituye una hipoteca para garantizar el saldo de una cuenta corriente y se fija como saldo máximo la suma de 20 mil intis. En este caso la obligación es eventual, pues puede o no llegar a surgir, pero

5. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit. p. 432.

6. MESSINEO, Francesco. Op. cit. págs. 112 - 113.

7. ENNECCERUS, Ludwing. Tratado de Derecho Civil. Bosch Casa Editorial, Barcelona: 1951, T. II, Vol. 2, p. 196.

8. SALVAT. Tratado de Derecho Civil Argentino. Los Derechos Reales. Librería y Casa Editorial de J. Menéndez, 1927-32, Buenos Aires, T. II.

9. ENNECCERUS, Ludwing. Op. cit., págs. 192 - 193.

10. SALVAT, Loc. cit.

en todo caso ya está garantizada con una hipoteca, y en la hipótesis que esta obligación finalmente nazca los terceros y acreedores ya habrán estado prevenidos de que el inmueble soportaba un gravamen hipotecario en garantía de una obligación eventual hasta por 20 mil intis.

El ejemplo del saldo de la cuenta corriente mercantil es el más común y constituye un ejemplo de una obligación eventual, en los términos que antes lo hemos definido. También hay formas de establecer obligaciones futuras. Para ello existen los contratos preparatorios que por vez primera ha recogido el Código Civil en forma sistemática (art. 1414 y sgtes.). En efecto, tanto en el compromiso de contratar como en el contrato de opción existe una vinculación o ligamen preliminar entre las partes para que en el futuro se celebre un contrato definitivo. Pues bien, para garantizar la obligación que surja de este contrato definitivo se puede, desde ahora, constituir una garantía hipotecaria.

Es importante añadir que la hipoteca que garantiza dicha obligación sólo surtirá sus efectos si la obligación que finalmente surge es aquella que había sido proyectada entre las partes. De tal manera que si se contrae una obligación distinta, ésta no estará garantizada con hipoteca alguna. Para determinar esto se requerirá que tanto la obligación que se proyecta contraer como la que en efecto se contrae consten en sendas inscripciones registrales.

3. EFECTOS DE LA HIPOTECA: EL RANGO.

¿Qué efectos tiene una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual? Más concretamente: ¿qué rango ocupará si se opone a otra hipoteca constituida sobre el mismo inmueble y que garantiza una obligación cierta y actual?

En principio el tipo de hipoteca que nos ocupa tiene los mismos efectos que una hipoteca común y corriente, es decir, tal como lo señala el art. 1097 del Código Civil, "otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado" hasta la satisfacción del crédito garantizado.

El problema se reduce entonces a dilucidar el conflicto que pudiera presentarse entre dos hipotecas constituidas sobre un mismo inmueble, una que garantiza una obligación futura o eventual y otra que garantiza una obligación determinada y actual. ¿Cuál de las dos primará? Evidentemente primará la que primero adquirió el rango conforme al art. 1112 del Código Civil: "las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha del registro". El rango de la hipoteca que garantiza la obligación determinada y actual surgirá cuando efectivamente se inscriba en el registro, no habiendo en esto problema alguno. Pero ¿en qué momento adquiere su rango la hipoteca que garantiza la obligación futura o eventual?

Sobre el particular existen dos posiciones bien definidas: por un lado están quienes consideran que la hipoteca sólo existirá y tomará el rango respectivo cuando la obligación futura o eventual se convierta en cierta y actual, sin importar con qué antelación estuvo inscrita en el registro, y por otro quienes sostienen que la hipoteca se constituye y adquiere su rango hipotecario desde el momento de su inscripción en el registro y sólo sus efectos están condicionados a la existencia del crédito. A continuación los fundamentos de ambas posiciones.

a) La hipoteca adquirirá su rango sólo cuando nazca la obligación.

(1) La hipoteca es rigurosamente accesorio, de tal forma que no se puede decir que existe hipoteca si no hay como colateral una obligación cierta y actual a la cual está garantizando. Por más que se diga que en la obligación futura o eventual hay una expectativa de nacimiento de una obligación, lo cierto es que al momento de inscribir la hipoteca aún no existe la obligación y por lo tanto no hay nada que garantizar. En todo caso, si se inscribe la hipoteca ésta no tendrá ningún efecto, ni siquiera sobre el rango, hasta que la obligación futura o eventual nazca.

(2) Si se admitiese que la hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual adquiere rango preferencial desde su inscripción en el registro, se podría fácilmente fraguar una hipoteca para eludir a los futuros acreedores. En efecto, el propietario de un inmueble podría simular que su bien está gravado por un monto muy superior a su valor real en garantía de una obligación futura o eventual que él sabe nunca se va a concretar. De esta forma estaría fácilmente desalentando la acción de sus acreedores que no tendrían sino que respetar el gravamen real sobre el inmueble, sin que nada logren conseguir con embargarlo y rematarlo, pues siempre estará de por medio el rango preferente de una hipoteca que afecta íntegramente al bien.

(3) La hipoteca es una institución jurídica que sirve como instrumento de crédito. Para que su uso sea eficaz tiene que estar sujeta a la seguridad jurídica que se exige en cualquier acto dentro de una economía siempre cambiante. Una hipoteca que garantice una obligación futura o eventual y que tenga efectos desde mucho antes que la obligación exista, va en contra de esa seguridad. No se puede permitir que exista una etapa de duda o de expectativa en la que los acreedores y terceros están impedidos de tomar cualquier decisión hasta que el panorama se clarifique y se sepa a ciencia cierta si la obligación futura o eventual finalmente existirá.

b) La hipoteca adquiere su rango desde su inscripción en el registro.

Esta posición es la que mayormente es adoptada por la doctrina y explícitamente por varias legislacio-

nes. Dentro de estas últimas es importante mencionar a la española, que señala en su Ley Hipotecaria: "la hipoteca constituída para la seguridad de una obligación futura ... surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a concretarse". A silentio, si la obligación no llega a concretarse la hipoteca deviene ineficaz. Luego añade: "cuando se contraiga la obligación futura podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria" para los efectos de la debida publicidad.¹¹

Estos preceptos vienen a establecer que, si se ha constituído una hipoteca para asegurar una obligación futura, los efectos de la hipoteca no pueden producirse sino cuando la obligación o crédito exista. Pero la hipoteca adquiere rango o prioridad desde su inscripción ante la perspectiva de que pueda nacer la obligación. La ley española entonces, presupone la necesidad de que la obligación futura surja, nazca o se contraiga, pues de este hecho dependen la subsistencia y los efectos de la hipoteca.

Además existe una importante jurisprudencia española que es recogida por los tratadistas **Puig Peña**,¹² **Roca Sastre**,¹³ el anotador de **Ennecerus**¹⁴ que se pronuncia en igual sentido. En efecto, la Resolución del 31 de Enero de 1925 señala que "la hipoteca discutida no es una mera expectativa, por amplitud que se otorgue a este concepto, sino, por el contrario, un derecho de garantía actual a favor de un probable crédito, que toma **puesto preferente en la serie hipotecaria**, fija una relación de naturaleza real ... y goza de los privilegios de la publicidad en todo lo que no se refiere directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada". Así pues, pendiente de nacimiento la obligación asegurada, la hipoteca existe y toma rango o puesto registral. En el intervalo entre la constitución de la hipoteca y el nacimiento del crédito, la hipoteca subsiste. Claro está que subsiste o produce efectos subordinados o condicionados al hecho de que la obligación nazca; pero esto no es obstáculo para el rango hipotecario, pues la hipoteca, mientras no llegue el cumplimiento de la obligación asegurada, conserva su energía latente o potencial.¹⁵

A continuación exponemos los fundamentos adicionales de esta posición. Los tres primeros sirven además para contradecir los argumentos de la posición 1.

(1) No existe dificultad conceptual para convenir que una hipoteca pueda garantizar una obligación futura o eventual, como ya se ha explicado en el ítem 3. Así como podemos garantizar una obligación que ha nacido antes que la hipoteca, también podemos asegurar, desde ahora, una obligación que aún no ha nacido, siempre, claro está, está, que se señale por lo menos el monto que cubrirá la garantía.

(2) Respecto a que esta modalidad de hipoteca crearía el riesgo de que personas endeudadas o por endeudarse constituyan sobre sus bienes hipotecas ficticias argumentando que aseguran el cumplimiento de garantías futuras o eventuales, se puede contestar diciendo que aunque ello sea posible en nada afectan los fundamentos de la tesis contraria, por cuanto tal conducta está al margen de un uso correcto de las instituciones jurídicas, y debe ser vista según las normas de la simulación o el dolo. Además esto no es privativo del tema que nos ocupa, pues frente a cualquier norma jurídica que otorgue derechos existirá siempre el riesgo de un uso no adecuado a los principios que los sustentan. Ante esto, debemos decir con **Beudant**: no se puede suprimir el derecho a fin de evitar el abuso.

(3) No es cierto que existe inseguridad jurídica. Si la obligación futura o eventual ha sido delineada y se sabe cuál podría ser el máximo monto que quedaría garantizado con la hipoteca, entonces los terceros y posteriores acreedores hipotecarios deberán prever que existe la posibilidad de que la obligación surja, y saber además que, en cualquier caso, no excederá del valor estimativo declarado al momento de constituir la hipoteca. Sobre esta base podrán tomar decisiones respecto a constituir o no ulteriores hipotecas. Es idéntico a que se un acreedor hipotecario respetare una hipoteca constituída con anterioridad en garantía de una obligación cierta y actual. "Con todo, al tercer adquirente o acreedor hipotecario posterior le afecta la hipoteca muy condicionalmente, pues si no llega a contraerse la obligación, la hipoteca desaparece o se extingue".¹⁶

(4) Es importante distinguir la fecha del título de la fecha de la inscripción de la hipoteca. No estaría de acuerdo con la naturaleza publicitaria de la hipoteca el hecho que sea la fecha del título (o sea la fecha del nacimiento de la obligación) y no la fecha de la inscripción la que determine el rango hipotecario. **Messineo** nos dice al respecto: "el grado de las diversas hipotecas está determinado, no por la fecha del título

11. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 434.

12. PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil Español. 2da. Edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid: 1974, T. III, Vol. II, p. 75.

13. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 435.

14. ENNECCERUS, Ludwing. Op. cit., p. 339.

15. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., loc. cit.

16. ROCA SASTRE, Ramón. Op. cit., p. 436.

4. CONCLUSIONES

- a) La hipoteca es un derecho real de garantía que se caracteriza por ser accesorio de una obligación principal.
- b) La obligación que es garantizada con hipoteca puede ser de la más variada naturaleza, incluso se puede tratar de una obligación futura o eventual.
- c) La obligación futura y la obligación eventual se caracterizan porque su nacimiento ocurrirá posteriormente en el tiempo, y se diferencian en que la primera surgirá en razón de que existe un vínculo preliminar que le otorgue cierta seguridad jurídica (por ejemplo, un compromiso de contratar), y la segunda puede o no existir por estar sujeta a cualquier acontecimiento de realización incierta (por ejemplo, un saldo de cuenta corriente).
- d) El art. 1104 del Código Civil peruano, siguiendo a la mayoría de legislaciones modernas, prevé explícitamente la posibilidad de que una obligación futura o eventual pueda ser objeto de garantía hipotecaria.
- e) En el derecho alemán, además de la hipoteca, existe otro gravamen inmobiliario llamado "deuda inmobiliaria". De manera que frente a una obligación futura, hasta que el crédito nazca, existe una deuda inmobiliaria del propietario y no una hipoteca a favor del futuro acreedor. La deuda inmobiliaria se caracteriza porque no es accesorio, no depende de obligación colateral para existir.
- f) La hipoteca que garantiza el cumplimiento de una obligación futura o eventual adquiere su rango desde su inscripción en el registro y no a partir del nacimiento de la obligación garantizada, siempre que se señale claramente el monto cubierto por la garantía a fin de que los terceros y los futuros acreedores estén debidamente enterados de la existencia y monto de la hipoteca.

lo, sino por el orden cronológico (prioridad en el tiempo) de las inscripciones, aunque la hipoteca sea inscrita por un crédito condicional o eventual".¹⁷ Jorge Eugenio Castañeda se pronuncia en igual sentido: "si la hipoteca se ha constituido para asegurar un crédito eventual, por ejemplo un adelanto en cuenta corriente, su rango se determina por la fecha de su inscripción, no por la fecha en que hubiera nacido la obligación".¹⁸ Todo esto se desprende además de una interpretación estricta de la ley. El Código Civil al regular la hipoteca, dentro de las Disposiciones Generales, permite que una hipoteca garantice una obligación futura o eventual (art. 1104). Inmediatamente después regula el Rango de las hipotecas, y establece en su art. 1112 que es la fecha del registro lo que determina la antigüedad y por tanto el rango hipotecario, concordando así con el art. 1099 inc) 3 que exige la inscripción en el registro para que la hipoteca se constituya. No se discrimina la naturaleza de la obligación garantizada para establecer el rango. El art. 1112 se aplica a toda hipoteca regulada por el Código Civil, y entre ellas está la que garantiza una obligación futura o eventual.

(5) Finalmente cabe añadir que si no aceptamos la posición 2, es decir, si no aceptamos que una hipoteca que garantiza una obligación futura o eventual adquiere su rango en el momento en que se inscribe, entonces no tendría ninguna utilidad práctica su constitución. Así es: ¿de qué me serviría una hipoteca inscrita si no adquiere rango sino cuando la obligación futura o eventual nazca? No obtendría ningún beneficio al hecho de inscribirla con antelación. Me daría igual inscribirla antes del surgimiento de la obligación o cuando esto ocurra, si sé que sólo adquirirá el rango (que es lo que más me interesa) cuando esto último suceda. Evidentemente esto no es así. El art. 1104 del C. Civil no está por gusto, tiene una utilidad práctica y ello consiste en que una hipoteca garantiza desde ahora (desde su inscripción) una obligación futura o eventual.

17. MESSINEO, Francesco. Op. cit., loc. cit.

18. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Materiales de Enseñanza, p. 11. En: AVENDAÑO, Jorge. Derechos Reales, Materiales de Enseñanza. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima: 1983, p. 353.

Las Obligaciones Facultativas

Juan Rivadeneyra S.
José Alvaro Quiroga L.

Alumnos del 5to. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

Nuestro Código Civil consigna en su Libro VI Título IV "De las obligaciones alternativas y facultativas" el artículo 1169, que textualmente señala "La obligación facultativa se extingue cuando la prestación principal es nula o imposible, aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir".

Este artículo, así como el 1170 que le sigue, se ocupa de situaciones que en el Código de 1936 no tuvieron tratamiento en articulado expreso, quedando su regulación absorbida por el principio general del artículo 1198 (repetido en el Art. 1168 del vigente código), cuyo tenor literal es el siguiente, "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma objeto de ella". La calidad subordinada de la prestación accesoria estuvo, y está, claramente establecida; la situación determinante de la prestación principal reafirmada. Sin embargo, la naturaleza de las obligaciones facultativas, consultas a la doctrina y la opinión del ponente de la norma (Dr. Felipe Osterling), nos llevan a sopesar posibles situaciones no aclaradas en todos sus extremos.

En este sentido, nos parece importante resaltar lo siguiente:

¿Qué ocurre si Pedro, obligado con Alberto facultativamente ocasiona, con culpa, que la prestación principal devenga en imposible?

¿Qué ocurre si Pedro no tuvo culpa?

¿Es consecuente responder a estas dos situaciones con el mismo tratamiento? (Esto es, la extinción de la obligación que implica la aplicación literal del Art. 1169).

Una aclaración previa: El artículo que nos ocupa maneja dos supuestos, éstos son nulidad o imposibilidad de la prestación principal en una obligación facultativa. La imposibilidad allí mencionada podría dar lugar a dos acepciones diversas; la primera nos llevará

a entenderla como la falta de un requisito de validez del acto jurídico, consecuentemente causal de nulidad de éste y sus consecuencias, entendida así la imposibilidad, el artículo incurriría en redundancia, puesto que la nulidad está ya mencionada. La segunda acepción nos presenta a la imposibilidad de la prestación como la situación en la cual ésta última no puede ser ejecutada (sea con o sin culpa de quien la tiene a su cargo). Es en este último sentido en que entendemos el término.

Las obligaciones facultativas tienen dentro del derecho obligacional un rasgo que las particulariza, y es el gran margen de decisión que otorgan al deudor de la prestación, es decir, se asume que en una obligación así contraída, el deudor se encuentra en posición más cómoda, (Esto explica que en caso de duda se tenga a una obligación por facultativa antes que por alternativa), y el artículo 1171 es muestra de que nuestro legislador ha optado en su favor. Así, queda establecido, por lo demás, en la exposición de motivos.

La obligación facultativa es conceptuada como aquella en cuya virtud, el deudor se obliga a la ejecución de una sola prestación pudiendo a su libre decisión sustituirla por otra (de allí el clásico distinguo que coloca a la principal **in obligatione** y a la accesoria **in facultate solutionis**). De tal modo que la prestación accesoria no es susceptible de ser exigida en ningún caso por el acreedor.

Respondiendo, pues, a las interrogantes planteadas, tenemos:

- Pedro se obligó a entregar a Alberto un reloj determinado (bien cierto), se estableció además que podía liberarse entregando un lapicero también determinado (bien cierto).
- El reloj, materia del trato, es destrozado culposamente por Pedro, tornándose en imposible la prestación principal.

¿Subsiste vínculo obligacional entre Pedro y Alberto?

Aplicando literalmente el artículo 1169, podríamos responder que no queda obligación entre ellos, pero atendiendo a la naturaleza de la obligación facultativa, es claro que Alberto ha aceptado quedar satisfecho con cualquiera de las dos prestaciones (reloj o lapicero), por lo que no habría motivo práctico que impida a Pedro pagar con el lapicero, ya que de no ser así, Pedro podría verse compelido a pagar por inexecutar una obligación, (si ocasiona con ello daños a Alberto) siendo que tiene posibilidad de ejecutar una prestación, y por lo tanto, cumplir con la obligación. No obstante, como ya se dijo, del Artículo 1169 se desprendería que no habiendo ya obligación, no tiene Pedro nada que cumplir; este razonamiento, válido por cierto, deja de lado la razón principal de todos los problemas que estamos atendiendo. Esto es el acuerdo de dos partes respecto a prestaciones determinadas (reloj o lapicero). Pedro y Alberto se vincularon con ese propósito, y la eventualidad de una inexecución, no era lo que despertaba su interés, sino muy por el contrario, "la ejecución" fue lo que los llevó a pactar. Por lo tanto, es nuestro parecer que mientras pueda darse cumplimiento al acuerdo de voluntades, éste de-

be ser protegido. Sin embargo, dado que la prestación accesoria no puede ser exigida, Pedro puede optar por inexecutar o cumplir pagando con el lapicero, Alberto no tiene nada que decir frente a su decisión.

- Diferente sería el caso si el reloj hubiera perecido sin culpa de Pedro. Si así hubiese ocurrido, éste quedaría liberado de la prestación, aplicándose sin reparos lo dispuesto en el artículo comentado.

Esta es, a nuestro entender, una interpretación menos técnica (puesto que topa con obstáculos como la literalidad misma del artículo, la determinación de la obligación facultativa por la prestación principal y el Artículo 1138, Inciso 1, aplicable al caso presentado), pero más coherente con la doctrina del derecho obligacional. Es ilustrativo, además, señalar que el ponente de la norma se adhiere a esta postura e indica que el artículo trató de reflejarla. Sabedores de la autonomía de la ley frente a su autor, y los límites que nos impone la literalidad del artículo, (en contra de nuestra opción), sin embargo, creemos que ésta bien podría ser una interpretación académica de la norma comentada.



Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo

Eugenio Gadea Riedner

Alumno del 4to. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC

1. La imposibilidad de la Prestación

La fuerza vinculante de los contratos consiste en su exigibilidad. Solo en la medida en que se pueda exigir eficazmente el cumplimiento de un contrato, tendría éste realmente fuerza vinculante entre las partes. Se presentan, sin embargo, situaciones en las que, más allá de lo que vendría a ser el simple incumplimiento, se da la imposibilidad. De lo que se trata en este caso es que el contrato no puede ser cumplido.

La imposibilidad ataca a la prestación, que podría ser definida como "el comportamiento o conducta que, en interés del acreedor, debe observar el deudor. En tal sentido, puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer".¹ Según el art. 1403 del Código Civil, es el contenido de la Obligación.²

El mismo artículo dice que la prestación debe ser posible. Pero, ¿de qué tipo de posibilidad se trata? **Albaladejo** dice que "la imposibilidad de la prestación puede ser objetiva o absoluta (cuando es imposible en sí misma), y subjetiva o relativa (cuando es imposible para el obligado: cantar un mudo); originaria (cuando existe imposibilidad desde antes del momento en el que debe nacer la obligación), y subsiguiente (cuando el deudor se obliga a algo que solo después deviene imposible)".

"Pues bien, prosigue **Albaladejo**, el requisito de la posibilidad sólo falta si la prestación es imposible originariamente. De ser así, la obligación no llega a nacer por inidoneidad de la prestación, que no puede ejecutarse".³ Nuestra ley civil consagra la misma

norma en el art. 219, inciso 3, que sanciona con la nulidad a la obligación que se constituye sobre una prestación imposible. Pero si ésta prestación fue posible en un principio, entonces la obligación nace.

a) Concepto

Ahora bien, resulta pertinente preguntarse qué se debe entender por imposibilidad. En sentido literal es sólo lo que no puede ejecutarse en absoluto, como por ejemplo, dar una cosa que se destruye. Sin embargo, si "a la prestación posible en origen se oponen más tarde obstáculos extraordinarios que solo pueden vencerse mediante un sacrificio absolutamente desproporcionado, o bajo graves riesgos, o violando deberes de mayor importancia, entonces la consideración racional, ética y económica, que es la única que el Derecho toma en cuenta, tiene que considerar la prestación como imposible".⁴ Por ejemplo, sacar del fondo del mar el vehículo que me obligué a entregar, con complicados y costosísimos trabajos de buzos.

Sin embargo, **Messineo**, opina que la dificultad no se identifica con la imposibilidad. El deudor puede precisar de un esfuerzo superior al normal, pero eso no le exonera de su obligación. Si ese esfuerzo es desproporcionado, se tratará de un caso de excesiva onerosidad. Según nuestro Código Civil, se podrá disminuir la propia prestación, aumentar la contraprestación o resolver el contrato (arts. 1440 y sgtes.). "Pero no estaremos en la hipótesis de irresponsabilidad por incumplimiento, sino en la hipótesis —bien diversa— de exoneración del deber de cumplimiento como consecuencia de la desaparición del deber de prestación, porque desaparece la fuente del mismo (contrato)".⁵

1. DE LA PUENTE, Manuel, "Estudios del Contrato Privado", Lima, 1983, Tomo I, pág. 487.

2. La redacción de dicho artículo debería ser la siguiente: "La prestación en que consiste la obligación y el bien o el servicio que es objeto de ella, deben ser posibles", puesto que en la redacción actual no están comprendidas las obligaciones con prestación de hacer y de no hacer.

3. ALBALADEJO, Manuel, "Derecho Civil", Barcelona, 1975, Tomo II, Vol. I, págs. 15-17.

4. ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor, y WOLFF, Martin, "Tratado de Derecho Civil", Barcelona, 1954, Tomo II, Vol. II, pág. 235.

Estoy de acuerdo con **Messineo**, pero creo que se debe hacer la precisión que hace **Alonso**, cuando dice que la imposibilidad "se trataría de un impedimento no superable por las fuerzas humanas o, caso de poderse superar, lo sería empleando una actividad ilícita, mediante el sacrificio de la integridad ética, o de algún otro atributo de la personalidad".⁶

El tema es sumamente interesante y de gran importancia práctica; sin embargo, escapa a los alcances de este trabajo profundizar las diversas posiciones desarrolladas al respecto.

b) Consecuencias

Tratándose de imposibilidad subsiguiente, la única solución que puede dar el Derecho es la de resolver la obligación. Ya no es posible elegir entre ciertas opciones que la ley brinda, como ocurre en el incumplimiento (ver arts. 1150, 1151, 1158).

Al respecto es preciso dilucidar qué tipo de prestación puede devenir imposible.

(1) Prestación de Dar.— **Messineo** la caracteriza "sobre todo, por el hecho de que, con ella, se alude a una figura que tiene por contenido la tradición (entrega) de una cosa".⁷

Existen tres casos de prestación de dar:

- si el bien pertenece a un 'genus illimitatum' (como su nombre lo indica, género ilimitado o bien incierto), no hay nunca la imposibilidad de cumplir la prestación, ya que siempre podrá el deudor sustituir el bien por otro de iguales características. Esta regla es recogida por nuestro Código Civil, en su artículo 1146, primer párrafo.
- si el bien es determinado (cierto), sí hay imposibilidad de la prestación al perecer éste, ya que el deudor no podrá sustituirlo por otro, puesto que no sería aquel al que las partes se han referido y el acreedor ha tenido a la vista.
- si el bien es de un 'genus limitatum' (también llamado 'unum de certis' o 'incertum ex certis',⁸ es decir que es uno cualquiera de un grupo de bienes, en este caso, no existirá imposibilidad hasta que todo el genus se haga imposible. Esta es la regla del art. 1146, segundo párrafo.

Además de las reglas mencionadas, existe una regla general: la ley. Por mandato legal, se puede excluir del comercio, algún bien, o limitar su tráfico, etc. En

aquellas circunstancias, la prestación de dicho bien será imposible.

(2) Prestación de Hacer.— En este tipo de prestación, lo que se persigue es que el deudor realice una actividad determinada. Consiste, por lo general, en la energía del trabajo proporcionada por el deudor.

La imposibilidad de esta prestación se puede dar, según su esencia, en los siguientes casos:

- Prestaciones de hacer 'intuitus personae' o infungibles (es decir, aquellas "que se contraigan teniendo en consideración calidades que son inherentes al deudor, por referirse a sus atributos personales", o cuando el pacto le da esa calidad). Este caso se podría dar en las siguientes hipótesis: si el deudor muere o deviene física o mentalmente incapaz para aquella prestación; si por otras causas no dependientes de su voluntad no puede realizar la prestación (por servicio militar, etc.).
- Prestaciones de hacer fungibles. En este caso no hay nunca imposibilidad, puesto que si el deudor no se encuentra en la facultad de cumplir, será factible que un tercero la ejecute por cuenta de él.

Aquí también existe la regla general conformada por la ley. Si ella prohíbe determinada actividad, será imposible cumplir la obligación concertada sobre dicha prestación.

(3) Prestación de No Hacer.— Consiste en una abstención. Es decir, que el deudor cumplirá, en la medida en que no verifique determinada conducta. Por lo tanto, el incumplimiento se configura cuando el deudor de la prestación 'deje de abstenerse', o mejor dicho, haga.

La imposibilidad en este tipo de prestaciones es sumamente infrecuente. **Albaladejo** da el siguiente ejemplo: "quien se comprometió a no edificar en un solar, la de levantar un edificio por imperativo de una ley que obliga a construir".¹⁰ Este ejemplo, por demás extraño, nos da una idea de cuánto se puede dar la imposibilidad.

2. Teoría del Riesgo

En torno al problema de la imposibilidad, la doctrina y las distintas legislaciones han llegado a lo que se conoce como la Teoría del Riesgo. Lo que busca esta teoría es determinar qué sucede en un contrato con prestaciones recíprocas, con la prestación aún po-

5. MESSINEO, Francesco, "Derecho Civil y Comercial", Buenos Aires, 1979, Tomo IV, pág. 224.

6. ALONSO PEREZ, Mariano, "El Riesgo en el Contrato de Compra-venta", Madrid, 1972, pág. 61.

7. MESSINEO, Francesco, Op. cit., pág. 36.

8. Comisión Revisora del Código Civil, exposición de Motivos y Comentarios (Recopilación: Delia Revoredo de Debakey), Lima, 1985, Tomo V, pág. 323.

9. IBIDEM, pág. 325.

10. ALBALADEJO, Manuel, Op. cit., pág. 244.

sible. Si se dice que deja de ser exigible, el deudor de la prestación imposible se verá perjudicado; si por el contrario, decimos que es exigible, será el acreedor de la prestación imposible el perjudicado. Esto es lo que se conoce como el Riesgo de la Contraprestación.

Para que proceda la aplicación de la Teoría del Riesgo, son necesarios los siguientes requisitos:

- Debe tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas, ya que el Riesgo de la Contraprestación no se da en el Contrato con prestación unilateral (puesto que no hay contraprestación), ni en el contrato con prestaciones autónomas (puesto que no hay ningún vínculo que una las prestaciones entre sí).
- Que la imposibilidad sea sobreviniente, ya que en caso de imposibilidad originaria, como hemos visto, el acto jurídico sería nulo.
- Que la contraprestación sea aún posible.
- Que la imposibilidad recaiga sobre un bien o servicio determinados.
- Que la imposibilidad tenga como causa la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho de un tercero. En este último caso, el contratante perjudicado podrá accionar contra el tercero.

Este último requisito es lo característico de la Teoría del Riesgo: ninguno de los contratantes ha incurrido en culpa, por lo que es injusto que sufra un empobrecimiento.

Un ejemplo ayudará a esclarecer las ideas. Supongamos que se celebra un contrato de compraventa. Si antes de la entrega del bien, éste se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, ¿qué sucede con el precio? ¿Deberá ser pagado o no? Si decimos que no debe ser pagado, el deudor de la prestación imposible deberá, sin haber incurrido en culpa, soportar la pérdida del bien. Y si aceptamos que sí debería ser pagado el precio, será el acreedor el que, sin culpa, deba soportar el riesgo.

Nuestra legislación consagra el principio conocido como *Periculum est Debitoris*, en virtud del cual es el deudor quien sufre la imposibilidad, liberando al acreedor. Tal criterio se desprende de lo dispuesto por los arts. 1138, incisos 5 y 6; 1156; 1431; 1567 del Código Civil.

3. Imposibilidad Total y Riesgo de la Contraprestación

Existen seis casos de imposibilidad legislados en el Código, que son el resultado de combinar dos ele-

mentos: imputabilidad de los contratantes y extensión de la imposibilidad.

a) Imposibilidad Total sin Culpa de las Partes

Este caso, tratado por el art. 1431 del CC, configura el supuesto de aplicación de la Teoría del Riesgo. Aquí el deudor sufre las consecuencias de la imposibilidad de la prestación por mandato legal. Las consecuencias previstas en este artículo son las siguientes:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.¹¹
- el deudor pierde el derecho a la contraprestación;
- y
- el deudor debe restituir lo que ha recibido.

b) Imposibilidad Total por Culpa del Deudor

Cuando nos encontramos frente a un incumplimiento contractual por culpa del deudor, no podemos, o mejor dicho, no necesitamos aplicar la Teoría del Riesgo, puesto que ella se utiliza sólo cuando al Derecho se le presenta el caso de imposibilidad sin culpa. Aquí también es el deudor quien sufre las consecuencias de la imposibilidad, pero por otra razón: su propia culpa. Ya no es la ley quien arbitrariamente le impone esta carga. Las consecuencias que se dan en este supuesto son:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.
- el deudor pierde el derecho a la contraprestación.
- el deudor debe restituir lo que hubiere recibido.
- El deudor debe indemnizar al acreedor los daños y perjuicios que le hubiere causado al acreedor. Las reglas para determinar la cuantía de la indemnización serán las contenidas en los arts. 1318 y siguientes.

c) Imposibilidad Total por Culpa del Acreedor

En esta situación es el acreedor quien, por su dolo o culpa ha causado la imposibilidad. El debe, por lo tanto, soportar el riesgo. Las consecuencias de esto serán:

- la obligación queda resuelta de pleno derecho.
- el acreedor debe satisfacer el íntegro de la prestación a su cargo.
- los derechos y acciones que hubieren quedado relativos al bien le corresponden al acreedor.

4. La Imposibilidad Parcial

Las reglas que acabamos de enumerar pueden ser utilizadas en el caso de imposibilidad parcial, por lo que sería ocioso revisarlas nuevamente. El Código Civil plantea una reducción proporcional de la contraprestación, siempre que ello sea posible, dada la naturaleza de la prestación, o la voluntad de las partes. Lo que se persigue, en definitiva, es que los contratos no

11. Véase DE LA PUENTE, Manuel, Op. cit., págs. 101 y sgtes.

sean resueltos y que, en la medida en que puedan ser cumplidos, lo sean.

El art. 1433 se ocupa de la imposibilidad parcial, y su texto es el siguiente:

“Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el incumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible, a menos que el acreedor manifieste al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial, en cuyo caso debe efectuarse una reducción proporcional en la contraprestación debida. El contrato se resuelve cuando no sea posible la reducción”.

a) Crítica

Existe en este artículo un error casi mecanográfico, y un error de fondo.

El primero consiste en que donde dice: “... cuando el incumplimiento ...”, debió decir: “... cuando el cumplimiento ...”, ya que de otra manera, carecería de sentido la oración.¹²

Respecto del segundo error, cabe señalar lo siguiente: para los dos primeros casos (imposibilidad parcial sin culpa de las partes e imposibilidad parcial por culpa del deudor), la redacción de este artículo es impecable: el acreedor manifiesta al deudor su conformidad para el cumplimiento parcial. Se le está dando al acreedor esta facultad de decisión. Y es justo que así sea, puesto que, por un lado, él es el mortificado por este acontecimiento, toda vez que se dio sin su culpa; por otro lado, no se le puede conferir esta facultad al deudor culposo, o llegado el caso, doloso, ya que se le estaría dando la facilidad de evadir parcialmente su responsabilidad.

Sin embargo, cuando se aplica este mismo artículo al caso de imposibilidad por culpa del acreedor, se presentan ciertos inconvenientes. El art. 1433, materia de estudio, le estaría dando la facultad de elección al contratante culposo o doloso. Pongamos un ejemplo que caricaturice la situación: A y B celebran un contrato de compraventa de un vehículo. Antes de la entrega, el comprador rompe los faros y ventanas de dicho bien con un martillo; luego, le dice a B que está de acuerdo que le entregue el automóvil averiado, reduciéndose el precio.

Esta es una situación repugnante; sin embargo, si se aplicara rigurosamente el precepto citado, se podría dar. La ley habla de ‘manifestar su conformidad’; nunca dice ponerse de acuerdo, ni ninguna fórmula parecida. Con la redacción actual, el acreedor culposo podría elegir entre resolver la obligación, continuando obligado él a su prestación (lo que le es muy gravoso), o bien reducir su contraprestación (lo que no le afecta patrimonialmente). Es obvio que elegirá la segunda alternativa, con lo cual el deudor asumirá injustamente el riesgo de la parte de la prestación que se hizo imposible.

Y, es más, aún en el caso que ambos se pongan de acuerdo, o que el contratante sin culpa (deudor en este caso) sea quien manifieste al otro su conformidad para el cumplimiento parcial; aún en ese caso, el deudor estaría asumiendo, sin culpa, el riesgo de esa parte de la prestación. De lo que se trata, pues, es de un error de fondo.

Por otro lado, no existe razón para que se utilice una regla para la imposibilidad total, y otra regla para la imposibilidad parcial. Si bien es cierto que no es posible aplicar dos reglas idénticas, también es cierto que deben guardar una cierta correlación.

b) Solución Propuesta

A fin de evitar las contradicciones y problemas señalados propongo se tomen en cuenta dos aspectos para llegar a la solución del problema: la forma y el fondo.

Respecto de la forma como debería ser legislado el problema, creo que sería adecuado distribuir las reglas para cada caso en sendos artículos, incisos, párrafos, etc., de tal manera que brinde claridad y facilite el entendimiento. La actual forma dificulta la comprensión. El art. 1431 trata un solo supuesto; el art. 1432, trata dos; y el art. 1433, combinando las dos normas anteriores, regula tres.

Respecto del fondo, creo que es deficiente la solución que brinda el art. 1433. No se debe hablar de reducción de la contraprestación para este caso específico, ya que sería tratar de regular dos situaciones sustancialmente distintas de la misma manera.

Me parece que la regla adoptada en el art. 1138, inciso 4, es muy adecuada. No se habla allí de reducción de la contraprestación, sino de la obligación de recibir la prestación perjudicada por su propia culpa en el estado en que se encuentre. De esa forma se está siendo consecuente con la regla dada para el caso de imposibilidad total con culpa del acreedor. Además, es así el acreedor quien responde por el riesgo de la parte de la prestación que hizo él imposible.

Ese es el criterio que se debería adoptar en el Libro VII. De esa forma se evitaría siempre la resolución del contrato.

En conclusión: la solución propuesta sería la de legislar los seis casos separadamente, según las mismas reglas contenidas en los artículos 1431 y siguientes, excepto el caso de imposibilidad parcial por culpa del acreedor, cuyo texto podría ser el siguiente:

“En el caso de imposibilidad parcial por causas imputables al acreedor de la prestación, deberá éste recibirla en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación a su cargo”.

12. Comisión Encargada de la Revisión del Código Civil, Op. cit., Tomo VI, pág. 95.

THĒMIS agradece a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de este número, en especial a:

José Agüero G., José Daniel Amado, Leila y Carlos Arce, Elena de Beaumont, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Luis Jaime Cisneros, Ana María Cogorno, Vera Czichowsky, Lily Chang, María de Del Castillo, Ana María de Dfáz, Eduardo de Rivero, Lourdes Flores –Nano, Hernán Garrido– Lecca, Silvia Granda, Emma Jaramillo, Wally Joly, Gulnara La Rosa, Rogelio Llerena, Jorge Muñiz, Italo Muñoz, Francisco Navarro, Dante Nieri, Sergio Oquendo, Ana María Pacón, José Tola Pasquel, Filiberto Tarazona y Alberto Varillas.

