

El derecho real de superficie CARLOS CARDENAS QUIROS

La persona jurídica, el pensamiento
de Cossio y la doctrina
contemporánea CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO

La jurisdicción del trabajo VICTOR FERRO DELGADO

Clasificación de bienes muebles
e inmuebles HUMBERTO JARA FLOREZ

La igualdad de derechos del hombre
y la mujer en el Código Civil
vigente y el proyecto RICARDO MARCENARO FRERS

Solución de los conflictos colectivos
de trabajo: la conciliación
y el arbitraje MARIO PASCO COSMOPOLIS

La lesión MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE

Algunas anotaciones al Libro de familia del
Proyecto de Código Civil ROGER RODRIGUEZ ITURRI

Sección Documentos

Proyecto del Libro de Registros
Públicos presentado a la Comisión
encargada del Estudio y Revisión del
Código Civil de 1936 por los Drs. JACK BIGIO CH.
Y VICTOR RAMIREZ V.



Suscripciones

El precio de la suscripción es de US\$ 7.50 más US\$ 2.50 por envío aéreo.
El precio de número suelto es de US\$ 9.00 más US\$ 2.50 por envío aéreo.
Todos los pedidos deben dirigirse a: Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú. Apartado 1761. Lima, Perú.

(c) Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial, 1983
Derechos Reservados

ISSN 0251-3412

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU

DERECHO

NUMERO 37
DICIEMBRE 1983

CONTENIDO

De los Editores	5
El derecho real de superficie Carlos Cárdenas Quirós	7
La persona jurídica, el pensamiento de Cossío y la doctrina contemporánea Carlos Fernández Sessarego	31
La jurisdicción del trabajo Víctor Ferro Delgado	53
Clasificación de bienes muebles e inmuebles Humberto Jara Flórez	67
La igualdad de derechos del hombre y la mujer en el Código Civil vigente y el proyecto Ricardo Marcenaro Frers	95
Solución de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación y el arbitraje Mario Pasco Cosmópolis	103
La lesión Manuel de la Puente y Lavalle	161
Algunas anotaciones al libro de familia del Proyecto de Código Civil Róger Rodríguez Iturri	187
<i>Sección Documentos</i>	
Proyecto del Libro de Registros Públicos presentado a la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 por los Drs. Jack Bigio Ch. y Víctor Ramírez V.	215
Los autores	229

DE LOS EDITORES

El número 37 de DERECHO fue ideado siendo miembros del Consejo Editorial los profesores Marcial Rubio Correa, Javier de Belaunde López de Romaña, Carlos Blancas Bustamante, y los alumnos Albert Alex Forsyth Solari, Iván Humberto Jara Flórez y Luis Alfaro Cárcamo. Entre el diseño y la edición, los tres últimos devinieron exalumnos, pero debe resaltarse su participación en la formulación de este trabajo.

Para esta oportunidad hemos buscado editar un volumen que desarrollara temas de escaso tratamiento en la literatura jurídica peruana disponible y creemos haber logrado el éxito.

La parte civil consta de seis trabajos sobre diversos tópicos nuevos en nuestra literatura académica. Para esta rama, la Revista es hoy un aporte al desarrollo del conocimiento y la enseñanza. La parte laboral presenta dos trabajos que cubren la jurisdicción del trabajo, y la conciliación y el arbitraje.

La sección documentos trae un Proyecto del Libro de Registros Públicos inédito, que el Dr. Jack Bigio, profesor de nuestro Programa, ha tenido la gentileza de proporcionarnos.

A todos nuestros colaboradores, sincero agradecimiento por permitirnos editar este importante número de DERECHO.

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

A don Ramón Serrano Suñer (*)

Carlos Cárdenas Quirós

Al momento de redactar estas líneas, el Proyecto de nuevo Código Civil se encuentra en revisión, con el propósito de que sea promulgado y entre en vigencia a la brevedad.

Una de las instituciones que dicho Proyecto contempla es el derecho de superficie.

El texto que sigue, que actualiza conceptos vertidos en la tesis titulada "El derecho real de superficie en la doctrina, en la legislación civil peruana y en el derecho comparado" que el autor presentó para optar el grado de Bachiller en Derecho, no tiene otra pretensión que introducir al lector en el tema.

Conviene aclarar que el análisis extenso que se efectúa de la regulación que el Código Civil de 1936 brinda actualmente a la

(*) "El Derecho, que es rémora detestable y odiosa cuando, como reloj parado, marca una hora inamovible en su esfera, es la garantía insustituible para los valores personales cuando marcha a compás del tiempo y cuando sirve para abrir a cauce a la concepción del mundo y de la vida que tiene la generación que ha de cumplirlo". (Serrano Suñer, "Siete Discursos", pág. 115. Ediciones FE, 1938).

institución superficiaria, tiene por objeto demostrar la necesidad de su reforma.

I. Introducción. Ideas Preliminares. Concepto del derecho de superficie

En principio se presume que cualquier construcción, plantación u obra existente encima o debajo del suelo pertenece al propietario de éste. Los romanos decían que la propiedad no tenía límites en cuanto a su extensión, ni en altura, ni en profundidad. Se extendía: "*cujus est solum, hujus est usque ad coelum et usque ad inferos*", (hasta el cielo y hasta los infiernos).

El derecho de superficie constituye una derogación de la regla general "*superficies solo cedit, quidquid inaedificatur solo cedit*", (la superficie cede al suelo, todo lo que en ella se edifica cede al suelo).

En efecto, aquí se da una propiedad separada de la propiedad del suelo. La ley y la doctrina admiten así, que no siempre el suelo y la construcción forman un todo indivisible.

Conviene tener presente, como expresa Messineo (1) que, "por superficie no debe entenderse, el estrato (necesariamente sutilísimo y en rigor, sin espesor) de la corteza terrestre, esto es, el suelo (o facies de la tierra) que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico. Objeto del derecho de superficie, en sentido técnico, es por el contrario, lo que, estando incorporado al suelo (construcción), emerge del suelo; dicho en una sola palabra, es el sobresuelo (*superficiem*)".

En virtud del derecho de superficie, el propietario del suelo o dominus soli constituye sobre éste, un derecho a favor de un tercero (superficiario) que lo faculta a tener y mantener construcciones sobre el mismo o por debajo de él. Se trata de un derecho de naturaleza real, merced al cual cobra virtualidad jurídica la así denominada propiedad superficiaria, cuyos alcances se explican más adelante.

(1) Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo III, pág. 420.

El derecho de superficie nació en Roma, como la gran mayoría de instituciones jurídicas, pero no ha sido sino en los últimos tiempos cuando se le ha rescatado del olvido y adquirido su consagración definitiva en los Códigos modernos.

A mediados del siglo pasado, según lo anota Cirilo Martín Retortillo (2), "se dio por enterrada a la institución, debiéndose ello sin duda a que por las circunstancias de aquel momento, y tal vez por exigencias del pensamiento jurídico predominante, excesivamente individualista y liberal, no se estimó conveniente la adecuada regulación de una institución caduca y propia de tiempos ya lejanos, considerada como una reminiscencia feudal".

Empero, como lo menciona el mismo autor, citando a J. W. Jones, "cuando el problema de la vivienda se ha manifestado en forma aguda y la política de fomentar la construcción ha buscado todos los cauces favorables, se cayó en la cuenta de que la superficie representaba uno de los mejores, de los más aptos para tal fin".

La Exposición de Motivos de la Ley Española del Suelo no se aparta de la verdad, cuando expresa que "el fomento de la edificación, no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica, que a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y de terrenos, y reserva el aumento de valor para el propietario. De ahí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares".

Nosotros estamos convencidos que el derecho de superficie resulta uno de los medios más idóneos y relevantes para resolver, y no tan solo para paliar, el grave problema que les significa a las personas de economía limitada, la falta de vivienda, y en general, lo que constituye el déficit habitacional.

Este problema debe encararse de un modo realista. Nada mejor que hacerlo a través de una institución clásica, pero tam-

(2) El derecho de superficie según la Ley del Suelo, págs. 1 y ss.

bién añeja, del Derecho Privado, que resucita felizmente cobrando nuevos bríos debido a las exigencias de la vida moderna.

A este respecto, apunta significativamente Jerónimo González (3), que "la razón fundamental de este renacimiento la encontramos en el hecho de que el derecho de superficie es hoy uno de tantos medios utilizados para resolver el problema de la vivienda, que ahora entra en una fase aguda; problema moral, toda vez que la influencia de la habitación sobre el hombre se deja sentir poderosamente en sus sentimientos y hábitos; problema higiénico, del sol, luz, aire y salubridad; problema económico, sobre todo para las clases obreras, dada la enorme desproporción que en la actualidad existe entre el precio de los alquileres y los sueldos, salarios y remuneraciones de los que trabajan con el cerebro o con los brazos; problema eminentemente social, de cuya solución depende la independencia y organización de la familia, de un lado, y del otro, el más equitativo reparto de la natural "plus-valía" de los terrenos urbanizables, que las legislaciones del pasado siglo atribuyeron al propietario exclusivamente".

El éxito del derecho de superficie dependerá fundamentalmente de la regulación que se le ofrezca. Esta debe ser idónea y responder a la finalidad que con la institución se pretende alcanzar.

Definimos al derecho de superficie, como un derecho real, enajenable y transmisible por sucesión, que confiere a su titular, durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por la ley (se trata de un derecho temporal), la facultad de tener y mantener en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anexo de edificar (concesión ad aedificandum) o por medio de un acto adquisitivo de la edificación preexistente, o por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

De esta definición se derivan las notas características del derecho de superficie:

(3) El derecho real de superficie, pág. 9.

- i) Es un derecho de naturaleza real, enajenable, y, también por tanto, gravable y transmisible mortis causa.
- ii) Se trata de un derecho temporal.
- iii) Otorga a su titular el derecho de tener y mantener una edificación en propiedad separada, por encima o por debajo del suelo, lo que constituye precisamente el objeto básico del derecho.

Merece la pena observar, como lo hace Puig Brutau (4), que "no puede ser objeto del derecho de superficie la colocación en el suelo de elementos transitorios y desmontables. La construcción superficiaria ha de ser de tal indole que, sin la existencia del derecho de superficie, lo edificado pasaría a ser propiedad del dueño del terreno, lo que no sucede con la colocación de elementos transitorios, que no están sometidos a la regla general de la accesión".

Sobre la base de la definición transcrita líneas arriba, podemos también distinguir de un lado, el derecho de superficie y del otro, la propiedad superficiaria. Como con precisión anota Borzutzky (5), "una cosa es el derecho de superficie que es la expresión de aquella relación jurídica que permite al superficiario tener o mantener en terreno de otro la propiedad de la edificación, y otra, es la propiedad de esta edificación, cuya existencia hace posible el derecho de superficie, y que, por esto, se denomina propiedad superficiaria. No es que el derecho de superficie tenga una doble naturaleza, unas veces la propiedad de una edificación y otras el derecho a tener esta propiedad en terreno ajeno, pues lo primero es la propiedad superficiaria, y lo segundo es propiamente el derecho de superficie.

El derecho de superficie es el soporte jurídico de la propiedad superficiaria, y sólo puede ésta subsistir mientras subsista aquél, de suerte que, extinguido el derecho de superficie, desaparece la propiedad superficiaria como tal".

(4) Fundamentos de Derecho Civil, tomo III, vol. II, pág. 154.

(5) El derecho de superficie, pág. 19.

Como lo expresamos más adelante, nosotros conceptuamos el derecho de superficie como un derecho real autónomo y sustantivo.

No son pocas las teorías que pretenden encuadrarlo dentro de los márgenes de uno u otro derecho real: Se le asimila así al usufructo, a las servidumbres, a la enfiteusis, al arrendamiento y aun a la copropiedad.

La doctrina se divide como evidencia de lo afirmado, entre quienes conciben a la institución superficiaria como una desmembración más del dominio, y quienes observan que respecto de ella coexisten dos propiedades sobre las cuales rigen los atributos clásicos del derecho de propiedad: el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*.

El derecho de superficie se constituye por acto *inter vivos*, o por acto *mortis causa* y a título gratuito u oneroso. Se llega a admitir en ciertos casos que puede constituirse por usucapión. Algunos también consideran a la expropiación como uno de los modos para constituirlo.

No hay duda, sin embargo, que la forma más frecuente de constitución del derecho de superficie es por acto *inter vivos*, es decir, mediante contrato, sea como resultado del derecho de construir o concesión *ad aedificandum*; es decir, cuando el propietario concede a una persona el derecho a edificar sobre el suelo o bajo él, adquiriendo así el concesionario la propiedad de la construcción; o también, mediante la enajenación de una edificación preexistente o como consecuencia del contrato anexo al de arrendamiento de un terreno.

Es posible, igualmente, que se constituya un derecho de superficie de mayor elevación sobre un edificio que pertenece a una persona en propiedad superficiaria. A este derecho se le denomina derecho de sub-superficie o derecho de superficie de segundo grado.

Estimamos que ello es posible sobre la base de que no existe impedimento alguno para constituir derechos sobre derechos, correspondiendo dicha facultad a su titular.

Se destacan en el derecho de superficie, tres tipos de elementos:

- i) Elementos personales: el dominus soli y el superficiario.
- ii) Elementos reales: el suelo y la edificación.
- iii) Elemento formal: la inscripción como requisito constitutivo del derecho de superficie.

Un tratamiento exhaustivo del derecho de superficie debe consagrar legislativamente, cuando menos, las obligaciones y derechos más importantes del dominus soli y del superficiario. Consideramos que una de las principales obligaciones del primer nombrado es la de inhibirse de efectuar actos que imposibiliten o perturben el disfrute de su derecho al superficiario, desde el momento en que quede constituida la relación superficiaria.

Es indiscutible que en virtud de este derecho, el dueño del suelo pierde, si bien temporalmente, todo derecho, ya sea por encima del suelo o por debajo de él. Esto no excluye sin embargo que, dado que conserva la propiedad del suelo, pueda disponer de él libremente, sin que pueda resultar perjudicado el derecho de superficie establecido.

Como contraparte de la obligación mencionada, el superficiario tiene también las suyas. Así por ejemplo, está obligado a levantar la construcción inherente al derecho de superficie dentro del plazo pactado o, en su defecto, en el legal.

De otro lado, tendrá derecho a gozar de alguna otra parte del suelo, además de la necesaria que está referida al objeto del derecho, si ofrece ventajas para su aprovechamiento; a disponer de él, a gravarlo con hipoteca, etc.

El derecho de superficie puede tener una duración temporal, indefinida o perpetua.

Los diversos ordenamientos civiles que admiten la existencia de la institución superficiaria, han previsto distintos plazos de duración, admitiendo algunos de ellos que sea perpetuo. Esta última

opción es, empero, poco frecuente, aunque Códigos tan modernos como el Italiano de 1942 y el Portugués de 1967 la consagran.

Nuestro ordenamiento civil, que concibe al derecho de superficie como un usufructo sobre tierras edificables, le fija un plazo máximo de 99 años que consideramos excesivamente largo.

El derecho de superficie se extingue por muy diversas causas, algunas de las cuales son comunes a otros derechos reales principales.

Así el derecho de superficie se extingue, entre otras razones:

- i) Por el transcurso del plazo pactado o del legal.
- ii) Por la resolución del título constitutivo.
- iii) Por el abandono o la renuncia del superficiario.
- iv) Otras causas:
 - a. Por confusión.
 - b. Por mutuo disenso.
 - c. Por destrucción de la cosa sobre o bajo la cual recae.
 - d. Por perecimiento de la edificación en caso de pacto en tal sentido.
 - e. Por expropiación forzosa.
 - f. Por prescripción (no uso).

Ahora bien, hemos mencionado que el Código Civil de 1936 se refiere al derecho de superficie denominándolo usufructo sobre tierras edificables y legislándolo como una modalidad del usufructo. Conviene que pasemos a referirnos seguidamente a dicho tratamiento.

II. *El derecho de superficie en el ordenamiento jurídico peruano*

Comentario a las disposiciones contenidas en el Código Civil de 1936. Necesidad de su reforma.

El Código Civil de 1936, aún en vigencia al momento de redactar estas líneas, se refiere al instituto superficiario en sus artículos 958 y 959.

Conviene destacar de su regulación, dos cuestiones:

La primera, que el Código legisla el derecho de superficie llamándolo no por su nombre usual, sino denominándolo "usufructo sobre tierras edificables".

Sobre esto opinamos que, aun cuando no existe en honor a la verdad, una manifestación expresa del Código en el sentido de que es el derecho de superficie lo que está regulado por los artículos 958 y 959 del mismo, y que la Exposición de Motivos del Proyecto de Libro Cuarto del Código Civil vigente, guarda silencio sobre el particular, del análisis de los preceptos mencionados y, principalmente, de sus antecedentes, podemos llegar a esa conclusión.

En efecto, expresaba el autor del Primer Anteproyecto sobre el Libro de los Derechos Reales, doctor Alfredo Solf y Muro, en el Memorando que presentó en la 148ª sesión de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano de 1852, celebrada el miércoles 14 de abril de 1926, lo siguiente:

"El Anteproyecto contiene otra innovación, la del usufructo convencional en tierras útiles para la edificación, con el objeto de conferir la propiedad de los edificios al usufructuario del suelo, creando el llamado derecho de superficie.

Esta regla tiene por fin una necesidad sentida en nuestro medio, y en otros países se ha empleado como medio de aumentar el número de habitaciones en las ciudades y fomentar las llamadas casas baratas" (6).

(6) Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil. Fascículo VI. pág. 58.

El Anteproyecto en referencia reguló el derecho de superficie en el numeral 49, con el siguiente texto:

"Por actos entre vivos sólo podrá constituirse usufructo sobre tierras edificables a efecto de que el usufructuario tenga un derecho de propiedad sobre los edificios que levanten en ellas.

Este derecho no podrá constituirse por más de 30 años y al término de ellos el edificio pasa a la propiedad del dueño de la tierra".

En la 198ª sesión de la Comisión Reformadora del viernes 29 de abril de 1927, se aprobó el texto del Anteproyecto, inclusive su artículo 49, con algunas modificaciones. Así a iniciativa del doctor Manuel Augusto Olaechea, se suprimió la palabra "sólo" y se substituyó el número "30" por el de "99" (7).

En el segundo Anteproyecto del Libro Cuarto del Código Civil se lee el artículo 233, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Por actos entre vivos podrá constituirse usufructo sobre tierras edificables a efecto de que el usufructuario tenga un derecho de propiedad sobre los edificios que levante en ellas. Este derecho no podrá constituirse por más de noventa y nueve años, y al término de ellos el edificio pasa a la propiedad del dueño de la tierra".

El Proyecto de Código Civil presentado el 7 de marzo de 1936 al Ministro de Justicia del Gobierno del General Oscar R. Benavides, por los miembros sobrevivientes de la Comisión, pues a esa fecha ya habían fallecido el ilustre jurista y Presidente de la Comisión, doctor Juan José Calle y el preclaro alienista, doctor Hermilio Valdizán, regulaba el derecho de superficie en dos artículos, el 951 y 952, cuyo texto transcribimos a continuación:

(7) Actas, VII, pág. 73.

(8) Op. cit., pág. 275.

"Artículo 951°— Por actos entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante".

"Artículo 952°— Este derecho podrá constituirse a lo más por noventa y nueve años, y pasado el término el edificio es de la propiedad del dueño del suelo".

La Ley N° 8305 de 2 de junio de 1936 autorizó al Poder Ejecutivo para promulgar el proyecto de Código Civil preparado por la "Comisión Reformadora del Código Civil", introduciendo las reformas que estimara convenientes, de acuerdo con la Comisión que designara el Congreso Constituyente.

En atención a ello, el Proyecto fue sometido a la revisión de una Comisión nombrada por Resolución Suprema de 18 de junio de 1936. En las actas de las sesiones de dicha Comisión no aparece ninguna referencia a la institución que analizamos, ni a los artículos que la regulan.

El texto final del Código Civil promulgado por Decreto Supremo de 30 de agosto de 1936 en uso de la autorización contenida en la referida ley N° 8305 y que entró en vigencia a partir del 14 de noviembre de ese mismo año, se ocupa de la materia como lo hemos mencionado ya, en los artículos 958 y 959 preceptuando respectivamente lo siguiente:

"Artículo 958°— Por actos entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante".

"Artículo 959°— El derecho a que se refiere el artículo anterior, podrá constituirse a lo más por noventa y nueve años, y pasado el término, el edificio será de la propiedad del dueño del suelo".

La segunda cuestión se refiere a la circunstancia que el derecho de superficie no está legislado de modo independiente, como un derecho real, autónomo y sustantivo, sino como una modalidad del usufructo, y por ello lo encontramos contenido en el título dedicado a este derecho real.

En cuanto a esto, que en parte explica el silencio del Código para referirse de modo expreso al derecho de superficie, ello se justifica porque el Código, al incluir a la institución en el título referido al usufructo, como lo hace también con los derechos de uso y habitación, se ha adscrito a la teoría heterónoma de la superficie, en virtud de la cual, se la entiende como una desmembración más del dominio, parecida al usufructo y similar a la enfiteusis.

El Código confunde pues el derecho de superficie con el usufructo, a pesar de las evidentes diferencias existentes entre ambas figuras, sobre todo en cuanto a su plazo de duración, al cual se refiere su artículo 959.

Dichos derechos reales son perfectamente diferenciables el uno del otro, desde que el primero, según nuestro Código, sólo puede recaer sobre tierras edificables, mientras que el segundo puede incidir sobre toda clase de bienes (artículo 925 del Código Civil); por la forma de su constitución, teniendo en cuenta que en nuestra legislación civil, el derecho de superficie sólo puede nacer por acto inter vivos, mientras que el usufructo nace en virtud de la ley, por acto inter vivos o mortis causa, y porque el usufructo es esencialmente un derecho que tiene como máximo la vida del usufructuario. El usufructo es un derecho vitalicio, aun cuando existe discusión en nuestro derecho sobre este particular debido a la defectuosa redacción del artículo 943 del Código Civil, mientras que el derecho de superficie puede extenderse más allá de la vida del superficiario, si bien puede acordarse libremente su constitución por el plazo de vida de aquél. Claro está, que si se vencen los 99 años a que alude el numeral 959 del Código, plazo máximo por el cual puede constituirse el derecho de superficie, y el superficiario no ha fallecido aún, el derecho se extingue automáticamente.

Igualmente debe notarse que mientras el derecho de usufructo otorga el aprovechamiento del bien a quien ejercita ese derecho, el derecho de superficie concede la propiedad sobre los edificios que se levanten, aunque sea por un plazo transitorio que no puede exceder el espacio de tiempo impuesto por la ley.

Adicionalmente, el usufructuario, a diferencia del superficiario, está obligado a respetar la forma y sustancia de la cosa, no

pudiendo cambiarla. De otro lado, el usufructo, refiriéndose a un edificio, alcanza al suelo, mientras el derecho de superficie tiene limitado su objeto a lo construido.

Son hechos relevantes de la regulación del derecho de superficie en el Código Civil de 1936, las siguientes:

- 1) Se reconoce su calidad de derecho de naturaleza real.

Los antecedentes de esta consideración se encuentran en el Derecho Romano a partir del momento en que el Pretor ofreció una protección real a la institución mediante el interdicto de superficies y la actio de superficie.

Empero, el Derecho Romano no consagró al derecho de superficie como un derecho de naturaleza real, sino personal, a pesar de esos remedios de tipo real. A lo más lo consideró como un derecho en cosa ajena.

Todos los ordenamientos positivos que se ocupan de la institución la consagran definitivamente como un derecho de carácter real.

Su naturaleza real es el arma fundamental, como ha sostenido con acierto Borzutzky, para garantizar al superficiario la consecución de los fines propios de la relación, lo mismo respecto de los terceros para exigirles una abstención (de cualquier perturbación en el ejercicio de su facultad de construir), que del propietario del suelo, limitándole la utilización del mismo que permanece de su propiedad, aunque pueda realizar actos de disfrute compatibles con las facultades del superficiario.

Tanto el dominus soli como el superficiario gozan de la protección real inherente a su derecho frente a todos, respecto del suelo o de la construcción, según corresponda.

Y es un derecho real, aun cuando no exista construcción de por medio. Tanto es cierto esto que, en principio, la destrucción de lo edificado no importa la conclusión de la relación superficiaria.

El superficiario, como expresa Messineo, "puede construir la edificación por efecto del derecho que tiene sobre el suelo, derecho que le corresponde durante todo el tiempo, porque ha sido constituida la relación, aunque desaparezca lo construido".

- 2) Concede al superficiario un derecho de propiedad, sobre las construcciones que levante, que si bien es temporal, lo faculta a ejercitar los derechos inherentes al dominio, entre ellos el de disposición.

Conforme al artículo 959 del Código Civil de 1936, el plazo de duración máximo del derecho de superficie es de 99 años. Cabe preguntarse, ¿Porqué 99 años y no 100? Desde Roma el tope de 100 años era temido como perpetuo, aparentemente esa sería la razón para no extenderlo más allá. Empero, el Código Suizo así lo establece sin ningún temor (cfr. su artículo 779.1).

El Código nacional no ha establecido un plazo mínimo de duración. Como es lógico debe entenderse que si se pacta un plazo de duración mayor que el indicado, éste deberá reducirse al establecido por la ley, por aplicación analógica de lo previsto por el artículo 950 del Código vigente.

El doctor Romero Romaña, ha afirmado que el plazo de 99 años "es tal vez demasiado largo, en que pueden suceder hasta tres generaciones, pudiendo ocurrir lo que aconteció con la enfiteusis, en que el contacto prolongado con la cosa engendra derechos que se quieren oponer después al propietario del suelo.

La situación es más grave, porque el derecho puede ser pactado entre particulares, ya que no hay limitación alguna en el Código. Creemos -dice- que entre particulares no debiera haberse aceptado tan largo plazo, el que sólo es admisible para el Estado o corporaciones oficiales.

En las Actas de la Comisión Codificadora se constata que al principio se pensó establecerlo sólo por 30 años como máximo".

En efecto, fue por sugerencia del doctor Manuel Augusto Olaechea que se varió ese plazo, sustituyéndolo por el de 99 que se mantuvo hasta el final. Consideramos que efectivamente el plazo

previsto por el Código para la duración del derecho de superficie es muy dilatado. No es preciso un plazo tan extenso para favorecer su constitución. Estimamos que el plazo de treinta años, por el cual manifestamos nuestra preferencia es un término suficiente para que el superficiario y sus familiares gocen ampliamente de la edificación levantada, para contribuir al cumplimiento de los de la institución superficiaria. Treinta años es un plazo bastante extenso que no significa, como algún autor ha apreciado (9), "reducir la constitución del derecho, pues el interés del superficiario sería incuestionablemente menor". No puede negarse que el mencionado no es un plazo breve, por lo cual no cabe abrigar temores infundados sobre el particular".

Reducir el plazo previsto por el Código, tampoco significa ponerle trabas al derecho de superficie.

Consideramos que por su propia naturaleza, el derecho de superficie debe constituirse por un plazo amplio, como el propuesto; si bien no muy dilatado.

Es evidente que un plazo breve no respondería a sus fines. Tampoco es de su esencia ser perpetuo, desde que ello iría contra su principal propósito cual es el de promover la edificación. ¿Qué aliciente sería ello para el dominus soli o sus herederos?

No debe perderse de vista que en el Derecho Romano se exigía únicamente que fuera constituido por largo tiempo, sin imponer necesariamente su perpetuidad.

- 3) Como se ha anotado precedentemente, sólo puede constituirse por acto inter vivos, es decir mediante contrato. No puede establecerse en nuestro medio por disposición de última voluntad (testamento).

Compartimos la opinión de Arias Schreiber (10), en el sentido de que "rige igualmente la usucapion a través del principio

(9) Max Arias-Schreiber Pezet. Exposición y Comentario de los Derechos Reales en el Código Civil Peruano de 1936, tomo III, pág. 185.

(10) Op. cit., pág. 178.

que la extiende a todos los derechos reales. Quien goza como superficiario sin serlo por alguna deficiencia de la convención, podrá convertirse en tal por obra del transcurso del tiempo (artículo 948 del Código Peruano vigente)".

Se ha afirmado que así puede ocurrir, por ejemplo, en el caso que se haya constituido el derecho de superficie por el tiempo de vida del superficiario. Su muerte determinó la conclusión del derecho. Sus herederos se dirá, se encuentran en aptitud de adquirir por prescripción el bien objeto del derecho de superficie si transcurre el término que establece el Código en su artículo 871.

Nosotros opinamos en cambio respecto de este caso que, dado que conforme a la última parte del artículo 959 la reversión de la propiedad superficiaria se produce automáticamente, *ipso jure*, con lo cual dominus soli consolida la propiedad del suelo y de lo edificado, dichos herederos propiamente estarán usucapiendo suelo y edificación, pues ésta se le ha incorporado al recobrar vigencia plena el principio de accesión. La superficie cede al suelo al momento en que concluye el derecho por el transcurso del tiempo.

- 4) Como lo hemos anotado anteriormente, sólo puede constituirse sobre tierras edificables, es decir sobre predios urbanos. No puede constituirse por tanto sobre plantaciones como lo admite el Código Portugués entre otras legislaciones.

Afirma Castañeda (11) sobre el particular, que la tierra sobre la que se localice el derecho debe ser tierra edificable, "área urbanizada, no urbanizable, porque toda tierra es susceptible de ser urbanizada. Debe tratarse de solares u otras porciones de suelo que tienen la calidad de urbanos, siendo de advertir que tal calidad no depende de su naturaleza, sino de su situación. No obstante tratarse de un huerto ubicado dentro de la ciudad, se trata incuestionablemente de tierra edificable. Por el contrario, la tierra donde se han levantado edificios que sirven de morada al propietario del fundo rústico, no es tierra edificable en el sentido a que se refiere el artículo 958 del Código Civil y menos inmueble urbano".

(11) Los derechos reales, tomo III, pág. 162.

Dice Romero Romaña (12) por su lado, que no puede establecerse sobre las tierras rústicas. "De ser así indica, constituiría una verdadera enfiteusis. La disposición obedece a que la institución sólo ha sido admitida por la finalidad de promover la edificación. Por eso no estamos de acuerdo con la opinión del doctor Riva-Agüero, en su discurso como Decano del Colegio de Abogados, al decir que se trata del derecho de enfiteusis, que nos vuelve remozado. El derecho de superficie no es una enfiteusis, sino un derecho diferente y autónomo".

Valga aclarar con relación a la referencia al doctor José de la Riva-Agüero y Osma, que su mención al tema, lo hizo en su discurso-memoria al dejar el cargo de Decano del Colegio de Abogados de Lima, el 18 de marzo de 1937. En dicho discurso indicó textualmente lo siguiente:

"Otro instituto añejo que nos vuelve remozado, es el censo enfiteúutico, abolido el año de 1911, y que hoy resucita y retorna, en los artículos 958 y 959, vestido a la usanza legal inglesa, para facilitar las edificaciones, sin pago de mejoras. En esta modalidad tiene un plazo máximo de 99 años" (13).

La mención del doctor Riva-Agüero al derecho de superficie, como puede apreciarse, es indiscutiblemente injusta.

- 5) El derecho de superficie se circunscribe a los edificios, por lo que quedan al margen de aquél los elementos que no fueran tales.

Como acertadamente señala González (14) "pueden ser objeto del derecho superficiario las construcciones de cualquier especie, siempre que no estén afectos a una necesidad transitoria. Por este último motivo se excluían las tribunas, puestos, teatros, etc., que los magistrados o patricios hacían construir en las grandes fiestas y solemnidades".

(12) Derecho Civil. Los derechos reales, pág. 274.

(13) Revista del Foro, año XXIV, pág. 15.

(14) Cit. por Arias-Schreiber, op. cit., pág. 179.

- 6) Constituye un quebramiento del principio clásico romano de la accesión inmobiliaria (*superficies solo cedit*), en virtud del cual todo aquello que se halla sobre el suelo, pertenece al dueño de éste. Los efectos de dicho principio se suspenden hasta el vencimiento del plazo acordado entre el propietario y el superficiario o el máximo legal. Como anotan Planiol, Ripert y Picard (15), "el derecho de superficie deroga esta regla, al separar la propiedad del suelo de lo que sobre él se halla".
- 7) Es un derecho temporal que al extinguirse determina la consolidación del dominio. Con ello se produce la desaparición de la duplicidad o desdoblamiento de propiedades existente hasta ese momento.

Observa Roca Sastre (16), que "el tránsito de la propiedad de la edificación al *dominus soli* constituye un fenómeno semejante al de la accesión, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de ésta, la paralización fue por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste, recobra la accesión su poder de atribución y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno".

Respecto a la temporalidad del derecho de superficie, indica Arias-Schreiber (17) que "el derecho de propiedad que concede la superficie sobre los edificios levantados es temporal.

Y no podía ser de otro modo, puesto que se necesita interesar al propietario del suelo con una consolidación que si bien él no la gozará si la disfrutarán sus descendientes, y en general, quienes vayan adquiriendo el dominio de la superficie, en el tiempo. Conforme éste transcurre, mayor será el interés de los adquirentes, interés que no existirá de no producirse la consolidación antedicha".

(15) Tratado de Derecho Civil, tomo III, págs. 286 y ss.

(16) Derecho Hipotecario, tomo III, pág. 58.

(17) Op. cit., pág. 183.

Ya que abordamos la temporalidad del derecho de superficie, conviene referir una criticable omisión del Código, relativa a la indemnización que debería recibir el superficiario, por la edificación levantada, al concluir el plazo por el cual se pactó el mismo.

Creemos que el propietario del suelo se encuentra obligado, en principio, a indemnizar al antiguo superficiario por dicha construcción, pagándole su valor, salvo que exista un pacto distinto. Aun cuando el Código Civil nada precise sobre el particular, compartimos la opinión de Arias-Schreiber (18), en el sentido que "la solución que mencionamos es la que se deriva del principio que prohíbe todo enriquecimiento indebido".

Por lo dicho causa extrañeza una aseveración tan tajante como la de Rodríguez Llerena (19) cuando estima que una vez vencido el término a que alude el artículo 959, pasa la propiedad de lo edificado al dueño del suelo o a sus herederos en el estado en que se encuentra "sin opción a indemnización alguna".

Es bueno prevenir, aun cuando el Código tampoco diga nada al respecto, que la reversión de las edificaciones al propietario del suelo, al concluir el plazo pactado o el legal, debe efectuarse sin gravamen o limitación alguna, por cuanto los que estableció el superficiario caducan al vencimiento del plazo.

Es claro, en nuestra opinión, sustentándonos en la regulación de la materia en la legislación comparada y en la doctrina en general, que el derecho de los acreedores pasará a incidir, cuando ello ocurra, sobre el valor de la indemnización que abonará el propietario al antiguo superficiario por la edificación levantada por aplicación de un principio similar al que informa un artículo como el 1017 del Código Civil.

- 8) Es un derecho alienable y transferible, dado que, como anota Maisch von Humboldt (20) "el superficiario ostenta la propiedad de los edificios que ha construido, naturalmente con

(18) Op. cit., pág. 185.

(19) Código Civil, pág. 277.

(20) Los derechos reales, pág. 108.

la limitación de que transcurrido el plazo, éstos revierten al señor del suelo. He aquí una diferencia notable con el derecho de uso, que no es un derecho cesible, y cuyo fundamento es la calidad personal del titular. En efecto, por ser gratuito y constituir una liberalidad, el derecho de uso es un derecho personalísimo, y en consecuencia, incesible. En cambio, el derecho de superficie es netamente económico y por lo tanto oneroso, ya que el señor del suelo sólo lo otorga con miras a conseguir determinadas ventajas, siendo en consecuencia transmisible y enajenable como todos los derechos con fuerte carácter económico”.

Debemos recordar que de acuerdo con el Código Civil, el derecho de superficie sólo podrá ser establecido por actos inter vivos, conforme taxativamente lo dispone su artículo 958. Sin embargo, ello no excluye en nuestro concepto que pueda ser constituido a título gratuito.

Consideramos que la regulación que brinda el Código Civil vigente al derecho de superficie es sumamente criticable, desde que suscribimos la teoría autónoma de la superficie que la distingue claramente de otros derechos reales similares.

En ella coexisten según nuestra opinión, dos propiedades, rigiendo sobre cada una de ellas, y de manera absoluta, los atributos clásicos del derecho de propiedad: el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius abutendi*. Precisamente, en vista de este último, el propietario del suelo y el superficiario, tienen derecho de enajenar libremente sus respectivos dominios, según ha quedado indicado precedentemente.

Como anota con certeza Arias-Schreiber, puesto que los legisladores de 1936 “son suscriptores de la teoría heterónoma, enclavando a la superficie dentro de las desmembraciones del dominio, rigen para ella las reglas del usufructo, en cuanto le son aplicables, teniendo siempre presente las fundamentales diferencias entre una y otras figura” (21).

(21) Op. cit., pág. 180.

Empero, si bien ello justifica en algo el tratamiento que ofrece el Código vigente al derecho de superficie, también podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que la institución no ha llegado a tener el desarrollo deseado precisamente por ser su regulación legal incompleta y defectuosa.

Como medio importantísimo para resolver el problema de la vivienda de las clases modestas (22) o como "solución del problema de la vivienda y de la habitación propia permitiendo que la iniciativa privada marche paralelamente al Estado y no haga recaer únicamente sobre éste el peso de tan grave cuestión" (23), es necesario, para una evolución idónea de dicha figura que se la legisle ampliamente.

Afirma Corvetto Vargas (24) que "esta institución está mal tratada por el Código Civil. Si los codificadores estimaron necesario crearla, no se explica porque lo hicieron en forma incompleta e insegura, ya que la legislaron solamente en dos artículos, lo que a todas luces es insuficiente.

Muchos casos que se plantean en la legislación comparada no tienen como resolverse en nuestro derecho. Basta para ello leer los artículos que les dedica el Código Civil Italiano. La jurisprudencia de los Tribunales habrá de llenar este vacío".

Si en nuestro medio, prácticamente carece de aplicaciones, de ello es responsable la legislación civil vigente. Es un caso relevante, que constituye excepción a lo afirmado, el sistema de las concesiones administrativas, aun cuando es bueno indicar que dicho sistema surgió y se desarrolló durante la vigencia del antiguo Código en 1852.

Como consecuencia del sistema aludido, se construyó el Teatro Manuel A. Segura sobre un terreno del Concejo Provincial de Lima, o el Restaurante "El Zoológico" del ya desaparecido Parque Zoológico o el del antiguo Restaurante La Cabaña, que hoy es un teatro y que es de propiedad municipal.

(22) Jerónimo González, op. cit., pág. 93.

(23) Arias-Schreiber, op. cit., pág. 181.

(24) Manual Elemental de Derecho Civil Peruano, tomo II, págs. 332 y ss.

Dice sobre el particular Corvêto Vargas (25) que si bien era una necesidad reconocer esta situación, y que se hizo muy bien en hacerlo así, debió legislarse no dentro del usufructo, sino en título independiente.

Un fenómeno similar al que ocurre en nuestro país, por carecer el instituto superficiario de una regulación adecuada, sucedió en Alemania hasta la promulgación de la Ley de 15 de enero de 1919.

Explica Martin Wolff (26) en relación al particular que "la importancia práctica de la superficie es mayor de lo que se supuso al redactarse el Código Civil, y, en particular, mayor que la que tuvo la superficie del derecho común. Esta importancia se manifiesta especialmente por el servicio que presta al problema de la pequeña vivienda. Varias ciudades y algunos Estados conceden sistemáticamente solares en superficie a término en lugar de enajenarlos, lo cual tiene las ventajas de evitar la especulación con edificios y terrenos, de facilitar el aumento del valor del suelo en favor de los propietarios (Estado, Municipios), hacerle posible el ejercer una influencia sobre la manera de construir, y procurar a las clases obrera y media la posesión de casas propias. A un desenvolvimiento más amplio de esta institución se oponía hasta ahora su insuficiente regulación legal".

Atendiendo a lo expuesto es que consideramos necesario propiciar una adecuada reglamentación legal del derecho de superficie, consagrando en primer lugar su autonomía; regulándolo en un título independiente, del modo que merece por su trascendencia económico-social; y completando las reglas del Código Civil de 1936 sobre la base de la doctrina y la legislación comparada.

Es seguro que legislándolo independientemente, podrán consignarse dispositivos tan completos como los que contienen Códigos modernos como el Italiano de 1942, el Portugués de 1967 o el Boliviano de 1976, que prevén casos como los siguientes: construcción por debajo del suelo, hipoteca del derecho de superficie, suerte de los gravámenes constituidos sobre el mismo luego de su extin-

(25) Op. cit., pág. 331.

(26) Derecho de Cosas, pág. 2.

ción; pago de una indemnización al superficiario por el edificio construido al vencer el plazo por el que el derecho fue constituido o transcurrido el término legal, forma y oportunidad del pago del canon superficiario, causas de extinción del derecho de superficie, etc.

La institución, por la trascendencia del propósito económico y social que la inspira, requiere, como ha señalado con certeza Elguera, de "formas y protección legal, para su franco desenvolvimiento".

Conviene mencionar, antes de concluir, que en este sentido el Proyecto de nuevo Código Civil constituye en nuestra opinión un innegable avance aunque ciertamente tímido.

En efecto, en primer lugar, el artículo 1004 consagra en la Sección Tercera (Propiedad Predial) del Capítulo II (Propiedad) del Libro V (Derechos Reales), la regla según la cual "el subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer a propietario distinto que el dueño del suelo".

De otro lado, en el Capítulo III (Usufructo, Uso, habitación y superficie) se regula el derecho de superficie en dos artículos, cuyo texto transcribimos a continuación:

"Artículo 1072°— Puede constituirse el derecho de superficie, por el cual el titular es propietario temporal de los que construya en terreno ajeno. Este derecho no puede durar más de 30 años".

"Artículo 1073°— El derecho de superficie será transmisible por acto entre vivos o por testamento, excepto cuando se haya constituido como personalísimo".

Debe destacarse particularmente el hecho de que el Proyecto opte por consagrar al derecho de superficie como un derecho real autónomo y que fije su duración máxima en 30 años.

Empero, consideramos que la definición que brinda el Proyecto de la institución debería ser más precisa, destacándose las formas cómo puede constituirse.

La regulación del Proyecto omite pronunciarse respecto a lo que ocurre al término del plazo; esto es, si lo construido pasa al dominio del dominus soli, con o sin obligación de éste de reembolsar su valor.

Tampoco se refiere a los derechos y obligaciones del superficiario y del propietario, ni a las causas de extinción del derecho. Estimamos que para lograr su libre ejercicio y eficaz desenvolvimiento, es preciso ofrecerle sin tener una regulación y protección legal adecuadas.

Como indica de Tomaso, "cuando un derecho recoge espontáneamente las necesidades económicas y tiene vida propia, la legislación no tiene más que reconocerlo para encauzarlo y darle las formas que el interés social requiera.

De lo contrario se coarta el desenvolvimiento jurídico y de la vida económica, obligando a disfrazar situaciones para poderlas encajar en el molde de la ley".

Sólo así podremos tener la firme esperanza de que el instituto superficiario resulte un medio capaz de obtener la reducción del déficit habitacional en nuestro país.

Carlos Fernández Sessarego

1. Gravitación de la teoría egológica

El tiempo transcurrido desde la primera edición de "La teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad" (1) ofrece adecuada perspectiva para apreciar la fecunda originalidad del pensamiento de Carlos Cossio, así como permite comprobar la influencia que ha venido ejerciendo fundamentalmente en el ámbito latino americano donde adquirió mayor difusión. Antonio A. Martino afirma con razón que Cossio es el autor de filosofía del derecho más conocido del mundo hispanoamericano, atribuyéndole precisamente ser el creador de una teoría original que gravitó notoriamente en todos los niveles del pensamiento jurídico argentino, cuya obra incentivó la investigación y el debate jusfilosófico, principalmente a través del febril trabajo llevado a cabo en el Insti-

- (*) Este trabajo integra el Libro de Homenaje al ilustre Profesor Carlos Cossio editado con ocasión de cumplir ochenta años de vida.
- (1) "La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad" fue publicada por primera vez en Buenos Aires en 1944. Con anterioridad eran ya notorios algunos de sus más importantes trabajos como "La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho", Santa Fé, 1941 y "Las lagunas del Derecho", Córdoba, 1942.

tuto de Filosofía del Derecho y Sociología de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (2).

El análisis de un importante sector del pensamiento jurídico europeo de los últimos cuarenta años en torno a la persona jurídica nos revela el acierto y la vigencia de las intuiciones medulares de la teoría egológica del derecho en lo que concierne a tan debatido y complejo problema. La confrontación de las ideas de Cossio con la vasta literatura elaborada sobre el tema -particularmente en la doctrina italiana- muestra que la teoría cossiana sobre la persona constituye un significativo aporte a la meditación jusfilosófica, un constante y válido punto de referencia (3).

La construcción cossiana sobre la persona surge en un momento histórico en el cual el pensamiento jurídico sobre la misma se debatía entre dogmas y ostensibles imprecisiones, tanto terminológicas como conceptuales, de los cuales no logra aún desprenderse totalmente a pesar de las valiosas contribuciones y esclarecimientos producidos en los últimos tiempos. Dentro de las varias posiciones que en aquel entonces presentaba la doctrina jurídica sobre la persona cabe destacar, como emblemáticas, las sostenidas por Savigny, Gierke y Kelsen. Ellas representan el marco referencial dentro del cual se desarrolla el pensamiento de Cossio.

2. *El concepto de persona en Savigny y Gierke*

Savigny ha sido el primero que en la época moderna nos proporciona una explicación sobre el tema de la persona mediante una vigorosa teoría de vasta repercusión en la doctrina jurídica. Para este pensador sólo el hombre, concreto e individual, es persona para el Derecho. Toda situación no reducible al hombre singularmente considerado sólo puede adquirir personalidad a través

- (2) "La scuola analítica di Buenos Aires", separata del volumen "Materiali per una Storia della Cultura Giuridica", recogidos por Giovanni Tarello, Il Mulino, Boloña, 1977, pág. 172.
- (3) En el Perú tuvimos ocasión de referirnos al pensamiento de Cossio en "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho", (1950), en "La noción jurídica de persona" (1962), así como en diversos artículos en revistas especializadas publicados a partir de 1951.

de una ficción. Las llamadas personas jurídicas o colectivas vendrían a ser así el producto de una operación de puro fingimiento. A la altura de nuestro tiempo la concepción de Savigny, sometida a certera crítica, ha sido generalmente abandonada. En el Derecho queda cada vez menos espacio para las ficciones.

Gierke, contrariamente a la tesis de Savigny, postula que los grupos humanos jurídicamente actuantes, no podrían desvanecerse en una ficción. Había que concederles, al igual que al hombre individual, una existencia, una determinada entidad. La respuesta de Gierke consistió en otorgar a las personas colectivas o jurídicas una vida autónoma, una propia voluntad y un particular interés. Por ello su teoría es conocida indistintamente bajo los apelativos de orgánica, antropomórfica o de la realidad.

3. *La persona en la teoría pura del Derecho*

Frente a las antes citadas corrientes de pensamiento se alza, premunida de indiscutible rigor y de un explicable poder de fascinación, la teoría pura del Derecho, la extraordinaria e histórica construcción kelseniana. Rápidamente, por su valor intrínseco, ella adquiere universal resonancia. Kelsen depura la teoría formalista sobre la persona llevándola, con lúcida coherencia, a sus últimas consecuencias. La persona, desde la perspectiva kelseniana, no se ubica en la realidad de la naturaleza, no es un ente concreto, sino tan sólo un centro ideal de imputación de normas, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que imputan derechos y obligaciones.

Para llegar a su teoría sobre la persona Kelsen somete previamente a crítica la básica aserción de la escuela histórica de que los derechos subjetivos preceden a los derechos objetivos, es decir al ordenamiento jurídico. Para Kelsen el derecho subjetivo se reduce al objetivo en tanto ambos no son de distinta naturaleza ni se trata de dos fenómenos diferentes. Depurado el derecho subjetivo no nos queda sino indentificar el Derecho con la normatividad, con el ordenamiento jurídico. Todo lo que es ajeno a la norma deviene transistemático, metajurídico.

Reducido el derecho subjetivo al objetivo, depurado de todo elemento de la naturaleza, no existe ya ningún obstáculo teórico

para afirmar, como lo hace Kelsen, que carece de sentido referirse a la persona como si se tratase de un ente o una realidad independiente de la pura normatividad. Como corolario de este proceso nada impide ubicar a la persona exclusivamente en la trama lógico-formal de la normatividad, ya que lo contrario significaría pretender introducir un elemento extraño al Derecho. La persona resulta así, en términos del propio Kelsen, "una expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un complejo de normas" (4). La persona es distinta del hombre.

Si la persona es sólo una construcción del pensamiento normativo el hombre queda necesariamente extrañado del Derecho. Se supera de este modo, según Kelsen, el inconducente afán de la doctrina tradicional de encontrar un ente, un "alguien", que sea portador de derechos y deberes a la manera del animismo primitivo, el que consideraba que cada objeto del mundo sensible era morada de un espíritu invisible (5). Si la persona es un centro o unidad normativa, un plexo de deberes y derechos, es impropio y tautológico expresar que la persona "tiene" tales o cuales derechos o es pasible de determinados deberes.

El hombre, para la "teoría pura", queda fuera del Derecho, pertenece al mundo de la naturaleza. No obstante, Kelsen reconoce, como no podía ser de otra manera, que determinadas conductas humanas son el contenido de las normas. Pero el hombre, en su plenaria realidad existencial, es un objeto metajurídico.

Dentro del esquema kelseniano la persona individual o física y la persona colectiva o jurídica participan de la misma genérica estructura formal en la medida que ambas son la unidad de un conjunto de normas. Su diferencia específica reside en la división de funciones que Kelsen encuentra entre lo que designa como orden jurídico total y lo que llama orden jurídico parcial. A su vez, tal distingo se sustenta en que en la conducta humana, que es el contenido de las normas, cabe diferenciar un elemento de carácter personal o subjetivo de otro de índole material u objetivo. El pri-

(4) Kelsen, "La Teoría Pura del Derecho", Buenos Aires, 1946, pág. 83.

(5) Kelsen, ob. cit. pág. 109.

mero tiene que ver con el sujeto mismo de la acción o de la omisión y, el segundo, se refiere a la acción o la omisión en sí mismas. Es decir, se trata de distinguir entre "quién" realiza la acción o incurre en omisión del "qué" hecho u omitido. En la norma integral, según Kelsen, están determinados ambos elementos aunque es también posible que la norma contenga solamente uno de ellos, ya sea el subjetivo o el objetivo (6).

La doble distinción efectuada por Kelsen entre orden jurídico total y orden jurídico parcial, de una parte, y entre elemento personal o subjetivo y elemento objetivo o material, de la otra, le permite concluir sin dificultad que cuando se hace referencia a actos u omisiones relacionados con las llamadas personas jurídicas o colectivas no se trata sino en realidad de actos u omisiones que aluden a conductas de hombres individuales. Por ello cuando el ordenamiento jurídico imputa deberes o derechos a personas jurídicas debe entenderse que únicamente podrán ser cumplidas o incumplidas a través de conductas de seres humanos singularmente considerados. Sólo la conducta de seres humanos individuales puede ser el contenido de las normas.

En el caso de las personas jurídicas el orden jurídico total sólo recoge el elemento material u objetivo, es decir menciona los derechos o los deberes correspondientes, sin indicar quién será, en el plano de la realidad existencial, el obligado o el facultado. Resulta así que la norma del orden jurídico total es incompleta desde que en ella falta la determinación del individuo actuante, del "quién", limitándose a imputar deberes o facultades a un genérico centro ideal. De ahí que el orden jurídico total exige la complementación del orden jurídico parcial en el cual ha de encontrarse la norma que, supliendo tal deficiencia, contenga la referencia al ser humano individual que ha de actuar tales deberes o facultades. El orden jurídico total, que establece el deber o el derecho, delega en el orden jurídico parcial mencionar el ser humano que realmente será el portador de la conducta en nombre y representación de la persona jurídica.

(6) Kelsen, ob. cit. pág. 87.

De lo expuesto se deduce, con toda claridad, que el orden jurídico total imputa, en forma inmediata, deberes o derechos a la persona jurídica mientras que la designación de los individuos que realmente actuarán por la persona jurídica ha de hallarse en el orden jurídico parcial. Ello permite decir a Kelsen que "el derecho de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta está regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona" (7).

4 *La persona y la teoría egológica*

Cossio, desde la perspectiva de la teoría egológica, advierte certeramente las insuficiencias tanto de la posición que intenta explicar el fenómeno de la persona jurídica como el de una mera ficción como el de aquella que le otorga una existencia y voluntad autónomas. Similar actitud crítica asume Cossio frente a la construcción kelseniana en la medida que pretende extrañar al hombre del Derecho al convertir a éste en un sistema exclusivamente lógico-formal, a pesar de lo cual estima que es válida y superlativamente clara la distinción que Kelsen elabora para diferenciar, específicamente, la persona individual de la colectiva o jurídica (8).

El pensamiento de Cossio sobre la persona responde genéricamente, como alguna vez lo hemos puesto de manifiesto (9), a un planteamiento que, con coherencia, parte de la propia experiencia jurídica, inspirándose en la filosofía existencial y en la fenomenología. Al situarse en dicha experiencia advierte el fenómeno jurídico en su integridad, compuesto necesariamente por conductas humanas interferidas, normas y valores jurídicos, realidad que no puede dejar de tener en cuenta el jusfilósofo o el jurista que pretenda hallar respuestas válidas para la vasta problemática de la ciencia jurídica. Cossio tiene al acierto, desde su personal punto de vista, de no dejar de lado ninguno de tales

- (7) Kelsen, "Teoría General del Derecho y del Estado", México, 1958, pág. 121.
- (8) Cossio, "La Teoría Egológica...", segunda edición, 1964, pág. 210.
- (9) "Heidegger y la Teoría Egológica del Derecho" en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Enero-Diciembre 1975, Lima, págs. 15 y s.s.

objetos al enfrentar la complejidad de lo jurídico cuando afirma que el único objeto a conocer por la ciencia del derecho es la conducta humana intersubjetiva, en tanto que en ella se integran los valores -que son "en" y "para" la vida humana- y las normas que, en cuanto pensamiento, le son immanentes. La vida humana tiene una estructura estimativa, supone un proyectar que significa un preferir según valores. La conducta, en cuanto objeto cultural, se integra a su vez con el pensamiento de si misma, es decir con las normas. En cualquier caso, se acepte o se critique la solución egológica, ella tiene el mérito indiscutido de no echar por la borda, al afrontar el Derecho, ninguno de los objetos que simultáneamente se hallan presentes en la experiencia, exigiéndose recíprocamente cualquiera que sea su especial modo de relacionarse.

A partir de una analítica existencial Cossio sostiene anáfaticamente que la única persona para el Derecho, —en cualquier sentido que se use esta palabra— es el hombre individualmente considerado (10). De ahí que no puede extrañarse del Derecho, considerarlo como un elemento de la naturaleza, como algo metajurídico. Al referirse al hombre, como único y exclusivo sujeto del Derecho, lo considera en su plenaria realidad. Y es que, según Cossio, la persona no puede ser ontológicamente separada ni de su libertad ni de sus actos, ni viceversa. Se trata de una libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta y, al mismo tiempo, de un acto humano que hace referencia a la libertad. El Derecho es, precisamente, conducta humana fenomenalizada. Las acciones del hombre, privada de la referencia a la libertad que las origina, se reducirían a tramos de la naturaleza. Las acciones humanas, como sostiene Cossio, "no son independientes o separables del hombre que las hace" ya que se trata de dos términos de una misma realidad (11).

La posición de Cossio lo lleva a concluir coherentemente que todos los hombres son persona por lo que no pueden existir personas que no sean hombres individualmente considerados en su plenaria realidad. Dentro de este planteamiento el fenómeno de la esclavitud se debe comprender no como negación de la persona-

(10) Cossio, ob. cit. págs. 247 y 482.

(11) Cossio, ob. cit. pág. 484.

lidad sino como una limitación de la libertad personal. De otro lado, el problema de la persona jurídica o colectiva la explica, a la manera de Kelsen, expresando, en definitiva, que ella se resuelve en conducta de hombres individuales.

Es de suma importancia destacar que para Cossio la teoría kelseniana de la persona representa tan sólo el "concepto" de persona o personalidad jurídica. La persona, en cuanto "objeto", es únicamente el ente humano en su plenaria realidad existencial. La personalidad jurídica no es una "cualidad" que se agrega al "objeto" persona sino que se encuentra ya en ella integrándolo, aunque se la vea desde el punto de vista conceptual o significativo (12). El concepto de personalidad jurídica es así, en palabras del propio Cossio, un ángulo para acceder a la persona en tanto objeto.

No obstante que las normas jurídicas -que integran la conducta como pensamiento de ella misma- no crean el "objeto" del Derecho, corresponde a las normas el determinar los cuatro peculiares "modos de ser" de la conducta humana interferida. Dichos modos de ser están representados por la facultad, el deber, el entuerto y la sanción. Ello en tanto que el objeto a conocer por la ciencia jurídica es un "objeto-pensante". De ahí que tenga que recurrirse a la normatividad no para "crear" el objeto del Derecho pero sí para precisar en cada caso la específica modalidad de la conducta humana intersubjetiva. El objeto del Derecho, en cuanto, conducta humana intersubjetiva, se aprehende a través de una doble intuición, sensible y emocional, que tratándose de la existencia cobra una íntima y total unidad.

La teoría kelseniana sobre la persona, según Cossio, se reduce simplemente a la sola determinación del "concepto", el mismo que significa jurídicamente una realidad objetual que no es otra que el hombre en su plenaria existencia (13). La tesis de Kelsen deviene, dentro de este planteamiento, la conceptualización de la persona, con plena validez lógico-formal y en la cual la persona es la expresión unitaria de un complejo de normas atribu-

(12) Cossio, ob. cit. pág. 483.

(13) Cossio, ob. cit. pág. 486.

tivas de deberes y facultades. Pero el objeto mentado por el "concepto persona" ha de hallarse en la realidad existencial constituido por el hombre, protagonista y destinatario de tales deberes y derechos.

Cossio, como lo hemos apuntado, concuerda con Kelsen en que, desde el nivel lógico-formal, la diferencia entre la persona individual o física y la colectiva o jurídica no es "una cuestión de ciencia genérica, sino sólo una división específica de la misma personalidad, que en el primer caso consiste en el facultamiento normativo inmediato y en el segundo en el facultamiento normativo mediato, de lo que únicamente el hombre, por ser hombre, puede hacer..." (14). En el plano normativo la concepción kelseniana resulta clara e impecable y se concilia, como lo advierte Cossio, con el hecho de que la existencia, en tanto que dato, sólo puede ser de los individuos, ya que la diferencia específica de la personalidad no significa que se trate de dos clases de existencia o de dos entes existentes. La existencia colectiva, como ya lo expresáramos, se resuelve siempre según Cossio en conductas individuales mediante el facultamiento mediato del orden jurídico parcial. La persona jurídica o colectiva no tiene otra existencia que aquella de los individuos que la integran.

5. *El concepto de persona en Hart, Ross, Scarpelli y D'Alessandro*

Las recientes tendencias doctrinarias en lo tocante a la teoría sobre la persona recogen, en gran medida, la influencia de la filosofía analítica, de la cual H. L. A. Hart es uno de sus más ilustres representantes en el campo jurídico. Según éste jurfilósofo la persona jurídica, en cuanto concepto jurídico, no tiene un rol descriptivo sino que desempeña una función diversa que es la de formular "conclusiones de derecho". Es decir, que dados ciertos hechos y ciertas reglas se adscriben ciertos derechos o deberes a determinados sujetos. Los conceptos jurídicos, en general, no deben ser aislados del contexto de la frase en la que aparecen ya que de lo contrario podría sugerirse equivocada-

(14) Cossio, ob. cit. pág. 486.

mente que tales conceptos jurídicos, como específicamente el de persona jurídica, designaran una "cosa" (15).

La función particular que cumplen los conceptos jurídicos es la de obtener "conclusiones de derechos", las mismas que resultan de aplicar ciertas normas jurídicas a determinados hechos. A este especial rol, que no es ni descriptivo ni prescriptivo, Hart lo designa como "adscriptivo". Para Hart el concepto "persona jurídica" no representa así un nombre que corresponda a una entidad, ni real ni abstracta. Detrás de dicho concepto no encontramos, como está indicado, ni un ser humano, ni una ficción ni tampoco una colectividad. Carece de toda referencia ontológica. Como lo advierte D'Alessandro, el planteamiento de Hart es la condensación de la teoría de Russel sobre los "símbolos incompletos" con prevalente referencia a problemas de la lógica y de la matemática (16).

Alf Ross, por su parte, explicita que hay dos especies de conceptos jurídicos o sea los que designan hechos y aquellos que se refieren a normas. Es decir, de una lado la realidad y del otro su disciplina normativa. Lo importante para Ross es el tipo de relación entre ambas clases de conceptos, o sea entre los que designan hechos y los que indican normas. Sin embargo, existen otros conceptos, como el de "persona jurídica", cuya función no es la de representar ni hechos ni reglas -que constituye el material primario que observa el jurista- sino que son instrumentos del lenguaje jurídico destinados a facilitar la exposición del Derecho. Términos del lenguaje a los que no corresponde ninguna entidad (17).

Uberto Scarpelli, aunque intelectualmente vecino, critica en parte las posiciones adoptadas tanto por Hart como por Ross. Considera que no puede sostenerse que los conceptos jurídicos carezcan de toda referencia semántica, que no designen

(15) Cfr. Herbert L. A. Hart "El concepto de derecho", Buenos Aires, 1963 y "Condributi all' analisi del Diritto, Milán, 1964.

(16) Floriano D'Alessandro, "Recenti tendenze in tema di concetti giuridici", *Rivista di Diritto Commerciale*, I, Roma, 1967, pág. 20.

(17) Cfr. "Diritto e giustizia", Turín, 1965, pág. 166 y s.s.

alguna entidad, y que resulta imposible definirlos asumiéndolos fuera de un contexto. Para Scarpelli las calificaciones jurídicas no surgen en forma inmediata a través de una observación de hechos, cosas o personas a las cuales se refieren, sino que se obtienen relacionándolos con las normas que a ellos aluden. Los conceptos jurídicos son aplicables si una determinada norma, al confrontarse con cierto hecho, produce la consecución de ciertos efectos.

Scarpelli, cuyo pensamiento gravita marcadamente en el proceso de reelaboración de la teoría sobre la persona jurídica en la doctrina italiana contemporánea, precisa que el problema central en esta ardua materia es el determinar "las condiciones de uso" de dicho concepto, más allá de la utilización de metáforas o de simples subterfugios como aquel de la ficción. Entiende por condición de uso la "existencia de una cierta disciplina jurídica, de un cierto tratamiento normativo de hechos y de comportamientos" (18). El problema de la persona jurídica no es pues el de definir que cosa ella sea sino el de precisar las condiciones de uso, teniéndose en cuenta que cuando se dan tales condiciones de empleo del concepto de persona jurídica el Derecho regula siempre relaciones entre hombres. Es así que, cuando se da una persona jurídica, nos encontramos con una coordinación de una pluralidad de hombres.

La breve referencia al pensamiento de Scarpelli denota la afinidad de aquel con la teoría cossiana en cuanto ambos planteamientos precisan que al concepto de persona jurídica corresponde siempre un conjunto de seres humanos individuales actuando coordinadamente.

D'Alessandro se distancia tanto de Hart, como de Ross y Scarpelli, al no compartir la afirmación de que los conceptos jurídicos tengan la característica de formular aserciones de un tipo particular las cuales, a pesar de estar de algún modo ligadas contemporáneamente a aserciones de hechos y de normas, no se re-

(18) Uberto Scarpelli, "Contributo alla semantica del linguaggio normativo", Turin, 1959, pág. 115.

fieren directamente ni a unos ni a otras. En efecto, no concuerda con Hart en que los conceptos jurídicos —como el de persona jurídica— se empleen para obtener “conclusiones de derecho” que, si bien presuponen la aserción del hecho y de la norma, es algo diverso a ambas aserciones. Del mismo modo, no adhiere al postulado de Ross en la medida que éste plantea que los conceptos jurídicos no expresan ni hechos ni normas sino tan sólo un nexo particular y característico que conecta determinados hechos a ciertos efectos jurídicos. D'Alessandro siguiendo a Carnap, expresa que existe una relación entre los valores y las normas, vínculo que en su concepto es muy íntimo. De ahí que encuentre fundamento para postular que los conceptos jurídicos son simplemente reducibles a puras aserciones de normas y que, por tanto, no se refieren en algún modo a aserciones de hechos. Se trataría de conceptos jurídicos empleados para expresar valoraciones de carácter abstracto que tienen, precisamente, la función de describir normas (19). La posición de D'Alessandro hace posible, como el mismo lo admite, concebir el juego de una dinámica del Derecho en el cual del encuentro de una norma con un hecho nace una nueva norma jurídica. Queda así eliminada, según D'Alessandro, la noción de “efecto” y con ella toda su ambigua y huidiza naturaleza que no hace sino suscitar problemas como aquellos que surgen de las teorías de Hart, Ross o Scarpelli, cuando afirman que tales efectos no se refieren ni a hechos ni a normas aunque de alguna manera participen de ambos (20).

6. *La doctrina italiana actual en el pensamiento de Magni, Messineo, Grasso, Giardina, Condorelli, Giannini y Ascarelli*

La más reciente doctrina jurídica italiana (21) sobre la persona —y muy especialmente sobre la llamada persona jurídica— tiende a distinguir los conceptos de “sujeto del derecho”, de una parte, y de “persona jurídica”, de la otra. Esta actitud está probablemente condicionada por la peculiar redacción del artículo

(19) D'Alessandro, ob. cit., pág. 28.

(20) D'Alessandro, ob. cit., pág. 30.

(21) Dada la explicable limitada extensión del presente trabajo sólo nos referiremos a la rica doctrina jurídica italiana sobre la persona.

segundo de la Constitución Italiana (22) y por la problemática planteada al incorporarse al Código Civil de 1942 las asociaciones y los comités "no reconocidos" —o "de hecho", como algunos los prefieren designar—, jurídicamente diversos tanto de las personas individuales o físicas como de las llamadas "personas jurídicas". En algunos sectores de la doctrina italiana es perceptible la influencia de la escuela analítica, especialmente del pensamiento de H. L. A. Hart. En términos generales, se advierte una tendencia a preferir las construcciones abiertas en vez de los tradicionales dogmatismos que gravitaron notoriamente sobre el pensamiento jurídico anterior.

Los estudiosos italianos, desde la perspectiva y a partir de la problemática específica de una determinada disciplina jurídica, afrontan el complicado tema de la personalidad jurídica teniendo como telón de fondo la tradición jurídica sobre la materia y, como incentivo o reto inmediato, los nuevos planteamientos desarrollados tanto por el Código Civil de 1942 como por la Constitución de 1947. Entre los numerosos especialistas italianos que se han ocupado del asunto cabe citar, entre otros, a Magni, Messineo, Grasso, Giardina, Condorelli, Giannini. Especial mención, por la amplitud del tratamiento, merecen Ascarelli, Orestano, Rescigno, Bianca, Galgano y Frosini.

Magni, en un difundido trabajo de 1951 (23), plantea la distinción entre lo que llama "símbolo primario", que es el sujeto del derecho en cuanto hombre, del "símbolo derivado" que es la persona. El hombre existencial es el que actúa efectivamente el derecho, el que lo expresa y experimenta, mientras que la persona es un esquema normativo, dotado de un significado

(22) El artículo 2º de la Constitución Italiana de 1947 reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea individualmente considerado o integrando "formaciones sociales" donde desarrolla su personalidad. La introducción de este último concepto, diverso del de "persona jurídica", constituyó un factor que dio lugar a especulaciones dirigidas a considerar la posibilidad de existencia de sujetos del derecho que no fueran personas físicas o individuales ni "personas jurídicas".

(23) Magni, "Soggetto e persona nel diritto", en *Il diritto eclesiástico*, 1951, pág. 1 y s.s.

funcional y operativo que no se refiere necesariamente al hombre sino a facultades o intereses del hombre.

El conocido tratadista Messineo, en un ensayo ampliamente comentado que data de 1952 (24), intenta explicar específicamente el caso de la asociación "no reconocida" mediante la fórmula que designa con la expresión "sujeto colectivo no personificado". Es decir, postula una solución dentro de la cual dichas asociaciones "de hecho", si bien no se asimilan ni a las personas físicas ni a las personas jurídicas, careciendo por ende de personalidad, están en cambio dotadas de subjetividad. Señala así la posibilidad de existencia de sujetos de derecho que no son ni personas físicas ni personas jurídicas.

Grasso formula una separación conceptual entre lo que denomina "imputación de la subjetividad" de lo que significa el conferir la "personalidad". Cabe considerar, de acuerdo a su planteamiento, que no todos los sujetos de derecho diversos del hombre son necesariamente "personas jurídicas". Por el contrario, al lado de estas últimas existen otros sujetos que teniendo una pluralidad de elementos carecen de la organización interna que es propia de las personas jurídicas, no obstante lo cual están dotados de subjetividad (25). Giardina (26) en el campo tributario, asumiendo la terminología empleada por Messineo, y Condorelli, (27) en materia de derecho canónico, adoptan la distinción entre sujeto del derecho y persona para resolver el problema del sujeto pasivo del impuesto de familia y del patrimonio sin sujeto, respectivamente.

El destacado publicista Giannini designa como "centros de referencia" a las organizaciones que "proveen al cuidado de in-

- (24) Messineo, "Per la individuazione del soggetto collettivo non personificato" en *Archivio giuridico* "F. Serafini", pág. 3 y s.s.
- (25) Grasso, "L'espropriazione della quota", Milán, 1957, pág. 25 y s.s.
- (26) Giardina, "La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati", *Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze*, 1962, pág. 269 y s.s.
- (27) Condorelli, "Destinazione dei patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati", Milán, 1964.

tereses públicos o no públicos, generales o sectorales, de ordenamientos particulares y de grupos no reglamentados típicos o atípicos, etc....". Cuando tales organizaciones no están previstas a través de normas del ordenamiento estatal o no están reconocidas por el Estado, tienen sólo un interés de carácter sociológico, mientras que, de lo contrario, tienen interés jurídico y asumen formas jurídicas (28).

Es digna de relevar la importante contribución de Ascarelli a la evolución de la reciente doctrina italiana sobre la personalidad jurídica. Sobre este particular el autor expresa que con el término "persona jurídica" se indica brevemente una disciplina normativa que no tiene como correlato a un sujeto distinto del hombre sino que ella siempre se refiere a relaciones entre hombres (29). Es evidente la proximidad de este planteamiento con la visión de Cossio.

7. *La concepción de Orestano*

Orestano, a partir de la realidad, da cuenta de situaciones jurídicas que, sin ser personas en el sentido jurídico tradicional, se les imputa derechos y deberes, como sería el caso de los partidos políticos, las asociaciones no reconocidas, el "fondo común", el condominio, la quiebra, etc.. Esta comprobación conduce, como observa el autor, a un cambio en la terminología usual con el propósito de dominar este heterogéneo material jurídico. Se ensayan con esta finalidad nuevas denominaciones como serían las de "situaciones jurídicas subjetivas", "figuras jurídicas subjetivas", "posiciones subjetivas", etc. Orestano critica lo que designa como las formas cerradas del antiguo dogmatismo en lo que concierne al tratamiento de la persona, involucrando en ellas tanto la construcción que reduce el concepto de sujeto del derecho a sólo el hombre concreto, individualmente considerado, como el sistema que coloca a la norma en el centro del mismo. Advierte que la consecuencia negativa extrema del primer planteamiento

(28) Giannini desarrolla sus planteamientos en sus divulgadas obras "Corso di diritto amministrativo", Milán, 1965 (cfr. págs. 114 y ss., 133 y ss. 153 y ss.) y "Lezioni di diritto amministrativo", Milán, 1950.

(29) Ascarelli, "Problemi giuridici", I, Milán, 1959, pág. 271.

sería la imposibilidad de comprender en la noción de persona aquellos casos en que el ordenamiento jurídico determina positivamente un régimen jurídico destinado a disciplinar situaciones no reducibles, directa o ficticiamente, a una persona física. La postura normativista, por su parte, degrada al hombre, limitándolo al rango de una cosa, de un "objeto" entre tantos otros objetos, de algo metajurídico. Ambas construcciones, en su opinión, constituyen sólo aspiraciones vanas que intentan resolver el problema en un principio único, el mismo que no es capaz de reflejar la experiencia que es una pluralidad de situaciones y soluciones. No puede así sacrificarse lo concreto de la vida —que es vida del hombre en la sociedad y de la sociedad en el hombre— por un esquematismo rígido que pretende sustituir la realidad. Por ello, según Orestano, las actuales tendencias del Derecho manifiestan "una siempre más notable inclinación hacia construcciones abiertas, en las cuales el Derecho aparece como historia, es decir con todas las particularidades y las implicancias de la experiencia" (30).

Es fácilmente perceptible el punto de contacto entre la propuesta básica de Orestano y la teoría egológica en lo tocante al tema de la persona jurídica. En este sentido cabe destacar preferentemente la pareja determinación de rechazar toda solución espectral y esquemática que pretenda sustituirse totalmente a la experiencia para afirmar, en cambio, el rol protagónico que corresponde al ser humano individualmente considerado.

8. *Los planteamientos de Rescigno, Bianca y Galgano*

Rescigno designa como "sujetos de la actividad jurídica" tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas y a los entes que llama "de hecho". Dicha expresión es, según su entender, más amplia que la de "sujeto de derecho" ya que con ella puede referirse a todos los entes actuantes en la realidad jurídica. La personalidad es para Rescigno una concesión del ordenamiento jurídico. Distingue en la persona jurídica un elemento material, llamado también substrato, de otro elemento formal.

(30) Cfr. Orestano "Il problema della persone giuridiche in diritto romano", Turin, 1968 y "Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche", Boloña, 1978.

El primero está dado por una organización creada en vista a una determinada finalidad. La formalidad corresponde a la normatividad en el sentido de la creación de un centro unitario al cual imputar derechos y deberes.

El manifiesto afán de Rescigno (31) de alejarse de un insuficiente planteamiento unidimensional en lo concerniente al sujeto del derecho, que reduzca a éste a una mera forma, lo vincula con la posición cossiana en la medida que, como está dicho, distingue el plano de la realidad —en el que radica y actúa el hombre en tanto sujeto— de aquel otro de carácter formal-normativo indicativo de derechos y deberes.

Bianca (32) adhiere a la significativa corriente de juristas que, ante las dificultades que contemporáneamente se presentan en el tratamiento del tema de la persona, distingue la más amplia noción de "sujeto del derecho" de aquella de "persona". En efecto, opina que el primero de dichos conceptos comprende tanto a las personas individuales o físicas como a las jurídicas o colectivas y a los entes que la doctrina designa como "entes no reconocidos" o "de hecho".

Galgano, por su parte, considera el problema de las personas jurídicas como uno de naturaleza lingüística, ya que a dichas palabras no corresponde ningún ente. La persona jurídica, así como toda otra organización colectiva no reconocida específicamente como tal, constituyen otros tantos centros autónomos de imputación de relaciones jurídicas, una expresión resumida de una especial disciplina normativa. Ellas pertenecen a lo que Galgano llama la escena conceptual, verbalizada, mientras que se aprecia que en el mundo efectual, existencial, no aparece otro sujeto del derecho que no sea el hombre. En efecto, como anota el autor, son sólo los hombres individuales los que realmente actúan en nombre y representación de aquellas organizaciones colectivas, reconocidas o no (33).

(31) Rescigno, "Manuale del diritto privato italiano", Nápoles, 1981, pág. 165

(32) Bianca, "Diritto Civile", I, Milán, 1978, pág. 137 y s.s.

(33) Galgano, "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", en Rivista de Diritto Civile, 1965, I. pág. 553 y s.s., "Diritto Privato", Padua, 2ª edición, 1983, pág. 79 y "Persone giuridiche", Bologna, 1969, pág. 23.

9. *Frosini y la situación jurídica*

Vittorio Frosini, al criticar el formalismo kelseniano, sostiene que el auténtico error de fondo en que se debate la doctrina jurídica consiste en el falaz presupuesto de que sea posible operar una distinción entre lo jurídico y lo ajurídico recurriendo a las normas. Es decir, restringiendo la experiencia jurídica al sólo terreno de la normatividad. Contrariamente, afirma, son las normas las que para adquirir un sentido concreto deben reportarse a los comportamientos que entienden disciplinar, o sea a la estructura de la acción, por lo que la vida jurídica no puede reducirse a una pura normatividad. Rechaza, por tanto, una teoría del sujeto del derecho desde una perspectiva formalista, la misma que lo constituye como un abstracto "centro de imputación" de normas.

El sujeto del derecho es para Frosini una estructura de las acciones humanas, organizadas en una situación jurídica coherente y unitaria, que permite operar "la conexión y la conversión requeridas entre la simbología de las normas y la morfología práctica de la vida social". El sujeto, sin embargo, es para Frosini distinto de la persona humana así como el personaje de una obra teatral es diverso del actor viviente que lo interpreta. Y es que para el autor el Derecho surge propiamente cuando "la acción se desprende del agente" y se objetiva o estructura según una regla, asumiendo forma y fuerza normativa.

El sujeto no corresponde a un nombre vano, carente de una realidad propia que sustente, precisamente, la formal simbología de las normas. El término "sujeto" puede ser referido al hombre singular, en cuanto complejo de acciones, o a la asociación, dentro de la perspectiva de la llamada "situación jurídica" vista en conexión con el ordenamiento jurídico. En la "situación jurídica subjetiva" el sujeto se encuentra en relación a un ordenamiento jurídico, considerado éste no como un "castillo normativo habitado sólo por fantasmas" sino como una estructura ordenada de las acciones humanas de una sociedad dada. La definición operativa que se puede dar del sujeto del derecho es así la de una situa-

ción jurídica subjetiva en cuanto conjunto de facultades y deberes, reconocida y garantizada por el ordenamiento jurídico (34).

No obstante la similitud de propósitos que fluyen tanto de la postura de Cossio como de aquella expuesta por Frosini, al rechazar toda solución formalista del problema del sujeto del derecho, no se puede soslayar la divergencia que los separa. La posición de Frosini contrasta evidentemente con la de Cossio desde que el primero, al igual que Recaséns Siches (35), considera que el sujeto del derecho no es el hombre en su plenaria realidad existencial sino un "personaje" que desempeña un determinado rol en la experiencia jurídica, un agente portador de determinadas acciones. Como diría Cossio, el sujeto del derecho se convertiría, según Frosini, en un espectro de hombre, lo que no es posible en tanto el ser humano no puede ontológicamente ser separado ni de su libertad ni de sus acciones, ni viceversa.

10. Direcciones del pensamiento contemporáneo sobre la persona

La apretada revisión del pensamiento de los autores mencionados en páginas precedentes ha puesto de manifiesto las tendencias actualmente predominantes en cuanto a la teoría sobre la persona jurídica así como ha evidenciado, en muchos casos, importantes coincidencias con las ideas medulares de Carlos Cossio en esta materia. De tal recuento emerge también con nitidez la existencia de un proceso de reelaboración que se viene gestando en los últimos años en torno a la teoría de la persona, restructuración que es debida a las solicitaciones de la propia experiencia, a los aportes de la doctrina y jurisprudencia y a la propia evolución normativa que incorpora nuevos centros de imputación normativa distintos de las personas individuales y de las personas tradicionalmente consideradas como "jurídicas".

Las direcciones de la ciencia jurídica contemporánea en lo que concierne a la persona jurídica constituyen respuestas moti-

(34) Frosini, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en *Rivista di Diritto Civile*, I, 1969, pág. 277 y s.s.

(35) Recaséns Siches, "Vida humana, sociedad y derecho". Cap. I.

vadas en las insatisfactorias soluciones formuladas, a su tiempo, por la teoría de la ficción o la orgánica así como por el propio formalismo llevado a sus últimas consecuencias por Hans Kelsen. La imposibilidad de reducir el fenómeno de la persona jurídica, o de otros diversos centros de imputación normativa, a un puro esquema lógico-formal, cerrado y rígido, ha llevado a numerosos autores a clamar por la superación de la "forma" y a verificar que la noción de persona jurídica se encuentra en crisis (36). En verdad, la supuesta "crisis" surge cuando al tomarse en cuenta las urgencias y requerimientos de la realidad se pone al descubierto la insuficiencia de las propuestas que no logran aprehender la integridad del fenómeno jurídico. Es por ello que el esfuerzo más significativo de la doctrina y la jurisprudencia de las últimas décadas se endereza a rescatar el rol protagónico del ser humano en el Derecho y se dirige, como observa Zatti, a sustraer la solución de una serie de problemas de la persona jurídica "a la esclavitud de la forma y al mecánico respeto de la distinción entre ente e individuos" (37).

Ciertos autores, por otro lado, han puesto de relieve la relatividad e historicidad no sólo de los ordenamientos jurídicos, reguladores de la persona jurídica, sino también de la representación conceptual que de tales situaciones se deriva. Relatividad que, así mismo, tiene su origen en las diversas concepciones del Derecho en que se sustentan las varias ciencias jurídicas nacionales. De ahí que carezca de sentido referirse en abstracto a las personas jurídicas, sin relacionarlas con la experiencia concreta en las cuales operan. La relatividad de la noción de persona jurídica —y la de otros centros de imputación normativa que no sean el hombre individual— hace que sea necesario determinarla, caso por caso, en atención a las particularidades propias de los singulares ordenamientos normativos (38).

(36) Entre otros Rolf Serick, quien al constatar que en casos de actos ilícitos la jurisprudencia frecuentemente se ve obligada a desconocer la "forma" de la persona jurídica para individuar a las personas físicas que le sirven de substrato y que actúan en su nombre y representación, expresa que esta situación conduce a hablar de una "crisis" del concepto normativo de la persona jurídica. Cfr. "Forma e realtà della persona giuridica", Milán, 1966, págs. 4 y 5.

(37) Zatti, "Persona giuridica e soggettività", Padua, 1975, pág. 6.

(38) Cfr. Orestano, ob. cit., págs. 74, 75 y 76.

El problema no consiste en tratar de definir la persona jurídica con la vana intención de encontrar un "algo", un ente real o abstracto, que corresponda a esta expresión o en buscar una noción única con validez para todos los ordenamientos jurídicos particulares con el propósito de subsunir bajo la misma todos los fenómenos de imputación de calificaciones subjetivas, ya que el término "persona jurídica" resultaría ser, en palabras de Russel, un símbolo incompleto cuya única función es la de formular proposiciones capaces de resumir complicados y largos discursos (39).

En la más reciente doctrina y jurisprudencia comparada se hace cada vez más patente la tendencia a distinguir entre el plano lógico-formal, en el que se hallan los ordenamientos jurídicos y los conceptos atinentes a la persona, de aquel otro efectual-existencial donde aparece y actúa siempre el hombre, individualmente considerado, ya sea que se aluda en forma inmediata por el ordenamiento jurídico o se le miente, en forma mediata, por un ordenamiento jurídico parcial en el caso que se desempeñe en nombre y representación de una persona jurídica o de cualquier otro centro ideal de referencia para la imputación de deberes y facultades. Delinease así una vasta corriente de pensamiento que, coincidiendo sustancialmente con la inspiración cossiana, se caracteriza por aprehender el fenómeno jurídico en su totalidad, sin descartar ninguno de los elementos que lo conforman en recíproca exigencia.

(39) Cfr. Galgano, "Persone giuridiche", págs. 22 y 23.

LA JURISDICCION DEL TRABAJO

Víctor Ferro Delgado

La vigencia de la nueva Constitución Política del Perú ha originado una polémica, no resuelta hasta la fecha, relativa a la juridicidad de los procedimientos administrativos de trabajo que las Autoridades del Ministerio de Trabajo, continúan ventilando.

Al respecto, cabe recordar que el artículo 232º de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por los Juzgados y Tribunales jerárquicamente integrados en un cuerpo unitario; que el artículo 233º establece como garantía de la administración de justicia la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y que el artículo 237º precisa con toda claridad cuáles son los órganos de función jurisdiccional en el país, entre los que no se incluyen a las Autoridades Administrativas de Trabajo. Por cierto, esta situación no involucra al Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales por cuanto la Constitución expresamente ha establecido mediante la Décima Primera Disposición Transitoria que mientras se expida la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial este Fuero continúa, en lo relativo a su competencia, sujeto a su respectiva ley.

Ahora bien, el procedimiento administrativo de denuncias de trabajo se diferencia de cualquier otro procedimiento administrativo que en éste sólo se presenta una relación particular-Estado,

mientras que en aquel la Autoridad de Trabajo se erige como juzgador imponiendo lo que considera el derecho aplicable. Así, lo que se cuestiona es la facultad de la Autoridad Administrativa de Trabajo para continuar conociendo cuestiones derivadas de la aplicación de disposiciones legales o convencionales de trabajo en las controversias que se susciten entre patronos y trabajadores, y no así en lo relativo a los conflictos de creación, propios de la negociación colectiva, en virtud de lo dispuesto por el artículo 54º de la Constitución.

Los extremos del debate han fluctuado entre sostener que la Autoridad de Trabajo ha dejado de tener competencia para continuar administrando justicia, y por ende que todos los procedimientos tramitados posteriormente a la vigencia de la nueva Constitución la contravienen flagrantemente, (1) o afirmar que en todo caso la Autoridad de Trabajo puede continuar resolviendo los expedientes que se someten a su competencia pero sin que dichos procedimientos revistan la garantía de la cosa juzgada -principio fundamental de la administración de justicia- por lo que podrían ser materia de contradicción ante el Poder Judicial (2). A su vez se ha sostenido que la solución a este conflicto está dada por la propia Constitución al establecer que la jurisdicción arbitral es válida como alternativa a la exclusividad del Poder Judicial en esta materia (3).

Por su parte las Autoridades Administrativas de Trabajo han venido desestimando con distintos argumentos las excepciones de incompetencia que les han sido planteadas en los procedimientos de denuncias: por su lado han afirmado en sus fallos que el Decreto Legislativo Nº 140, así como el Decreto Supremo Nº 006-72-TR los faculta a resolver las controversias laborales sometidas a su conocimiento, dispositivos éstos que no han sido derogados; por otro, que las Autoridades Administrativas de Trabajo

(1) Análisis Laboral Nº 37 "Desaparición del Fuero Administrativo de Denuncias Laborales", Doctor Mario Pasco Cosmópolis.

(2) IB. Nº 42 "Acerca de las Resoluciones Administrativas Laborales", Doctor Fernando Elías Mantero.

(3) IB. Nº 44 "¿Hacia dónde va el Decreto del Trabajo Procesal en el Perú?", Doctor Jorge Rondón Vásquez.

mantienen su facultad de administrar justicia en virtud de lo dispuesto por el inciso vigésimo sexto del artículo 211º de la actual Constitución, que establece como atribución y obligación del Presidente de la República el ejercer las demás funciones de Gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.

Ambos argumentos son endebles y no resisten mayor análisis. De una parte, las normas constitucionales priman sobre cualquier otra norma legal ordinaria, por lo que en caso de incompatibilidad se prefiere la primera, conforme establece el artículo 236º de la propia Constitución, dispositivo éste que simplemente es ignorado por las Autoridades Administrativas de trabajo, para evitar tratar el aspecto medular de la excepción de incompetencia deducida en el procedimiento. De otra parte el inciso vigésimo sexto del artículo 211º de la Constitución, relativo a la atribución presidencial de ejercer las demás funciones de Gobierno que la ley le encomiende, no constituye una carta blanca que permita delegar en un Ministro la facultad de administrar justicia, cuando esta prerrogativa ni es presidencial ni se encuentra dentro del ámbito de atribuciones del Poder Ejecutivo por corresponder a otro Poder del Estado, según mandato de la propia Constitución.

En este orden de ideas creemos que no podemos llamarnos a equívoco: la Autoridad Administrativa de Trabajo carece de competencia para continuar resolviendo los conflictos de aplicación en materia laboral, vale decir aquellos en los cuales la controversia tiene por objeto la determinación de la norma legal o convencional, o el principio de derecho, que resulte aplicable a una litis, lo que en nuestro medio se conoce como el procedimiento administrativo de denuncias. Irrogarse tal facultad implica, simplemente, violentar el mandato constitucional de unidad y exclusividad del Poder Judicial en la administración de justicia cuyo propósito ha sido, precisamente, poner término a la dispersión que en materia jurisdiccional y de competencia se había producido en nuestro país. Por lo demás, ello implica preservar en favor del Ministerio de Trabajo un margen de solución política para el manejo de los problemas jurídicos que plantean las controversias laborales, con toda la arbitrariedad que ello implica, tanto para trabajadores como para empleadores, según la dirección por don-

de sople el viento, lo que ciertamente es contrario a los más elementales principios de derecho.

Ahora bien el Decreto Legislativo N° 140, rector del Sector Trabajo y Promoción Social, establece como facultad del Ministerio de Trabajo aplicar procedimientos para la solución de reclamaciones sobre la interpretación y cumplimiento de disposiciones legales o convencionales de trabajo (inciso c) del artículo 8° e inciso c) del artículo 26° del Decreto Legislativo N° 140). En concordancia con este decreto legislativo se ha expedido recientemente el Decreto Supremo N° 003-83-TR, cuya vigencia ha sido prevista a partir del 20 de abril de 1983.

Mediante este dispositivo se crea una instancia cuasi jurisdiccional, por lo que debemos determinar si al igual que en el procedimiento administrativo de denuncias, aquí también se está incurriendo en una violación de las normas constitucionales que hemos reseñado, o si por el contrario las facultades que sobre esta materia se conceden al Ministerio de Trabajo, no vulneran nuestro ordenamiento jurídico.

El acotado decreto supremo regula las inspecciones de trabajo y su procedimiento, estableciendo que la función inspectiva tiene por objeto vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales de trabajo y las de higiene y seguridad ocupacional. Entre sus funciones se incluyen las de vigilar, mediante inspecciones, la correcta aplicación y cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales de trabajo, a fin de prevenir los conflictos laborales, así como disponer el cumplimiento de normas legales y convencionales de trabajo, adoptando las medidas de orientación que resulten pertinentes y sancionando a los infractores. En su labor de fiscalización los inspectores están facultados a actuar de oficio cualquier prueba, investigación o examen que se considere necesario para el mejor cumplimiento de los fines de inspección. La inspección puede ser ordinaria, especial o por denuncia. En este último caso se tramita a mérito de la denuncia del trabajador o de los representantes de los trabajadores, cuando el vínculo laboral esté vigente, y en razón del notorio y evidente incumplimiento de disposiciones legales y convencionales de carácter laboral, comprobables por la sola visita inspectiva. La norma legal precisa que no

están comprendidos en este procedimiento los casos de interpretación de las referidas disposiciones cuando la determinación de su incumplimiento requiera que la parte actúe de prueba adicional para su comprobación. Se establece, a su vez, que si durante el curso de la inspección surgieran cuestiones litigiosas o que exijan la actuación de prueba adicional, se ordenará el corte del procedimiento inspectivo, manteniendo éste su valor probatorio respecto de los hechos ya constatados.

Dilucidar si estas facultades implican invasión de las Autoridades Administrativas de Trabajo en materias que son de carácter jurisdiccional hace necesario remontarse al Convenio N° 81, sobre Inspección del Trabajo, que fuera ratificado por la Resolución Legislativa N° 13284.

El artículo 3° de este Convenio circunscribe muy específicamente el área de competencia sobre las cuales los inspectores pueden actuar, al establecer que el sistema de inspección estaría encargado, entre otras funciones, de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

Surge aquí una primera observación el Decreto Supremo N° 003-83-TR, ya que éste ha sido redactado en términos mucho más genéricos, al establecer que es facultad del servicio de inspecciones verificar el cumplimiento de todas las normas legales y convencionales de trabajo. Ello implica que, de cumplirse con los demás requisitos que hemos reseñado para que el servicio de inspectores pueda intervenir, éste no tiene ninguna limitación para actuar respecto de cualquier norma legal o de cualquier convenio colectivo. Por el contrario el Convenio N° 81 se cuidó de limitar estas facultades fiscalizadoras a rubros muy concretos y específicos, como son los salarios y las horas de trabajo, que si bien aparecen enunciados a modo referencial y no con carácter limitativo, permiten dejar en claro que no ha sido propósito de los legisladores internacionales, dejar librado al servicio de ins-

pectores toda la complejidad de la interpretación de las normas que rigen el Derecho del Trabajo.

Sin embargo, lo trascendente de esta materia no es la mayor o menor amplitud o profundidad de la fiscalización que pueda llevar a cabo un inspector, sino las consecuencias que se derivan de la determinación de una hipotética infracción.

En efecto, el decreto supremo bajo comentario establece que es el propio servicio inspectivo quien determina si se ha incumplido o no una norma legal o convencional, dispone su cumplimiento si juzga que hay violación y aplica sanciones al presunto infractor. ¿Estamos aquí frente a la intromisión de las Autoridades Administrativas en asuntos que son estrictamente jurisdiccionales, esto es la determinación del derecho aplicable a una controversia entre dos partes, el trabajador y el patrono? En rigor, en el dispositivo en mención ha existido, por lo menos, el intento de evitar la invasión flagrante en los asuntos jurisdiccionales, al establecerse que si en el curso de la inspección surgieran cuestiones litigiosas el procedimiento inspectivo deberá cortarse. Pero, ¿quién determina si existe o no una cuestión litigiosa, sino es el propio servicio de inspectores? Dicho en otros términos, es esta misma autoridad administrativa quien autodirime si ella es la competente o si la competencia recae ... en otra autoridad administrativa, esto es, la encargada de tramitar los procedimientos administrativos de denuncias. Ello es aún más grave si se tiene en cuenta que cualquier denuncia que presente un trabajador, puede derivar en una cuestión litigiosa, así se trate de las reclamaciones más simples. El problema radica en que la delimitación de lo que es o no una cuestión litigiosa implica enfrentarse con una tenue línea gris, ondulante y subjetiva, que puede oscilar entre sostener que ésta queda configurada con la divergente sustentación, más o menos elaborada, que dos partes puedan efectuar respecto de una misma cuestión, con lo que el servicio de inspectores no tendría mayores posibilidades de actuar; o por otro lado, que se estime, a juicio de un inspector, que la violación del patrono es manifiesta y contundente y que por tanto no existe cuestión litigiosa, por lo que las sanciones a imponerse se encuentran plenamente justificadas dando así lugar a una posible interposición de una acción de contradicción o acción de conflicto de autoridad (artículo 70º y si-

guientes del Código de Procedimientos Civiles) ante el Poder Judicial, por parte del patrono que considere vulnerado su derecho.

En definitiva, este terreno movedizo no es otra cosa que una consecuencia de la reincidente invasión del Ministerio de Trabajo en materias jurisdiccionales propias de la administración de justicia y no de una autoridad administrativa, ya que no puede dejarse al arbitrio de un servicio de inspectores calificar si se está o no ante una cuestión litigiosa, y aplicar la ley a dos partes en discordia, por ser ésta una determinación que únicamente corresponde a un Juez.

Ahora bien, el decreto supremo en mención no sólo ha pretendido apartarse, con poco éxito, de las "cuestiones litigiosas", sino también de aquellos casos en que se exija la actuación de prueba adicional. Ello significa de que si en la misma inspección no lograra determinarse si ha habido o no violación de una norma legal o convencional, con las pruebas que de oficio ha podido actuar el inspector en la misma diligencia, el procedimiento inspectivo no deberá proseguir. No obstante, todos conocemos convenios que no requieren de actuación de prueba adicional pero que resultan sumamente complejos de interpretar, a pesar de presentar problemas de puro derecho. En tales casos se requiere un análisis jurídico, que puede remontarse a los requisitos de validez del acto, jurídico, o a cualquier otro análisis estrictamente técnico-legal, sin que por ello se recurra a prueba adicional. Empero, el servicio inspectivo puede considerar que al no tratarse de una cuestión que requiera prueba adicional resulta procedente que sea resuelto de plano, con lo cual nos encontraríamos nuevamente ante la difícil disyuntiva de tener que acatar fallos por parte de quienes no tienen potestades para ejercer la jurisdicción, o impugnarlos judicialmente tratanto de neutralizarlos.

Esto, por cierto, no significa que dejemos de reconocer que en nuestro medio existen innumerables abusos, sobre todo en la pequeña empresa y en el comercio de pequeña escala, donde la legislación laboral es sólo algo más que simples enunciados carentes de un contenido concreto, ya que no se cumplen elementales obligaciones legales sobre jornada máxima de trabajo, pago de sobretiempos, registro de planillas, etc., requiriéndose por tan-

to una acción vigorosa para frenar tales excesos. Pero ello no puede significar extender un cheque en blanco a autoridades administrativas para invadir asuntos jurisdiccionales.

En rigor, existen soluciones alternativas, que exigen cambios profundos en nuestra administración de justicia del trabajo, pero que constituyen la única forma de actuar con arreglo a nuestro ordenamiento constitucional y salvaguardar la independencia de facultades que existen entre los diversos poderes del Estado, concretamente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

El Convenio N° 81, que aparece citado en uno de los considerandos del decreto supremo en cuestión, no resultó ajeno a esta problemática, y la resuelve de una manera muy concreta, al establecer en su artículo 17° que las personas que violen las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores de trabajo, o aquellas que muestren negligencia en la observación de las mismas, deberán ser sometidas inmediatamente y sin previo aviso, a un *procedimiento judicial*. Dicho en otros términos el servicio de inspectores en ningún caso determina cuál es el derecho y sanción aplicable al hecho que pretenda fiscalizarse (evitando así entrar a la siempre discutible materia de si se está o no ante una cuestión litigiosa), ya que los autores del Convenio consideraron que necesariamente debe producirse la remisión de un procedimiento judicial.

En rigor el Decreto Supremo N° 003-83-TR pretende salvar a medias una grave incoherencia que existe en nuestra legislación laboral. Es aquella relativa a la ausencia de un órgano jurisdiccional que ventile los problemas jurídicos que se plantean mientras se encuentra vigente la relación de trabajo. Por lo demás el caso del Perú es probablemente único, y al menos así lo hemos podido comprobar al revisar estudios efectuados sobre las legislaciones de Argentina (4), Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador y Venezuela (5).

(4) Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Vol. I, Ernesto Krotosckin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

(5) Estudio Comparado de las Legislaciones de Trabajo y de Seguridad Social de los Países del Grupo Andino, Doctor Emilio Morgado (O. I. T.).

En efecto, en los sistemas jurisdiccionales vigentes en estos países los conflictos de aplicación son resueltos por judicaturas de trabajo, vale decir por Tribunales especializados autónomos del Poder Ejecutivo, mientras que en el Perú se ha optado por conceder, indebidamente, facultades jurisdiccionales a las autoridades administrativas de trabajo.

No está demás reiterar que en el Perú existe el denominado Fuero Privativo de Trabajo, que por mandato de la décimo primera disposición transitoria de la actual Constitución Política del Perú continúa, en cuanto a su competencia, sujeto a sus respectivas leyes mientras se expida la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo este Fuero sólo conoce las reclamaciones de trabajo cuando el vínculo laboral se ha extinguido definitivamente.

A diferencia del Perú, en los países que hemos reseñado las jurisdicciones del trabajo tienen facultad para conocer las cuestiones laborales, tanto cuando el vínculo laboral se encuentre vigente como cuando ya ha concluido, salvo que se trate de conflictos laborales de creación, vale decir aquellos tendientes al establecimiento de nuevas condiciones de trabajo y de remuneración, cuyo tratamiento corresponde a esferas no judiciales, aspecto que guarda similitud con el régimen vigente en el Perú, y que se conoce como procedimiento de negociaciones colectivas.

Veamos, brevemente, como operan los sistemas jurisdiccionales de trabajo en los indicados países.

En Argentina, existen dos instancias en los procedimientos laborales, y además está prevista la casación por la Corte Suprema de Justicia, no obstante que en este nivel no existe una Sala especializada en materia laboral. Cabe precisar que si bien los Tribunales de Trabajo no conocen los conflictos colectivos de aplicación, esto es, la interpretación o ejecución de las convenciones colectivas, la tendencia jurisprudencial reciente parece ser propicia a la extensión de la competencia a estos conflictos. Existen también Tribunales especiales de composición tripartita, como el Tribunal Bancario o el Tribunal de Seguros, Reaseguros y Ahorro, que tienen carácter de conciliación y arbitraje siempre

que las partes se sometan voluntariamente a él, y cuyo ámbito de competencia está limitado a estos sectores específicos.

En Bolivia existe una judicatura de trabajo con dos instancias y además una Sala especializada en la Corte Suprema. Cabe destacar que en este vecino país existe también un trámite de denuncias, en el cual interviene un inspector de trabajo para constatar infracciones a disposiciones legales o convencionales, pero a diferencia de nuestra reciente legislación, el inspector se limita a elevar un informe ante el Juez de Trabajo, quien tendrá a su cargo la tramitación de la denuncia, teniendo el acta de visita inspectiva la naturaleza de prueba pre-constituida. Este régimen es similar al previsto en el Convenio N° 81, no obstante que, hasta donde tenemos conocimiento, Bolivia no lo ha ratificado.

En Colombia las Autoridades Administrativas de Trabajo tampoco poseen facultades jurisdiccionales ya que éstas son exclusivas de la jurisdicción especial del trabajo, la cual opera con dos instancias y una Sala de casación laboral en la Corte Suprema, para procedimientos de cierta significación económica. A su vez, las partes pueden acordar someterse a determinados árbitros elegidos por ellos. El fallo arbitral así emitido tendrá naturaleza de cosa juzgada, pero debe ser materia de homologación ante el Tribunal de Trabajo, donde se revisa si el laudo se ajusta a los términos del compromiso y si no afecta derechos reconocidos por las normas legales vigentes.

En Costa Rica existe igualmente una jurisdicción especial del Trabajo encargada de conocer todos los conflictos de aplicación individuales o colectivos, la cual se encuentra conformada por dos instancias, esto es por Juzgados de Trabajo y por un Tribunal Superior de Trabajo de composición tripartita: un Juez Superior, un representante de los trabajadores y otro de los empleadores.

En el Ecuador las Autoridades Administrativas de Trabajo sólo pueden resolver los conflictos entre trabajadores y empleadores, o entre los propios trabajadores, cuando éstos voluntariamente se someten a su competencia. En caso contrario, la competencia recae en los Juzgados de Trabajo en primera instancia y en la Corte Superior, en segunda, pudiendo el proceso llegar

hasta la Corte Suprema, en los casos en que se supere determinada cuantía.

En Venezuela existe también una jurisdicción especial del trabajo conformada por dos instancias, además de la casación ante la Corte Suprema, en cuanto exceda determinada cuantía. Las Autoridades Administrativas de Trabajo sólo intervienen en los casos en que se discuta sobre la afiliación de un trabajador al Sindicato y para calificar los despidos de un trabajador amparado por el Fuero Sindical o por inamovilidad. Cabe precisar que las acciones de reposición son ventiladas ante un organismo tripartito que resuelve en dos instancias. A su vez existe controversia sobre si los fallos de estos organismos son susceptibles de casación por parte del Poder Judicial, habiéndose presentado por lo menos un caso en que ésta se produjo por el Tribunal Contencioso-Administrativo.

Como vemos el común denominador a las legislaciones que acabamos de analizar es que en todas ellas las Autoridades Administrativas de Trabajo carecen de competencia para resolver los conflictos de aplicación de normas legales o convencionales. Ello tiene una evidente razón: las Autoridades Administrativas de Trabajo integran un Ministerio de Trabajo que forma parte esencialísima del Poder Ejecutivo, al cual corresponde establecer una política determinada, a cumplirse con arreglo a sus planes de Gobierno. Esa política, siempre coyuntural y cambiante, puede, en determinadas circunstancias, revestir una intencionalidad muy específica que entra en conflicto con la aplicación imparcial del derecho a una cuestión litigiosa. Ello por lo demás resulta natural y no podemos tachar al Ejecutivo por las acciones que lleve a cabo, dentro de su ámbito de competencia, para implementar su política, máxime si tales gobernantes fueron elegidos democráticamente. Pero no podemos dejar de objetar que el Ejecutivo se irroque facultades para administrar justicia, ya que en razón de su carácter político, nos asiste todo el derecho para dudar de su imparcialidad, característica esencial de las facultades jurisdiccionales. De ahí que la dama que personaliza a la justicia lleve los ojos vendados, vale decir que aplica el derecho independientemente de la persona a quien beneficie o perjudique. Ello, pues resulta no sólo manifiestamente contrario a lo que es propio de la implementación y

ejecución de la política que el Ejecutivo haya adoptado, sino que constituye una manifiesta violación al expreso mandato contenido en la Constitución, respecto de la unicidad y exclusividad de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial.

La cuestión, sin embargo, no debe limitarse a plantear el problema jurídico existente sino a tratar de avizorar horizontes de solución o por lo menos dilucidar con seriedad el actual impasse.

Nadie discute hoy en día la particularidad del Derecho Procesal del Trabajo, distinguiéndolo del Derecho Procesal Civil en razón de los principios que lo diferencian y caracterizan. Desde este punto de vista la función tuitiva del juzgador en materia laboral, el principio de in dubio pro operario, la inversión de la carga de prueba, la concentración, la intermediación, la celeridad y el impulso procesal de oficio, la gratuidad, etc. constituyen características esenciales de este derecho que deben ser salvaguardadas, sea cual fuere el sistema por el cual se opte. Por ello, incorporar simplemente la jurisdicción laboral al ámbito del Derecho Procesal Civil constituiría un retroceso inaceptable para el Derecho Laboral Peruano que creemos, nadie propugna. Por ello entre la disyuntiva de violentar la Constitución a través de la concesión de facultades jurisdiccionales a autoridades administrativas, o incorporar la jurisdicción del trabajo al ámbito del Poder Judicial o el establecimiento forzoso de Tribunales Arbitrales, creemos que existen alternativas.

En primer término, el Fuero Privativo de Trabajo mantiene su función jurisdiccional hasta la expedición de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial. En ese sentido podría delegarse al Fuero Privativo de Trabajo el conocimiento de las controversias de aplicación de las disposiciones legales o convencionales de trabajo, incluyendo la reposición lo que hace necesario que por ley se efectúen las modificaciones del caso al Decreto Legislativo N° 140 y al Decreto Supremo N° 03-80-TR, que tiene fuerza de Ley, además de modificar el Decreto Supremo N° 003-83-TR, suprimiendo facultades jurisdiccionales al servicio de inspectores. De esta forma la jurisdicción en materia laboral mientras el vínculo laboral esté vigente, o concluido o cuando la acción tenga por objeto su restauración, estaría encargada a un

Fuero que sí tiene facultades constitucionales para administrar imparcialmente justicia con la garantía para los litigantes que sus fallos tendrían la calidad de cosa juzgada.

De esta forma el debate original centrado en que son nulos todos los procedimientos de denuncias tramitados luego de la vigencia de la nueva Constitución, o que no lo son pero pueden ser materia de contradicción en el Poder Judicial por no revestir la garantía de la cosa juzgada y asimismo las observaciones que se plantean a las indebidas facultades que se conceden al servicio de inspectores, podría quedar, sino resuelto por lo menos limitado al período hasta el cual el Fuero Privativo de Trabajo asuma plena jurisdicción en los conflictos laborales de aplicación, período que podríamos denominar de tránsito y adecuación a una nueva realidad jurídica establecida en el país, a raíz de la vigencia de la nueva Constitución, pero que ya hoy en día resulta impostergable.

Ahora bien, ¿significa ésto que las actuales Autoridades Administrativas de Trabajo y toda la infraestructura montada en el Ministerio de Trabajo deben desaparecer? Nada más lejano a nuestro criterio, ya que ello significaría desperdiciar un valioso elemento humano que en muchos casos ha dado muestras de probidad y especialización. Por el contrario, las actuales Autoridades Administrativas de Trabajo, siempre que sean letrados, y superen algún tipo de filtro depurador que pueda establecerse, pasarían a constituir los nuevos Jueces de Trabajo, integrados al Fuero Privativo de Trabajo, a donde igualmente pasaría el servicio de pericias y personal auxiliar. Ello, por cierto, no significa que consideramos al Fuero Privativo de Trabajo como la panacea a la problemática laboral de nuestro país, pero al menos es el único llamado a administrar imparcialmente la justicia del trabajo sin violar la Constitución. Por lo demás los problemas de congestión y retraso en los fallos que enfrenta este Fuero, creemos que pueden ser superables con un control interno mucho más estricto y a su vez mayor apoyo.

Sobre este último aspecto, cabe destacar que si el Fuero Privativo actualmente no cumple eficientemente sus funciones, ello se debe fundamentalmente a los escasos recursos que le han

sido asignados para cumplir sus labores, bastando señalar, que existen numerosos juzgados que durante muchísimos meses actúan únicamente con Jueces suplentes, vale decir abogados que prestan servicios ad honorem, dedicando, a las labores judiciales el mínimo de su jornada de trabajo, precisamente por el sacrificio que ello implica. Si a esto se añade funcionarios mal remunerados y escaso control sobre su trabajo, encontraremos que el estado de cosas que prima en el Fuero Privativo de Trabajo no es casual ni imposible de solucionar.

Por otro lado, esta alternativa permitiría continuar con el actual régimen pero dentro de un marco constitucional, que a su vez coadyuvaría a que las controversias laborales sean objeto de soluciones jurídicas y no políticas. Dejamos para otra oportunidad tratar sobre la forma cómo el Fuero Privativo de Trabajo podría incorporarse al Poder Judicial, bastando anticipar que es nuestro criterio que deberán existir juzgados y Tribunales de Trabajo en primera y en segunda instancia, respectivamente, así como una sala especializada en la Corte Suprema para efectos de la casación, al igual que hoy existen en el ámbito civil y penal, además de normas procesales propias que salvaguarden los principios que informan el Derecho Procesal del Trabajo.

CLASIFICACION DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES

Humberto Jara Flórez

Con una especie de prestigio inalterable, como si fuera un monarca coronado universalmente que visita sus feudos encontrando invariablemente los designios de su voluntad, la clasificación de Bienes Muebles y Bienes Inmuebles ha venido siendo durante siglos, la opción legislativa acogida por casi todos los Códigos Civiles del mundo. Todos han rendido pleitesía y otorgado respaldo a esta clasificación milenaria.

Precisamente por esa antigüedad interesa saber si aún es válida, qué virtudes o qué defectos posee. El sentido de este trabajo es encontrar una respuesta a estas interrogantes.

Si bien la clasificación de Bienes en muebles e inmuebles viene de muy antiguo, su importancia no ha sido siempre la misma. Acogida por el Derecho en Roma era apenas "una subdivisión de las cosas materiales o bienes corporales. Así es como la entendían los jurisconsultos romanos, para los cuales, además, no tenía más que una pequeña importancia práctica, por aplicarse en principio las mismas reglas a la propiedad mueble y a la inmueble" (1).

(1) Colin, Ambrosio y Capitant, Henri, Curso Elemental de Derecho Civil, tomo Segundo, vol. II, Ed. Reus, Madrid 1923, p. 465.

En esta época "el criterio de la distinción residía únicamente en la naturaleza de las cosas: eran inmuebles el suelo y las construcciones, cosas no susceptibles de traslado, res inmóviles; todas las demás cosas eran mobiliarias. Los romanos jamás pensaron en extender esa clasificación a los derechos ni siquiera a los derechos reales" (2).

Fue más tarde, en el antiguo Derecho Francés inmediatamente después de la Edad Media que esta clasificación se convirtió en la *summa divissio*.

En la época medieval los inmuebles, específicamente la tierra, tenían gran importancia, la misma que se traducía en términos políticos y económicos, pues, políticamente la jerarquía de las personas guardaba estricta relación con las extensiones territoriales de que podían ser dueñas y, paralelamente, la economía familiar y por tanto su status social dependían de la única fuente de riqueza: la propiedad territorial, los feudos.

Así las cosas, es comprensible que el antiguo Derecho Francés*, todavía influenciado por las ideas feudales, elaborase un sistema basado en la protección a la riqueza inmobiliaria. De este modo, por ejemplo, los inmuebles debían permanecer siempre en la familia originalmente propietaria no pudiendo el testador disponer con libertad de ellos; o, en el régimen matrimonial, los inmuebles no ingresaban en la comunidad de bienes.

Como éstas habían muchas reglas que no se aplicaban a los muebles, que por su poca importancia, es decir su poco valor, no merecían mayor atención. De ahí esa vieja frase: "*Res movilis, res vilis*", que reflejaba la falta de atención al patrimonio mobiliario. En este punto reparemos en algo importante. El criterio para clasificar no fue el usado en Roma. El antiguo Derecho francés excluyó la posibilidad de movimiento o fijeza para atribuir a una cosa la

(2) MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, vol. I, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1962, p. 283.

* Vamos a referirnos frecuentemente al Derecho francés porque a partir de él la clasificación que distingue entre muebles e inmuebles alcanzó gran notoriedad y aceptación.

calidad de mueble o inmueble, y prefirió utilizar un *criterio económico*.

Si a los inmuebles se les prestó tanta atención ello se debió fundamentalmente a su *valor, a su duración y a su posibilidad de producir rentas periódicamente*.

Al finalizar la Edad Media aparecieron riquezas nuevas que no eran inmuebles y cuyas características encajaban en el criterio económico que acabamos de mencionar, lo que motivó que los juristas, con un criterio más bien práctico, recurrieran a la ficción: como las reglas para los inmuebles eran mayores y más protectoras, convirtieron a ciertos muebles, que tenían las mismas características económicas que la tierra, en inmuebles, para que pudieran beneficiarse de un sistema legal mejor estructurado.

“Fue pues, sobre este criterio económico, mucho más que sobre el tomado de la naturaleza de las cosas, sobre el que fundaron su clasificación” (3).

De esta manera edificaciones de poco valor se consideraban como muebles y, viceversa, algunas cosas muebles de valor apreciable pasaron a ser consideradas... inmuebles. Interesaba sobre todo que una determinada cosa tuviera los *requisitos de valor, duración y periodicidad de rentas*; con estos elementos se podía discriminar y otorgar la calidad de mueble o inmueble.

Esta conceptualización irremediamente llevó a considerar a los derechos. Si éstos eran capaces de tener (o carecer según sea el caso) las características ya señaladas, era plausible entender que la clasificación también debía incluirlos, pese a que el asunto, desde el punto de vista romano, carecía de sentido pues un derecho no tiene ni movilidad ni fijeza; no obstante, con el criterio económico del antiguo Derecho francés la distinción sí podía alcanzar a un derecho y se le podía aplicar el régimen de los muebles o de los inmuebles. Así, los créditos se consideraron como muebles porque al existir la prohibición de préstamos con interés esos créditos no producían rentas; por el contrario, los censos o rentas que sí otorgaban réditos se consideraron como in-

(3) MAZEAUD, op. cit. p. 284.

muebles; igualmente los oficios enajenados que consistían en cargos públicos susceptibles de herencia y aún de venta.

Aunque usaron la etiqueta de "muebles o inmuebles" el criterio en ésta época fue, como ya dijimos, económico.

El Código Civil Francés. Seguir los rastros de la evolución de esta clasificación nos lleva a mencionar el famoso Código Civil Francés, el Code Napoleónico de 1804, cuerpo legal desde el que la división entre muebles e inmuebles adquirió carta de ciudadanía universal, presencia repetida en casi todas las legislaciones occidentales.

Los Mazeaud indican que "los redactores del Código Civil volvieron a la distinción romana, fundada únicamente sobre la naturaleza física de las cosas, por parecerles más lógico el criterio de fijeza o de movilidad" (4).

No obstante esto que parecería un retorno a un criterio más estricto, concordante, además, con la nomenclatura de la clasificación, no fue así; por el contrario, incurrieron en dos defectos: "continúan colocando los derechos, lo mismo que las cosas, en la clasificación cuando el criterio de fijeza no puede aplicarse a los derechos (...) por otra parte -y aquí está su mayor error- conservan todas las diferencias que el antiguo derecho había establecido entre las reglas de ambas categorías fundadas en el criterio extraído del valor.

Antes de la Revolución, el adagio "res mobilis res vilis" significaba que las cosas sin valor eran muebles, aún cuando fueran inmóviles; y que las cosas de valor eran inmuebles aunque fueran móviles. Los redactores del Código Civil invirtieron esa proposición: para ellos, todas las cosas móviles eran tratadas como si no tuvieran valor alguno; si no las protegían eran porque, a sus ojos, carecían de valor o así se presumía. Los redactores del Código Civil no se dieron cuenta del defecto fundamental de su sistema: dejaban sin protección cosas y derechos de valor considerable" (5).

(4) MAZEAUD, op. cit. p. 286.

(5) MAZEAUD, op. cit. p. 287.

Es así como ha llegado hasta nuestros días esta vieja y prestigiosa clasificación, con sus antiguos defectos acogidos por las legislaciones posteriores a 1804.

CRITICA DE LA CLASIFICACION

Con el correr del tiempo y aún desde su inicio, la división entre cosas muebles y cosas inmuebles, ha ido mostrando sus amplias deficiencias a medida que las instituciones jurídicas iban enfrentando los requerimientos de las relaciones económicas. En la doctrina, a pesar de los devotos de la antigüedad y la tradición, ha quedado planteada la interrogante respecto de la validez de esta clasificación. El tratadista francés Louis Josserand expone de manera exacta el conflicto al afirmar que "con la Revolución (francesa) estas ideas de otra edad tuvieron que ser barridas por la gran corriente individualista que inspiró la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; sin embargo nada de eso ocurrió pues la distinción entre bienes muebles e inmuebles ha conservado en nuestro Código Civil, casi toda su antigua importancia; es éste uno de los puntos más débiles de la obra del Primer Cónsul, una de su facetas más discutidas. Cada vez más se marca el anacronismo..." y añade "El derecho de los bienes establecido por el Código Napoleón está caducado (...) en pleno siglo XX vivimos todavía bajo el signo del viejo derecho quirritario" (6).

Sin embargo, pese a críticas tan vigorosa, diversas legislaciones, cobijadas a la sombra del Código Civil francés, han venido usando la clasificación mencionada. Con todo ni su antigüedad ni su uso repetido, le han convalidado los defectos de que padece, y que pasamos a analizar.

a) La evolución histórica denota un errático uso de la clasificación, pues, ha venido siendo utilizada en cada época de acuerdo a criterios distintos. En Roma la distinción radicaba en un criterio de movilidad correspondiente a la característica física de las

(6) Josserand, Louis, *Derecho Civil, La Propiedad*, vol. III, Buenos Aires 1950, p.p. 4 y 9.

cosas; la Edad Media mantiene esencialmente esa distinción; luego en el antiguo derecho francés se usa un raciocinio vinculado al contenido económico de los bienes para luego retornar, ya en el siglo XIX, a la idea romana con el añadido de "convertir" en mueble o inmueble a los derechos.

En suma, a lo largo de miles de años no ha existido una coherencia y una racionalidad propia de esta clasificación. El nombre es apenas una etiqueta que no corresponde al contenido, y sin embargo mezclando criterios y de acuerdo a las conveniencias o requerimientos de cada época sigue siendo incluida en los ordenamientos legales; algo así como si se quisiera descubrir nuevos continentes remendando la vieja carabela en que navegó Cristóbal Colón.

b) Basada en razones políticas y económicas que hacían que el patrimonio de las personas se sustentara en la propiedad inmobiliaria, la clasificación trajo consigo una marcada protección legal a los inmuebles desamparando a la fortuna mobiliaria. Esas razones tuvieron validez en una época determinada en la que pocos hombres concentraban para sí grandes extensiones territoriales y se batían en guerras eternas protegiendo la vastedad de sus feudos y sus ideas contrarias al devenir y progreso de la humanidad.

"Hubo un tiempo en que los inmuebles formaban la porción más preciosa del patrimonio de los ciudadanos y ese tiempo no es quizá aquel en que las costumbres han sido las menos sanas. Pero, luego que las comunicaciones se han vuelto más activas, más fáciles, más amplias y acercado entre sí a los hombres de todas las naciones, desde que el comercio ha hecho, por decirlo así, la producción de todos los países común a todos los pueblos, ha dado poderosos resortes a la industria, y ha creado nuevas diversiones, es decir, nuevas necesidades, y quizás vicios nuevos, la fortuna mobiliaria de los ciudadanos no ha podido ser extraña ni a las costumbres ni a la legislación" (7).

(7) TREILHARD cit. por Mazeaud, op. cit. p. 287.

Pese a ello, desde hace mucho tiempo los bienes muebles, debido a la clasificación que les corresponde, no tienen un amparo legal idóneo, los legisladores del Código Civil francés que influenció al mundo entero y los legisladores que después fueron encandilados por dicha ley, no se percataron de "el prodigioso desarrollo del comercio y la industria... (iniciado) en el siglo XIX que ha dado a la propiedad mueble y, más especialmente, a los créditos que afectan la forma de títulos y de valores, una importancia desconocida en otro tiempo" (8). Los diversos Códigos Civiles, entre ellos el peruano, redactados en un tiempo en que las sociedades y sus diversos mecanismos han venido evolucionando constantemente, trayendo, con mayor asiduidad, al comercio mayoritario las cosas muebles que son objeto de un intercambio más continuo, esos Códigos siguen cometiendo "el error de conservar numerosos vestigios de la antigua idea *Res movilis, res vilis*. Han acumulado medidas de protección para la fortuna inmueble pero han desdeñado en general preocuparse de los muebles con la misma atención" (9).

Con imperdonable omisión no se han percatado de un aspecto sustancial sobre el que llama la atención Planiol: "La riqueza mueble se cuenta actualmente por millones y probablemente es superior a la riqueza inmueble. Los papeles han cambiado. El axioma "*res movilis, res vilis*" ha dejado de ser verdadero. ¿Qué es la riqueza inmueble de un señor feudal que percibía rentas sobre algunas parroquias, ante los capitales acumulados en nuestras casas de banca, y en nuestras grandes sociedades de industria o de comercio?". De ahí que este autor considere que los cuerpos legales que conservan "sus antiguas tendencias, se encuentran en desacuerdo con los hechos (...) y cosa curiosa aún el Legislador más moderno sufre a su vez la influencia de la vieja tradición consuetudinaria" (10) que desampara a la propiedad mueble sin razón alguna.

(8) Colin y Capitant, op. cit. p. 467.

(9) COLIN y CAPITANT, op. cit. p.p. 467 y 468.

(10) PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Ed. Cajica S. A., México 1955, p. 39.

Este es uno de los mayores lastres de esta milenaria clasificación, que en honor a su propia antigüedad debía pasar a los archivos de la doctrina jurídica. No es que sea per-se mala, lo que pasa es que correspondió a épocas y circunstancias que no son las nuestras.

c) Produce dos regímenes distintos, uno mejor estructurado para los inmuebles, otro menor para los muebles. Esto que fue válido en el medioevo es inadmisibile hoy por las razones expuestas en el acápite b). Veamos esos regímenes.

— La seguridad de las adquisiciones, es diferente en uno y otro caso.

El propietario de un inmueble tiene siempre el derecho de reivindicarlo del adquirente, cuando la enajenación se ha efectuado sin su consentimiento. Para evitar la inseguridad de todo adquirente ante la posibilidad mencionada, la ley ha creado la *publicidad* tanto para las enajenaciones de inmuebles como para la constitución de derechos reales sobre los mismos, a fin de que el que adquiere un inmueble pueda informarse del origen y extensión del derecho del enajenante.

En lo que atañe a los muebles, la reivindicación es harto limitada. Quien adquiere de buena fe un bien mueble, aún cuando el enajenante carezca de derecho para hacerlo, no está expuesto a la acción de reivindicación del verdadero propietario. Su buena fe lo protege, sin necesidad de que exista de por medio la publicidad (Art. 890 C. C. peruano; art. 2.279, par 1º C. C. francés).

— La posesión de los inmuebles está respaldada por las acciones posesorias y los interdictos que se conceden al poseedor sea éste o no propietario. Por el contrario el poseedor de un bien mueble no tiene acceso a tales acciones, se entiende que su buena fe lo convierte en propietario. Nótese que el verdadero propietario de un bien mueble, que es desposeído injustamente, no puede recurrir a un interdicto para salvaguardar de inmediato su posesión que ha sido vulnerada. Tendrá que recurrir a una acción reivindicatoria que, como

vimos es limitadísima. Y no estamos hablando de un lápiz o un libro, estamos hablando de un automóvil o una computadora, por ejemplo.

- La usucapión o prescripción adquisitiva distingue, para los inmuebles dos canales: con buena fe y justo título bastan 10 años de posesión; la mala fe y la falta de justo título obligan a una posesión de 30 años. En materia de bienes muebles la usucapión sólo interesa, en rigor cuando existe la mala fe, puesto que, como ya dijimos, el poseedor de buena fe de un bien mueble es *automáticamente propietario*. En este último caso se le da un rol determinante a un elemento tan subjetivo como la buena fe. De otro lado, el Código Civil peruano incurre en una contradicción mayúscula entre lo dispuesto en el art. 890 y lo reglamentado en el art. 893, al disponer un plazo prescriptorio para los bienes muebles *cuando existe buena fe*.
- Sólo pueden ser hipotecados los inmuebles no existiendo la hipoteca para los muebles que únicamente pueden ser objeto de prenda. Las naves y aeronaves sí pueden hipotecarse, pero no en su condición de muebles, sino a mérito de la calidad inmobiliaria ficticia que la ley les otorga.

En una época en que la economía se sustenta en el crédito y se requieren de garantías que respalden los préstamos que se solicitan, es inadmisibles que una persona dueña de un patrimonio mobiliario se vea imposibilitada de obtener préstamos a través de una garantía hipotecaria. Ciertamente es que puede recurrir a la garantía prendaria, pero sabemos que esta es menos ventajosa y menos aceptable para ambas partes desde que una, el deudor, tiene que desposeerse del bien, y otra, el acreedor, tiene que cuidar del bien que se le entrega. Añádase que las más de las veces el hecho de entregar una cosa en prenda anula toda posibilidad de préstamo ya que dicha cosa puede ser la única fuente productora de ingresos con que cuenta el ciudadano y si ella es entregada le será imposible la obtención de ingresos para pagar el préstamo, en cuyo caso tendrá que optar por no pedirlo.

Quien otorga un crédito busca seguridades para el pago y para ello solicita garantías que acrediten la solvencia del deudor. Sin embargo, hoy en día, insistimos, una persona que cuenta con un patrimonio mobiliario y que puede ser más solvente que un propietario de cosas inmuebles, no tendrá éxito, por ejemplo, ante un Banco o una financiera, debido a que la clasificación actual de los bienes no permite dar en hipoteca sino una cosa inmueble. Esto es aún más criticable en un país como el Perú en el que el acceso a la propiedad inmobiliaria constituye una especie de privilegio.

En suma la clasificación de que venimos hablando pone trabas para el acceso del crédito tan indispensable en sociedades como la nuestra. Este es otro de sus aspectos negativos.

d) La clasificación de las cosas en muebles e inmuebles es insuficiente porque no abarca a todos los bienes. En efecto, los derechos, esto es, los llamados bienes incorpóreos no pueden estar incluidos en la clasificación porque *“la distinción de los bienes en muebles e inmuebles sólo se aplica a las cosas materiales*. Unicamente tratándose de las cosas materiales se puede hacer la pregunta de si son o no susceptibles de desplazamiento” (11). Es un despropósito hablar de un derecho mueble o un derecho inmueble. Así como no podemos hablar del olor, color o sabor de un derecho no podemos hablar de su inmovilidad o de su posibilidad de traslado. Los derechos del autor, del artista o del inventor sobre la obra intelectual que han creado o sobre el invento que han hecho, son derechos que se comercian y que constituyen elaboraciones mentales, abstracciones que, evidentemente, nada tienen que hacer con un criterio referido a lo mueble o inmueble.

Sin embargo, la doctrina más generalizada y que mayor audiencia ha tenido, al incluir a los bienes incorpóreos *“ha deformado el sentido de la distinción*. Se puede decir que en adelante hay cuatro clases de bienes: 1º los inmuebles propiamente dichos; 2º los inmuebles incorpóreos; 3º los muebles propiamente

(11) PLANIOL, op. cit. p. 36.

dichos; y 4º los muebles incorporeales; siendo esta última clase de una importancia considerable, pues comprende *todos los derechos de crédito*, y, por consiguiente toda la clase hoy de un valor económico incomparable, de títulos de Bolsa, fondos del Estado, acciones y obligaciones de sociedades, etc." (12).

Para darle cierta coherencia a este absurdo la doctrina o el uso han determinado que esta "división ordinariamente se hace atendiendo a la naturaleza de la cosa que constituye el objeto del derecho, y algunas veces también, solo por una elección arbitraria del Legislador" (13).

Situaciones como ésta se presentan cuando doctrina y legisladores haciendo gala de falta de criterio para conservar la esencia de las instituciones jurídicas y dando muestrars también de falta de imaginación para encontrar soluciones que sin dejar de ser prácticas conserven la naturaleza jurídica, prefieren forzar conceptos en un terco afán por hacerles actuar un libreto que no les corresponde.

Algunas legislaciones (Códigos Civiles alemán y suizo) con mejor sentido, al notar que la clasificación, como ya dijimos, se basta únicamente para las cosas corporales "se guardan bien de confundir en la misma categoría que los muebles propiamente dichos, los derechos de crédito, así como los otros bienes incorporeales, tales como los oficios ministeriales, los derechos de propiedad literaria, artística, industrial, etc. Con esta clase de bienes, a los que no cabe aplicar la misma reglamentación que a los objetos muebles, forman, con razón, una tercera clase aparte, extraña a la división de las cosas en muebles e inmuebles" (14).

e) La clasificación no está planteada en términos jurídicos. De acuerdo a lo ya estudiado, la distinción se basa (i) en criterios de naturaleza, o sea, las cosas se clasifican a partir de su condición física: si pueden o no trasladarse. Nótese que con este

(12) COLIN Y CAPITANT, op. cit. p. 465.

(13) PLANIOL, op. cit. p. 36.

(14) COLIN y CAPITANT, op. cit. p. 469.

criterio se pudo haber elegido cualquier otro igualmente físico, igualmente "natural": el tamaño de las cosas o su color o su calidad de ásperas o lisas etc. o (ii) se basa en criterios económicos. Una cosa valiosa es inmueble aún cuando en la verdad de los hechos sea mueble y viceversa.

De manera que la clasificación tradicional se sustenta en criterios ajenos al Derecho, es decir, no tiene origen jurídico, no es una elaboración de la doctrina, ha sido tomada de otros ámbitos y como tal tiene peculiaridades y contingencias que no tienen por qué guardar relación con el Derecho. En términos figurativos podemos decir que la clasificación es como un extranjero que en virtud de una nacionalización ha sido recibido por el Derecho, sin que esto signifique que quien lo acoge tenga que hacerle cambiar necesariamente sus costumbres. Y sin embargo, ella afecta en asuntos primoriales a las organizaciones jurídicas, pues, a partir de la clasificación se determinan las formas de adquisición de propiedad y el tipo de garantía que pueden aplicarse a los distintos bienes, según sean éstos muebles o inmuebles. Todo con una clasificación postiza, sin estirpe, sin raíz jurídica.

f) La clasificación no corresponde al mundo actual. Una clasificación de los bienes guarda estricta relación con la racionalidad de una época. No es un simple listado en el que se enumeran las cosas. Constituye un importantísimo fundamento para organizar a partir de ella las diferentes normas que regirán variados aspectos de un sistema legal. Y este sistema legal inevitablemente va a actuar sobre una determinada agrupación humana y, también inevitablemente, va a reflejar diferentes aspectos de esa sociedad. Queremos decir que una sociedad una vez constituida requiere de normas que regulen las relaciones entre las personas que la conforman, para ello recurre al Derecho y éste inexorablemente refleja la idiosincracia de ese grupo social en una época específica. Esto significa que la opción que el derecho realice por tal o cual forma de clasificación de bienes guarda estrecha vinculación con la *racionalidad* de un momento histórico.

"Dentro de una sociedad de mercado, en la que los intercambios constituyen su ingrediente fundamental y donde las garantías de las transacciones deben ser muy seguras, el Derecho

ha agrupado los bienes en función de su mayor o menor posibilidad para su transferencia -que guarda relación en los primeros tiempos de la sociedad de mercado con el valor del bien- y en función de la mayor o menor facilidad para entregar físicamente la cosa en garantía. Por consiguiente, no es una característica natural del bien lo que constituye la base de la distinción sino la utilización social de ciertas características naturales que realiza una cultura determinada" (15).

En esta línea de razonamiento cabe afirmar que la distinción entre muebles e inmuebles correspondió a formas de organización ya superadas. Sabemos que todo está en movimiento perpetuo y el quehacer jurídico no es ajeno a este fenómeno. Los Códigos y sus listados de cosas muebles y cosas inmuebles son colecciones de anticuarios que no se dan abasto para responder a los requerimientos actuales, "la clasificación legislativa acaba por anquilosarse en círculos cerrados y puede suceder, como de hecho ha sucedido, frente a un acelerado desarrollo económico-social, al que se contraponen la lentitud legislativa, mucho más si se trata de materias contenidas en códigos, que queden enumeradas entre las cosas en un tiempo entidades menores, aquellas que hoy tienen importancia igual, por no decir tal vez mayor, que las otras" (16).

Así acontece cuando se insiste en viejos conceptos para hechos nuevos; por eso, a riesgo de ser reiterativos insistimos en afirmar que la clasificación que se adopta en un tiempo refleja la racionalidad propia de una época y responde a los requerimientos de ese momento y no a los de después. Al respecto, reparemos en este magnífico párrafo de Vallet de Goytizolo que con gran acierto dilucida el asunto. "Cada pueblo en cada época refleja en una antítesis fundamental dos categorías de bienes a los que las respectivas condiciones sociales y económicas otorgan un rango de valoración distinto. Se refleja en su regulación jurídica que sujeta unos a la absorbente influencia de principios

(15) TRAZEGNIES, Fernando de, Bienes Naturaleza y Romanos, artículo publicado en "El Comercio", página Editorial, Lima, 21 de diciembre de 1982.

(16) BIONDI, Biondo, Los Bienes, Ed. Bosch, Barcelona 1961, p. 102.

sociales y deja a los otros a las libres determinaciones individuales. En regimenes individualistas, la antítesis se refleja en más celosa vigilancia y tutela de los actos de enajenación, gravamen, cargas fiscales, etc., y mayor rigor en las formalidades de los negocios jurídicos que tengan por objeto una de las dos categorías. Tal significación primordial presenta la clasificación de bienes visibles e invisibles en el antiguo pueblo griego; la casa, campo y huerto, en oposición a los otros bienes, en el Código de Hammurabí; los bienes reales y personales en el Derecho anglosajón; los bienes muebles e inmuebles en la fase heleno-oriental del Derecho romano. Última clasificación que dio nombre a la similar distinción del Derecho germánico y pasó luego a los derechos modernos de la Europa continental.

En tiempos modernos ha ido perdiendo fuerza lógica la clasificación total de los bienes en estas dos categorías de muebles e inmuebles. Han surgido nuevos bienes, como los de la propiedad intelectual o de la propiedad industrial, los títulos valores -que llegan a constituir ingentes montañas de valor-, los automóviles, las aeronaves, las empresas mercantiles. Su desenvolvimiento y desarrollo, emparejado con los progresos de la técnica, unido al apogeo de la maquinaria industrial, ha hecho alcanzar a estos bienes muebles un valor e importancia jamás sospechados, no sólo intrínsecamente, sino como medios de producción en gran escala.

Ya no están justificadas las diferentes medidas de protección exigidas en la enajenación de inmuebles con respecto a ciertos bienes muebles, pertenecientes a los débiles jurídicos. Tampoco aquel dualismo justifica hoy el encuadramiento de ciertos bienes muebles en el régimen traslativo genéricamente aplicado a éstos, ni aquella clásica diferenciación de los sistemas respectivos en cuanto a las formas transmisivas y de publicidad.

El legislador no puede olvidar que actualmente esos dos viejos moldes han sido desbordados por la cambiante realidad. Sin duda merecen todo el respeto a que son acreedores por la utilidad que han prestado al Derecho durante muchos siglos. Pero

ya no bastan para satisfacer las necesidades de la vida jurídica contemporánea" (17).

Definitivamente la decrepita clasificación, apoyándose en su antigua raigambre, se ha puesto a deambular entorpeciendo a nuestro Derecho en su labor normativa. Ya no es lo que ha sido aunque haya quienes deseen que siga siendo lo que fue.

Ante esta situación. ¿Qué es lo que debe hacerse? ¿Qué opción tomar? Con magnífica lucidez Fernando de Trazegnies opina que debemos abocarnos "al auténtico problema que se encuentra frente a nosotros: precisar lo más rigurosamente posible la distinción de bienes de acuerdo a la racionalidad propia de nuestra época (como también lo hicieron los romanos en su tiempo) y otorgarle los nombres adecuados a las nuevas clases (cualquiera que éstos sean). Pero lo importante es llamar a las cosas por sus nombres si no se quiere que nos perdamos en una jungla de lo imaginario constituida por el abuso de ficciones jurídicas, en un mundo surrealista donde los bienes inmuebles se mueven y donde la entrega (traditio) consiste en no entregar nada. Intentar introducir a la fuerza los actuales criterios jurídicos dentro de los viejos moldes puede resultar una solución semejante a la de cercenarle los pies al cadáver porque el muerto resultó demasiado grande para el ataúd que había sido pedido de antemano" (18).

Hasta aquí este análisis. Consideramos que las razones expuestas demuestran suficientemente la inoperancia de la clasificación estudiada. Veamos ahora las legislaciones que la utilizan.

CLASIFICACION DE LOS BIENES EN LA LEGISLACION PERUANA

Hemos estudiado la clasificación que distingue las cosas muebles de las cosas inmuebles para demostrar su ineficacia. En esta

(17) VALLET DE GOYTIZOLO, Juan, Estudios sobre Garantías Reales, Ed. Montecorvo S. A. Madrid, 1973, p.p. 230 y 231.

(18) El Comercio, art. cit.

parte vamos a analizar la legislación peruana para hacer notar que también es ineficaz por cuanto se basa en dicha clasificación. Entonces las críticas que ya hemos planteado se aplican todas al análisis que vamos a efectuar y como sería ocioso repetirlas, más bien, vamos a incidir en otras dos críticas fundamentales que aparecen de la legislación peruana, y que consisten en que la clasificación que atiende a la naturaleza de la cosa misma y diferencia entre muebles e inmuebles, no permite una adecuada organización de las garantías y no permite incorporar dentro de ella a todos los bienes sino sólo a parte de ellos.

Al desarrollar estas dos críticas podrá notarse como el legislador peruano ha actuado de modo errático en lo que se refiere a la clasificación de los bienes y a la organización de las garantías, asuntos que guardan estrecha relación y que tienen importancia en una sociedad moderna con economías que recurren fundamentalmente al crédito.

Código Civil de 1852.-

Este código utiliza 4 clases de clasificación:

- | | |
|---------------------|-----------|
| 1) Cosas Corporales | |
| Cosas Incorporales | Art. 454º |
| 2) Cosas Corporales | |
| Muebles e Inmuebles | Art. 455º |
| 3) Cosas Fungibles | |
| Cosas No Fungibles | Art. 458º |
| 4) Cosas Públicas | |
| Cosas Comunes | |
| Cosas Particulares | Art. 459º |
| Cosas de Culto | |
| Cosas de Ninguno* | |

* A éstas el Código las define como "las que no están en propiedad de nadie o se hallan vacantes", mayúscula barbaridad. No existe nada que no tenga dueño, pues es el Estado, en última instancia, el dueño de aquello que no sería de nadie.

De estas cuatro clasificaciones la única que tiene normas que la hacen utilizable es la de Muebles o Inmuebles. La existencia del resto de clasificaciones se entiende por la tendencia a definir que tuvo este Código, tendencia que lo llevó como acabamos de indicar, a plantear clasificaciones sin efectos (no existen normas que las implementen) y a confundir un Código con un texto universitario por la gran cantidad de definiciones y ejemplos que utiliza en muchos de sus artículos.

Veamos pues la clasificación principal. El art. 455 decía: "Las cosas corporales son muebles o inmuebles. Muebles, las que sin alteración pueden ser llevadas de un lugar a otro. Las demás son inmuebles.

Las semovientes se comprenden en los muebles".

De acuerdo a este artículo puede notarse que el criterio adoptado por el legislador es el romano. Ya hemos estudiado que en su origen la clasificación entre muebles o inmuebles no era más que una subdivisión de las cosas corporales porque sólo éstas eran capaces de movimiento o de fijeza.

Pero de inmediato el legislador quiebra el criterio que ha elegido. De algún modo intuye que la clasificación adoptada no es idónea, entonces en el art. 456 realiza una enumeración que en base a la ficción convierte a ciertos muebles en inmuebles, y distingue tres clases: inmuebles por naturaleza, por accesión y por destino. Declara que toda obra construída con adherencia al suelo para permanecer allí mientras dure es inmueble; de igual forma los frutos pendientes y las maderas antes de cortar, *los ganados* y demás objetos que hacen parte del capital de un fundo, las cañerías, herramientas, calderas, semillas y *animales* dedicados al cultivo, etc.

Subrayamos ganados y animales para resaltar más todavía la incoherencia de este Código, ya que en la parte final del art. 455 pese a haber definido a los muebles se preocupa de recalcar expresamente, redundantemente que los "semovientes se comprenden en los muebles", y sin embargo un artículo después, en el 456, convierte a los semovientes (ganado y animales de cultivo) en inmuebles.

En suma, el Código 1852 utilizó, al clasificar a las cosas, una opción: el criterio de movilidad con ayuda de la ficción. Con el añadido de que su opción es incoherente, pues no existe explicación para lo señalado a propósito de los semovientes, o sea, ¿por qué insistió en decir que éstos eran inmuebles si de inmediato los iba a convertir en inmuebles?

Legislación defectuosa. Al hacer un listado de muebles que se convierten por mandato legal en inmuebles, se olvidó por completo de los derechos. Se olvidó de los créditos, sean títulos o valores, de los derechos de propiedad industrial, etc. en una palabra desdeñó la fortuna mueble; le dio todo su amparo a los inmuebles.

Esto se nota con más claridad en cuanto a las garantías. En el art. 1985 se define a la prenda como "la cosa mueble que se da en seguridad de una obligación contraída", y en el art. 2020 a la hipoteca como "el gravamen que se impone sobre un inmueble a favor de un tercero, en seguridad de un crédito o de una obligación".

Sólo existían garantías para las cosas corporales, sean muebles o inmuebles. Prenda, con entrega; hipoteca, con inscripción. No obstante en el art. 454 el legislador distinguió a las cosas corporales y las cosas incorpóreas para qué hizo esta clasificación si no iba dejar que accedan a las garantías las cosas incorpóreas? ¿qué quiso hacer? ¿simple academicismo? Tal vez. En todo caso este Código tuvo todos los defectos que hemos señalado respecto a la clasificación de muebles e inmuebles.

Su virtud es que mantuvo la naturaleza jurídica de las garantías, no cometió la torpeza de desnaturalizarlas, como se empezó a hacer desde 1916 con la ley 2402 que creó la prenda agrícola, prenda sin desplazamiento.

Quizás en descargo habría que decir que las insuficiencias del Código de 1852 no crearon mayores problemas. En ese entonces no habían aeronaves, automóviles y la marina apenas se bastaba para acciones de defensa territorial; el crédito con garantías de cosas muebles no era urgente. El vacío podía, de alguna manera, existir.

Aunque, bueno es decirlo, esas carencias se harían manifiestas años después, con el código del 52 vigente, al tener que promulgarse la ley de hipoteca naval. Esto nos hace ver, además, que el legislador debe tener necesariamente una visión de futuro y una imaginación magnífica. Esta es su obligación más difícil.

LAS LEYES ESPECIALES

a) Ley de Hipoteca Naval

Estando vigente el criterio de movilidad que tenía el Código del 52, se promulgó el 30 de diciembre de 1916 la ley de Hipoteca Naval, que en su art. 1º determina: "Pueden ser objeto de hipoteca los buques mercantes con arreglo a las disposiciones de esta Ley. Para este sólo objeto se considerarán los buques mercantes como bienes inmuebles".

Hasta antes de esta ley los buques, cosas trasladables de un lugar a otro, eminentemente móviles, solo podían ser objeto de prenda lo que implicaba necesariamente su entrega y esto no tenía sentido, pues, el crédito solicitado no puede pagarse si la herramienta del trabajo no sigue en poder del deudor.

Toda vez que los buques son perfectamente identificables, tienen matrícula, tienen registro y no son ocultables, cumplen los requisitos para ser hipotecados, se permitió se dictase la ley de hipoteca naval. Aquí el legislador introduce un cambio en la naturaleza de los bienes, no en la organización de las garantías ni en la naturaleza de las garantías sino en la naturaleza de los bienes. Pudo haber dicho otra cosa, por ejemplo, pudo decir los buques siguen siendo muebles pero sobre ellos se podrá constituir hipoteca. Eso habría significado cambiar el régimen de las garantías, plantear la hipoteca mobiliaria para no desnaturalizar la esencia de las garantías. No hizo eso, sino que los convirtió en inmuebles para los efectos de la ley y por consiguiente para los efectos de que pudiesen ser hipotecados.

b) Las leyes de prenda sin desplazamiento

Contemporáneamente a la ley de Hipoteca Naval, el 13 de diciembre de 1916, se promulgó la ley 2402, que fue la primera ley de prenda sin desplazamiento, la prenda agrícola.

Se trata de una garantía para cubrir los préstamos solicitados por un agricultor o un ganadero, compuesta por los equipos de labranza, el ganado, y las cosechas. Como no puede haber entrega de los equipos de labranza porque sino ya el prestatario no necesita el préstamo se ideó la prenda sin desplazamiento que a tenor del art. 4º de esta ley permite al deudor conservar la posesión de la cosa materia de la prenda en nombre del acreedor teniendo derecho a usarla.

En este caso no se cambió la naturaleza de los bienes, se cambió la naturaleza de las garantías. Se aceptó una prenda sin entrega estando vigente el art. 1985 del Código del 52, que indicaba como única prenda posible a la prenda con entrega -como debía ser- lo cual se hacía extensivo también a otra prenda vigente en ese momento, la prenda mercantil, regida por el Código de Comercio y que también suponía desplazamiento.

Este cambio en la naturaleza de las garantías se repite cuando se dictan la ley Nº 7695 de 30 de enero de 1933, que crea la Prenda Industrial, el D. L. Nº 18880 de 8 de junio de 1971 que crea la prenda minera y el D. L. 23192 que crea la Prenda de Transporte con fecha 19 de julio de 1980.

Son diversos momentos en los que el legislador acosado por las circunstancias que exigían normas a través de las cuales los propietarios de cosas muebles pudieran acceder al crédito dando en garantía a aquellas, empieza a crear prendas sin desplazamiento al encontrarse con Códigos Civiles, el del 52 y el del 36, que no se habían preocupado por este asunto, pese a que la realidad ya les había mostrado esta necesidad, sobre todo a quienes redactaron el Código del 36. Preocupados por la tradición y los inmuebles, no cambiaron la clasificación de los bienes para permitir una correcta organización de las garantías. Por el contrario, propiciaron estas llamadas prendas sin desplazamiento,

que consisten en una aberración, pues, atentan por completo contra la naturaleza jurídica de las garantías.

Que solucionaron en parte los problemas presentados es cierto, pero el Derecho no es un oficio artesanal que recurre a soluciones empíricas. Es una ciencia que debe buscar soluciones a la vez prácticas y jurídicas, capaces de solucionar los problemas sin atentar contra las Instituciones. Allí radica el talento del jurista y el arte del Derecho.

No fue así. La raíz del problema se encuentra en el persistente afán de utilizar en la ley peruana, una clasificación que ya no es válida, que no responde a los requerimientos de nuestra sociedad.

El Código Civil de 1936

En este Código, el legislador abandona, en parte, el criterio de la movilidad. No lo hace totalmente porque el primer inciso del art. 819 dice que son muebles los bienes que pueden llevarse de un lugar a otro; mantiene entonces el criterio de la movilidad en parte, pero evidentemente no lo mantiene en todo porque en la enumeración que hace de los inmuebles, en el art. 812, incluye las naves, incluye las aeronaves, incluye los ferrocarriles, todos cosas móviles.

En vez de enfatizar en el criterio de la movilidad, como lo había hecho en el Código precedente, el legislador enumera, hace dos listas (art. 812 y 819) y coloca los bienes aparentemente en función de las garantías, pues, coloca entre los inmuebles, los buques aviones y ferrocarriles con el propósito de que éstos puedan ser objeto de hipoteca y no de prenda.

Esta vez el legislador no cambia la naturaleza de las garantías porque mantiene la hipoteca sobre los inmuebles y la prenda con entrega sobre los muebles, cambia la naturaleza de los bienes y manteniendo la denominación de muebles o inmuebles abandona el criterio de la movilidad y recurre aparentemente a un propósito crediticio al organizar de alguna manera las garan-

tías. Pero rápidamente advertimos que el legislador cometió algunas graves omisiones, porque las mismas razones que hacían que las naves, las aeronaves, los ferrocarriles fuesen inmuebles para el efecto de hipotecarlos, esas mismas razones regían para que los vehículos automotores también fuesen inmuebles y pudiesen ser hipotecados; son objeto de registro, son de difícil ocultamiento, apreciable valor económico, sin embargo, el legislador no lo hizo, con lo cual por la regla del primer inciso del art. 819 (son muebles los bienes que pueden llevarse de un lugar a otro) los vehículos automotores, todos, automóviles, camiones, omnibuses, tractores y todos los demás son considerados hasta hoy muebles. Al punto de que hasta el 9 de julio de 1980 (fecha de promulgación del Decreto Ley N° 23192 que creó la prenda de transportes, prenda sin desplazamiento) una empresa de transportes no podía afectar sus bienes porque no podía constituir hipoteca sobre sus omnibuses, pues no son inmuebles sino muebles, y tampoco podía constituir prenda porque habría tenido que entregar los vehículos cosa que no tiene sentido porque es su medio de trabajo y tampoco era posible constituir prenda sin desplazamiento porque no existía hasta ese momento la prenda de transporte, y sabemos, por el numerus clausus, que solo pueden constituirse los derechos reales expresamente autorizados por ley. En materia de prendas sin desplazamiento solo eran posibles tres: la minera, la agrícola, la industrial; entre las cuales no estaba la de transportes.

Pero aún así la solución no es buena, se insiste en utilizar una figura que atenta contra la naturaleza jurídica de la prenda; y se cubre únicamente un aspecto, el de las empresas de transporte. ¿Por qué un particular no puede otorgar garantía con su automóvil sin desposeerse de él?

De otro lado el problema subsiste con los equipos de construcción. Las empresas constructoras, con excepción de sus vehículos que si hoy los podría preñar por razón de la prenda de transportes, mediante sus equipos no pueden otorgar hipoteca, prenda ni prenda sin desplazamiento.

Esto nos hace notar que optar por los listados además del riesgo de dejar fuera ciertas cosas, supone facultades adivina-

torias ajenas a un jurista porque pueden ir surgiendo nuevos bienes conforme avanzan las sociedades, que podrían no estar integrados correctamente en la legislación vigente. Es preferible, por tanto, buscar criterios de clasificación más amplios, más adecuados desde que no todos los bienes son, necesariamente, muebles o inmuebles.

Una segunda crítica que al inicio dijimos íbamos a desarrollar, es que la clasificación de los bienes inmuebles y muebles no cubre todos los bienes. Y no cubre, de manera muy simple, los bienes incorpóreos porque los bienes incorpóreos no son móviles ni inmóviles; así como no son rojos ni amarillos, los bienes incorpóreos, los derechos no son móviles ni inmóviles.

En vía de ejemplo vamos a referirnos sólo al Código del 36. Ahí el legislador pese a todo, ha incluido en sus dos listas, en la de los inmuebles (art. 812) y en la de los muebles (art. 819) algunos bienes incorpóreos, v. gr., en materia de bienes inmuebles ha incluido en el inc. 7 las concesiones y autorizaciones para explotar servicios públicos. La concesión, un derecho de naturaleza administrativa, como el que tiene la Cia. Peruana de Teléfonos para explotar el servicio telefónico o ELECTROLIMA para el sistema de la luz en Lima, esas concesiones tienen carácter inmobiliario según este inciso del art. 812. También dice el inciso 8 que son inmuebles los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro de la Propiedad, es decir, el derecho que tiene por ejemplo un condómino, que es una cuota-parte, incorpóreo, ese derecho es inmobiliario si es que el condominio recae sobre un inmueble, de tal suerte que el condómino puede por ejemplo hipotecar su cuota, su derecho.

Y en el art. 819 a propósito de los muebles el legislador también incluye algunos derechos, dice son muebles los derechos comprendidos en la propiedad literaria y artística y en la propiedad industrial, de este modo, todas las marcas, patentes, los derechos de un autor sobre una novela, tienen categoría mobiliaria y dice además los derechos referentes a muebles, dinero, servicios y a inmuebles si no son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

De manera que, como puede notarse, el legislador a pesar que los derechos no son móviles ni inmóviles haciendo tablas de la doctrina, ha incluido en su enumeración derechos, en una y otra lista.

¿Cuál ha sido el criterio? Difícil saberlo. En el caso de los derechos sobre inmuebles la razón sería que el objeto mismo es inmueble entonces tiene una cierta lógica que el derecho que recae sobre un inmueble tenga también categoría inmobiliaria. Así como el caso de los derechos sobre muebles también se comprende que si el objeto es una cosa mueble, entonces que el derecho que recae sobre él también sea mueble. ¿Pero por qué las concesiones para explotar servicios públicos son inmuebles? y ¿Por qué los derechos de la propiedad artística e intelectual e industrial son muebles? Eso no tiene una explicación. Allanamiento de la doctrina de un lado y de otro arbitrariedad del legislador, todo por mantener una clasificación que ya no puede más desde hace muchos años.

CLASIFICACION DE BIENES EN LA LEGISLACION COMPARADA

Recurrir a la legislación extranjera supone la posibilidad de encontrar diversas soluciones para variados aspectos. Se vuelve la mirada a otras latitudes para confrontar criterios buscando obtener soluciones nuevas o mejor estructuradas, tal vez una institución perfeccionada o quizá otra planteada de modo distinto; en fin, la idea que anima a revisar Códigos extranjeros es encontrar propuestas para lograr un mejor sistema jurídico.

En cuanto a la clasificación de los bienes no acontece así. Hemos venido sosteniendo que la clasificación de Bienes en muebles o inmuebles, es sumamente defectuosa, imperfecta y poco útil para las circunstancias actuales. Pues bien, toda la legislación extranjera, con la explicable excepción del Código Ruso, utiliza la clasificación de muebles e inmuebles.

El Código Civil francés en su art. 516 determina que "todos los bienes son muebles o inmuebles". De este modo comete el

error que ya hemos indicado: considera a los derechos dentro de la clasificación y el supuesto criterio de movilidad no es mantenido, pues, si bien en el art. 517 se indica que "los bienes son inmuebles por su naturaleza..." de inmediato se agrega el elemento de ficción al decir "o por su destino o por el objeto al cual se aplican". En el caso de los muebles la situación es la misma, el art. 527 dice "los bienes son muebles por su naturaleza o por la *determinación de la ley*" (subrayado nuestro).

En cuanto al Código Civil alemán, no se dice explícitamente que la clasificación sea la de muebles o inmuebles, ya que el art. 90 prefiere hablar de "cosas (que) en el sentido de la ley son solamente las corporales", pero en los artículos siguientes se refieren a las cosas muebles indicando cuales son y cuando es que deben ser considerados como tales; o sea, que las cosas no son muebles en sí sino en la medida en que la ley lo determine.

El Código Civil italiano habla de tres clases de Bienes. En el art. 812 define a los inmuebles con el mismo criterio del Código Francés: la naturaleza del bien, y además, la ficción. "Sono reputati immobili" es la frase que utiliza: se reputan, se consideran como. No son, se consideran.

Luego en el art. 815, tímidamente, esboza una distinción interesante, los bienes muebles inscritos en el Registro Público. Pero se limita a manifestar que están sujetos a sus propias disposiciones y supletoriamente a las disposiciones relativas a los bienes muebles. Este legislador sintió una especie de temor de variar esencialmente la clasificación tradicional y aunque intuyó que ciertos muebles por su importancia podían ser inscritos, con las consecuencias que de ello se derivan, prefirió eximirse y trasladar el problema a las disposiciones especiales.

Los arts. 615 y 715 del Código Civil Suizo también nos hacen ver con claridad la incoherencia tremenda que supone utilizar el rótulo de movilidad para un contenido opuesto. Dice el Código Suizo: "son inmuebles *dentro del sentido de la presente ley*: 1) los bienes raíces, 2) los derechos distintos y permanentes no matriculados en el registro". Los muebles, por supuesto, son los que "no están comprendidos en los inmuebles".

En este, como en todos los Códigos es la ley la que determina la calidad de los bienes, pero, ésta determinación no busca, en esencia, discernir que es mueble o inmueble, busca, más bien, adaptar sus soluciones a los requerimientos de una sociedad, e incluyen en una clasificación a los derechos, a las semillas, a las colmenas de miel, o vuelven inmueble lo que en verdad es mueble, etc., etc. Cometten todos los disparates posibles con el plausible afán de adaptarse a los avances que se vienen sucediendo, pero sin detenerse a pensar que el asunto no está en insistir en la vieja clasificación sino en variarla por una que a la vez que resuelva el problema evite incurrir en una caricaturización de las Instituciones Jurídicas.

Una muestra de esos equívocos es el Código Civil Español que en su art. 334 realiza una impresionante enumeración de bienes inmuebles -en el sentido de la ley- en un denodado esfuerzo por no dejar escapar algún bien, y pese a ello olvida a la maquinaria de construcción o los autobuses, por ejemplo, que sin duda pueden tener el "status" de un inmueble para que sus propietarios recurran al crédito usando de la hipoteca.

El Código Civil Japonés es el que más se acerca al criterio de movilidad que su clasificación anuncia, al afirmar en su art. 86 "El suelo y las cosas fijadas firmemente en él son inmuebles, todas las demás cosas son muebles". Y haciendo honor al origen de esta clasificación dice en su art. 85 "considérase cosas para los efectos de este Código a las cosas corpóreas". Si bien no quiebran el criterio de movilidad, dejan fuera a la propiedad incorporeal; los derechos parecieran no existir para el derecho Japonés. Otra muestra de las insuficiencias de esta clasificación.

Analizar cada Código extranjero sería una labor reiterativa porque todos siguen la senda de la división clásica en muebles e inmuebles. En cada una de estas clases indican dos categorías: en primer lugar lo que llamaríamos inmuebles y muebles por naturaleza y luego se refieren a los bienes que deben considerarse muebles o inmuebles para los efectos legales. En este sentido pueden revisarse los Códigos Civiles Mexicano arts. 750, 752, 753, 754, 758 y 759; Brasileño arts. 43, 44, 47 y 48; Argentino arts. 2313, 2314, 2315 y siguientes; Boliviano, arts. 74

y siguientes, pudiendo notarse que el art. 77 es copia del art. 815 del Código Italiano en lo referente a muebles sujetos a registro; Guatemalteco, arts. 442 y siguientes; y, en fin, el Proyecto del Código Brasileño, arts. 77, 78, 80 y 81.

Es válido, pues, afirmar que el criterio usado en la legislación extranjera es el criterio de movilidad, al que se añade, ineludiblemente, el mandato legal, la ficción. Es un criterio mixto: el de la naturaleza de la cosa más la arbitrariedad legislativa. La razón no es oculta ni difícil de hablar: sola, la clasificación tradicional, no se da abasto y el legislador se ve compelido a buscar formas que la hagan útil y operativa. El Código Mexicano en su Exposición de Motivos reconoce que ha tenido que ampliar su listado de inmuebles por "los adelantos científicos e industriales que han hecho aparecer nuevas clases de bienes".

Recurrir a ese tipo de solución es hacer del Derecho y de la labor legislativa, un ejercicio artesanal de una simpleza excesiva que, por añadidura, no requeriría de mayores conocimientos jurídicos, sino apenas de un poco de sentido común.

Hasta el momento ningún Código extranjero se ha percatado que la solución no está en ampliar los listados sino en cambiar la clasificación porque de seguir el razonamiento mexicano, (común a todos los países), ante cada avance económico o científico que haga aparecer nuevos bienes, tendrá que ampliarse el catálogo, lo que aparte de no solucionar el asunto, supone seguir avalando todas las deficiencias ya estudiadas, supone la reiteración de las ficciones y supone la tontería de utilizar el nombre de una clasificación que no tiene nada que hacer con su contenido.

Hemos venido afirmando que la clasificación clásica debe ser sustituida. Esta situación debe ser hecha por una clasificación que no padezca de las debilidades ya explicadas en extenso.

Esto quiere decir que los "bienes sean agrupados correctamente en función de los fines que persigue la sociedad que usará ese derecho" (19).

(19) TRAZEGNIES, Fernando de, El Comercio, art. cit.

Asimismo, que sea capaz de responder a los planteamientos económicos y sociales de la época actual manteniendo *una necesaria coherencia jurídica*; que agrupe a todos los bienes y que organice adecuadamente las garantías, tan necesarias en una economía basada en el crédito.

Consideramos que una clasificación regional sería una solución pertinente. Pero ese ya es otro tema y requiere de otra ocasión.

LA IGUALDAD DE DERECHOS DEL HOMBRE Y LA MUJER EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE Y EL PROYECTO

Ricardo Marcenaro Frers

La historia puede ser estudiada y analizada desde diferentes perspectivas. Quizás una de las características más constantes en la evolución humana es el de la dominación. Siempre han existido grupos de personas dominando a otros por razones de raza, religión, poder económico, etc. Estas formas de dominio se fundamentan en teorías y argumentaciones que atribuyeron su razón de ser a la divinidad o a la naturaleza humana. De esta manera grupos religiosos sometieron por la fuerza a los no creyentes toda vez que sólo los dominantes eran poseedores del mensaje divino. Solo ellos habían sido favorecidos con la fe en el verdadero Dios y por lo tanto tenían el derecho de someter a aquellos que no participaban de las mismas creencias. En otros momentos de la evolución humana se ha establecido el pleno dominio de una raza sobre otras basado en la supuesta superioridad de aquella. También se establece el dominio de los grupos que cuentan con todo el poder económico fundado en una capacidad y habilidad especial atribuible a la naturaleza humana.

Las formas de dominación han sido vencidas por los oprimidos con el transcurrir de los años y en mérito a la necesidad de libertad e igualdad del ser humano.

Consideramos que de todas las formas de dominación la que resulta más difícil de vencer es la de supremacía del hombre sobre la mujer. Es la forma de dominación en la que mayor resistencia se ha opuesto para evitar su eliminación. Los argumentos para mantener el dominio de un sexo sobre el otro han sido diversos. Se ha sostenido que Dios ha establecido dicha dominación o que la propia naturaleza la ha determinado.

Con carácter ilustrativo transcribimos a continuación lo expresado por el Dr. José M. Aranibar, en su obra *Derecho Civil Peruano*, Tomo I, que obtuvo el Primer Premio en el concurso Procultura Jurídica correspondiente a 1967 convocada por el Colegio de Abogados de Arequipa. "Es indudable que entre el varón y la mujer existen diferencias orgánicas y psíquicas que han sido y son la causa de que al primero, se le considere más apto que a la segunda para desempeñar el rol que les incumbe en la actividad social por más que algunos se empeñan en establecer la igualdad psíquica de ambos sexos, ya que la orgánica sería imposible concebirla... El feminismo exagerado, presuncioso y extremista que trata de igualar en todo sentido a las personas de ambos sexos, hasta el punto de emancipar completamente a la mujer de la Autoridad Marital y de la patria potestad de los padres, nos parece inaceptable e intelorable porque desquicia el hogar, es cacusa de abandono de los hijos, fomenta el libertinaje y trae como resultado la destrucción de la familia y el desafecto de la nacionalidad". Hoy en día es sorprendente constatar el gran número de personas de ambos sexos que participan de estas ideas. Ante el Derecho todas las personas deben ser iguales y por lo tanto gozar de los mismos derechos y estar sujetos a idénticas obligaciones, la única diferencia es la establecida para proteger a los incapaces. Las leyes otorgaban a las mujeres la categoría de incapaces relativas y por ello no es de extrañar que recién mediante Ley 12391 del 7 de setiembre de 1955 se reformó la Constitución y se les otorgó el derecho al sufragio sin restricciones. Es evidente que existen diferencias físicas y psíquicas entre el hombre y la mujer pero estas no determinan una

mayor capacidad jurídica. Las diferencias de derechos señalados por los autores se basan en razones culturales y no jurídicas.

La Constitución señala en su Art. II que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo. Luego añade que el varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. A pesar de que se indica expresamente que el varón y la mujer son iguales ante la ley luego agrega "La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón". En consecuencia puede tener derechos mayores y así los establece:

a.—"La madre tiene derecho a la protección del Estado y a su asistencia en caso de desamparo" Art. 7.

b.—La ley "Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres" Art. 44.

c.—"La ley determina las medidas de protección a la madre trabajadora" Art. 45.

Por las razones expuestas podemos concluir que a pesar que la Constitución señala la igualdad del varón y la mujer luego se contradice al establecer que ésta podrá gozar de derechos mayores. Si goza de mayores derechos no existe igualdad.

No obstante el comentario anterior consideramos que señalar expresamente entre los derechos fundamentales de la persona "A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo..." (Art. 2) es la reforma constitucional más significativa.

El proyecto del Código Civil ha adoptado este mismo criterio con lo que se extrae a la mujer, por lo menos en la Legislación, de la situación milenaria de considerarla como sujeto con incapacidad relativa.

Puede notarse claramente el cambio trascendental que ofrece el Proyecto del Código Civil si transcribimos a continuación los Artículos concordados con el Código Civil vigente:

Código Civil. Art. 24 "La mujer casada tiene por domicilio el de su marido".

Código Civil. Art. 162 "Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia..."

PROYECTO ART. 145 "El domicilio de los cónyuges que hagan vida en común será el que fijen de mutuo acuerdo ya sea expresa o tácitamente".

Código Civil. Art. 161 "El marido dirige la Sociedad Conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".

PROYECTO ART. 338 "Ambos cónyuges tienen el deber y el derecho de participar, según sus posibilidades y capacidades, en el Gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo".

PROYECTO ART. 283 "El marido y la mujer tienen en el hogar Autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales".

Código Civil. Art. 164 "El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación".

PROYECTO ART. 339 "Los cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según su capacidad económica. No obstante si uno de ellos se dedicara exclusivamente al trabajo del hogar y al cuidado de los hijos, la obligación de sostener a la familia recae sobre el otro, sin perjuicio de la ayuda y colaboración que ambos cónyuges se deben en uno y otro campo".

Código Civil. Art. 168 "El marido es el representante de la Sociedad Conyugal".

PROYECTO ART. 340 "Corresponde conjuntamente a ambos cónyuges la representación legal de la Sociedad Conyugal".

Código Civil. Art. 173 "La mujer puede ejercer cualquier profesión o industria, así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común con el consentimiento expreso o tácito del marido".

PROYECTO ART. 341 "Cada cónyuge puede ejercer cualquier profesión o industria permitidos por la ley, así como efectuar cualquier trabajo fuera del hogar con el consentimiento expreso o tácito del otro".

Código Civil. Art. 171 "La mujer lleva el apellido del marido, agregado el suyo, y lo conserva mientras no contraiga nuevo matrimonio".

PROYECTO ART. 128 "El matrimonio permite a la mujer llevar el apellido paterno de su marido agregado al suyo..."

Código Civil. Art. 391 "La patria potestad se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio. En caso de disenso prevalecerá la opinión del padre".

PROYECTO ART. 187 "La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre, corresponde a ambos la representación legal del hijo y la administración de sus bienes".

Hasta el momento hemos presentado una breve exposición acerca de las favorables transformaciones que refleja el Proyecto del Código Civil. Sin embargo solamente significará un cambio adecuado en la Legislación. Esto no implica que nuestra población peruana esté dispuesta al cambio y que todos comparten la convicción de que el varón y la mujer tienen los mismos derechos.

Es inobjetable la constatación de que en nuestra realidad se dan grandes desigualdades entre el varón y la mujer ante el Derecho, la familia y la Sociedad. Tampoco es posible considerar a la Sociedad Peruana como una sola por cuanto encontraremos muchas distinciones de acuerdo al estrato social, nivel cultural, lugar de residencia (rural o urbana) etc. En consecuencia no podemos hablar del varón o la mujer peruanos por cuanto las características dependerán del grupo al que nos referimos. Es

totalmente diferente el rol que cumple en la familia y la Sociedad el ama de casa de Lima con relación a la mujer de las comunidades campesinas, de las comunidades selvícolas o la de los pueblos jóvenes de las zonas urbanas.

Deseamos presentar a continuación algunos datos del censo de población efectuado en julio de 1981 que permitirá señalar en cifras la gran diferencia que existe entre el varón y la mujer. Solamente indicaremos los porcentajes en que participan los varones y mujeres del total de personas consignadas en dichos rubros.

	VARONES	MUJERES
1.—Población total	49.8%	50.2%
2.—Con educación completa superior universitaria.	61.7%	38.3%
3.—No sabe leer y escribir.	36.3%	63.7%
4.—Población económicamente activa.	74.5%	25.5%
5.—Ocupados.	75.3%	24.7%
6.—Población no económicamente activa.	34%	66%
7.—Quehaceres del hogar.	3%	97%
8.—Servicios domésticos.	15.5%	84.5%
9.—Profesionales, técnicos y trabajadores asimilados.	62.9%	37.1%
10.—Funcionarios públicos superiores, Gerentes de empresas.	92.1%	7.9%
11.—Promedios de ingresos.	S/. 60,000	S/. 49,000

Es significativo señalar que de todos los comentarios efectuados por Juristas sobre el Proyecto del Código Civil ninguno que hayamos leído menciona a la igualdad del varón y la mujer como el cambio más adecuado.

Consideramos que la innovación más trascendente y significativa es establecer las normas de convivencia que proyecten la total igualdad de los integrantes de ambos sexos. Sin embargo esta paridad ante la ley no implicará necesariamente igualdad real. Existen en nuestra cultura muchísimos factores que fomentan la diferencia de derechos de los sexos y no será suficiente que se promulguen las normas legales que reflejen la igualdad del varón y la mujer para que ésta se dé de hecho sino que será preciso iniciar una intensa labor de difusión cultural que permita a nuestra población internalizar estos conceptos.

SOLUCION DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO: LA CONCILIACION Y EL ARBITRAJE (*)

Mario Pasco Cosmópolis

1) LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Las controversias de trabajo se clasifican tradicionalmente en individuales y colectivas, según comprometan intereses concretos de personas o intereses abstractos de categoría, respectivamente.

A su vez, las colectivas se subdividen en jurídicas o de derecho y económicas o de intereses. Las primeras se refieren a la "interpretación o aplicación de un derecho nacido y actual, importando poco que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la Ley o en una disposición de un convenio individual o colectivo". El conflicto de intereses (o económico o de revisión o de reglamentación) "no versa sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la Ley o el contrato, sino que es una reivindicación que tiende a modificar un derecho existente

(*) El presente trabajo condensa las ponencias presentadas al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Santo Domingo en julio de 1980 y al IV Congreso Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Monterrey, México en agosto de 1982.

o a crear un derecho nuevo". Con leves variaciones semánticas o de matiz, éstas definiciones de la OIT son recogidas por los diversos autores.

De la combinación de ambas clasificaciones resultan tres tipos de controversias: individuales, colectivas de derecho y colectivas de intereses.

El sistema de clasificación puede ser también invertido: las controversias de derecho serían individuales y colectivas; las de intereses sólo pueden darse en lo colectivo, no teniendo en lo individual otra existencia que la meramente virtual o hipotética.

Siendo ésta la clasificación tradicional, para enmarcar adecuadamente la expresión "conflicto colectivo de trabajo", se hacen necesarias algunas precisiones.

La primera es para establecer si conflicto debe emplearse como sinónimo de controversia o si constituye sólo una especie de ésta. CABANELLAS precisa las diferencias conceptuales entre ambos términos, cuya conclusión es que representan fases distintas de un mismo proceso: pacífica, la controversia; violenta, el conflicto. Este último sería, entonces, sólo el enfrentamiento en su punto más recio, la pugna traducida en medidas de autodefensa o acción directa, cuya manifestación más típica es la huelga (1).

Sin polemizar con dicha idea y al solo efecto de dar al presente trabajo una mayor amplitud, hemos optado por la recomendación de DEVEALI quien sin marcar una diferencia tan radical, considera práctico utilizar la palabra conflicto para lo colectivo y controversia para lo individual.

La segunda se refiere a la tipicidad de los conflictos colectivos de derecho a partir de la separación entre individuales y colectivos. Siguiendo el pensamiento de CESARINO Jr. y DE

(1) CABANELLAS, Guillermo, **Derecho de los Conflictos Laborales**, Buenos Aires, 1966, t. 2, p. 45.

FERRARI, creemos que los conflictos jurídicos colectivos carecen de originalidad, que no constituyen propiamente una categoría y que distinguir de los individuales es innecesario.

Los criterios de diferenciación entre las controversias individual y colectiva de derecho son tan sutiles, tan imperceptibles que en realidad no existirían. El pretendido carácter colectivo de una reclamación en que se exige el respeto de una norma preexistente en nada modifica la naturaleza intrínseca del litigio y en nada influye para su tratamiento procesal; no pasaría de ser una distinción puramente teórica que por no trascender hacia medida alguna de orden práctico es conveniente superar, siquiera por razones didácticas.

Consecuencia de este razonamiento es que reservemos la expresión "conflicto colectivo" únicamente a aquél que plantea la revisión del derecho, la sustitución de la norma vigente, la modificación del status quo, vale decir, al que tradicionalmente se conoce como de intereses o económico. Ese es el sentido aplicado en el presente trabajo.

DIFERENCIAS ENTRE LA CONTROVERSIA JURIDICA Y EL CONFLICTO ECONOMICO

No obstante ser nítida la distinción entre estos dos géneros, consideramos conveniente un esfuerzo de sistematización a fin de demostrar el por qué de la necesidad de mecanismos especiales de solución para los conflictos económicos y referirlos los que son materia concreta de este estudio: la conciliación y el arbitraje.

Por su origen: las controversias jurídicas se basan en la violación o incumplimiento de un derecho preexistente; los conflictos económicos, en la necesidad de modificar el statu quo normativo, para adecuarlo a las necesidades de los trabajadores y a las posibilidades de los empleadores.

Por su finalidad u objeto: los jurídicos buscan la declaración del derecho conculcado, restablecer el equilibrio jurídico; los económicos, crear un nuevo derecho sustitutorio del preexistente, reemplazar la norma actual por otra.

Por su ámbito personal: las controversias de derecho pueden corresponder a un ámbito individual, plural o colectivo; los de intereses sólo se dan con carácter colectivo, no teniendo en lo individual existencia más que hipotética o teórica, pero no vigencia real en tanto que derecho exigible.

Por su metodología procesal: la resolución de las controversias jurídicas responde al esquema clásico del litigio expresado en: ley = premisa mayor; caso concreto = premisa menor; aplicación de la ley al caso — conclusión.

Se trata del típico proceso deductivo, razonamiento lógico cuya plasmación característica es el silogismo.

La resolución de los conflictos económicos sigue un método inductivo: Va de lo particular — una petición — a lo general: una nueva norma de validez universal, erga omnes, respecto de la categoría.

Por el marco referencial del fallo: en las controversias jurídicas el litigio, al menos en principio, queda encerrado en los linderos que le señalan la demanda y su contestación; en los colectivos no existen propiamente restricciones para el derecho de petición, en tanto que las necesidades económicas son ilimitadas en su número.

Esta distinción es ciertamente relativa: la *litis contestatio* tiene como excepciones las facultades de fallo *ultra* y *extra-petitum*; en lo colectivo, es discutible la posibilidad de arbitramento sobre materias que no hayan sido materia expresa de petición. El rigor formal que caracteriza usualmente a la controversia jurídica y la libertad que acompaña a toda negociación sufren aquí una curiosa inversión, pues los límites se amplían para la primera y se estrechan para la segunda.

Por la naturaleza de su resolución; la controversia de derecho concluye con un fallo jurisdiccional, esto es, una decisión que declara el derecho en favor de alguna de las partes.

La naturaleza de la resolución en materia de conflictos de intereses es normativa o reglamentaria; crea o constituye nuevos derechos; se asemeja más al acto legislativo que al judicial.

Por el alcance de la resolución: el fallo judicial en una controversia jurídica tiene efectos únicamente para las partes que intervinieron en el litigio, sin validez obligatoria para terceros. Aun teniendo la jurisprudencia carácter de fuente de derecho, lo es con alcance limitado, no imperativo, subordinado.

La resolución colectiva, en cambio, se expande con la fuerza de una ley y con similar carácter al de ésta, para alcanzar imperio general sobre la totalidad de la categoría representada en la unidad de negociación. Es fuente prioritaria de derechos, superior en su vigencia a la ley que modifica.

El presente trabajo se refiere, como ha quedado dicho, a los conflictos colectivos de carácter económico contenidos en la expresión conflicto colectivo.

II) LA CONCILIACION

1. DEFINICION Y ALCANCES

La OIT define la conciliación como "una práctica consistente en utilizar los servicios de una tercera parte neutral para que ayude a las partes en un conflicto a allanar sus diferencias y llegar a una transacción amistosa o a una solución adoptada de común acuerdo". La función del conciliador "consiste siempre en encaminar a las partes hacia un acuerdo o solución mutuamente aceptables. Para lograrlo, sólo cuenta verdaderamente con sus propias facultades de razonamiento y persuasión (2).

Muy precisa, la definición de ALONSO GARCIA es: "Sistema de sustanciación de conflictos de trabajo, por virtud del cual las partes del mismo, ante un tercero que ni propone ni decide,

(2) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Conciliación en los conflictos de trabajo*, Ginebra, 1974, p. 4

contrastan sus respectivas pretensiones, tratando de llegar a un acuerdo, que elimine la posible contienda judicial" (3).

Es diferente el alcance de la conciliación en una controversia jurídica que en un conflicto económico. En la primera tiene un valladar insalvable constituido por los derechos irrenunciables de los trabajadores, lo que, como principio de orden público, ha alcanzado en algunos países rango constitucional, como en la novísima Constitución Política del Perú cuyo artículo 57 textualmente proclama: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

¿Cuáles son, entonces, la función y la eficacia de un mecanismo transaccional como es la conciliación respecto de esos derechos irrenunciables? Al ser nulo todo pacto, que los vulnere, es evidente que un acuerdo conciliación, en materia de derechos adquiridos, debe necesariamente respetarlos y preservarlos. El margen de la negociación conducente a tal acuerdo es estrecho, rígido, limitado. Pero existente. En efecto, la conciliación tiene por objeto decidir sobre algún punto dudoso o litigioso para evitar el pleito que podría promoverse o finalizar el que está promovido (4). Si el punto es dudoso, si cabe argumentar o probar lo contrario, si cabe contradicción, no puede hablarse todavía de "derecho adquirido", expresión categórica que corresponde a una situación clara e irrefutable, a un derecho evidente, incontestable.

El que sea litigioso demuestra precisamente las características contrarias. Rara vez el resultado final de un pleito recoge fielmente lo expuesto en la demanda; ésta contiene por lo general una exageración, refleja una expectativa, pero no de modo necesario una realidad tangible y demostrable. La demanda se apoya en hechos que exigen demostración y en derecho que requiere interpretación. Entre aquella, que es una hipótesis jurídica, y

(3) ALONSO GARCIA, Manuel. **Derecho Procesal del Trabajo**. Barcelona, 1963, T. I, p. 204.

(4) La definición corresponde a la transacción según el art. 1307 del Código Civil Peruano, pero así como resulta adecuada para la conciliación, curiosamente es imperfecta para aquélla.

la sentencia final, que es la confirmación o la desvirtuación de esa hipótesis, se produce un amplio margen para ajuste en armonía con la buena o mala probanza y con la claridad o imprecisión de la norma legal invocada. Es dentro de ese margen que actúa la conciliación, que procura un acuerdo precoz pero definitivo para dar solución a la controversia, actuando como un equivalente jurisdiccional de autocomposición.

Empero, la función tuitiva del Estado para garantizar el respeto a los derechos irrenunciables hace imperativa la intervención del Juez, a fin de conducir la negociación en su proceso y aprobarla en su resultado. No hay conciliación privada; la que se produjera sin intervención del juez sólo tendría valor en tanto fuera respetada por ambas partes, pero no adquiere validez definitiva, equivalente a la cosa juzgada, sino cuando es refrenada por el juez competente.

Esos son los límites formales de la conciliación en materia jurídica: respeto a los derechos irrenunciables; intervención de la autoridad; aprobación formal del acuerdo.

Muy diferente es la conciliación en materia colectiva de intereses. En el conflicto colectivo típico originado en un pliego petitorio no hay límite para la capacidad de pedir ni tampoco para la de ceder. Los trabajadores pueden exigirlo todo, así como, llegado el caso, dejar íntegramente sin efecto la solicitud, situación que se presenta frecuentemente cuando el pliego está conformado por diversos puntos heterogéneos e independientes entre sí en los que cada uno de ellos constituye un micropliego cuyo destino final —de aceptación, rechazo o disminución— dependerá de la negociación misma. Cuando en vía de conciliación uno o más de tales puntos son retirados, no hay abdicación de un derecho sino de una simple pretensión; los puntos representan el ejercicio de un derecho colectivo de petición pero no de un derecho subjetivo autónomo.

Por consiguiente, no hay, en principio, restricciones formales ni materiales para la conciliación, salvo las que a nivel concreto pudiera establecer una legislación determinada.

No significa ello, sin embargo, que puedan violarse o desconocerse los derechos fundamentales: Significa simplemente que tales derechos conforman una estructura subyacente, que no forma parte de la materia en debate pero que le sirve de soporte.

En las controversias jurídicas, la norma legal es invocada para obtener su aplicación; en los conflictos económicos, para lograr su modificación o superación. Por tanto, la esfera de la negociación colectiva es suprallegal, opera por encima de la ley.

2. *LA CONCILIACION Y OTROS MEDIOS DE SOLUCION: MEDIACION Y ARBITRAJE*

Conciliación y mediación son conceptos que algunos identifican o asimilan. Un análisis riguroso permite establecer, no obstante, sensibles diferencias.

Según la corriente más generalizada, el mediador, además de colaborar con las partes en su esfuerzo por llegar a un acuerdo, hace pública su posición, la plasma en una propuesta o fórmula de solución que las partes pueden acoger o rechazar. El conciliador tiene un rol menos activo y no plantea públicamente sus puntos de vista, haciéndolo, a lo más, en forma privada y por separado a las partes. La labor del conciliador puede concluir sin que haya esbozado un planteo concreto de solución formulado a ambas partes; la del mediador culmina necesariamente en una recomendación formalmente presentada a la decisión de aquellas.

La mediación se sitúa equidistante de la conciliación y del arbitraje. Tiene en común con la primera el darse como complemento de la negociación, que busca la solución por el acuerdo y avenimiento de las partes. Se diferencia en que el mediador hace pública su propuesta de solución, en tanto que el conciliador no la manifiesta.

Con el arbitraje se asemeja en cuanto hay expresión de un tercero imparcial que hace explícita su fórmula de arreglo, pero mientras en la mediación su aceptación por las partes es totalmente discrecional o facultativa, en aquél es forzosa.

El mediador no resuelve; propone. Frente a él, las partes conservan la potestad de hacer suya o rechazar su fórmula. "Forma especialmente intensa de conciliación" la llama, por eso, DEVEALI; "forma suave de arbitraje", RUSSOMANO (5).

La mediación resulta ser un procedimiento infrecuente en la negociación colectiva, virtualmente es desuso; encabalgada en la conciliación y el arbitraje, no llega a tener las virtudes de aquélla ni la fuerza de éste.

Se estima menos eficaz que la conciliación, pues las partes son conservadoras para abrir sus posiciones ante una persona que, llegado el caso, va a proponer planteos distintos, lo que las mueve a actuar con excesiva prudencia o recelo. No es radical como el arbitraje al no estar dotada de un peso imperativo.

El arbitraje, a su vez, tiene clara, insalvable diferencia con la conciliación y con la mediación: es una solución *heterónoma*; contiene una decisión obligatoria. El árbitro no propone; impone. Frente a él las partes carecen de la alternativa de aceptación o rechazo; tienen que acatar su decisión.

Los diversos medios de solución de los conflictos, siendo distintos, no son incompatibles y pueden ser, más bien, sucesivos y complementarios.

La conciliación representa una etapa de negociación, un intento de arreglo caracterizado por la presencia y acción de un tercero ajeno a las partes: el conciliador, cuya tarea es importante pero no fundamental ni menos decisiva. Consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el mantenimiento de un diálogo constructivo. Pero no más. En definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes y a la confluencia de sus voluntades.

(5) Citados por CORDOVA, Efrén. **Las Relaciones Colectivas de Trabajo en América Latina**. OIT, Ginebra, 1981, p. 182.

La mediación representa una participación más activa y pro-tagónica, pero sin llegar a lo decisorio. En último término, al depender la solución de la aceptación (o rechazo) de la fórmula propuesta por el mediador, sigue un mecanismo apoyado de auto-composición bilateral.

El arbitraje es, lisa y llanamente, la solución por un tercero; la resolución por vía impositiva, imperativa.

Los tres son medios para un mismo fin: solucionar el conflicto; pero mientras las dos primeras lo procuran a través del acuerdo de las partes, éste lo hace a través del fallo de un tercero.

Precisando las diferencias en términos jurídicos muy exactos, SARTHOU propone el siguiente cuadro, basado, a su vez en la clasificación de los medios de solución de los conflictos colectivos, de Bueno Magano en medios de autodefensa, de auto-composición y de tutela.

"La conciliación es solución voluntaria, bilateral, indirecta re-lativa con intervención de un órgano consensual colaborador
"(conciliador) y compositiva autónoma.

"La mediación es solución voluntaria, bilateral, indirecta re-lativa, con intervención de un órgano consensual promotor
"(mediador) y compositiva autónoma.

"El arbitraje voluntario o facultativo es solución voluntaria, bi-lateral, indirecta relativa con intervención de un órgano con-sensual decisorio (árbitro) y compositiva heterónoma.

"El arbitraje obligatorio es solución obligatoria o de natura-leza coactiva indirecta absoluta con intervención de órgano
"decisorio (árbitro) de integración consensual y decisión he-terónoma" (6).

(6) SARTHOU, Helio. "Los Conflictos Colectivos de Trabajo y El arbitraje", en **Derecho Laboral**, T. XXIII, Nº 119, Montevideo, p. 490.

La clasificación se completa con la autotutela (solución voluntaria, uni-lateral directa y no compositiva), la negociación colectiva (voluntaria bi-lateral, directa y compositiva autónoma) y la solución jurisdiccional o estatal u oficial (obligatoria o coactiva, indirecta absoluta con intervención de órgano de integración oficial y decisión heterónoma).

3. NATURALEZA JURIDICA

Interesa definir si la conciliación administrativa forma parte de la negociación colectiva o si es un medio de solución ajeno a ella; si es una etapa o instancia de la negociación o si representa un mecanismo esencialmente distinto.

Un conflicto laboral puede ser resuelto de modo autónomo o heterónomo. Si lo primero, son las partes las que a través de un avenimiento, encuentran una solución que satisfice sus intereses. Lo heterónomo se da cuando un tercero, independiente y equidistante de las partes, dicta una resolución que aquéllos tienen que acatar, tercero que puede ser una autoridad judicial (Brasil) o administrativa (Perú) o arbitral, y que puede actuar con carácter obligatorio o a petición de los interesados.

En la conciliación administrativa actúan las partes bajo la conducción o guía de un representante del Estado. El rol de éste no es decisorio sino coadyuvante; no impone una solución sino, a lo sumo, la sugiere; no dispone de mecanismos coactivos que puedan obligar a la toma de acuerdos sino que tiene que acudir a variados recursos para persuadir o convencer.

Serán las propias partes, en definitiva, las que arribarán al convenio o no; la solución será por vía de autocomposición, sin que la presencia o intervención del conciliador modifique en nada su naturaleza.

CABANELLAS (7) hace presente que conciliación tiene, al menos, dos acepciones: una como acción y la otra como efecto de conciliar, esto es, como medio para solucionar un conflicto y como resultado, como solución final al mismo.

En este segundo significado, el convenio a que se llegue será idéntico en lo material al que se hubiera podido producir en trato directo, situación que no necesariamente se presenta en las resoluciones arbitrales. A éstas algunos autores les atribuyen una

(7) *Derecho de los conflictos laborales*, Buenos Aires, 1966, p. 495.

naturaleza jurídica distinta al contrato colectivo de trabajo y algunas legislaciones les confieren efectos diferentes, más restringidos (8).

En su sentido instrumental, como medio o camino (que es propiamente la materia del presente trabajo), RUSSOMANO y SARTHOU distinguen entre la conciliación y la negociación colectiva en tanto que ésta es necesariamente directa mientras que aquella, no obstante la intensidad del contacto interpartes, es indirecta (relativa, agrega SARTHOU, para diferenciarla de las resoluciones que denomina de tutela estatal) (9).

ALONSO GARCIA (10) incide en diferencias más radicales, según la principal de las causales la conciliación sería una institución procesal y la negociación colectiva, un derecho material. Sin embargo, por su conclusión de que la negociación colectiva "puede aparecer como el resultado de la conciliación", se colegiría que más que un problema conceptual, nos estaríamos enfrentando a uno terminológico respecto de la acepción, de negociación colectiva.

En nuestra opinión la conciliación forma parte y es una etapa de la negociación colectiva, la cual está constituida por un trato directo inicial y una conciliación sucesiva o subsidiaria que en algunos países es obligatoria y en otros voluntaria. Es más, la negociación colectiva es en sí misma una forma de solucionar el conflicto, como lo es también la huelga según la precisa cuanto paradójica afirmación de Emilio Morgado; la acción directa es la exacerbación de un conflicto material subyacente como medio para obtener que ese conflicto sea resuelto.

La OIT la caracteriza por tal motivo como una "negociación colectiva protegida" ya que al ser el proceso y las partes esen-

(8) Las leyes panameñas y peruana no autorizan a que el laudo pueda declarar, en perjuicio de los trabajadores, menores derechos que los establecidos por una convención colectiva, la que, sin embargo, sí puede ser modificada por una convención posterior que la anule o disminuya.

(9) Ob. cit., p. 488.

(10) Ob. cit., p. 209.

cialmente los mismos, en la conciliación se cuenta con la ayuda de un tercero (11).

4. MODALIDADES DE LA CONCILIACION

A la conciliación podemos clasificarla por su origen, por su oportunidad, por la naturaleza del órgano o por la composición de éste.

Por su origen puede ser voluntaria u obligatoria. CORDOVA señala la existencia de una clara tendencia a la obligatoriedad: "predomina la convicción de que, frente a la aparición de un conflicto, empleadores y trabajadores deberían conferir al Estado el derecho de intervenir para intentar una solución pacífica y reconocer, por tanto, la recíproca obligación de asistir a reuniones de conciliación. La obligatoriedad de la conciliación proviene también del hecho de que en algunos países esa instancia previa se considera indispensable para declarar la legitimidad de la huelga" (12).

La obligatoriedad de la conciliación tiene en el Perú un marcado tinte compulsivo. El decreto supremo 006-71-TR, que regula la negociación colectiva, sanciona con graves apercibimientos la inasistencia de las partes: si es la parte laboral, se le tiene por desistida del pliego; si es la patronal, se le tiene por allanada al pliego. Demás está decir que el exceso draconiano de estas sanciones las ha tornado inoperantes; la autoridad de trabajo se ha rehusado a aplicarlas dadas sus graves consecuencias.

En lo demás países donde existe como instancia forzosa, las sanciones son más racionales, menos severas.

Hay también países en los que es facultativa, Chile, por ejemplo, con su radical transición de un Estado intervencionista a otro marcadamente abstencionista, en el que todo se pretende que actúe dentro de parámetros liberales y voluntaristas.

(11) Ob. cit., p. 5.

(12) Ob. cit., p. 191.

La conciliación convencional, esto es, aquélla prevista en contratos colectivos, participa de los caracteres de ambos tipos: es voluntaria en su origen en sus génesis, pero obligatoria en su aplicación. CORDOVA cita el contrato colectivo de la Siderúrgica del Orinoco (Venezuela), que obliga a "agotar los recursos amistosos, conciliatorios para dilucidar los casos que sugieran sobre la interpretación y cumplimiento del contrato"; y precisa que "la experiencia latinoamericana muestra que los órganos conciliatorios de tipo convencional se han creado casi siempre al nivel de empresas y tiene carácter paritario" (13).

Teóricamente, la conciliación facultativa debiera ser más eficaz que la obligatoria. Sucede en la realidad, sin embargo, que el transcurso del tiempo y el infructuoso esfuerzo del trato directo, lejos de aproximar a las partes, las radicaliza; en vez de recurrir al auxilio de un tercero, a lo que tienden es a demostrar la intransigencia de la parte contraria y su propia voluntad de diálogo y su flexibilidad. En tales circunstancias ninguna de ellas quiere proponer el pase a la conciliación por temor a ser interpretado como un síntoma de debilidad.

El paso forzoso, imperativo, tiene la ventaja de exonerarlas de este trance; refleja a su vez el interés del Estado en evitar la agudización de los conflictos y corresponde a sus obligaciones como promotor de la paz social. Por ello la conciliación obligatoria se generaliza cada vez más.

En cuanto a *la oportunidad* en que se presenta la instancia conciliatoria, normalmente es a continuación y como consecuencia del fracaso del trato directo.

En la mayoría de legislaciones, con contadas excepciones, la presentación del pliego al empleador va seguida, al cabo de un breve plazo, por el inciso de conversaciones entre las mismas partes, sin intervención de terceros ni de las autoridades de la administración laboral. Es recién a su culminación y si no se ha llegado a un avenimiento global, que se recurre a los servicios de un ter-

(13) Ob. cit., p. 188.

cero —el conciliador— para que ayude y apoye en la búsqueda de ese acuerdo. Obviamente, si se hubiera arribado a un compromiso directo integral, esta segunda etapa deviene innecesaria.

En Venezuela el pliego petitorio es presentado a través de los servicios del Ministerio de Trabajo y no directamente al empleador y requiere de la aprobación previa de aquél. La conciliación resulta así la primera etapa del proceso y sustituye al trato directo.

Por su oportunidad, entonces, la conciliación es usualmente la segunda etapa del proceso, a continuación del trato directo, aunque en algunos países funciona como primera etapa y, por lo general, es obligatoriamente previa a la declaración de un estado de huelga.

La naturaleza del órgano conciliador puede corresponder a servicios estatales o a servicios privados, siendo más frecuente lo primero.

El recurrir a un sistema privado puede consistir en invitar a una personalidad distinguida, que goza de la confianza de ambas partes, aunque esta modalidad —cuando se da— es más propia de la mediación que de la conciliación. También puede producirse a través no de una persona individual sino de una institución de prestigio: la iglesia, un colegio profesional, una comisión parlamentaria. Por su propia y característica informalidad, la conciliación privada se presenta sólo muy esporádicamente.

Más frecuente es la estipulación contractual de someter las controversias a una comisión paritaria. Cuando los miembros delegados de las partes no están comprometidos directamente en el conflicto, la comisión actúa como una junta de conciliación, bajo la presidencia de un tercero designado de antemano o elegido por aquéllos.

Por cierto, la forma de conciliación más usual es la que radica en un órgano estatal y, dentro de éstos, la administración a cargo de la autoridad de trabajo.

Es cada vez mayor el interés y más grande la importancia que asignan los gobiernos a la función conciliatoria. Ya sea encomendada unipersonalmente a funcionarios, o a justas, o a tribunales, prácticamente no hay país en que no exista un esquema previsto para esta función.

En términos generales, el órgano de conciliación puede ser administrativo judicial o especial. Tiene el primer carácter cuando depende jerárquicamente y se integra al Ministerio de Trabajo, que es la modalidad que con mayor frecuencia se presenta. Judicial es el órgano conciliador en Brasil y tiene a su cargo posteriormente, al fracaso de la instancia negociadora, la resolución por vía arbitral. Las juntas de conciliación y arbitraje de México, aunque dependientes administrativamente del Poder Ejecutivo, disponen de la suficiente autonomía como para constituir un género especial, distinto naturalmente de aquellos en que actúan funcionarios estatales únicamente (14).

En cualquiera de estas modalidades *la composición del órgano* en sí puede ser de carácter unipersonal o colegiado. Dentro de un sistema privado de conciliación, es obvio que el órgano puede adoptar cualquier forma, la que las partes elijan o acuerden. En los sistemas públicos cabe también múltiple variedad.

La conciliación individual tiende a la concentración y especialización. El conciliador asume esa tarea como exclusiva y permanente, lo que obsta para que en ciertos conflictos, por su gravedad o amplitud, sea encarada por funcionarios del más alto nivel ejecutivo, el propio Ministro a veces. Tienen este sistema: Argentina, República Dominicana, El Salvador, Haití, Panamá, Perú y Uruguay.

Los sistemas pluripersonales adoptan también variadas formas CORDOVA (15) identifica los siguientes:

(14) Ver DE LA CUEVA. *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, 1964, T. II, pp. 920 y 921.

(15) Ob. cit., p. 186.

- Junta tripartita, en la que cambia, de país a país, la presidencia: Inspector del Trabajo, en Bolivia, Ecuador y Venezuela; funcionario del Ministerio, en Honduras y Paraguay; representante del gobierno nombrado por el Ministerio, en México; juez de huelgas nombrado por el Ministerio, en Nicaragua.
- Tribunal tripartito presidido por un juez, en Brasil, Costa Rica y Guatemala.
- Sendos conciliadores designados por las partes, en Colombia.

El mismo autor analiza las ventajas y desventajas de los sistemas de composición múltiple e indica que "en un medio propicio a las concepciones legalistas, la composición tripartita entrañaba por su propia naturaleza, un tratamiento contencioso, formalista y rígido. Las juntas se fueron transformando en tribunales y su funcionamiento se hizo lento, engorroso y difícil. Muchos países que tenían juntas se vieron así obligados a acudir al sistema de conciliador unipersonal, que parecía más eficaz en la práctica" (16).

5. EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO

La conciliación es una institución de naturaleza procesal; es un medio, un camino, un método para lograr la solución de un conflicto laboral. Interesa examinarla, por lo tanto, en sus características o principios más importantes, pero también en los atributos que deberían tener quienes la ofician.

A) *Caracteres de la Conciliación*

Como etapa de la negociación colectiva, participa de las principales peculiaridades de ésta.

(16) Ob. cit., p. 187.

— *Informalidad:*

Pocos procesos puede haber menos solemnes, más libres que el de una conciliación. Las normas que la encuadren deben limitarse a lo esencial, a lo absolutamente imprescindible, dejando a las partes actuar sin ataduras bajo la conducción del conciliador. No puede perderse de vista nunca que en la conciliación intervienen directamente los interesados y que ellos no pueden ser sustituidos por nadie, y menos por el Estado, en la toma de decisiones.

Para el logro exitoso de un acuerdo no corresponde ceñirse a un patrón preestablecido; no cabe tampoco confundir el proceso con un litigio, ya que cada parte no concurre para probar una razón jurídica sino para convencer a la contraria de la conveniencia de un arreglo amistoso.

El VIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Santo Domingo, 1980) adoptó a este respecto la siguiente conclusión: "La etapa conciliatoria, si bien tiende a concretar las diferencias, no debe estar sujeta a formalismos en su desarrollo, en modo que se constituya la comisión conciliatoria con amplia facultad para analizar los motivos y la solución de la divergencia".

No debe, pues, recargarse el trámite con prolijos detalles sino limitarse a los requisitos esenciales o insalvables, referidos fundamentalmente a la representación de las partes y a la forma de los acuerdos.

— *Flexibilidad:*

Como correlato de lo anterior, el proceso debe ser conducido por el conciliador y las partes con amplia libertad, sin seguir un esquema rígido o trillado; la estrategia debe adecuarse a las necesidades de cada coyuntura y adaptarse a la evolución del conflicto y a las circunstancias que lo rodean.

La negociación es, a la par que un mecanismo jurídico, un proceso psicológico. La actitud que las partes observan es muy

distinta al inicio que al final y se ve influida por la reciproca actitud de la contraria, el avance o retraso de los acuerdos, las experiencias anteriores, la habilidad del conciliador, la presión del entorno social y muchísimos factores más que hacen de cada conflicto un caso sui generis.

Pretender someterlos todos a una misma pauta sería absurdo y contraproducente. Corresponde exactamente lo contrario: crear, innovar para cada situación, en busca del camino más certero.

No son pocos los casos en que una conciliación se logra en medio de circunstancias extrañas: a altas horas de la noche o aun de madrugada; bruscamente, en lo más arduo de un conflicto. No son raros, tampoco los casos en que se frustra por una intemperancia, una frase altisonante o un desaire.

Atendiendo a ese factor psicológico del que no puede desprender, que tiene su asiento tanto en la subjetividad individual cuanto en las masas, el proceso conciliatorio debe ser lo suficientemente flexible para actuar como un catalizador positivo y no como un corset o una camisa de fuerza.

— Oralidad-Inmediación:

Dos caracteres propios de todo proceso laboral están necesariamente presentes en la conciliación: Esta es siempre oral y a ella acuden las partes sin intermediarios.

No es imaginable un proceso negociatorio a través del intercambio de escritos. Antes bien, muchas veces el éxito de la negociación, los progresos que en ella se producen son posibles por no dejarse constancia formal de los mismos: registrar por escrito una oferta o una contrapropuesta puede no ser conveniente desde un punto de vista táctico, mientras que dialogar sin compromiso puede permitir avances que, adecuadamente correspondidos, conducen a un avenimiento.

Por eso es fundamental también la inmediación: Nada puede suplir al contacto personal de los propios interlocutores entre si y con el órgano conciliador.

No obsta al principio de oralidad que se extiendan actas de las reuniones, único modo de que quede constancia de las mismas, pero son las partes las que deciden qué es lo que debe figurar en ellas sin que les pueda imponer que suscriban algo que prefieran mantener no formalizado. No obsta, igualmente, la necesidad de que los acuerdos forzosamente sean escritos: La conciliación es no solemne; el contrato colectivo, en cambio, es siempre escrito. Y el acuerdo conciliatorio es un contrato colectivo.

— *Transicionalidad:*

La conciliación es una etapa intermedia, que va antecedida por un trato directo pero que puede ir sucedida por un arbitraje, en muchas partes obligatorio. Este carácter transicional determina, por un lado, que las conversaciones sean una renegociación; las partes continúan deliberando a partir del punto en que se habían quedado, no retornan al principio ni abordan el pliego en los términos en que fue presentado, sino con las modificaciones que ya se hubieran producido en la instancia anterior.

Por otro lado, la existencia del arbitraje forzoso dificulta el logro de acuerdos. Las conversaciones pierden el carácter de una negociación y se convierten en un ejercicio especulativo de adivinación de los designios del árbitro. No se actúa sólo en función de la meta que se procura, sino para no perder posiciones ante la persona que va a resolver. Las partes entienden que el árbitro difícilmente va a reconocer menos que lo que el patrono esté dispuesto a otorgar, ni más que lo que los trabajadores exigen. Por tanto, parecería inconveniente llegar ante él con posiciones demasiado altas o demasiado bajas, respectivamente. Como es natural, esto conduce a una polarización que no contribuye sino que dificulta el avance de los acuerdos.

Es allí donde juega rol fundamental el conciliador.

B) El Conciliador

Sea el conciliador persona individual u órgano colegiado, los atributos de que debe estar dotado y las tareas que tiene que cumplir son, en sustancia, los mismos.

— *Especialización:*

Desde el punto de vista funcional lo recomendable es la especialización por vía de la dedicación exclusiva; sólo así puede llegarse a una compenetración plena con la problemática social en que le toca participar y al acopio de una experiencia a la que debe recurrir muy a menudo. Su posición funcional debe permitirle independencia e imparcialidad. No sólo respecto de las partes —requisito absoluto e inexcusable— sino frente a la maquinaria administrativa, en general, y, particularmente, frente al eventual árbitro.

La índole de la conflictividad social la coloca más cerca de lo político y social que de lo jurídico y aún de lo económico; su manejo se ve teñido muchas veces por las necesidades de coyuntura, sin que sea posible una aproximación puramente técnica. Ello no obstante, debe hacerse todo esfuerzo por evitar que esas necesidades condicionen al conciliador y le hagan perder objetividad; y la única manera de lograrlo es dándole un adecuado margen de autonomía.

— *Autonomía:*

En cuanto a la distancia que debe existir con el árbitro, interesa ver el caso peruano: "Tal vez una de las razones por las cuales la conciliación no ha alcanzado en el Perú todo el desarrollo de que es capaz se encuentra en el hecho de que el funcionario que concilia o su superior jerárquico tiene a veces también poder resolutivo lo que lo induce a relegar a un segundo plano la reunión conciliatoria o a no consagrarle suficientes esfuerzos, en la seguridad de que el conflicto será en todo caso resuelto por él mismo o su superior. Ello se traduce en un aumento indebido del número de conciliaciones que fracasan y en un mayor acondicionamiento de las partes a la intervención del Estado" (17).

(17) CORDOVA, Efrén. Ob. cit., p. 198.

— *Preparación Técnica:*

Ha existido la tendencia a sobrevalorar la formación jurídica y a reclutar como conciliadores a abogados. Tan importante o más es, sin embargo, la base psicológica y sociológica. El conciliador debe tener adecuada formación en relaciones humanas y psicología de grupos, sin descuidar los conocimientos de economía (especialmente, microeconomía) y administración de empresas.

Es ésta una formación polivalente, que abarca disciplinas diversas; sin llegar, quizás, a alcanzar las exigencias de una profesión autónoma sí impone la necesidad de una capacitación ad-hoc. No es admisible en el estado actual de las relaciones laborales, una conciliación meramente empírica; es menester un esfuerzo serio para la capacitación profesional, tarea que debe ser asumida por los propios Ministerios de Trabajo.

Sólo así podrá el conciliador penetrar en la médula de cada conflicto, familiarizarse con él, entender su génesis y desarrollo, y estar en aptitud de conducirlo exitosamente hacia una solución armónica.

A las condiciones profesionales y funcionales, el conciliador debe añadir dotes personales de habilidad, ecuanimidad y constancia. Debe saber escuchar, pero también dirigir; ser permeable a los argumentos, pero a la vez persuasivo; ser cortés, pero firme y recto. Debe, fundamentalmente, ser capaz de crear un clima de confianza con tacto, discreción y seguridad en sí mismo.

¿Que son demasiadas las exigencias? Tal vez, pero no se trata de buscar a superdotados o seres excepcionales; lo que interesa es lograr personas cuyo equilibrio y sentido de responsabilidad les permitan hacerse cargo de una tarea delicada y difícil, con una base de motivación, preparación y calidad suficiente para ser protagonistas y no simples espectadores de la conciliación.

C) El Proceso Conciliatorio

Aunque el proceso como tal debe ser flexible e informal cuanto sea posible, se pueden señalar algunas líneas de conducción que lo enmarquen en sus términos más amplios.

Es importante la toma de contacto inicial del conciliador con las partes; de allí depende en alto grado la generación del clima de confianza. El conciliador debe demostrar su imparcialidad como también su comprensión de la perspectiva que cada parte le expresa. Este primer contacto puede producirse en una reunión formal conjunta o con entrevistas previas por separado, según conceptúe conveniente el conciliador. Del mismo él debe extraer información clara sobre los antecedentes del conflicto, su situación actual y las posiciones y actitudes observadas por las partes en la etapa anterior.

Para el acopio de información debe el conciliador recurrir a lo que sea más simple y de más fácil acceso. La conciliación no es un litigio; las pruebas tienen por objeto formar un criterio pero no convicción. Un error típico al respecto es el de la legislación peruana que faculta a que las partes puedan ofrecer en la primera junta de conciliación las pruebas que crean, convenientes, y abre correlativamente la posibilidad a la contraria de oponerse a las que estime inútiles o impertinentes; resuelve esta disputa el propio conciliador, todo lo cual es manifiestamente absurdo. En efecto, la ley, en vez de propiciar mecanismos de acercamiento, coloca liminarmente la semilla de una litis.

Se ha hecho clásico el ofrecimiento de pruebas desmesuradas en número y calidad, que generan una réplica automática de la contraparte; al resolver el conciliador por la admisión o rechazo de esa prueba, se ve forzada a tomar partido, lo que le enajena de inmediato la buena voluntad y la confianza de la parte desairada por la resolución, que a partir de ese momento duda de su imparcialidad. Es decir, exactamente todo lo contrario de lo que sería recomendable.

Reunidas las partes y el conciliador en junta, éste, a la vez que receptivo él mismo a los argumentos de las partes, debe examinar la permeabilidad que éstas manifiestan. Debe requerir que se planteen fórmulas, alternativas, y que se abandonen las posiciones extremas o intransigentes. Al tomarle el pulso a la negociación, el conciliador debe avizorar el curso probable de la misma y los objetivos finales de las partes, así como las perspectivas de lograrlos.

La informalidad del proceso se manifiesta, asimismo, en que las reuniones pueden realizarse en forma conjunta o por separado. El cuando procede un sistema o el otro depende del criterio del conciliador y de lo que las partes, por su lado, puedan preferir. No hay una regla absoluta sobre ventajas de un sistema sobre el otro, pues ambos son igualmente válidos y eficaces de acuerdo a las peculiaridades de cada negociación.

Las legislaciones difieren sobre si la conciliación debe tener plazo o no, y, en caso afirmativo, cuánto debe durar. No puede adoptarse un criterio absoluto al respecto, materia que es resuelta por cada país atendiendo a las costumbres y hábitos locales y a la experiencia recogida con el régimen vigente en cada cual.

Al término de las reuniones conciliatorias, si se llega a un avenimiento, corresponde al conciliador levantar el acta pertinente. Su intervención no puede sustituir o suplir a las partes: al fin y al cabo, son éstas las que suscriben el convenio y las que se responsabilizan por él. Pero el conciliador supervisa cuidadosamente los aspectos materiales y de forma del mismo: lo primero por cuanto el acuerdo conciliador no requiere, por lo general, confirmación o aprobación posterior, que sí exige al convenio privado, puesto que se entiende que al haber sido adoptado en presencia y bajo patrimonio de la autoridad, la intervención de ésta le confiere dicha aprobación. En lo que respecta a la forma, debe buscarse la mayor claridad y sencillez en la redacción del acuerdo; éste debe ser entendido no sólo por quienes lo adoptan y suscriben sino por terceros, cumpliendo el conciliador a este respecto un rol crítico.

Si fracasan las tratativas sin llegarse a un arreglo integral, el proceso conciliatorio concluye con un informe del órgano conciliador, que por lo general tiene carácter confidencial.

El objeto de dicho informe es recoger las incidencias que pudieran haberse suscitado informalmente dentro de las juntas y que deban servir de base para la posterior intervención arbitral. Así, debe hacer referencia a los acuerdos adoptados, la evolución de las conversaciones, la actitud de las partes, sus sucesivas propuestas y, fundamentalmente, su posición final. Cabe también, aun-

que esto es relativo, que el conciliador formule una recomendación (que es de suponer fue propuesta en su momento a las partes, por separado), como una colaboración que simplifique la ardua tarea resolutive del árbitro.

La importancia de este informe radica en el valor que, a su vez, se asigne a la conciliación. Si ésta es encarada como una simple etapa de tránsito entre el trato directo y el arbitraje, el informe será tan poco útil como lo habrá sido la conciliación en sí.

Pero si se aprecia y releva el rol de intermediación técnica de la conciliación; si se le dota de medios humanos, técnicos y materiales adecuados; si se promueve al conciliador a una acción coprotagónica y no de mero "convidado de piedra" en el conflicto, será cada vez mayor el número de casos satisfactoriamente resueltos, y decreciente el de aquellos que requieran un laudo arbitral, laudo que probablemente estará prefigurado en el informe del conciliador.

III) EL ARBITRAJE

1. DEFINICION

Por arbitraje se entiende, en sentido jurídico estricto, la decisión de una controversia pronunciada, con carácter imperativo, por una persona ajena y distinta a las partes y que no tiene el carácter de juez. Dentro de esa restringida acepción sólo resultaría comprendida la decisión a cargo de un órgano no institucional, no judicial.

El arbitraje es un "equivalente jurisdiccional de heterocomposición", según expresión de CARNELUTTI, más no un acto jurisdiccional en sentido propio; por consiguiente, sólo corresponderían a la definición las formas puras de arbitramento y fundamentalmente las voluntarias; aquellas en que no intervienen

órganos judiciales, administrativos o, de alguna manera, estatales (18).

Ese es el alcance que la expresión tiene en el derecho común, el cual distingue las modalidades "de jure" y de "amigable composición" según las personas a quienes se encomiende y la índole de su procedimiento y de su pronunciamiento.

El Derecho Laboral, en su incesante creatividad, ha ido imponiendo nuevas acepciones. La más alta y usual reconoce como arbitraje toda forma de resolución heterónoma de los conflictos; vale decir que se desprende o independiza del acuerdo interpartes y es pronunciada con contenido obligatorio por un tercero—sea éste una persona privada, un órgano convencional, un tribunal judicial o un funcionario administrativo o cualesquiera otras modalidades.

La ampliación del concepto no consiste sólo en envolver como iguales las resoluciones del árbitro que no es juez y las del que sí lo es (o sea, llamar árbitro también al juez) sino, ya en el orden cualitativo, haberles dado a ambos una función normativa. En efecto, la dimensión expansiva del Derecho Laboral no se da característicamente en la controversia jurídica —cuyas diferencias con la controversia común son importantes pero no esenciales— sino que se alcanza en los conflictos colectivos de intereses o económicos, cuyo resultado es una ley en sentido material.

La función deja de ser declarativa de derechos para ser constitutiva, reglamentaria, normativa.

Es a esta decisión normativa a la que nos estamos refiriendo, y a fin de comprenderla en su real alcance, prescindimos de la naturaleza o integración del órgano arbitral para involucrar por igual todas las modalidades de composición extra-partes (19).

(18) Ver DEVEALI, citado por SARTHOU, Ob. cit., p. 490.

(19) Ello no obstante, la doctrina brasileña unánimemente distingue entre arbitraje y solución jurisdiccional, aún cuando ésta —en el sistema de ese país— tiene alcances normativos en los conflictos colectivos.

De igual manera, SARTHOU niega carácter arbitral a toda solución obligatoria, jurisdiccional o de tutela estatal u oficial; Ibid., p. 490.

2. MODALIDADES DE ARBITRAJE

A) Arbitraje voluntario y obligatorio

El *arbitraje voluntario* es la opción ofrecida a las partes como alternativa a la acción directa.

Ante el fracaso de las instancias de negociación (trato directo, conciliación, mediación), las partes tienen ante sí dos caminos divergentes: el enfrentamiento conflictual a través de la huelga (Y el "lock-out", donde éste es permitido) o el sometimiento a un tercero imparcial.

No difiere mucho esta disyuntiva de la que tienen ante sí los países en sus disputas internacionales; de allí la frecuencia con que la huelga es equiparada a la guerra.

La elección de una de estas vías debiera eliminar automáticamente a la otra. No es comprensible que los contendientes puedan recurrir simultáneamente a la paz y a la guerra.

Si pueden darse de modo sucesivo cuando, después de desencadenada la huelga, los trabajadores deciden deponerla para someter su discrepancia al arbitraje. Menos admisible es lo opuesto: que la huelga sea posterior al arbitraje, si los trabajadores, luego de aceptado el arbitraje, desisten de él para preferir la acción directa. Y resulta injustificable —aunque frecuente— si la huelga se da después de expedido el laudo, como expresión de rechazo a éste.

Para que el arbitraje sea eficaz, para que cumpla su cometido es indispensable que la resolución sea firme imperativa; que acabe con el conflicto. Pero en este campo, como en muchos otros del área social, las estructuras formales vienen siendo avasalladas por los hechos y se dan así, entonces, situaciones que la Ley no ha previsto ni podía prever. La huelga opuesta a una resolución ejecutoriada es ilegal; pese a ello, muchas veces consigue su objetivo, si no por la revisión de un fallo que es definitivo, sí por el doblegamiento de la voluntad de la contraparte.

En el terreno de la lucha social, lo legítimo cede paso a lo eficaz; los medios se subordinan a los fines, y éstos terminan legitimándolos cuando alcanzan éxito.

En sentido estricto, el arbitraje es voluntario cuando la decisión nace del consenso de ambas partes. Algunas legislaciones permiten, sin embargo, que se instaure a petición de cualquiera de ellas, o sólo de los trabajadores (México).

A nuestro entender, esto no es ya un arbitraje voluntario; al menos, no lo es para la parte que no lo pidió, que se compela a aceptarlo sin posibilidad de rechazarlo o impedirlo.

La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, con mayor razón aún si se observa que en algunos países también puede accionar el Estado para imponer el arbitraje con prescindencia de la voluntad de las partes (Brasil).

Conexo al tema del arbitraje voluntario por su origen, está el de la composición del tribunal arbitral. Puede ser que sólo sea consensual la decisión de recurrir al arbitraje pero que, una vez producida, deba plantearse a un órgano preexistente, a un tribunal permanente. Esta parece ser la modalidad más común, allí donde el arbitraje voluntario existe.

La verdadera dimensión de un arbitraje convencional se alcanza cuando las partes tienen intervención en la designación de los árbitros. No obstante, el primer sistema debe ser reconocido también como voluntario, pues lo fundamental radica en definir si el arbitraje nace de una decisión compartida o de un imperativo legal.

Arbitraje forzoso o compulsivo es el que ofrecen como única vía algunas legislaciones. Al fracaso de la negociación sucede inexorablemente la intervención de un órgano arbitral, quiéranlo las partes o no. Ese es el sistema peruano; el brasileño (en su verdadera esencia); y el mexicano, que lo define como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patronos.

En algunos países coexisten modalidades voluntarias y forzosas. Colombia, por ejemplo, orienta hacia mecanismos opciona-

les los conflictos comunes, de empresas o sectores no estratégicos; pero impone el arbitraje forzoso cuando se trata de servicios públicos esenciales. Incluso en conflictos del primer género, el Poder Ejecutivo está facultado para ordenar su sometimiento a arbitraje cuando se prolongan excesivamente o cuando por su naturaleza o magnitud, afectan gravemente los intereses de la economía nacional en su conjunto.

Como especie intermedia podríamos reconocer aquélla en la que las partes pactan permanentemente que sus divergencias se someterán a un árbitro (cláusula compromisoria). He aquí un arbitraje que es voluntario en su génesis convencional, pero obligatorio por sus efectos.

Pero de ambos términos prevalece, en nuestra opinión, el primero; por eso lo asimilamos al arbitraje voluntario. Por obligatorio entendemos el que constituye una imposición insoslayable.

No es tarea fácil de escoger cuál de los dos esquemas es más adecuado o idóneo, si el de arbitraje voluntario o el obligatorio. Sin desconocer las peculiaridades de cada país y la necesidad de que la solución debe responder a los usos, tradiciones e idiosincracia locales, queremos plantearnos la cuestión en abstracto

En pro de arbitraje voluntario está la idea de que, aun por vía indirecta o delegada, la solución del conflicto emana de las propias partes, es fruto de un consenso; en tal sentido, el laudo se equipara a la convención colectiva, no en sus efectos únicamente, sino en su sustento consensual originario.

Limita el intervencionismo estatal confiriéndose a la solución una connotación más bien privada. Este argumento cobra mayor peso en países o regímenes de corte autoritario, tan propensos a subordinar los procesos sociales a sus particulares esquemas políticos.

Es expresión, finalmente, de un propósito de evitar la confrontación violenta, alternativa que resulta recusada por el acto de sometimiento libre a la decisión de un tercero.

Se objeta al arbitraje voluntario su frecuente ineficacia, que lo ha ido relegando paulatinamente al desuso en muchos países. "Ello parece deberse sustancialmente a dos razones: en primer lugar parece difícil que el recurso al arbitraje voluntario sea materia de una cláusula de sumisión en un convenio colectivo de trabajo, toda vez que... podría ser interpretado como una renuncia anticipada al derecho de huelga. En segundo lugar... podría ser interpretado como una muestra de debilidad" (20).

Respecto del arbitraje obligatorio cabe destacar la injerencia que por esa vía alcanza el Estado en la regulación de las relaciones laborales; DE LA CUEVA (21) exige que si el Estado fija los salarios, debe controlar los precios.

El arbitraje forzoso reduce el valor de la negociación colectiva: Las partes no negocian en libertad y de buena fe con miras a un acuerdo sino que se ejercitan en el arte de la adivinación de los designios del árbitro. Además la responsabilidad que sobre sí coloca el Estado va mimando progresivamente la confianza que en él puedan tener los sectores sociales, puesto que el dirimir los conflictos acarrea necesariamente dejar instisfecha a una de las partes, cuando no a ambas.

La influencia a veces decisiva de factores extralaborales es otra objeción valedera, como también lo es que el Estado pueda utilizar este medio como una manera de granjearse apoyo o simpatía de un sector, con desmedro del otro.

Finalmente, se critica el que normalmente excluya la posibilidad de huelga, constituyéndose así en un recorte a este derecho que es, en muchos países, garantía constitucional.

A favor del arbitraje obligatorio no se han gastado muchos argumentos teóricos, pero sí uno de contundente pragmatismo: su eficacia. Esta es innegable. No en vano los principales sistemas legislativos americanos lo establecen. Más, pues, que una defen-

(20) OIT. *La negociación colectiva en América Latina*, Ginebra, 1978, p. 44.

(21) DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México, 1964, T. II, p. 860.

sa por argumentos positivos, la doctrina ha buscado refutar las objeciones que se le formulan, particularmente en lo que atañe a su incompatibilidad con la huelga (22).

En esta disyuntiva, SUSSEKIND (23) propone una tesis muy sugerente: La negociación colectiva como tal —dice— y el arbitraje convencional son eficaces y útiles para los sindicatos fuertes; la capacidad negociadora de los trabajadores deriva del poder de sus organismos representativos. No sucede igual con los sindicatos débiles, mal estructurados o subdesarrollados, para los que la negociación poco les ofrece y la huelga los desvasta, conduciéndolos a reivindicaciones muy limitadas.

De otro lado, los sindicatos potentes abren brecha a través de la negociación, avanzan hacia mejores condiciones reales. Pero la negociación es insuficiente para extenderlas hacia sectores menos organizados, lo cual sí resulta más factible por medio del arbitraje obligatorio.

La conclusión de esta tesis es que la negociación colectiva debiera ser autónoma para los sindicatos fuertes, pero que para los débiles es preferible la solución heterónoma, a cargo de un ente estatal o con decisiva influencia o participación del Estado, actuando en tutela del conjunto de los trabajadores.

Así planteado, el problema radica en medir el poder del sindicato: ¿Quién y cómo lo evalúa? La respuesta la tendrían, quizás los propios trabajadores; de ellos dependería escoger la vía de los hechos o el arbitraje. A eso apunta, al parecer, el sistema brasileño, al franquear el arbitraje a pedido de una cualquiera de las partes, lo que da carácter unilateral a una decisión normalmente concertada, y torna obligatorio un arbitraje que es formal o aparentemente voluntario.

(22) TISSEMBAUM, Mariano R. *Las controversias del Trabajo*. Buenos Aires, 1952, p. 519.

(23) SUSSEKIND, Arnaldo L. *Perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil, en La Intervención del Estado en las Relaciones Industriales de la década de los 80*. IES, Madrid, 1980, p. 107.

Por nuestra parte, sin desconocer el peso de tan calificada opinión, nos inclinamos por la solución colombiana. La apertura a un sistema voluntarista o imperativo debiera depender, a nuestro juicio, de las características del conflicto mismo, de sus repercusiones en el campo social y económico, de la naturaleza de las partes. Sobre los servicios públicos esenciales, por ejemplo, resulta difícil negar la necesidad de una solución obligatoria; pero en el campo del conflicto netamente privado somos partidarios de abrir al máximo los mecanismos de autocomposición, salvo el caso extremo de que el conflicto degenera en violencia o se prolongue desmesuradamente en el tiempo provoque efectos sociales o económicos nocivos para la sociedad en su conjunto, situaciones éstas que harían justificable la intervención del Estado para reducirlo a un arbitraje.

B) Órgano unipersonal o colegiado

No es usual ni parece recomendable que el arbitraje esté a cargo de una sola persona; ése es, sin embargo, el sistema peruano, con la particularidad adicional de que sus resoluciones son revisadas, en vía de apelación, por otra persona también individual.

El régimen de arbitraje voluntario establecido en Argentina por la Ley 14.786 (de efectos actualmente suspendidos) preveía también un arbitraje unipersonal, según se desprende de que las normas pertinentes aparezcan redactadas en singular (Como sistema, sin embargo, entendemos que fue ampliamente superado por la creación de las "comisiones paritarias").

C) Indole e integración del órgano arbitral

Ligada al origen voluntario o legal del arbitraje aunque no totalmente dependiente de éste, se encuentra la cuestión del órgano competente para ejercerlo.

Se puede detectar una cierta conexión entre el arbitraje obligatorio y los órganos de corte estatal o mixto; inversamente, el convencional es pleno cuando deriva hacia tribunales ad-hoc o coyunturales.

Esto tiene lógica: El sistema imperativo supone estructuras permanentes, mecanismos de acción inmediata, procedimiento claramente establecidos para atender eficaz y prestamente a la solución de múltiples conflictos. Cuando el proceso es consensual la decisión conlleva, por lo general, también una participación en la designación de los árbitros, las partes acuerdan el sistema y eligen concomitantemente a las personas a quienes se lo encargan.

Naturalmente, ésas son tendencias pero no reglas. Una de las constataciones en el análisis de los diversos sistemas es que no existen prácticamente dos iguales; cada país ha resuelto el problema de un modo propio y peculiar.

CABANELLAS (24) clasifica los órganos arbitrales en permanentes y accidentales o ad-hoc, dividiendo los primeros en administrativos y judiciales; KROTOSCHIN (25) en organismos estatales y mixtos (estatal-profesional).

— *Magistratura del trabajo: Brasil*

En Brasil, la atención de las controversias laborales está a cargo de la Magistratura del Trabajo, órgano especializado del Poder Judicial, cuya competencia abarca tanto lo individual como lo colectivo y se extiende por igual a lo jurídico y a lo económico o de revisión.

Estructurada en instancias sucesivas, adopta en todos los niveles una organización tripartita con representantes de los trabajadores y de los empleadores (llamados "clasistas") y jueces "togados" o de carrera.

La primera instancia colectiva está constituida por los tribunales regionales con competencia territorial específica. Sobre su integración tripartita GIGLIO (26) observa que, a conse-

(24) Ob. cit., p. 486.

(25) KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de Derecho de Trabajo*. Buenos Aires, 1968.

(26) GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. Sao Paulo, 1977, p. 36.

cuencia de disposiciones constitucionales específicas, la representación de los sectores clasistas no corresponde exactamente a un tercio, pues no siempre el Tribunal tiene como miembros un múltiplo de seis; los otros miembros son escogidos entre elementos provenientes del Ministerio Público y de la Orden de abogados.

El Tribunal Superior do Trabalho es el órgano máximo de la justicia laboral; tiene competencia nacional, radica en la Capital y está compuesta por 17 jueces llamados ministros: Once son nombrados por el Presidente de la República, previa aprobación del Senado, a los que se denomina Ministros Togados; los seis restantes son representantes clasistas: tres por los empleadores y tres por los trabajadores, nombrados por el Presidente de la República entre los indicados por las respectivas asociaciones sindicales de grado superior (confederaciones).

El Tribunal funciona en pleno, en algunos casos, o por salas (Turmas) de cinco miembros cada una, tres de ellos togados, incluido el Presidente, y dos clasistas (uno por cada sector).

— *Juntas de conciliación y arbitraje: México*

KROTOSCHIN (27) califica a las Juntas de Conciliación y Arbitraje de México de órganos administrativos y, por ende, estatales.

Pensamos que tal calificación es discutible por dos razones: porque siendo tripartitas, sus integrantes (salvo los estatales) no son designados por el Estado sino por los sectores sociales a quienes representan, en forma directa y por elección democrática, siendo además revocable su mandato; y, porque no dependen de ningún poder del Estado, siendo autónomas en sus decisiones.

DE LA CUEVA analiza su naturaleza, con su claridad y profundidad características, diciendo: "Las Juntas de Conciliación y Arbitraje tienen una actividad propia, que no confunde con la actividad del Poder Ejecutivo y de las autoridades administrati-

(27) KROTOSCHIN, Ernesto. *Ibid.*, pp. 645 y ss.

vas y que, aun en el supuesto de que formalmente, formen parte de éstas, no están en relación jerárquica, ni se encuentran sometidas al criterio de los titulares del Poder Ejecutivo y, finalmente, que sus decisiones son autónomas, sin otro límite que el respeto al orden jurídico. Las Juntas no pueden ser ordenadas en ninguno de los tres poderes del Estado y constituyen un cuarto poder" (28).

Las juntas de conciliación y Arbitraje están presididas por un representante del gobierno e integradas por representantes de los trabajadores y patronos designados por ramas de industria o actividad y pueden ser federales y locales.

La Junta Federal funciona en pleno cuando el conflicto afecta a la totalidad de las ramas de la industria o actividades representadas en la Junta; se conforman en juntas especiales por ramas de actividad. Sus miembros son nombrados por las partes a las que representan, en la forma que quedó dicha.

Las juntas locales tienen un ámbito jurisdiccional restringido en el espacio y se sujetan a un esquema similar al de la Federal, siendo nombrado su presidente por el gobernador del Estado correspondiente, salvo la del Distrito Federal en que es nombrado por el Presidente de la República. Como en la Federal, también pueden constituirse juntas especiales por rama de industria.

Tanto a nivel federal cuando regional, las Juntas son permanentes, pero pueden constituirse también con carácter temporal o accidental.

— *Autoridad administrativa de trabajo: Perú*

En el Perú la competencia en materia colectiva es exclusiva del Ministerio de Trabajo, a través de instancias unipersonales a cargo de funcionarios administrativos. La primera instancia está

(28) Ob. cit., pp. 920-921.

constituída por los "subdirectores de negociaciones colectivas" cuya resolución es "subdirectoral". (En vía de apelación, la resolución directoral). No hay propiamente una tercera instancia material pero un recurso de nulidad permite intervenir al Director General de Trabajo cuya resolución (directoral) debería limitarse a aspectos adjetivos, no obstante lo cual incide muchas veces en aspectos sustantivos pues constituye mandato para el funcionario inferior, al expedir éste nueva resolución por anulación de la anterior.

Caracterizan al sistema los elementos siguientes: i) es de instancia múltiple; ii) las resoluciones son unipersonales; iii) los funcionarios que las pronuncian son administrativos; iv) el fallo tiene carácter de cosa juzgada; v) el arbitraje es forzoso.

— *Tribunales accidentales o ad-hoc*

Es la forma más difundida de solución por vía arbitral. La encontramos en Bolivia: Tribunal Arbitral integrado por un miembro nombrado por cada parte y presidido por el Inspector General de Trabajo, en la Paz, por el Jefe de Trabajo en los departamentos o por la autoridad política superior en caso de no haber éste; los representantes de parte no pueden ser trabajadores y patronos de las empresas en conflicto, ni apoderados o personeros de éstas.

En Colombia, el Tribunal de Arbitramento se constituye por acuerdo de partes; en caso de huelga prolongada (30 días), se puede constituir por la sola petición de los trabajadores o por intervención del Ministerio de Trabajo.

Se compone de tres miembros: uno por los trabajadores en conflicto, otro por el empleador y un tercero designado de común acuerdo por los dos; en caso de desacuerdo, lo designa el Ministerio de Trabajo de una lista que bienalmente propone la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En Panamá, los árbitros son designados por el Director General de Trabajo escogiéndolas de listas previamente presentadas por trabajadores y patronos; los árbitros nombrados escogen

un tercero como Presidente del Tribunal de Arbitraje; si no se ponen de acuerdo, la designación la efectúa también el Director General de Trabajo.

Guatemala: Tribunal paritario, no permanente, presidido por el Juez de Trabajo e integrado por un vocal por los trabajadores y otros por los empleadores.

En la República Dominicana las partes deben designar tres árbitros. Si no lo hacen en tres días, la ley presume que han delegado tal facultad en el Presidente de la Corte competente.

La Ley de Trabajo de Venezuela determina que empleadores y laborantes hagan llegar al inspector de trabajo de la respectiva jurisdicción listas de personas idóneas para árbitros, a razón de una por cada 200 trabajadores; estas listas se publican en la prensa. En la práctica, dice GUZMAN (29) el sistema está en desuso; son las partes las que designan directamente sus compromisarios. La junta de arbitraje, cualquiera sea la forma de su designación, es presidida por el Inspector del Trabajo.

— Otros sistemas

(i) *Arbitro unipersonal*. Es infrecuente. Lo encontramos en la Ley 14.786 de la República Argentina y también, aunque de modo sólo implícito, en la Ley Federal Mexicana y en el Código de Trabajo de El Salvador.

(ii) *Comisiones Paritarias*. Las comisiones Paritarias, integradas sólo por representantes de empleadores y trabajadores directamente designados por sus representados, y sin intervención estatal, parecerían no tener competencia en conflictos de naturaleza económica. Al menos no la tienen en España, según analiza ALONSO GARCIA (30).

(29) Colectivo, *El derecho Latinoamericano del Trabajo*. México, 1974, T. II, p. 621.

(30) ALONSO GARCIA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona, 1971, p. 676.

Al parecer, una comisión paritaria en sentido puro podría actuar en función de junta de conciliación más no como tribunal arbitral.

No nos referimos, por cierto, a las comisiones paritarias tal como fueron eficazmente implementadas en la Argentina, donde constituyeron el camino más transitado en la solución de los conflictos colectivos, pues en dicho país y pese a su nombre, tenían una integración tripartita pues eran presididas por un funcionario estatal.

(iii) *Comisiones Tripartitas*. Ejemplos de ellas podemos encontrar en la llamada COPRIN (Comisión de productividad, precios e ingresos) del Uruguay compuesta por 9 miembros: 5 designados por el Poder Ejecutivo, dos delegados patronales y dos de los trabajadores, elegidos todos por el Gobierno dentro de listas presentadas por las entidades profesionales representativas de cada sector. Pero, como señala PLA RODRIGUEZ, "en realidad, la COPRIN proponía pero le correspondía resolver al Poder Ejecutivo. Ya desde la primera fijación, aprobada a los tres meses de promulgada la Ley, se advirtió que era el Poder Ejecutivo el que fijaba el salario no sólo formalmente sino realmente, ya que los integrantes de la delegación gubernamental que discrepan con la opinión del Poder Ejecutivo debieron renunciar (31).

En Chile, a partir de 1973, se crearon comisiones tripartitas como sucedáneo de la negociación colectiva, con carácter consultivo en un primer momento, y semirresolutivo, pero la resolución final emanada del Poder Ejecutivo con intervención de los Ministerios de Trabajo y Previsión Social y de Economía, Fomento y Reconstrucción.

Algo parecido sucede en el Perú con las comisiones tripartitas de la industria textil o de la construcción civil: La fuerza normativa no proviene del acuerdo mayoritario o aún unánime de sus miembros, sino de la resolución administrativa que los recoge.

(31) PLA RODRIGUEZ, Américo. *El Papel del Estado en las Relaciones Industriales en la Década de los 80 en La intervención...*, IES, Madrid, 1980, p. 333.

Es el Estado en definitiva el que toma la decisión, no pasando los acuerdos de las comisiones de meras recomendaciones.

Por ello las consideramos como entes administrativas, a pesar de que por su composición parecieran gozar de cierta autonomía. En puridad no son mecanismos para la solución de conflictos sino modos de intervencionismo estatal directo en la regulación de las relaciones laborales.

Los principales sistemas expuestos tienen defensores y detractores.

1. La Magistratura del Trabajo, entendida no sólo como la que se organiza dentro del Poder Judicial sino la que conoce de todo tipo de controversia laboral, ha merecido algunas objeciones, que RUPRECHT sintetiza: Desvirtúa la esencia de la función judicial al asumir los tribunales función normativa; despojada a la sentencia del valor de la cosa juzgada que le es inseparable, puede afectar la agilidad y rapidez en las soluciones por la mayor pesadez y lentitud del procedimiento judicial; dificultad de los Magistrados para conocer específicamente el problema en litigio; influencia de las políticas social o económica en la resolución, distanciamiento conceptual con las causas y procedimientos que integran su normal y corriente función específica; desprestigio del sistema judicial por el desconocimiento que las partes y el propio Estado puedan hacer de los fallos.

El propio RUPRECHT analiza las ventajas: Resolución a cargo de técnicos en derecho, lo que contribuiría al acierto jurídico de la decisión y limitaría las posibilidades de errores formales; preexistencia y permanencia del órgano juzgador; garantía de imparcialidad y prescindencia de los magistrados, con incidencia directa en la seriedad y prestigio de los tribunales; solución pacífica de los conflictos a través del sometimiento obligatorio; garantía a las partes de un proceso auténtico (32).

(32) RUPRECHT, Alfredo I. **Conflictos colectivos del Trabajo**. Buenos Aires, 1967.

2. Se aduce en pro de la resolución administrativa, sea como en el sistema peruano en que el Ministerio de Trabajo la ejerce directamente, sea en aquellos otros en los que tiene poder decisorio en la conformación del Tribunal o en la expedición del fallo, que la política salarial (y la laboral en su conjunto) es indesligable de la conducción del Estado; que éste debe asumir con marcado énfasis una posición más intervencionista; que su rol tuitivo de los trabajadores le impone la necesidad de actuar, particularmente en aquellos países en que el desarrollo de los sindicatos es débil.

Se le objeta el subordinar los problemas laborales a las necesidades políticas; su mayor vulnerabilidad frente a posiciones recalcitrantes; la falta de independencia, no sólo de los órganos frente al poder central si no aún de los propios funcionarios frente a los superiores jerárquicos.

3. A los tribunales autónomos por lo general accidentales, se les imputa el no haber dado resultado en muchos países.

“Ya se trate de árbitro único o del tercero neutral —dice CABANELLAS (33)— cuando cada uno de los sectores (el empresario y el obrero) ha designado árbitro, los patronos o los trabajadores conocen o presumen de antemano, por los antecedentes, tendencia o personalidad del que ha de decidir, cuál puede ser su laudo; y, por supuesto, una de las partes cuando menos se opone a prestar su conformidad previa a un fallo que presiente desfavorable o inapelable. Prefieren eludir ese riesgo y entregarse al forcejo de las negociaciones, e incluso a lo aleatorio del desenlace de una huelga o de un paro, en su espontáneo y directo desenvolvimiento”.

No hay, pues, un sistema universalmente válido; cualquiera de ellos puede ser eficaz en un país determinado y fracasar en otro.

(33) Ob. cit., p. 480.

Nuestra posición es que deberían alentarse aquellos sistemas que estimulen la negociación directa, creyentes como somos de que no hay sistema capaz de suplantar eficazmente a las partes en la resolución de sus asuntos comunes. Desconfiamos de aquello que tienda a coartar la negociación colectiva o que induzca a las partes a preferir la solución heterónoma en vez del acuerdo o la concertación.

Siendo el arbitraje una necesidad que nace del imperativo de dar solución a los conflictos, su carácter es siempre supletorio, pero no sólo en lo formal sino en la conciencia colectiva. Las partes debieran tener clara noción de que dicho arbitraje es, si se quiere un mal menor, un sucedáneo: pero que lo único realmente constructivo para la armonización de los intereses contradictorios de los interlocutores sociales es la concertación, el acuerdo, el contrato colectivo de trabajo.

Esta línea de pensamiento nos orienta hacia un sistema de arbitraje voluntario o convencional en los casos comunes, reservando el forzoso o legal a sólo algunas especies de conflicto (en los servicios públicos, básicamente). Ahora bien, creemos también que los sistemas de tribunal ad-hoc no han tenido éxito, al menos en varios países, incluido el Perú, y que la problemática laboral no puede marchar desligada de la conducción del Estado en materia económica y social; por ello, y tomando el peso a los variados argumentos analizados, pensamos que es recomendable que la solución de los conflictos colectivos esté a cargo de tribunales permanentes de integración tripartita, reconociendo a los trabajadores y empleadores el derecho a designar directamente a sus representantes en los mismos; vale decir, un Tribunal de origen y composición mixtos, al modo de las Juntas de Conciliación y Arbitraje mexicanas.

Ello sin excluir otras modalidades arbitrales pues las partes deben tener ante sí no una sino variadas opciones, como sucede en la nueva legislación española (34).

(34) Ver MONTOYA MELGAR, Alfredo. "El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo", en CIVITAS, enero-marzo 1981.

3. NATURALEZA JURIDICA Y EFECTOS DE LA RESOLUCION ARBITRAL O LAUDO

La naturaleza jurídica del laudo es diversa según se trate de arbitraje convencional o legal.

Hay en el origen del arbitraje convencional, explícita o tácita, una voluntad previa común a ambas partes de someterse a los resultados; hay una convención por interpósita persona, en la que las partes delegan la potestad de fijar sus términos.

“Su fuerza interna —afirma ALONSO GARCIA (35) no tiene su fundamento en el carácter del órgano que la dicta como ocurre en la sentencia del juez—, sino en la adhesión que las partes le han prestado de antemano; es decir, en el compromiso adquirido por las mismas, con carácter previo, en virtud del cual han decidido someter sus diferencias a la decisión arbitral antes —claro está— de conocerla, de modo que cualquiera ésta sea siempre que se mueva dentro de los límites del compromiso citado —se impondrá obligatoriamente. La voluntad de los sujetos sigue jugando aquí un papel importante. Su influencia, no obstante, termina en el mismo momento en que el compromiso ha sido formulado”.

El problema es distinto en el arbitraje forzoso, que se impone sobre la voluntad de las partes y prescinde de ésta. La resolución no declara derechos, los crea; es expresión de un *jus dare* y no de un *jus dicere*, como señala KROTOSCHIN (36): “No es sentencia en sentido material; no pone término a un litigio jurídico, sino a un conflicto económico de intereses; el contenido del laudo no consiste en una condena ni en la declaración de derechos existentes, sino que ordena *ex novo* las relaciones entre las partes... Desde este punto de vista, el laudo semeja a una ley más que a una sentencia”.

(35) “Curso....”, p. 672.

(36) KROTOSCHIN, *Ibid.*, p. 663.

Para RUSSOMANO (37) las sentencias colectivas son con independencia del tipo de conflicto juzgado, siempre actos jurisdiccionales idénticos a las demás sentencias. Para entenderlas, particularmente en cuanto a su efectos erga omnes, es necesario despojarse de prejuicios tradicionales. "Con la sentencia normativa ocurre lo que ocurrió con la convención colectiva: se le trata de encuadrar en el esquema de las sentencias clásicas, así como los civilistas situaban a la convención colectiva en los esquemas contractuales. Así como la convención colectiva traspone los límites tradicionales del concepto de contrato, también la sentencia normativa presenta una nueva dimensión conceptual de la sentencia, pues, aunque tenga efectos generales, la sentencia normativa no es ley".

Como en el caso de la convención, cabría también aplicarle la calificación de "centauro jurídico" con que bautizó brillantemente a aquélla el maestro brasileño.

En cuanto a sus efectos un primero y fundamental es dar término al conflicto. Algunas legislaciones entienden que la sola instauración del arbitraje acarrea la suspensión de la huelga, esto es, del conflicto externo. Pero el efecto decisivo del laudo debe extinguir no sólo la huelga (si ésta es admitida en esta instancia) sino, que es lo importante, la discrepancia de fondo, el conflicto interno.

Así debe ser, aunque ya hemos visto también cómo a veces la huelga continúa o se reinicia o se plantea de facto después de dictado el laudo y para rechazarlo. Sobre esta situación extra-legal hemos sido explícitos en varios párrafos anteriores.

Lo que interesa, pese a ello, es el efecto formal atribuido al laudo, que es la extinción del conflicto en fondo y forma.

El otro efecto es que ese laudo equivale, como hemos visto, a una convención o contrato colectivo de trabajo. Siendo el arbitraje una consecuencia de la negociación colectiva o una alter-

(37) LA HOZ TIRADO, Ricardo, "La solución judicial de los conflictos colectivos", en Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, 1976, Nº 394.

nativa al fracaso de ésta, su resultado debe ser el que aquélla hubiera producido tal cual lo declara el artículo 565 del Código del Trabajo de la República Dominicana, o el artículo 7º de la Ley 14.786 Argentina (no vigente).

Tal equivalencia no es siempre plena. Las leyes panameña y peruana, por ejemplo, no autorizan a que la resolución administrativa o el laudo pueda declarar, en perjuicio de los trabajadores, menores derechos que los establecidos por normas legales o convencionales anteriores; es decir, no puede derogar convenciones colectivas en desmedro de los trabajadores. La convención colectiva, en cambio, tiene como único límite la ley, pero sí puede dejar sin efecto una convención anterior aunque ello represente merma de los derechos por ésta consagrados.

La explicación la podemos encontrar en el concepto de derogabilidad o inderogabilidad de la convención. Darle un carácter de inderogabilidad absoluta sería reconocerle una virtualidad no igual incluso superior a la ley, que es siempre derogable por otra ley; similar principio aparece implícito en la derogabilidad de una convención por otra, por ser uno y el mismo el órgano de que ambas emanan.

No sucede así con un laudo arbitral que, por constituir solución heterónoma, proviene de órgano distinto al que estableció la convención. De ello deducimos que la convención tiene rango o jerarquía superior a la resolución o laudo como fuente de derecho.

Lo contrario pareciera suceder en Brasil, VIANNA citando a GOTTSCHALK y a ORLANDO GOMES, dice: "La sentencia, por la imperatividad de sus normas, se asemeja a la ley por la inderogabilidad de sus condiciones, en los contratos individuales de trabajo, que no pueden ajustar cláusulas menos favorables de aquellas previstas. Es por tanto fuente de jerarquía superior al contrato o convención colectiva, situándose, sin embargo, en plano inferior al de la ley" (38).

(38) VIANNA, José de Segadas, "Direito Coletivo do Trabalho", Sao Paulo, 1972, p. 190.

Un efecto peculiar del laudo es el señalado por la jurisprudencia mexicana para el caso de arbitraje voluntario o privado: "La resolución dictada por un árbitro privado no constituye un acto de autoridad, pues para que tenga ese carácter, es preciso que el órgano estatal correspondiente la invista de imperio, elevándola a la categoría de acto jurisdiccional, y de no ser así, no es susceptible de ser combatida en el juicio de amparo".

4. INSTANCIAS-RECURSOS

Contra un fallo arbitral normativo no debiera caber, en principio, recurso impugnativo alguno; el tribunal debiera operar como instancia única, especialmente si se trata de arbitraje convencional.

No enervan esta situación recursos como el de amparo, que se basa en una infracción de índole constitucional, pues con ellos no se busca la revisión del fallo en sus aspectos materiales o sustantivos sino su adecuación a los preceptos de la respectiva carta constitucional.

Tampoco la afectan los recursos de nulidad o de corrección basados en la inobservancia de requisitos o solemnidades procesales. Finalmente, tampoco la contradicen los recursos de aclaración que versan sobre aspectos accesorios, errores gramaticales o numéricos o de cálculo.

Recurso impugnatorio e instancia múltiple son conceptos aplicables a aquellos procesos en que el fallo es susceptible de revisión por un órgano superior a través de algún tipo de recurso fundamental.

Se adscriben al régimen de *instancia única* entre otros, el sistema mexicano de las Juntas de Conciliación y Arbitraje (con la salvedad ya anotada del recurso de amparo); el colombiano de tribunales arbitrales ad-hoc (pues el recurso especialísimo de homologación se refiere al ajuste del laudo a los términos del compromiso arbitral, pero no permite modificar el fallo); y el panameño, que excluye explícitamente la posibilidad de recurso alguno (salvo de nulidad por causales concretas que la propia Ley

tipifica). También, el argentino de la Ley 14.786 (con recurso de nulidad a la Cámara de Apelación del Trabajo) aunque su vigencia está suspendida.

Como regímenes de instancia plural pueden señalarse:

Brasil. El proceso de "dissidios colectivos" se instaura a nivel de los tribunales regionales de trabajo, contra cuyas decisiones puede interponerse el llamado "recurso ordinario" (equivalente a la apelación común), para que sean revisadas por el Tribunal Superior de Trabajo. Cuando el fallo emana originalmente del Tribunal Superior por referirse a conflictos de índole suprarregional, se aplica el recurso denominado de "embargo", ante el Pleno del Tribunal Superior.

Ecuador. El proceso tiene dos instancias: la primera, constituida por los tribunales de conciliación y arbitraje, de integración tripartita, la segunda por un tribunal presidido por el Inspector o el Director de Trabajo. La índole de estos tribunales es más administrativa que judicial.

Guatemala. Las sentencias dictadas por el Tribunal de Arbitraje (órgano de integración tripartita) son susceptibles de apelación ante la Sala de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social (constituído por jueces de derecho).

La distinta estructura de estos órganos es criticada por LOPEZ LARRAVE (39) quien indica que "en la segunda instancia debieran tener participación los representantes de las partes".

En el Perú, con su esquema de instancias unipersonales sucesivas a cargo de funcionarios administrativos, el recurso contra la resolución de primer grado (subdirectoral) es de apelación; la resolución "directoral" debiera ser definitiva pero, sin el atributo formal de instancias aunque con ese carácter en muchos

(39) Colectivo: *El Derecho Latinoamericano del Trabajo*, México, 1974, p. 915.

casos, interviene en tercer grado el Director General de Trabajo por la vía impropia del recurso de nulidad.

República Dominicana. La sentencia o laudo arbitral pronunciado por un Tribunal ad-hoc de tres miembros puede ser impugnados en apelación ante la Corte de Trabajo; la resolución de ésta puede ser objeto de recurso de cesación ante la Suprema Corte de Justicia. Los dos recursos tienen efecto suspensivo de pleno derecho.

HERNANDEZ RUEDA critica severamente el sistema, no sólo por su morosidad sino porque ha sustituido al de una ley anterior (núm. 257, de 13 de marzo de 1964) según la cual "el laudo arbitral era una decisión final, definitiva, irrevocable" (40).

5. ARBITRAJE OBLIGATORIO Y HUELGA.

La incompatibilidad entre arbitraje y huelga parece suficientemente nítida cuando el arbitraje es convencional. Si las dos partes deciden de consumo someter sus divergencias a la decisión de un tercero, están escogiendo libremente uno de los dos caminos naturales para resolverlas; están optando por la razón y no por la fuerza; correlativamente, están renunciando al otro.

El arbitraje voluntario implica libertad en la decisión de adoptarlo pero sometimiento —expreso o tácito— a su resultado.

La elección del medio arbitral supone un sometimiento previo —que, por su origen, es igualmente libre— al fallo que se dicte.

No cabe que ninguna de las partes pueda desconocer o impugnar el laudo después de emitido; su aceptación no puede ser discrecional o "voluntaria", pues ello minimizaría su eficacia hasta reducirla a la nulidad.

(40) HERNANDEZ RUEDA, Lupo, *Conflictos de Trabajo y medios de solución de los conflictos colectivos en la República Dominicana*, ponencia presentada al IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 1977.

Aparece aquí, sin embargo, divorcio entre la teoría y la realidad. Con creciente frecuencia los trabajadores no se conforman con un resultado adverso a su expectativas y recurren a las medidas de acción directa que, si bien no pueden enervar formalmente los efectos del laudo, influyen sobre el ánimo del empleador para obligarlo a aceptar las moyares peticiones.

Esas situaciones de tacto se revelan eficaces en muchos casos y obtienen legitimidad por sus resultados ya que no por la ley. La situación se asemeja a los golpes de estado: ¿Sería concebible una Constitución que los prevea para eventualmente legitimarlos?; y sin embargo, ¿puede alguien negar su eficacia? No los defendemos ni podríamos defenderlos, pero los hechos desbordan la juridicidad para imponerse por el peso de su eficacia.

El simil no va más allá de la demostración de esta contradicción entre lo real y lo teórico. En el caso de las huelgas ilegales a diferencia de los golpes de estado, es probable que revelen las insuficiencias del Derecho Laboral para responder a las necesidades de los trabajadores, y la dificultad que el Derecho normalmente refleja para adelantarse al cambio social e incluso, muchas veces, para adaptarse a él.

La posición de la huelga frente al arbitraje obligatorio es de más dificultosa evaluación aún, porque aquí está ausente el elemento de opción entre alternativas. Leyes como la peruana, por ejemplo, conducen hacia la intervención del Estado sin necesidad de que ninguna de las partes la solicite, llegando a ser hasta tendenciosas en ese sentido, como expresa CORDOVA. "La Ley sobre negociación colectiva procura imprimirle a la negociación una secuencia más rápida pero el conjunto del procedimiento parece concebido en función de la etapa final de resolución administrativa" (41). La sutil observación está avalada por una curiosidad anecdótica: El primer artículo que el D. S. 006-71-TR refiere a las etapas de la negociación y dice: "Si las partes no llegaran a suscribir en trato directo o en junta de conciliación,

(41) CORDOVA, Efrén, *Las Relaciones Colectivas de Trabajo en América Latina: "Un esfuerzo de reevaluación"*, en *"La intervención..."*, IES, Madrid, 1980, p. 44.

una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, ésta será resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo”.

¡Paradójico preámbulo! Es como si el cura, al iniciar la ceremonia matrimonial, dijera a los contrayentes: “En caso de divorcio...”.

Pues bien, en sistemas que entablan sistemas autoritarios de arbitraje; ¿cuál es el rol de la huelga?

La huelga no es un fin en sí misma, sino un medio. En tanto que conflicto, sin embargo, es a la vez un conflicto y el medio para solucionarlo. Es, por así decirlo, la exacerbación del conflicto subyacente como medio para obtener que ese conflicto sea solucionado.

Advertimos así la existencia de dos niveles de conflicto que se yuxtaponen y hasta cierto punto se confunden: el material o de fondo que es la pretensión concreta que se busca, y la huelga, que es el conflicto exacerbado.

De esta superposición nace uno de los problemas más comunes en materia de política laboral: Al ser la huelga una situación de efectos intrínsecamente nocivos y sólo explicable por razones de necesidad, las legislaciones se preocupan más de prevenirla o evitarla que de eliminar los causas que la originan.

“Lo peligroso de la idea que del arbitraje expresan las medidas proyectadas (por el Gobierno de Panamá) —dice MURGAS (42)— es que se persigue utilizar el arbitraje como un medio de excluir el derecho de huelga y no como un mecanismo para encontrar solución a un conflicto colectivo”.

La cuestión es delicada. La huelga, al menos en teoría, tiene como objetivo concreto el doblegar la voluntad de la contraparte, forzarla a aceptar ciertas imposiciones; es un medio de coerción, pero legítimo. Además —y esto es de importancia capital— está

(42) MURGAS, Rolando, *La intervención del Estado en las Relaciones Industriales en la Década de los 80*, IES, Madrid, p. 268.

reconocida como un "derecho", alcanzando incluso en muchos países rango constitucional. Pero si es usada, ya no en las instancias de negociación sino cuando ésta ha fracasado, se torna en contra del árbitro, influyendo en su decisión de una manera que a priori deberíamos calificar de ilegítima pues rompe el equilibrio y atenta contra la indispensable imparcialidad.

¿Debe esto bastar para que condenemos tal uso por heterodoxo? O debemos admitir que la huelga es también un medio ilícito para que los trabajadores obtengan del Estado, a través de los entes arbitrales una solución acorde a sus necesidades; una forma de suscitar, de motivar la intervención del Estado.

Porque si aceptamos a fardo cerrado la incompatibilidad, resultaría que los procesos de lucha social se producirían al margen del movimiento sindical; los sindicatos sólo tendrían un derecho de iniciativa para promover el conflicto y negociar limitadamente, pero quedarían despojados de su arma de lucha fundamental.

No obsta a este razonamiento el que los sindicatos pudieran ejercitar la huelga en las etapas iniciales o de negociación propiamente dicha, pues bastaría a los patronos propiciar la ruptura pronta de las conversaciones para quedar resguardados frente a la huelga o para impedir su prolongación en el tiempo.

El problema es complejo y no parece tener solución plenamente satisfactoria.

Tres son los momentos en que el problema se plantea:

- a) Huelga anterior al arbitraje: ¿Debe la instauración de la instancia arbitral poner término automático al estado de huelga?
- b) Huelga durante el arbitraje, sea por prolongación de un estado anterior a éste, sea declarada durante éste: ¿Puede admitirse como un instrumento de coerción legítima contra los árbitros?

- c) Huelga posterior al arbitraje: ¿Puede aceptarse que para rechazar un laudo insatisfactorio los trabajadores recurran a la huelga?

La cuestión parece encaminarse hacia soluciones pragmáticas. Una de ellas sería circunscribir el arbitraje forzoso sólo a ciertos tipos de controversias muy específicas: el de los servicios públicos esenciales, por ejemplo; o para poner fin a conflictos sumamente graves o dañinos o prolongados, que es el sistema colombiano.

Esta solución implica admitir que la inmensa mayoría de conflictos tenga una solución negociada o huelguística o de arbitraje voluntario.

La otra sería aceptar llanamente como válida la "huelga contra el árbitro", que es lo que en la práctica ocurre en Brasil y Perú. Pero ello obliga a superar un problema formal también importante: el de la calificación de la huelga. En la mayoría de países, este es un acto previo y casi constitutivo; de él depende que sea considerada como el ejercicio regular de un derecho.

Ahora bien, la concepción de la huelga como un derecho tiene naturales implicancias; la más obvia es que, para ser reconocida como tal, debe sujetarse a requisitos de fondo y forma, y desenvolverse por cauces jurídicos. No existen derechos absolutos, salvo acaso el de la vida; la huelga no puede serlo; tiene que ser reglamentada para no lesionar derechos superiores como son los de la propia sociedad, y aún para no lesionar irreversiblemente derechos privados de los propios empleadores.

Esto lleva, pues, a la necesidad de su calificación. Pero ¿cómo calificarla de lícita y legal si entendiéramos que su objeto es ilegítimo? La salida en los mencionados países es extra-legal: la calificación se produce ex-post-facto. Y ya en el terreno de los hechos entramos a algo que en trabajos anteriores hemos llamado de "comodidad o incomodidad" de la huelga; huelga ilegal es declarada aquella que incomoda, que se hace molesta o peligrosa para el Gobierno de turno.

Quizá si lo correcto sea lo recomendado por las Primeras Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo celebradas en la República Dominicana en junio de 1976: "Las huelgas deben tenerse por la ley presumidas como legales" (43).

La presunción legal trasladaría la calificación a posteriori, salvando el escrúpulo de declarar válida una acción que teóricamente no lo es. Pero abriría un nuevo frente polémico: Toda huelga sería siempre legal, adquiriendo un carácter absoluto que también le es negado.

Habría que distinguir, por tanto, los requisitos de forma y fondo en una suerte de precalificación que examinara solamente aquéllos, para certificar su existencia, pero reservaría un pronunciamiento sobre los aspectos materiales, de cuya definición posterior derivarían recién sus efectos jurídicos.

Todo estos, claro, dentro de un esquema que acepte la coexistencia de huelga y arbitraje forzoso. Aceptación que conllevaría a que su ejercicio en tales circunstancias sea reconocido como un derecho y no como un simple hecho ilícito o no sancionado.

Desde otro ángulo, a la objeción de que una huelga así tiene un destinatario (el árbitro) distinto del natural (el patrono), cabe oponer la observación de que este último jamás deja de ser el que sufre las consecuencias de la paralización; aunque la huelga cambie de blanco aparentemente, sus efectos serán siempre los mismos y recaerán sobre el empleador. Este tiene al alcance la posibilidad de allanarse a los pedidos, aun cuando la controversia se encuentre bajo arbitraje, pues éste no excluye la eventualidad de que las negociaciones continúen bajo cuerda, extraoficialmente; y aunque así no fuera, el patrono siempre podría propiciar la reapertura del diálogo o, en último extremo, resignarse a las peticiones, sea porque son un mal menor frente a la huelga, sea porque valora más el impacto psicológico de un arreglo frente a una reso-

(43) Conclusión Quinta de la Comisión sobre el IV tema: La huelga y el arbitraje en Iberoamérica: "Primeras Jornadas Iberoamericanas de Derecho del Trabajo", Santiago, R. D. UCMM - 1979.

lución impuesta, sea porque teme los riesgos de un laudo cuyo contenido desconoce.

En este orden de ideas, la incompatibilidad entre arbitraje y huelga se diluye, pierde parte de su aparete invulnerabilidad teórica. No por ello vamos a desconocer que el problema subsiste en gran medida pues, a la larga, la coexistencia de dos caminos divergentes para un mismo fin afecta y transforma la estructura del órgano arbitral, que deviene en una especie de "trípode de dos pies".

Lo dicho es aplicable a dos de los tres momentos de esta relación dialéctica: los de la huelga antecedente y concurrente con el proceso arbitral. Respecto del tercer momento: huelga posterior al laudo, repetimos los conceptos ya expuestos al referirla al arbitraje voluntario o convencional.

CONCLUSIONES

Primera. La expresión "conflictos de trabajo" debiera estar referida únicamente a los colectivos y, dentro de éstos, a los económicos, de intereses, reglamentarios o de revisión.

Segunda. La conciliación forma parte y es una etapa de la negociación colectiva. Se caracteriza por la presencia de un tercero, ajeno e independiente a las partes, quien no resuelve ni propone formalmente una solución al conflicto colectivo de trabajo, pero coadyuya al logro de un avenimiento.

Tercera. La conciliación se diferencia de la mediación en que en ésta el mediador plantea una fórmula de solución o recomendación, que las partes pueden aceptar o rechazar.

Se diferencia, asimismo, del arbitraje, en que en éste el árbitro decide el conflicto mediante una resolución o laudo, que las partes deben necesariamente acatar.

Cuarta. Por su origen, la conciliación puede ser voluntaria u obligatoria. Existe marcada tendencia a implantar esta última.

Por su oportunidad, la conciliación es generalmente una etapa intermedia del proceso, y se da a continuación del fracaso directo. En pocos países es una etapa inicial que lo sustituye.

El órgano conciliatorio es casi siempre de índole estatal, pudiendo tener naturaleza administrativa, judicial o especial. Son pocos los casos de conciliación a cargo de una persona natural o jurídica privada.

La composición del órgano conciliador puede ser unipersonal o colegiada. La experiencia recogida en varios países hace más recomendable el primer sistema, pues las juntas pluripersonales tienden a implantar procedimientos rígidos y formalistas.

Quinta. Caracterizan a la conciliación su informalidad, su flexibilidad, su carácter oral y la intermediación, y el ser una etapa transicional del proceso.

Deben eliminarse del procedimiento los elementos de tipo litigioso tales como el ofrecimiento y actuación de pruebas, las oposiciones y articulaciones formales, etc. Lo fundamental es la penetración del conciliador con el origen y evolución del conflicto y la determinación de sus posibles soluciones, así como la creación de un clima de confianza con y entre las partes.

Sexta. Rol fundamental en el éxito del proceso cumple el conciliador. Este debe tener independencia e imparcialidad, no sólo frente a las partes sino frente a la propia administración laboral: contar con adecuada preparación técnica, través de ciclos de perfeccionamiento profesional especializado; estar, en general, a dedicación exclusiva; y, en cuanto persona, tener dotes y cualidades de habilidad, constancia y capacidad de persuasión, que le permitan actuar como conductor del proceso y como coprotagonista del mismo.

Sétima. Si la conciliación termina con un avenimiento, el conciliador debe cuidar la redacción del convenio tanto en los aspectos materiales cuanto formales.

Si concluye en fracaso, el conciliador debe presentar un informe que recoja los aspectos sustanciales de las deliberaciones, pudiendo incluir una recomendación o propuesta, elevada privadamente a quien deba resolver por vía arbitral.

Octava. El concepto de arbitraje en materia laboral comprende no sólo el que es administrado por un ente no jurisdiccional sino "toda forma de resolución heterónoma" de los conflictos.

Involucra, por tanto, todos los sistemas conocidos: Magistratura del Trabajo, juntas de Conciliación y Arbitraje, resolución administrativa, comisiones paritarias y tripartitas, arbitraje unipersonal y Tribunales accidentales o ad-hoc.

Novena. No es fácil definir qué tipo de arbitraje es más adecuado, si el voluntario o el obligatorio, pues ambos presentan ventajas e inconvenientes.

Parece recomendable que sean sometidos a arbitraje voluntario los conflictos de naturaleza común o privada.

El arbitraje forzoso u obligatorio debiera estar reservado a los conflictos que afectan servicios públicos esenciales, así como aquellos que se prolongan excesivamente en el tiempo o que comprometen a la economía o la sociedad de un país en su conjunto.

Décima. No es conveniente el arbitraje a cargo de personas individuales. La solución arbitral debiera estar a cargo de tribunales permanentes o accidentales de integración tripartita, en los que los representantes de trabajadores y empleadores sean designados por los organismos respectivos y a través de un proceso democrático.

Onceava. Los Tribunales o Juntas arbitrales debieran actuar como instancias única; sus fallos no debieran ser materia de recurso impugnatorio alguno, cabiendo contra ellas únicamente recursos de amparo, de nulidad, de aclaración u otros que garanticen el respeto por el orden constitucional, legal y procesal, más no la revisión de los aspectos materiales o de fondo.

Doceava. Arbitraje voluntario y huelga deben estimarse como incompatibles. El sometimiento libre a una decisión arbitral debe implicar renuncia a los medios de acción directa.

En el arbitraje forzoso, la huelga debe estar restringida cuando afecte servicios públicos esenciales.

SUMARIO	Pág.
I) LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO	103
II) LA CONCILIACION	107
1.— DEFINICION Y ALCANCES	107
2.— LA CONCILIACION Y OTROS MEDIOS DE SOLUCION: MEDIACION Y ARBITRAJE	110
3.— NATURALEZA JURIDICA	113
4.— MODALIDADES DE LA CONCILIACION	115
5.— EL PROCEDIMIENTO CONCILIATORIO	119
A) Caracteres de la conciliación	119
— Informalidad	120
— Flexibilidad	120
— Oralidad-Inmediación	121
— Transicionalidad	122
B) El Conciliador	122
— Especialización	123
— Autonomía	123
— Preparación Técnica	124
C) El proceso conciliatorio	124

III) EL ARBITRAJE	127
1.— DEFINICION	127
2.— MODALIDADES DE ARBITRAJE	129
A) Arbitraje voluntario y obligatorio	129
B) Organo unipersonal o colegiado	134
C) Indole e integración del órgano arbitral	134
— Magistratura del trabajo: Brasil	135
— Juntas de conciliación y arbitraje: México	136
— Autoridad administrativa del trabajo: Perú	137
— Tribunales accidentales o ad-hoc	138
— Otros sistemas	139
3.— NATURALEZA JURIDICA Y EFECTOS DE LA RESOLUCION ARBITRAL O LAUDO	144
4.— INSTANCIAS Y RECURSOS	147
5.— ARBITRAJE OBLIGATORIO Y HUELGA	149
6.— CONCLUSIONES	155

LA LESION

Manuel de la Puente y Lavalle

- Con motivo de una huelga de transportistas públicos, un chofer de taxi, abusando de la necesidad de un pasajero de trasladarse a otro lugar de la ciudad, le cobra una carrera a un precio cuatro veces superior al normal.
- El capitán de un barco, aprovechándose conscientemente de la necesidad de otro barco que ha quedado a la deriva, pacta con el capitán de éste una cantidad exorbitante por efectuar el remolque a puerto.
- Conociendo la necesidad de dinero en que se encuentra una persona, un coleccionista de antigüedades conviene con ella en adquirir un cuadro muy valioso por un precio vil.
- Una empresa suministradora de servicios, abusando de su situación de monopolio, fija a los usuarios del servicio tarifas que no guardan relación con el servicio prestado, las cuales son aceptadas por los usuarios debido a la necesidad apremiante que tienen de los servicios.

¿Debe respetarse la santidad de estos contratos o, por el contrario, debe el Derecho proporcionar remedios a fin de alcanzar la rescisión de los mismos o su modificación?

Esta es la pregunta que desde hace centenas de años se formulan, con evidente preocupación, los juristas.

La respuesta es difícil, casi diría dolorosa para un amante del Derecho, porque el problema de la lesión tiene sus raíces en el viejo conflicto, que en nuestros tiempos se presentan con tan angustiosa frecuencia, entre la seguridad jurídica y la justicia.

Conviene echar una mirada atrás para conocer cual ha sido la reacción del Derecho ante la pugna de estos principios que se presenta cuando existe una desproporción inicial evidente entre las prestaciones de un contrato oneroso. Esta fugaz reseña histórica no tiene otra finalidad que la de conocer cual es el marco jurídico dentro del cual se aprecia, en cada época, la admisión o el rechazo de la acción por lesión.

Sin embargo, antes de hacerlo conviene precisar, para captar mejor el desarrollo histórico de la lesión, que existen dos criterios para encontrar su justificación. Un primer criterio, llamado *objetivo*, estima que en todo contrato a título oneroso debe existir un equilibrio entre la prestación y la contraprestación, y que si ese equilibrio no se respeta, el contrato no puede surtir efectos. Otro criterio, llamado *subjetivo*, considera que la lesión se produce por una debilidad del consentimiento por parte de la víctima de la lesión, que la lleva a aceptar un contrato que le es manifestamente perjudicial.

Ignorada en Grecia, la lesión cobra cuerpo en el Derecho romano con el Corpus Iuris Civiles de JUSTINIANO, que concede la acción rescisoria al vendedor cuando el precio pagado por el bien es menor que la mitad de su precio verdadero, o sea aceptando el criterio objetivo. Se justifica esta solución en el razonamiento de que si se vende por menos precio una cosa de precio mayor, es humano que restituyéndose el precio al comprador, se recobre la cosa vendida, mediante la autoridad del juez.

En la Edad Media, por inspiración de la doctrina cristiana que impone el deber de caridad y amor al prójimo y debido a la decisiva influencia de SANTO TOMAS, se desarrolla la "teoría de justo precio", que prohibía obtener de un contrato un provecho

excesivo con perjuicio del otro contratante, lo que llevó a admitir la lesión en todos los contratos onerosos, inclusive los aleatorios.

El Código civil francés de 1804, fruto del liberalismo que surge con la Revolución Francesa, busca por todos los medios de robustecer la libertad contractual y consagra la fórmula de que las convenciones tienen fuerza de ley entre aquellos que las han hecho (artículo 1.134). Dentro de esta concepción, se aceptó como principio general que la lesión no vicia las convenciones sino en ciertos contratos o con relación a ciertas personas (artículo 1.118). Llegado el momento de tratar el título de la venta, se puso a debate la fórmula del proyecto presentado por la Comisión de Gobierno en 1800, que aceptada la rescisión del contrato por lesión enorme. PORTALIS y CAMBACERES de un lado y BERLIER y REGNAUD del otro, defendieron y atacaron, respectivamente, con gran denuedo la institución de la lesión en la compraventa. Se reconoce que fue decisiva la intervención de NAPOLEON, entonces Primer Cónsul, quien inclinó la balanza en el sentido de admitir la rescisión por lesión con carácter objetivo únicamente en materia de enajenación de inmuebles y sólo en favor del vendedor.

Dicen los MAZEAUD que más bien que hacer que reine la justicia en los contratos, los redactores del Código civil francés quisieron garantizar la seguridad jurídica.

La influencia del Código NAPOLEON en las codificaciones europeas que le siguieron fue determinante. Los Códigos civiles de Bélgica, Luxemburgo y Mónaco copiaron fielmente el modelo francés. En América Latina, el Código civil chileno, y los de El Salvador, Colombia y Nicaragua que lo siguen muy de cerca, admiten la lesión enorme con carácter objetivo sólo en la compraventa y a favor tanto del vendedor como del comprador.

Debe advertirse, para comprender cabalmente la evolución de la lesión, que todos estos Códigos entraron en vigencia en el siglo XIX, cuando el liberalismo campeaba por sus respetos y la santidad de los contratos constituía un dogma científico.

Es el Código civil alemán de 1900 el primer cuerpo legal que, aunque veladamente, incorpora la lesión a todos los contratos y abandona el criterio objetivo de la lesión enorme para reemplazarlo por una concepción subjetiva, que pone énfasis en la explotación por uno de los contratantes de la necesidad, ligereza e inexperiencia del otro.

El camino abierto por el Código civil alemán fue rápidamente seguido por el Código de las obligaciones suizo de 1911, que en su artículo 21 dispone que un contrato en el cual hay desproporción evidente entre la prestación prometida por una de las partes y la contraprestación de la otra, puede rescindirse a pedido de la parte lesionada, si la lesión ha sido determinada por la explotación de su penuria, ligereza o inexperiencia.

Es de particular interés poner de manifiesto cuales fueron las razones que determinaron esta nueva orientación de los Códigos de Alemania y Suiza, admirablemente expuesta por ROSSEL (*):

"A las viejas teorías individualistas, que encontraban como
"el mejor el más libre de los mundos, nosotros les repro-
"chamos que sacrificaban el pobre al rico, el débil al fuerte,
"y las hemos sustituido por una doctrina de acción colectiva
"y solidaria.

"Los partidarios del *laiser faire* representan hoy un pasado
"definitivamente superado... Lo que se puede y debe exigir
"al derecho, especialmente al derecho civil, es que no man-
"tenga una fijeza injustificable en medio de un mundo que
"cambia sin cesar, y que sea la expresión más completa po-
"sible de los deberes que los miembros de una sociedad tienen
"unos respecto de los otros".

Como dice MOISSET DE ESPANES (**), se ha dado un giro en redondo.

(*) Cita de Luis MOISSET DE ESPANES, *La lesión en los actos jurídicos*, Córdoba, 1979, pág. 103.

(**) Luis MOISSET DE ESPANES, op. cit., pág. 103.

La orientación de los Códigos alemán y suizo influyó notablemente en muchos Códigos europeos del siglo XX, tales como los de Austria, Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia, Polonia e Italia.

En América Latina, fue el Código civil mexicano de 1928 el primero que recogió la fórmula alemana disponiendo que la acción por lesión es procedente en todos los contratos en que uno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga.

Para calar la real importancia de este cambio con relación al antiguo Código civil mexicano de 1884, que seguía fielmente el enfoque francés de la lesión objetiva y circunscrita a la compraventa, conviene conocer el espíritu que inspiró el nuevo Código civil mexicano, que resulta con singular claridad de los Motivos de dicho Código:

"Nuestro actual Código civil, producto de las necesidades económicas y jurídicas de otras épocas; elaborado cuando dominaba en el campo económico la pequeña industria y en el orden jurídico un exagerado individualismo, se ha vuelto incapaz de regir las nuevas necesidades sentidas en las relaciones que, aunque de carácter privado, se hallan fuertemente influenciadas por las diarias conquistas de la gran industria y por los progresivos triunfos del principio de la solidaridad.

"Para transformar un Código civil en que predomina el criterio individualista, en un código privado social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad".

Y más adelante, refiriéndose a la necesidad de la intervención del Estado en la contratación, que es el campo donde funciona la lesión, los mismos Motivos dicen:

"La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; ... han hecho indispensables que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la 'voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos' "

"La célebre fórmula de la escuela liberal, 'laissez faire, laissez passer', es completamente inadecuada para resolver los importantísimos y complejos problemas que a diario se presentan en la vida contemporánea.

"La idea de solidaridad arraiga cada vez más en las ciencias y encausa por nuevos derroteros las ideas de libertad y de igualdad".

La evolución del Código civil argentino ha sido muy significativa. La versión original, que entró en vigencia en 1871, no consideraba la lesión como causa de rescisión de los contratos. Dalmacio VELEZ SARFIELD, redactor del Código, justifica esta posición diciendo en su conocida nota al artículo 943 lo siguiente:

"Dejariamos de ser responsables de nuestras acciones si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos".

Mucho años más tarde la ley N° 17.711 de 1968 modificó el artículo 954 del Código civil argentino, que señalaba que son nulos los actos practicados con los vicios de error, de dolo, de simulación o fraude, en el sentido de declarar anulables tales actos, agregando varios párrafos a dicho artículo, entre los cuales tiene particular importancia el segundo, que dice que también podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Puede observarse que, con pequeños cambios de redacción, se adopta la fórmula del artículo 21 del Código de las Obligaciones suizo, o sea la lesión subjetiva aplicable a todos los contratos.

En la legislación brasileira el derrotero ha sido similar, aunque con características propias. El Código civil de 1917 no acepta la lesión en hipótesis alguna, esto es ni siquiera limitada al contrato de compraventa, como lo hacen el Código francés y sus seguidores, y es ésta la situación legislativa actual. Sin embargo, existe en el Brasil un Proyecto de Código civil elaborado en 1975, sometido por el Poder Ejecutivo a la deliberación del Congreso Nacional ese mismo año, cuyo artículo 155 señala que ocurre lesión cuando una persona, oprimida por la necesidad, o por inexperiencia, se obliga a una prestación manifiestamente desproporcionada al valor de la prestación opuesta.

La Exposición de Motivos del Proyecto justifica la necesidad de actualizar el Código civil de 1917 no sólo en la premura de superar los presupuestos individualistas que condicionaron su elaboración, sino también para dotarlo de instituciones nuevas, reclamadas por la sociedad actual, en los dominios de las actividades empresariales y en los demás sectores de la vida privada.

Resultaría fuera del lugar alargar este análisis de la evolución del concepto de lesión en las codificaciones mundiales, que se ha centrado en las europeas y latinoamericanas por tener tanta influencia en el pensamiento jurídico peruano, pero pienso que la reseña hecha es suficiente para apreciar que el tratamiento legislativo de la lesión está íntimamente vinculado a la concepción del rol del Derecho en la vida social.

Aquellos ordenamientos jurídicos que se inspiran en el principio liberal, que respetan en toda su extensión la obligatoriedad irrestricta del contrato, que, en suma, protegen celosamente la seguridad jurídica, se inclinan fatalmente por excluir la lesión o limitarla en sentido objetivo a la compraventa. Por el contrario, aquellos otros que aceptan la tendencia socializadora del Derecho, que admiten el fenómeno que JOSSERAND denomina como

el "dirigismo contractual", según el cual la estabilidad de los contratos no es ya un dogma absoluto, que, en fin, colocan el sentimiento de la justicia por encima de la seguridad del tráfico, consideran como elemento indispensable para realizar esta concepción la regulación de la lesión con criterio subjetivo, aplicable a todos los contratos y en favor de ambos contratantes.

Podemos personalmente inclinarnos por una u otra posición porque, al fin y al cabo, ambas son respetables. Podemos pensar que es deber ineludible del hombre guardar fielmente la palabra empeñada; podemos creer en la santidad del contrato como principio de observancia necesaria para regular las relaciones entre los hombres; podemos, por último, venerar la libertad como el máspreciado de los derechos. Podemos, por el contrario, considerar que es deber ineludible del Derecho velar por la protección del débil frente al poderoso; podemos entender que el principio de solidaridad debe iluminar todas las relaciones contractuales; podemos, finalmente, colocar a la justicia por encima de toda otra consideración.

Pero la experiencia histórica nos demuestra que no podemos, o al menos que la realidad no lo admite, buscar la seguridad jurídica por encima de todo y propiciar la lesión, o ser rendidos amantes de la justicia y proscribir la lesión subjetiva.

Si alguien piensa que el contrato es ley entre quienes los han celebrado, debe mirar con recelo una institución que no respete ese vínculo; si cree en la ley de la oferta y la demanda, debe desconfiar de un sistema que niega valor absoluto a esta ley. De otro lado, quien considera que el abuso de la necesidad de la otra parte resta valor al consentimiento contractual, ve con simpatía un arma que le permite dejar sin efecto la relación obligatoria así contraída; si entiende que en todo contrato oneroso debe haber un equilibrio subjetivo de entre las prestaciones, le resulta útil una herramienta que le permite restablecer ese equilibrio cuando ha sido roto abusivamente.

Comprendo que la opción entre la seguridad jurídica y la justicia es difícil, y sobre todo dolorosa. Muchos de nosotros nos hemos formado considerando a la seguridad jurídica, que es hija

de la libertad contractual, como un principio que nos permitía confiar en el Derecho como ley de la conducta de los hombres. Mientras la libertad y la justicia han ido de la mano, hemos respirado con alivio pues nuestra seguridad jurídica estaba protegida. Pero el actual mundo del Derecho no nos permite continuar gozando de esa paz; enfrenta la seguridad jurídica a la justicia y nos coloca despiadadamente en la necesidad de elegir entre una y otra.

Personalmente, admiro la libertad. Pienso que hay que admitir el rol preponderante que juegan la voluntad y la libertad humanas para alcanzar una ley moral que proteja la dignidad y la grandeza del hombre.

Si embargo, todos somos conscientes que el abuso de la libertad, debido a que la igualdad y la libertad jurídicas no concurren necesariamente al lado de la libertad e igualdad económicas, puede llegar a atentar contra la justicia de las transacciones. El sólo juego de la libertad puede hacer que un contratante poderoso imponga su voluntad al otro, o que éste, encontrándose en estado de necesidad, acepte una fórmula negocial no sólo desventajosa para sus intereses económicos, sino también muchas veces lesiva para su dignidad humana, lo que dará como resultado, en uno y otro caso, una situación injusta. Y es aquí donde surge una consideración básica que debe iluminar todo el concepto de contrato y, consecuentemente, de la autonomía de la voluntad: la justicia.

Enmanuel GOUNOT (*) escribía ya en 1912: "En materia de contratos no hay más que un principio absoluto: la justicia. la libertad no es más que un medio hacia lo justo; ella se apoya sobre una presunción de justicia", y cita en su apoyo a IHERING, quien ha dicho: "La justicia está por encima de la libertad".

Me inclino, pues, rendidamente por la justicia. Pienso que si llega a ser indispensable sacrificar la seguridad jurídica que resulta de un contrato cuando la justicia contractual lo exige, debe

(*) Cita de André TUNC, **Posibilidad de comparar el contrato entre sistemas jurídicos diferentes**, México D. F., 1962, pág. 15

hacerse el sacrificio. Coincidió, por ello, con MANS (**) cuando declara que la justicia es un valor más alto que el orden y la seguridad.

Esta posición está implícitamente respaldada por el inciso 12) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que concede a toda persona el derecho de contratar con fines lícitos, pero permite que la ley regule el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho. Es indudable que al amparo de esta norma, la seguridad jurídica que resulta de la libertad contractual (libertad para determinar el contenido del contrato) puede ser sacrificada cuando se encuentra en pugna con la justicia.

A la luz de estas ideas, conviene examinar ya cuál es el tratamiento legislativo que, al amparo de la disposición constitucional citada, debe darse a la acción por lesión. Caben dos grandes posibilidades, negarla o admitirla.

Negar la acción por lesión, que es la solución adoptada, entre las legislaciones que conozco, por los Códigos civiles de Holanda, Brasil, Honduras, Costa Rica, Uruguay y Haití, significa respetar incondicionalmente los pactos contractuales y conceder a la regla francesa que otorga a los contratos fuerza de ley entre las partes que los celebran la más amplia acogida.

Esta orientación prescinde de la moralidad del contrato. Basada en la idea liberal individualista confiaba en que la ley de la oferta y la demanda, unida a la proclamada igualdad entre los hombres, lograría la justicia del contrato (*).

No cabe aceptar que aun cuando en un contrato oneroso exista una evidente desproporción entre la prestación y la contraprestación y que tal desproporción no haya sido querida por las partes sino impuesta por uno de los contratantes al otro abusando del estado de necesidad en que éste se encuentra, el Dere-

(**) Jaime M. MANS PUIGARNAU, *Hacia una ciencia general del Derecho*, Barcelona, 1970, pág. 59.

(*) José MOSSET ITURRASPE, *Contratos*, Buenos Aires, 1981, pág. 154.

cho se ponga una venda y se abstenga de intervenir sólo porque el contrato es obligatorio entre las partes.

Han sido para mí muy inspiradoras las siguientes expresiones de BORDA (*):

“Es indiscutible que no toda desigualdad autoriza a anular
“o rescindir un contrato, pues la igualdad matemática es del
“todo imposible. Pero cuando se hace visible que las obligaciones
“contraídas por una de las partes sólo lo han sido
“en virtud de su ignorancia, su debilidad o su inexperiencia,
“cuando es evidente que la otra parte se ha aprovechado de
“estas circunstancias para sacarles provecho, el juez no puede
“de convalidar tales convenciones que resultan repugnantes a
“la moral y las buenas costumbres. Será necesario anularlas
“o reducir las obligaciones a sus justos límites. Por que el
“derecho presupone la justicia y no todo contrato, por el hecho
“de serlo, es justo, como lo pretendían los voceros del
“liberalismo. En el Derecho moderno, estos conceptos pueden
“considerarse definitivamente triunfales”.

En la medida que la acción por lesión esté encaminada a corregir la injusticia de que habla BORDA, considero que el Derecho debe ampararla y regularla. Si nos encontramos ante una situación en que el principio de la santidad del contrato, que vela por la seguridad jurídica, se encuentra en pugna con la justicia que debe existir en toda relación jurídica creada por un contrato, es preciso tener a la mano un remedio para hacer cesar esa pugna en beneficio de la justicia. Si este remedio es la acción por lesión, pues aceptémosla en buena hora.

Pero cabe preguntar, ¿en todos los casos en que se admite la lesión, esto es tanto en su concepción objetiva como en la subjetiva, la acción por lesión alcanza esa finalidad,.

Recordemos que según el concepto objetivo de lesión, ésta se produce cuando existe una desproporción evidente o notable entre las prestaciones, mientras que la concepción subjetiva atien-

(*) Guillermo A. BORDA, *Manual de contratos*, Buenos Aires, 1973, pág. 61.

de principalmente al aprovechamiento por una parte de la necesidad o inexperiencia de la otra.

El ilustrado POTHIER decía que "la equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos onerosos en los cuales uno de los contratantes da o hace algo para recibir alguna otra cosa como precio, la lesión que sufre uno de los contratantes, aun cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarlo, basta por sí misma para viciar los contratos. Porque consistiendo la equidad en materia de negocios en la igualdad, desde que se menoscabe esta igualdad y uno de los contratantes da más de lo que recibe, el contrato está viciado porque pesa contra la equidad que debe presidirlo".

Pienso que la sola desproporción entre las prestaciones, aun cuando ella exceda de los límites prudentes (lesión enorme), no justifica la acción por lesión. Cuantas veces las partes no sólo admiten sino que, es más, buscan el desequilibrio entre prestación y contraprestación por considerar que, no obstante tal desequilibrio, el contrato no les depara perjuicio. Tenemos el caso del contrato de donación, donde la desproporción llega a su límite máximo ya que la contraprestación no existe, que no puede considerarse un contrato lesivo pues ambas partes, donante y donatario, han querido que precisamente esa situación se produzca.

Comparto plenamente, pues, las críticas adversas que se formulan a la lesión objetiva, ya que como dicen BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, el contrato es muchas veces un acto de previsión y lo que resulta hoy equitativo, mañana puede no serlo, por lo cual quizá sean estas circunstancias las previstas por las partes y las que han tenido en mira al contratar. Por otro lado, se dice (*) que el recurso de lesión trata de susstraer el precio de las cosas o servicios al natural influjo de las leyes de la oferta y la demanda, olvidando que el valor de las cosas que se venden y de los servicios que se prestan es siempre el valor de "cambio", y no el intrínseco.

(*) Felipe SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1899, Tomo IV, pág. 200.

Estas consideraciones me llevan a pensar que la sola existencia de un desequilibrio desmesurado entre las ventajas del contrato no constituyen fundamento suficiente para justificar la acción por lesión.

En cambio, la lesión entendida en su concepción subjetiva ofrece un claro sustento jurídico, inspirado en el principio de que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe. Siempre que un contratante se encuentre en situación de necesidad y que sufra un perjuicio considerable por el abuso que hace la contraparte de esa situación, el Derecho debe ir en ayuda del contratante necesitado y, sobre todo, explotado, para hacer cesar los efectos del abuso, bien sea dejando sin efecto el contrato lesivo o bien, como medida sustitutoria, restableciendo el equilibrio de las prestaciones por la vía de la revisión del contrato.

Debe observarse que la concepción subjetiva de la lesión no sólo exige la existencia de una situación de necesidad en el contratante lesionado sino también, y necesariamente, el abuso o explotación por parte del lesionante de esa necesidad del lesionado. La mala fe que caracteriza a la concepción subjetiva de la lesión no existiría si la lesión pudiera limitarse a la situación de necesidad del lesionado, prescindiéndose del abuso por el lesionante.

Como según el concepto generalmente aceptado la lesión sólo puede darse en los contratos onerosos, en los cuales la estimación de la equivalencia de las prestaciones obedece a un criterio subjetivo, y como, por otro lado, se requiere que el perjuicio sufrido por una de las partes tenga su *razón de ser* en la falta de equivalencia de las prestaciones existente en el momento de celebrarse el contrato, por lo cual es un *perjuicio personal*, parecería que la solución correcta sería encontrar el fundamento de la acción por lesión en la existencia de un vicio de la voluntad que determina que la parte lesionada esté dispuesta a celebrar un contrato que *debe ser oneroso* no obstante *no serlo*, en la realidad.

Esta fue la posición de Manuel Augusto OLAECHEA en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil,

donde sostuvo que la lesión debe ser considerada como un vicio del consentimiento, porque en unos casos se puede clasificar en el error, en otros en la violencia, en otros en el dolo, por lo cual la lesión no constituye una categoría jurídica específica y propia.

Sin embargo, esta solución no debe ser aceptada en toda su amplitud. Los vicios de la voluntad considerados en el Código civil peruano, o sea el error sustancial, el dolo, la violencia y la intimidación, si bien aplicados a la contratación pueden dar lugar a vicios del consentimiento, no son los únicos vicios, y diría yo, *ni siquiera son los vicios*, que dan lugar a la existencia de la lesión en los contratos.

En efecto, si el fundamento de la lesión fuera proteger al contratante lesionado por la acción de tales vicios, no habría necesidad de que existiera la institución, pues la protección deseada podría alcanzarse mediante la anulación del contrato, que es la acción que franquea la ley cuando existe vicios de la voluntad.

Para mí, la lesión es algo distinto. El perjuicio que causa la lesión no es el que proviene de la ignorancia debida al error sustancial o al dolo causante, ni de la impotencia proveniente de la violencia o el temor causado por la intimidación. Es, en mi opinión, el perjuicio que sufre un contratante por su debilidad frente al otro, pero no una debilidad cualquier, sino una debilidad que emana de su situación personal, que rompe esa paridad que debe existir entre los contratantes cuando celebran un contrato de carácter oneroso (*).

(*) Es preciso distinguir la lesión de los otros vicios del consentimiento, como son el error, el dolo y la intimidación con los cuales tiene en común, sin embargo, el existir un factor o elemento que afecta el recto querer del agente.

El error.— Este primer vicio consiste en que la voluntad se forma sobre la falsa apreciación de la realidad, lo que determina que sea esa voluntad viciosamente formada sea materia de la declaración, lo que determina que exista una discrepancia entre la declaración y la verdadera voluntad del agente.

La víctima de la lesión, en cambio, conoce perfectamente el acto que ejecuta, coinciden su declaración y su voluntad real, aun cuando ésta se ve influenciada por la situación de necesidad en que el sujeto se en-

Sabemos que el contrato de derecho privado, por celebrarse entre ciudadanos, supone la necesidad de que exista una *paridad jurídica*, o sea que ambos contratantes estén igualmente tutelados por el ordenamiento jurídico a fin de que puedan contratar con libertad. La tutela de esta paridad la ofrece la ley mediante las acciones destinadas a combatir los vicios de la voluntad.

cuenta. La víctima de la lesión tiene tal necesidad apremiante de la contraprestación que no vacila en conseguirla aún a riesgo de que su prestación no guarde equivalencia alguna con ella.

El dolo.— Puede ser definido como el error provocado por una conducta maliciosa ajena. Hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas se induce a emitir una declaración de voluntad que sin ellas no se hubiese emitido (ALBALADEJO).

Siendo la consecuencia del dolo el error en que incurre el agente por haber sido engañado, no puede confundirse con la lesión desde que, como se acaba de ver, en ésta el agente tiene pleno conocimiento de lo que hace.

La intimidación.— Hay intimidación, dice el artículo 1090 del Código civil de 1396, cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes.

Si bien existe cierta similitud entre la intimidación y la lesión subjetiva, pues en ambas existe conocimiento del acto y conciencia de realizarlo, en la intimidación la voluntad del sujeto está viciada debido al temor que le ha provocado otra persona, mientras que en la lesión subjetiva la situación que lleva al sujeto a necesitar apremiantemente la contraprestación a cargo de la otra parte no se origina en un hecho de ésta sino que se debe a circunstancias externas al contrato.

A todo lo dicho respecto del error, del dolo y de la intimidación hay que agregar que en estos vicios de la voluntad no hay necesidad de acreditar la existencia de un perjuicio patrimonial, mientras que en la lesión debe presentarse el elemento objetivo de la desproporción entre la prestación y la contraprestación que determina un perjuicio para el sujeto.

La violencia.— No se ha considerado a la violencia (*vis absoluta*) entre los vicios de la voluntad por cuanto ella tiene carácter físico y constituye en el empleo de una fuerza irresistible que obliga a la víctima a hacer algo.

La violencia física excluye necesariamente la posibilidad de que exista no solamente la voluntad de declarar sino también la voluntad interna, por lo cual no cabe, en este caso, admitir la existencia de un acto jurídico.

Pero al lado de la paridad jurídica, existe la *paridad económica* que, como dice MESSINEO (*), significa que cada uno de los contratantes está en condición de sufrir la presión psíquica del otro. PUIG BRUTAU (**) cita una sentencia del Tribunal inglés de la Cancillería, dictada en 1762, cuyas palabras son las siguientes: "los hombres menesterosos no son verdaderamente libres, sino que para atender a su necesidad apremiante se someterán a cualesquiera condiciones que los poderosos les impongan. ACUÑA ANZORENA (***) dice, por su parte, que el estado de necesidad es una causa excluyente del consentimiento por carecer el sujeto de libertad.

En la medida que esa paridad económica no exista; siempre que un contratante pueda imponer al otro condiciones exorbitantes en un contrato por razón de la situación de necesidad de éste, existiría entre los contratantes una disparidad que permitiría a uno de ellos estar inerme, o al menos poco defendido, frente al otro (*).

Sin embargo, como hemos visto, no basta para que se produzca lesión que exista desproporción entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes y que tal desproporción haya sido aceptada por el lesionado debido a su necesidad, sino que es necesario, además, que el lesionante, conociendo esa necesidad, abusó de ella para conseguir la celebración del contrato.

Para impedir las consecuencias lesivas del abuso o la explotación de esa situación de necesidad, considero que la acción por

(*) Francesco MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, 1952, Tomo I, pág. 52.

(**) José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1954 Tomo II, Vol. I, pág. 44.

(***) Arturo ACUÑA ANZORENA, *Notas a Raymundo SALVAT, Tratado de Derecho civil argentino*, Buenos Aires, 1950, Tomo I, pág. 89.

(*) Ernesto LA ORDEN, *El estado de necesidad en el Derecho privado*, pág. 17) define la necesidad como "una urgencia extraordinaria, una premura psicológica, tan estrecha que disminuye angustiosamente el número de los elegibles hasta reducir la elección a una simple alternativa. La voluntad aún puede elegir, pero su elección es tan misera, es tan necesitada, que no puede menos de constituir un problema la determinación que debe atribuírsele".

lesión en la concepción subjetiva es el medio adecuado que brinda la ley.

Por lo tanto, cabe llegar a la conclusión que el fundamento de la acción por lesión debe encontrarse en un nuevo vicio del consentimiento de uno de los contratantes derivado de su situación de necesidad, que lo lleva a admitir que es considerado como oneroso un contrato que, en realidad, no lo es. Se trata, por lo tanto, de un fundamento de carácter subjetivo.

Empero, el criterio objetivo no debe ser totalmente descartado, ya que si bien el desequilibrio de las prestaciones no es fundamento suficiente para la acción por lesión, el criterio objetivo puede proporcionar elementos muy valiosos para regular la acción por lesión. En efecto, podría establecerse legislativamente que aunque exista situación de necesidad del lesionado y abuso de esa situación por el lesionante, no procede la acción por lesión cuando el desequilibrio entre las prestaciones no llegue a ser evidente; que cuando tal desequilibrio es evidente sin llegar a ser exorbitante, la prueba de la situación de necesidad y del abuso de esa situación corresponde al lesionado; y que cuando el desequilibrio es exorbitante, se presume tanto la situación de necesidad como el abuso de ella, correspondiendo al lesionante acreditar lo contrario.

Estas consideraciones me llevan a sugerir que la lesión sea admitida en el ordenamiento legal peruano siguiendo un criterio objetivo-subjetivo.

En cuanto a los contratos en que debe admitirse la lesión, si se toma en consideración que tanto la existencia de un vicio del consentimiento, que es el fundamento del criterio subjetivo, como el desequilibrio entre las prestaciones, que es el fundamento del criterio objetivo, son consideraciones aplicables a todos los contratos onerosos, no parece justificado limitar la acción rescisoria al caso del contrato de compraventa y al de partición, como lo hace el Código civil peruano de 1936.

En efecto, si lo que se busca es evitar que una de las partes contratantes sufra un perjuicio por razón del desequilibrio de las

respectivas prestaciones, esta protección debe darse en todos los casos en que pueda ocurrir tal perjuicio y exista una parte débil que merezca ser protegida.

En la legislación comparada se está marcando la orientación de los Códigos que aceptan la lesión en base a criterios subjetivos en el sentido de admitir que ella es aplicable a todos los contratos onerosos, tal como se verá más adelante.

Dividiéndose los contratos onerosos en contratos conmutativos y contratos aleatorios, cabe preguntarse si la acción por lesión debe admitirse sólo en los conmutativos o debe hacerse extensiva también a los aleatorios .

Existe consenso de que, *en principio*, los contratos aleatorios no son susceptibles de acción por lesión. Los MAZEAUD (*) explican la razón de ello en la siguiente forma:

“Se justifica esa exclusión de la manera siguiente: a causa “del azar, no es posible apreciar si, en el momento del contrato, las prestaciones eran equivalentes; por otra parte, cuando se piden la rescisión o la reducción, el contrato ha sido “cumplido durante un cierto tiempo, el riesgo se encuentra “modificado, de tal suerte que no resulta posible ya volver “a colocar a las partes en la situación en que se encontraban “al concertar el contrato; finalmente, las partes han aceptado “voluntariamente el riesgo, la sumisión al azar, que constituye “ye uno de los elementos del contrato”.

Sin embargo, los mismos MAZEAUD (*) admiten que el análisis de otros contratos aleatorios debería conducir a someterlos, en cuanto a la lesión, el régimen de los contratos conmutativos. Citan como ejemplo la venta de un inmueble contra una renta vitalicia donde las partes, para fijar el monto de la renta vitalicia, han fijado previamente el precio del inmueble y han considerado este precio como un capital. En realidad, la primera ope-

(*) Henry, Jean y León MAZEAUD, *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, 1962, Parte II, Vol. I, pág. 402.

(*) IBIDEM, pág. 404.

ración es indudablemente conmutativa, y sólo la segunda es aleatoria, por lo cual no puede estimarse que este caso es una excepción a la regla general de que la lesión sólo opera en los contratos conmutativos.

Pienso que la solución adecuada de este problema es establecer que procede la acción por lesión en los contratos aleatorios cuando la desproporción entre las prestaciones a cargo de cada una de las partes, proveniente del abuso hecho por una de ellas de la necesidad de la otra, no recaiga en lo que es el álea normal del contrato.

Conviene examinar la legislación comparada para conocer cómo ha sido recibida la institución de la lesión en los distintos ordenamientos nacionales. Ya que no es posible, por falta de espacio, examinar en detalle el tenor de cada uno de los Códigos civiles, se va a intentar agrupar los Códigos según acepten o no la acción por lesión y, entre aquellos que la aceptan, distinguir entre los que se inclinan por el criterio objetivo y los que lo hacen por el criterio subjetivo, debiendo poner de relieve que la gran mayoría de los Códigos que aceptan la lesión subjetiva la consideran aplicable a todos los contratos onerosos.

El cuadro actual de la legislación civil mundial es el siguiente:

CODIGOS CIVILES

<u>No aceptan</u>	<u>Objetiva</u>	<u>Subjetiva</u>
Holanda, 1838	Francia, 1804	Alemania, 199 (art. 138)
Brasil, 1917	(art. 1674)	Suiza, 1911 (art. 21)
Honduras	Chile, 1855	Suecia, 1915 (art. 31)
Guatemala	(art. 1888)	Austria, 1916 (art. 879)
Costa Rica	El Salvador,	Noruega, 1918 (art. 31)
Uruguay	1858 (art. 1825)	Turquía, 1926 (art. 21)
Haití	Nicaragua, 1866	México, 1928 (art. 17)
	(art. 1888)	Polonia, 1934 (art. 42))

Colombia, 1873	Italia, 1942 (art. 1448)
(art. 1946)	Libano, 1947 (art. 213)
España, 1889	Filipinas, 1949 (art. 1355)
(art. 1074)	Proy. Francia, 1949 (art. 18)
Ecuador, 1912	Etiopía, 1960 (art. 1710)
(art. 1855)	Argentina, 1968 (art. 954)
Perú, 1936	Bolivia, 1975 (art. 561)
(art. 1439)	Proy. Brasil, 1979 (art. 155)
	Proy. Bélgica, 1979 (art. 1118)

Nota.— Resulta interesante destacar que algunos países, como Brasil, Argentina, Bélgica y Francia, que originalmente no aceptaron la lesión o la aceptaron con un criterio objetivo, han modificado o están en vía de modificar sus legislaciones para incorporar el criterio subjetivo.

Puede observarse que, salvo el Código civil ecuatoriano de 1912 —que por lo demás es una copia casi literal del Código civil chileno de 1855—, los Códigos que admiten la lesión objetiva son del siglo XIX, mientras que los que la legislan con carácter subjetivo son todos del presente siglo, lo cual de por sí es muy elocuente para apreciar la evolución de la lesión.

Sabemos que, además de aceptar la lesión en las particiones; el Código civil peruano de 1936 admite la lesión en la compraventa, en la forma prevista en su artículo 1439, que a la letra dice:

“Art. 1439.— Hay lesión, y por causa de ella puede el “vendedor pedir que se rescinda el contrato, si se vendió un “predio rústico o urbano en menos de la mitad de su valor. “Para probar la lesión se estimará el bien por el valor que “tuvo al tiempo de la venta; pero incumbe al juez apreciar “todas las circunstancias del contrato”.

Resulta realmente extraño que nuestro Código civil, dictado en el segundo tercio del siglo XX, siga el criterio objetivo adoptado sólo por Códigos del siglo pasado, y que limite la acción por lesión al contrato de compraventa de predios rústicos o urbanos y solamente en favor del vendedor, cuando la inmensa mayoría de los ordenamientos civiles del siglo XX recogen la ins-

titución de la lesión con criterio subjetivo y aplicable a todos los contratos conmutativos.

Esto es tanto más sorprendente cuanto que en el seno de la Comisión Revisora del Proyecto de Código civil, donde se discutió a fondo el problema de la lesión, primó la opinión de aceptar la acción por lesión y se encomendó a Manuel Augusto OLAECHEA que presentara una fórmula que permitiera contemplar la lesión dentro de la teoría general de los vicios del consentimiento. OLAECHEA cumplió este encargo presentando a la Comisión un texto inspirado en el Código de la colonia italiana de Eritrea, que decía así:

“Art. . — Si la obligaciones de una de las partes están “fuera de toda proporción con la ventaja que retira del contrato, o con la prestación de la otra, y según las circunstancias hubiere motivo fundado para estimar que su consentimiento no fue libremente prestado, el Juez puede, a instancia de la parte lesionada, anular el contrato.

“La acción de nulidad debe intentarse en el plazo de un “año del día del contrato.

“Esta acción es inadmisibile si el demandado promete una “indemnización adecuada a juicio del juez”.

Puede observarse que la fórmula de OLAECHEA sigue el criterio objetivo-subjetivo, se aplica a todos los contratos y beneficia a cualquiera de los contratantes, con lo cual se encontraba a tono con los avances de las legislaciones modernas en ese sentido. No encuentra justificación que la Comisión Revisora, contando con este valioso aporte, decidiera dejarlo de lado y adoptara la fórmula del actual artículo 1439 que, como se acaba de ver, significa alinearse con los Códigos del siglo pasado y desviarse de las corrientes que ya estaban definitivamente aceptadas cuando esta parte del Código se elaboró. Es triste que esto haya ocurrido.

El Proyecto de Código civil elaborado por la Comisión encargada de la reforma del Código civil de 1936 creada por el De-

creto Supremo N° 95 de 1° de marzo de 1965, ha tomado un derrotero completamente distinto. En su artículo 1470 indica que la sola desproporción evidente que exista entre la prestación y la contraprestación al momento de la celebración del contrato no autoriza su invalidación, pero agrega que si la desproporción evidente resultara del abuso consciente por la parte que se beneficia con ella como consecuencia del estado de necesidad en que se encuentra la otra parte o de su inexperiencia, puede esta última demandar la rescisión del contrato por lesión.

Por otro lado, el mismo Proyecto establece en su artículo 1471 que la acción por lesión sólo procede tratándose de contratos conmutativos y de contratos aleatorios cuando no está en juego el álea propia del contrato.

Además, los artículos 1473 y 1474 disponen que tanto la prueba del perjuicio que cause la lesión como del estado de necesidad o inexperiencia del lesionado corre a cargo de éste, pero cuando exista una desproporción mayor del triple entre el valor de las prestaciones, se presume el abuso consciente por el lesionante del estado de necesidad o inexperiencia del lesionado y, por lo tanto, corresponderá al lesionante demostrar lo contrario.

Finalmente, el artículo 1475 señala que la acción por lesión se transformará en acción por reajuste para hacerla cesar, si el demandado ofrece este reajuste al momento de contestar la demanda.

El Proyecto se sitúa así dentro de la concepción objetivo-subjetiva de la lesión, la hace aplicable a todos los contratos onerosos y concede la acción a cualquiera de los contratantes, colocándose así en la línea de los Códigos más avanzados.

Debe destacarse que la Comisión Revisora creada por la Ley N° 23403 ha mejorado estas normas del Proyecto, modificándolas en el sentido que tanto en los contratos conmutativos como en los aleatorios cuando no esté en juego el álea propia del contrato, la desproporción menor de las dos quintas partes entre el valor de la prestación y el de la contraprestación, no permite la rescisión del contrato por lesión ni su modificación para hacerla cesar,

Si la desproporción entre el valor de la prestación y el de la contraprestación fuera superior a las dos quintas partes y resultare de la explotación por la parte contratante que se beneficia con la desproporción, de la necesidad apremiante o de la inexperiencia de la otra parte, puede esta última ejercitar la acción por lesión.

Si la desproporción fuera superior a las dos quintas partes pero inferior a las dos terceras partes, tanto la prueba del perjuicio como de la necesidad apremiante del lesionado corren a cargo de éste, correspondiéndole también acreditar que el lesionado explotó esa necesidad apremiante o inexperiencia.

Por último, si la desproporción fuera igual o superior a las dos terceras partes, se presume la explotación por el lesionado de la necesidad apremiante o de la inexperiencia del lesionado y, por lo tanto, corresponderá al lesionado demostrar lo contrario.

Se supera así la vaga fórmula del artículo 1470 del Proyecto, que habla de la "desproporción evidente" y deja al arbitrio judicial el determinar cuando se produce esta situación, para reemplazarla por la precisa noción de las dos quintas partes, que sirve para separar la desproporción entre las prestaciones menor de dicha relación que no permite la acción por lesión, de la desproporción superior a ella que sí la autoriza. En lo demás conserva el sentido del Proyecto de hacer recaer la carga de la prueba bien sea en el lesionado o bien en el lesionado, según la desproporción entre las prestaciones sea inferior o superior a las dos terceras partes.

Se conjugan armoniosamente así los criterios objetivo y subjetivo de la lesión.

Como tema final de este artículo, quiero referirme al temor que en algunos causa la admisión de la lesión en todos los contratos por considerarse que da lugar a un semillero de juicios, especialmente en los casos de los contratos de trabajo y en los de arrendamiento de inmuebles urbanos.

Pienso que este temor, que tiene muchos visos de infundado, no debe ser obstáculo suficiente para proscribir la acción por lesión en la forma como ha sido concebida en el Proyecto de Código civil, con la modificación introducida por la Comisión Revisora, por las siguientes razones:

- 1) En la lesión, la desproporción entre las prestaciones se aprecia sólo en el momento de celebrarse el contrato. Cualquier desproporción sobreviniente no da lugar a la acción por lesión.

No habría lugar, pues, a que, invocando la lesión, se pretendiera pedir la rescisión o revisión de contratos de ejecución continuada o diferida en cuyo proceso de ejecución se presentara un desequilibrio de prestaciones.

- 2) Se ha visto que cuando la desproporción inicial entre las prestaciones es menor de dos quintos, no hay lesión.

Si la desproporción es superior a los dos quintos pero inferior a los dos tercios, la prueba de la desproporción, de la necesidad e inexperiencia del lesionado y de la explotación de estos estados por el lesionante corren de cuenta del lesionado. La dificultad de esta prueba será un fuerte argumento disuasivo para quienes deseen aventurarse en un juicio por lesión.

Sólo si la desproporción es superior a los dos tercios, la carga de la prueba recae en el lesionante.

La existencia de esta desproporción inicial entre las prestaciones tan chocante, que hace suponer que se han dado todos los requisitos para la acción por lesión, es razón más que suficiente para facilitar al lesionado pedir la rescisión del contrato.

- 3) Son relativamente pocos los juicios que se han entablado en nuestro medio para obtener la anulación de los contratos por error, dolo, violencia e intimidación, que son los vicios de la voluntad que contempla el Código civil de 1936, no obstante

que podrían proporcionar riquísimos fundamentos para impugnar la validez de los contratos de trabajo o de arrendamiento de inmuebles urbanos.

Nada hace suponer que admitir simplemente un nuevo vicio de la voluntad, como es la lesión en su concepción subjetiva, va a cambiar totalmente la situación y se va a producir una proliferación de juicios.

- 4) La acción por lesión da lugar a la rescisión del contrato. La modificación del contrato por reajuste sólo se da si el demandado ofrece este reajuste al tiempo de contestar la demanda.

Resulta difícil creer que el lesionado, especialmente en el caso de los contratos de trabajo y de arrendamiento de inmuebles urbanos, entable una acción que lo va a conducir a la rescisión de su contrato, puesto que no es probable que en estos casos el lesionante ofrezca el reajuste.

- 5) Finalmente, si a pesar de todo esto se entable un gran número de juicios por lesión, ello probaría que las situaciones de injusticia en los contratos son tan grandes y que el abuso del poderoso sobre el débil se produce con tanta frecuencia, que bien vale que se administre justicia y se haga cesar el abuso.

No olvidemos que la existencia del Poder Judicial obedece a la necesidad de facilitar la administración de justicia y no de dificultarla o impedirla.

Todas estas consideraciones me llevan a hacer mías las siguientes palabras de José María MANRESA Y NAVARRO.

“Es pues de esperar que en nuestra futura ordenación, de acuerdo con esta nueva tendencia, favorecida por el ejemplo de otros países y conscientes al fin de nuestra tradición legislativa, se vuelva a la concesión de la ruptura del contrato, cuando con olvido de la justa reciprocidad que debe imperar en las prestaciones, aparezca marcado y manifiesto un desnivel sin fundamento ni razón que lo justifique”.

ALGUNAS ANOTACIONES AL LIBRO DE FAMILIA DEL PROYECTO DE CODIGO CIVIL

Róger Rodríguez Iturri

A propósito del texto de las Secciones Normas Básicas, Impedimentos, Celebración del Matrimonio, Prueba del Matrimonio, Invalidez del Matrimonio, Deberes y Derechos que nacen del Matrimonio, Separación de Cuerpos, y Divorcio.

Creo conveniente formular algunos comentarios a la ponencia de Libro de Familia, para el nuevo Código Civil nacional.

No se trata de una reflexión doctrinaria, sino más bien de algunas precisiones en torno a algunos aspectos hallados en las Secciones Normas Básicas, Impedimentos, Celebración del Matrimonio, Prueba del Matrimonio, Invalidez del Matrimonio, Deberes y Derechos que nacen del Matrimonio, Separación de Cuerpos y Divorcio, Secciones de las que me ocupo ahora.

Deseo referirme a ello, no sin antes destacar con decisión la alta calidad de la ponencia formulada por el señor doctor Héctor Cornejo Chávez, reconocido como el más destacado académico de Derecho de Familia, en nuestro medio.

He aquí algunos comentarios:

NORMAS BASICAS

La ponencia dice:

"Art. 286.— El matrimonio produce parentesco de afinidad "entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos "del otro. Cada cónyuge se halla, por afinidad, en igual "línea y grado de parentesco con ellos que lo está el otro "por consanguinidad".

(El artículo continúa con un segundo párrafo, intrascendente para este análisis).

Se sugiere modificar la redacción de la segunda parte del primer párrafo del artículo. Se desea clarificar la norma. Para este fin se considera útil el Art. 120 del Código de Familia de Cuba, promulgada por Ley 1289 de 14 de febrero de 1975.

Se juzga que la expresión "cada cónyuge se halla, por afinidad, en igual línea y grado de parentesco con ellos, que lo está el otro por consanguinidad", puede ser sustituida por una expresión sintética y precisa —la cubana— que regla así: "los parientes consanguíneos de un cónyuge lo son del otro, por afinidad, en la misma línea y grado".

Entonces el Art. 286 del Proyecto asumiría el siguiente texto:

"El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno "de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro. Los "parientes consanguíneos de un cónyuge lo son del otro por "afinidad, en la misma línea y grado.

"La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del "matrimonio que la produzca. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y "mientras el ex-cónyuge viva".

IMPEDIMENTOS

En la Sección Segunda del Título Primero, el ponente ha desarrollado la teoría de los impedimentos matrimoniales. En el rico contenido, pueden introducirse algunas ideas.

Sugerimos clasificar los impedimentos en cuatro tipos:

- a) Físicos;
- b) Volitivos (ausencia de voluntad);
- c) Por razón de parentesco;
- d) Morales.

Tal distribución contribuye a una adecuada interpretación.

Dentro de este orden de ideas, un nuevo Art. 290 en el Proyecto, podría tener el siguiente contenido:

"Por ausencia de aptitud física no pueden contraer matrimonio los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisibile por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole".

El impedimento volitivo, que tantas veces tiene ligazón con el impedimento físico, constituiría un nuevo Art. 291 en el Proyecto, con el siguiente tenor:

"Por ausencia de aptitud volitiva y física no pueden contraer matrimonio:

- "1. Los impúberes. La pubertad legal se alcanza a los 18 años de edad. El juez podrá dispensar el impedimento por motivos graves siempre que el varón tenga 16 años cumplidos y la mujer 14;
- "2. Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental aunque tengan intervalos lúcidos;
- "3. Los sordomudos, ciegos-sordos y mudos-ciegos, que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable".

Por similitud se incluye en el Inc. 3; los casos del ciego-sordo y mudo-ciego.

En nuevo Art. 292 para el Proyecto, se encuadraría el impedimento matrimonial por razón del parentesco. El artículo asumiría la siguiente redacción:

"Por razón de parentesco no pueden contraer matrimonio:

"1. Los casados.

"2. Los consanguíneos en línea recta.

" El fallo que condena el pago de alimentos a favor del
" hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judi-
" cialmente produce también el impedimento a que se
" refiere este inciso.

"3. Los consanguíneos en la línea colateral dentro del se-
" gundo y tercer grado. Tratándose del tercer grado el
" impedimento podrá ser dispensado por el juez cuando
" existan motivos.

"4. Los afines en línea recta.

"5. Los afines en el segundo grado de la línea colateral
" cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disol-
" vió por divorcio y el ex-cónyuge vive.

"6. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas
" dentro de los grados señalados para la consanguini-
" dad y la afinidad en los incisos precedentes".

Un nuevo Art. 293, permitiría al Proyecto, siempre de ma-
nera ordenada, nuclear los casos de impedimento moral.

El precepto puede configurarse así:

"No pueden contraer matrimonio entre sí:

"1. El condenado como participe en el homicidio doloso
" de uno de los cónyuges con el sobreviviente, ni el pro-
" cesado por esta causa mientras dure el proceso.

"2. Quien rapta con la persona raptada mientras ésta se
" halle en su poder.

" El impedimento se extiende al caso de retención vio-
" lenta".

Hasta aquí se ha realizado una propuesta que en esencia en-
traña un reordenamiento técnico y coherente que, sin perjuicio
de la alta calidad de la ponencia, permite una captación precisa
de la teoría de los impedimentos matrimoniales en la ley. Se ha
hecho una tipificación legal de la teoría, sobre la base de sus
rasgos físicos, volitivos, parentales y morales.

Sólo para el caso del matrimonio del raptor, se ha modificado la redacción, a efectos de no dejar duda del sentido jurídico del impedimento (Art. 291, Inc. 7 del Proyecto).

Sin embargo, la doctrina presenta la incontestable vigencia de los matrimoniales ilícitos. En el Proyecto pudo corresponder a ellos una sección propia, pero bien cabe también la posibilidad de presentarlos en este segmento del Libro. El Proyecto sustenta el cuadro de matrimonios ilícitos en el Art. 292 que contiene tres incisos.

Nuestra propuesta tiene la siguiente formulación.

El numeral sería el 294, bajo el siguiente tenor:

"Son matrimonios ilícitos pero válidos:

- "1. El del tutor o el curador con el menor o el incapaz durante el ejercicio del cargo ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o curatela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor o curador que infringiere la prohibición perderá la retribución que le habría correspondido, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde por el desempeño del cargo.
- "2. El del viudo y la viuda, que no acredita haber hecho inventario judicial con intervención del Ministerio Público, de los bienes pertenecientes a sus hijos que esté administrando o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que los hijos no tienen tales bienes.
La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos. Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad.
- "3. El de la viuda en tanto no transcurran por lo menos 300 días de la muerte de su marido, salvo que diere a

“ luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada,
“ o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado.
“ El juez podrá conceder dispensa del plazo de espera
“ cuando sea imposible, atendidas las circunstancias, que
“ la mujer se halle embarazada de obra del marido.
“ No rige la prohibición tratándose de la mujer divor-
“ ciada cuando el divorcio se hubiera sentenciado por
“ causa del abandono malicioso del hogar durante más
“ de dos años continuos o por conversión de la separación
“ de cuerpos en divorcio por el transcurso de un año.
“ La viuda, la divorciada o la cónyuge cuyo matrimonio
“ hubiese sido invalidado, que contravenga la prohibición
“ contenida en este inciso perderá los bienes que hubiese
“ recibido del marido a título gratuito.
“ Es de aplicación a los casos a que se refiere este inciso,
“ la presunción de paternidad respecto del nuevo mari-
“ do”.

De esta manera quedaría explicada en la ley la tipología de los denominados matrimonios ilícitos, obteniéndose una notoria claridad en su presentación.

Como se aprecia se han respetado los casos sugeridos por el ponente. El del tutor y el curador mantienen el mismo contexto que en la ponencia; otro tanto ocurre con el caso del viudo o viuda que contrae nuevas nupcias sin previo inventario judicial con intervención del Ministerio Público. En cambio para el caso de la viuda, divorciada, o de aquella cuyo matrimonio se invalidó, y que contraen nuevas nupcias sin respetar el plazo que evita la turbatio sanguinis, hemos esparcido la sanción propia más allá de la viuda, que según el Proyecto es la única sancionada.

Apréciase que en esta Sección Segunda del Título Primero, no nos ocupamos del caso mencionado en la ponencia con el numeral 295. Se refiere al matrimonio del menor casado sin consentimiento legal. Tradicionalmente ha sido concebido este caso como matrimonio ilícito. Luego al ocuparnos del matrimonio del impúber, esbozaremos nuestra solución sobre esta materia.

De otro lado, y refiriéndonos al “Consentimiento para el Matrimonio de Menores”, en aras de una más adecuada subvisión

del contenido del Libro de Familia, sobre la base de la tendencia de los Códigos Civiles de 1852 y 1936, nos pronunciamos por una Sección propia.

La propuesta planteada en el Art. 293 nos parece saludable. Más sugerimos que se convierta tal numeral en la Sección Tercera del Capítulo I del Título Primero.

No habiéndose tratado en la ponencia, la parte procesal que se refiere a quién representa al menor ante el Juez de Menores, en ausencia de los representantes legales, podría resolverse con la sugerencia que como párrafo cinco proponemos en este nuevo Art. 295.

El texto queda como sigue:

“Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan
“del consentimiento expreso de sus padres. La discrepancia
“entre los padres equivale al consentimiento.

“Por falta, incapacidad absoluta o destitución de la patria
“potestad de uno de los padres, bastará el consentimiento
“del otro.

“A falta de ambos padres o si ambos fueren absolutamente
“incapaces o hubiesen sido destituidos de la patria potestad,
“prestarán consentimiento los abuelos y abuelas. En igualdad
“de votos contrarios, la discordancia equivalente al consen-
“timiento.

“A falta de abuelos y abuelas o sin son absolutamente inca-
“paces o hubiesen sido removidos de la tutela, corresponde
“al Juez de Menores otorgar o negar la licencia supletoria.
“La misma atribución corresponde al Juez de Menores tra-
“tándose de menores expósitos, abandonados, o que se en-
“cuentren bajo la jurisdicción especial del Libro IV, Título
“Quinto del Código Penal.

“Los menores cuando carezcan de la representación a que se
“refiere este artículo, solicitarán directamente el consenti-
“miento al Juez de Menores. Este deberá pronunciarse den-
“tro del quinto día, previa investigación sumaria, y con in-
“tervención del Ministerio Público.

“Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el consentimiento
“del padre o en su caso de los abuelos paternos, cuando a-
“qué! les hubiere reconocido voluntariamente. La misma re-
“gla se aplica a la madre y a los abuelos de la línea mater-
“na”.

Se observará que excepcionalmente ofrecemos impulso pro-
cesar al menor, inspirándonos en el Art. 143 del Código Civil de
1936, principio repetido en el Art. 325, Inc. 1, de la ponencia.

De esta manera se salva un escollo de significación social.

CELEBRACION DEL MATRIMONIO

Dentro del reordenamiento que estamos sugiriendo en este es-
tudio, la “Celebración del Matrimonio”, se ubicaría como la Sec-
ción Cuarta, correspondiente al Capítulo I del Título Primero.
Obviamente la numeración del articulado se iniciaría en el 295.

Los artículos de la ponencia que sugieren alguna inquietud
son el 316 y 310.

El Art. 316 se refiere al caso del matrimonio religioso, cele-
brado con sujeción a los cánones de la Iglesia Católica, el cual
produciría efectos civiles si se inscribe en el Registro del Estado
Civil.

Hay quien sostiene ya que el matrimonio in extremis, del
Art. 120 del Código Civil de 1936, carece de presencia en el no-
vísimo Proyecto. Y es posible que la redacción del Art. 316 in-
duzca a tal conclusión.

Nosotros no compartimos esta tesis. Creemos que el nu-
meral 316 del Proyecto, sí autoriza el matrimonio in extremis.
La ponencia dice “el matrimonio religioso, celebrado con sujeción
a los cánones de la Iglesia Católica, produce efectos civiles siem-
pre que se inscriba en el Registro del Estado Civil”. Y el Canon
1098 del Código Canónico de 1918, sí autorizaba la validez del
matrimonio in extremis. Ello implica que un matrimonio in extre-
mis celebrado con sujeción a la ley de la Iglesia, estaría validado

por la fórmula preceptual que utiliza el Art. 316 de la ponencia. Hay que concluir que si el reciente Código Canónico del 25 de enero de 1983, repite el precepto del Canon 1098, del derogado Código Canónico de 1918, el matrimonio in extremis está automatizado por el Proyecto de Código Civil peruano. Lamentablemente el novísimo Código Canónico no ha sido aún traducido al español.

Para evitar este alambicado proceso interpretativo, tal vez, en un nuevo Art. 317, podría repetirse la fórmula del Art. 120 del Código Civil de 1936 "si alguno de los contrayentes estuviere en inminente peligro de muerte, el matrimonio podrá celebrarse sin observar las formalidades que deben precederle. Este matrimonio se celebrará ante el párroco o cualquier otro sacerdote y no producirá efectos civiles cuando se contraiga entre personas incapaces".

De otro lado, el sistema que se legisla para la celebración del matrimonio es sensiblemente válido para los grupos humanos organizados en proximidad al Municipio. El Art. 310 de la ponencia se refiere al matrimonio civil celebrado ante la comunidad campesina. Sería conveniente considerar también el caso de las comunidades nativas. Aunque resulta imprescindible tomar conciencia de cuán profundo es realmente nuestro conocimiento sobre la vida y prácticas de estos grupos humanos.

LA PRUEBA DEL MATRIMONIO

"La Prueba del Matrimonio" se convertiría en la Sección Quinta del Capítulo I, Título Primero.

Esta sección está compuesta en la ponencia por la arquitectura jurídica, que constituyó "la prueba del matrimonio" en el Código Civil de 1936.

Como quiera que la puesta en vigencia del Proyecto derogará el Código Civil de 1936, nos preguntamos respecto al estado en que quedan tanto los matrimonios religiosos anteriores a 1936, como el reconocimiento de hijos extramatrimoniales inscritos parroquialmente antes del año 1936. Aparentemente hay aquí un va-

cío legal, salvo que la observación se considere salvada, para el caso de los matrimonios, por el dicho del numeral 316 de la ponencia, que sostiene: "el matrimonio religioso, celebrado con sujeción a los cánones de la Iglesia Católica, produce efectos civiles siempre que se inscriba en el Registro del Estado Civil". Sin embargo tal visión del problema afecta el principio de la retroactividad legal, contemplado en el Art. 187 de la vigente Constitución Política del Perú.

Sería entonces recomendable tratar este asunto en las disposiciones transitorias, finales, del Proyecto de Código Civil.

La formulación del precepto, podría inspirarse en el tenor del Art. 1827 del Código Civil de 1936:

"Las partidas de los Registros Parroquiales tendrán el mismo valor que las partidas de los Registros del Estado Civil, si se prueba, mediante la certificación respectiva, la inexistencia de este Registro en el lugar correspondiente, y siempre que el acto se haya inscrito en el Registro Civil.

"Las partidas de los Registros Parroquiales referidas a los hechos realizados antes de 1936, conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores.

"El reconocimiento de los hijos extramatrimoniales cuyas partidas sólo estuvieran extendidas en los Libros Parroquiales, podrá ser efectuado en estos libros, ante el párroco, con las formalidades previstas en el capítulo concerniente a "Filiación extramatrimonial", siempre que la inscripción se hubiere realizado antes de 1936".

INVALIDEZ DEL MATRIMONIO

La Sección Quinta, convertida en nuestra sugerencia en Sección Sexta, está referida a la "Invalidéz del Matrimonio".

Entre los Arts. 322 al 334, con singular versación, el ponente ha desarrollado la calificación y matices de los denominados matrimonios nulos y anulables.

Sabemos que la organización jurídico-familiar, sobre esta materia, posee una regulación que difiere en parte de la adoptada para el acto jurídico.

De acuerdo a la tesis tradicional los actos nulos son inconfirmables, en tanto que, en términos generales, el acto anulable sí es confirmable. En esta materia el Derecho de Familia tiene su propio derrotero.

Si analizamos el numeral 322, en sus 9 incisos, podemos apreciar la presentación de matrimonios, que por su naturaleza son auténticamente nulos, y otros que por mandato de dicho numeral —inspirado en el Código Civil de 1936— no lo son, aún cuando se les presenta bajo el título de "nulos".

Es por ello que con afán clarificador, y auspiciando un entendimiento transparente de esta institución, sugerimos desarrollar la teoría de la invalidez matrimonial, bajo la nomenclatura de matrimonios nulos y anulables pero haciendo un reordenamiento de éstos.

Esta es la propuesta:

"Art. 322.—

"Es nulo el matrimonio:

- "1) De los consanguíneos o afines en línea recta;
- "2) De los afines en segundo grado de la línea colateral
" cuando el matrimonio anterior se disolvió por divorcio
" y el ex-cónyuge vive;
- "3) Del condenado o procesado por el homicidio doloso
" de uno de los cónyuges con el sobreviviente a que se
" refiere el Art. 293, Inc. 1;
- "4) Del celebrado de mala fe por ambos contrayentes ante
" funcionario incompetente. La acción no podrá ser plan-
" teada por los cónyuges".

Quedarían ahí encuadrados los denominados matrimoniales nulos.

Luego en artículo distinto, cuya numeración debe establecerse en el reordenamiento de los numerales, se trataría el caso de los matrimonios anulables.

Un comentario previo. El caso del matrimonio del impúber y su similitud con el matrimonio del menor casado sin consentimiento del representante legal.

En el Código Civil de 1936 el caso del menor casado sin consentimiento del representante legal, se concibió como matrimonio ilícito. Es decir sujeto a sanción, pero válido. Es el caso del Art. 100.

De distinta manera trata el Art. 143 al impúber. Lo define como el que "... ha contraído matrimonio sin tener la edad requerida por la ley ...", pero en tal caso sí cabe demandar la nulidad matrimonial, salvo las excepciones de acceso a la pubertad y concepción.

El Proyecto de Código Civil sigue la tendencia del Código Civil de 1936.

Trata como matrimonio ilícito, sancionable pero válido, el caso del menor casado sin consentimiento de representantes legales (Art. 295 del Proyecto).

Luego en el Art. 325, el Proyecto refiere el caso del impúber. Es decir de aquél que contrae matrimonio sin tener edad requerida por la ley, y lo hace sujeto de anulabilidad.

Estamos ante casos aproximados, que tienen soluciones distintas.

Una interpretación conceptúa al impúber como aquél menor casado sin licencia judicial. En el otro caso, de matrimonio de menor la falta radicaría en la ausencia de consentimiento del representante legal.

Es innegable que un matrimonio de menor carente de licencia judicial constituye grave trasgresión legal, y agravia la se-

guridad social. Por ello es entendible la sanción de anulabilidad propuesta. Pero tan grave como ello es el caso del menor casado sin consentimiento de sus padres, abuelos, o representante, es decir de quienes deben decidir por él.

Queremos armonizar una solución común para casos tan aproximados.

El artículo pertinente tendría el siguiente tenor:

“Es anulable el matrimonio:

“Inc. 1.—

“Del menor que se casa sin licencia judicial, pero se confirma si el menor ha alcanzado la edad legal o si la mujer hubiese concebido.

“El mismo principio es aplicable al caso del matrimonio del menor que se casa sin consentimiento de quien debe darlo.

“La anulación puede ser demandada por el menor, por sus ascendientes sino hubiesen prestado consentimiento para el matrimonio, y a falta de éstos por el consejo de familia.

“Cuando la anulación ha sido obtenida a instancia de los padres, ascendientes o consejo de familia, los cónyuges al llegar a la pubertad legal podrán confirmar su matrimonio ante el juez. La confirmación tendrá efecto retroactivo”.

Los otros casos de anulabilidad serían los siguientes:

“Inc. 2.—

“Del enfermo mental, aunque tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente a los cónyuges y caduca si no se interpone durante el período de un año a partir del día en que cesó la incapacidad;

“Inc. 3.—

“Del sordomudo, del ciego-mudo y del sordo-ciego que no supieren expresar su voluntad de una manera indubitable. Empero, si ha aprendido a expresarse sin lugar a duda, es de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso anterior;

"Inc. 4.—

"Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bigamo
"ha fallecido o si el primer matrimonio ha sido invalida-
"do o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del
"bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hu-
"biere actuado de buena fe. La acción caduca sino se inter-
"pone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo
"conocimiento del matrimonio anterior.

"Tratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge
"de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte
"presunta de éste, sólo podrá ser impugnado, mientras dure
"el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge siempre que
"hubiera procedido de buena fe.

"Terminado el estado de desaparición, ninguno podrá im-
"pugnar el nuevo matrimonio si se ha declarado la muerte
"presunta; mas el primer matrimonio recobrará plena validez
"y el segundo valdrá en su caso como putativo, si la ausen-
"cia terminase por el regreso del desaparecido;

"Inc. 5.—

"De los consanguíneos en segundo y tercer grado. El matri-
"monio se convalida si se obtiene dispensa judicial del pa-
"rentesco;

"Inc. 6.—

"De quienes lo hubiesen celebrado con prescindencia de los
"trámites previstos por la Sección respectiva de este Libro.
"El matrimonio se convalida con efecto retroactivo, si ambos
"cónyuges hubiesen actuado de buena fe, y se subsana la
"defección de trámite en que se hubiere incurrido.

"Inc. 7.—

"De quien lo contrajo teniendo el impedimento de sanidad a
"que se refiere el Art. 290 de la propuesta. La acción sólo
"puede ser intentada por el cónyuge del enfermo y caduca
"si no se interpone dentro del plazo de un año a partir del
"momento en que tuvo conocimiento de la dolencia o el vicio.

"Inc. 8.—

"De quien rapta con la persona raptada mientras se halle
"en su poder, o del realizado con retención violenta. La ac-
"ción corresponde a la víctima, y sólo será admisible si se
"plantea dentro del plazo de dos años de celebrado el casa-
"miento.

"Inc. 9.—

"De quien lo contrario sin hallarse en el pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera. La acción sólo podrá ser interpuesta por el cónyuge perjudicado dentro de los dos años de la celebración del casamiento y siempre que no haya hecho vida común durante seis meses después de desaparecida la causa;

"Inc. 10.—

"De quien lo contrajo por error sobre la identidad física del otro contrayente o por ignorancia de alguna calidad sustancial del mismo que haga insoportable la vida común. Se reputan calidades sustanciales la vida deshonrosa, el haber sido condenado a más de dos años de pena privativa de la libertad y el estado civil de divorciado;

"Inc. 11.—

"De quien lo contrajo bajo amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor sin el cual no lo hubiera contraído.

"El juez apreciará las circunstancias, sobre todo si la amenaza hubiera sido dirigida contra terceras personas. El simple temor reverencial no anula el matrimonio. La acción corresponde al cónyuge perjudicado y sólo puede ser interpuesta dentro del plazo de dos años de celebrado el casamiento;

"Inc. 12.—

"De quien adoleciera de impotencia absoluta al tiempo de celebrarlo. La acción corresponde a ambos cónyuges y está expedita en tanto subsista la impotencia. No procede la acción si ambos cónyuges son impotentes;

"Inc. 13.—

"De quienes, de buena fe en uno o en ambos cónyuges, lo han contraído ante funcionario incompetente, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de dicho funcionario. La acción corresponde únicamente al cónyuge o cónyuges de buena fe y debe interponerse durante el año siguiente a la celebración del casamiento".

Apréciase que se ha respetado la redacción del autor de la ponencia, salvo en las propuestas que hacemos de Inc. 6 e Inc. 8, por considerar que las introducciones contribuyen a una clarificación sobre la materia.

DEBERES Y DERECHOS QUE NACEN DEL MATRIMONIO

Luego en la ponencia aparece el Capítulo II, referido a las Relaciones Personales entre los Cónyuges, el que en Sección Unica trata "Los Deberes y Derechos que nacen del Matrimonio".

Esta Sección, se encuentra informada por los preceptos del Código Civil de 1936, y dirigida a dar cumplimiento a lo preceptuado en el Art. 2, Inc. 2, de la Constitución Política del Perú (79-80). Se trata de afirmar, por ley civil, la igualdad de derechos y deberes del hombre y la mujer. Expresando nuestro absoluto acuerdo con el principio, no ocultamos nuestra gran inquietud por las dificultades que surgirán cuando se ejerciten estos derechos. Concedidos éstos, sólo el diálogo maduro entre los cónyuges, constituirá alternativa de solución constructiva. Nos interrogamos respecto a si las gentes de nuestro país están preparadas para administrar estos derechos en aras del fortalecimiento de la familia.

Luego en el análisis excluimos el Capítulo III "Régimen Patrimonial del Matrimonio, Sección Primera: Disposiciones Generales", dejándolo para oportunidad distinta.

SEPARACION DE CUERPOS

Nos referimos en cambio al Capítulo IV: "Decaimiento y Disolución del Vínculo", Sección Primera (Separación de cuerpos).

El ponente ha realizado un excelente trabajo de reordenamiento técnico y coherente, basándose en correcciones al Código Civil de 1936 en esta materia.

Sin embargo el Art. 380 de la ponencia, sobre causas de Separación de Cuerpos, nos ha merecido algunos comentarios, en los Incs. 5 y 9, así como en el párrafo final.

Respecto al Inc. 5 "el abandono malicioso de la casa conyugal por más de dos años continuos", creemos que en aras de la organicidad, debe estar convenientemente seguido por el texto del Art. 384 de la ponencia. La naturaleza del texto del Art. 384 de la ponencia así lo obliga.

El Art. 384 de la ponencia sostiene que "si uno de los cónyuges abandona maliciosamente la casa conyugal más de una vez y la duración sumada de los períodos de abandono excedieran de dos años, el juez podrá declarar la separación aunque cada período no llegue a dos años".

Apreciando el contenido del numeral citado es conveniente incorporarlo como párrafo segundo del Inc. 5, Art. 380 de la ponencia.

En cuanto al Inc. 9 del Art. 380, pensamos que es procedente determinar, a fin de que no exista duda, que la condena a que se refiere, tiene relación exclusiva con la comisión de delitos dolosos. Por ello, reformulamos el texto de este Inc. 9 bajo el siguiente tenor: "la condena a pena privativa de la libertad mayor de 2 años impuesta por delito doloso después de la celebración del matrimonio".

Siempre dentro de la tendencia de hacer claro y coherente el Proyecto observamos que, el último párrafo del Art. 380 de la ponencia, no tiene ligazón directa con el Inc. 9 que lo precede. Este párrafo final se refiere a la procedencia de mutuo disenso después de transcurridos dos años desde la celebración del matrimonio. Es conveniente la autonomización de tal párrafo en un artículo propio.

El Art. 381 de la ponencia, inspirado en el Art. 248 del Código Civil de 1936, se refiere a los titulares de la acción de separación. La acción corresponde a los cónyuges, pero si alguno de ellos deviene en incapaz a causa de enfermedad mental o ausencia, puede ser representado por sus ascendientes.

Formulado así el precepto, observamos que el incapaz sin ascendientes, teniendo derecho a accionar, carece de representante competente. En concordancia con el Art. 248 del Código Civil de 1936, consideramos válida la alternativa de concederle a tal incapaz la posibilidad de contar con un curador especial, el que sólo puede demandar la separación de cuerpos.

El artículo quedaría bajo la siguiente regla:

“La acción de separación corresponde a los cónyuges”.

“Si alguno de ellos fuere incapaz de ejercerla, a causa de enfermedad mental o ausencia, podrá ser representado en la acción de separación por causal específica por cualquiera de sus ascendientes. A falta de ascendientes un curador especial sólo podrá ejercer la acción de separación de los casados”.

Luego merece nuestra atención el Art. 390 de la ponencia. Se refiere a la pensión alimenticia con que deben concurrir los padres entre sí y éstos respecto a sus hijos.

La experiencia económica del país y la realidad de las necesidades humanas, obligan a pensar en propuestas que den al instituto de los alimentos, la dinamicidad que requieren las urgencias de los hombres.

Una porción muy significativa de los demandados por alimentos corresponden al sector ocupacional de trabajadores independientes, cuyos ingresos son tantas veces difícil de verificar. Otra cuota de demandados pertenecen al campo laboral de los dependientes, cuyos ingresos sí son verificables. Estos últimos ingresos están sujetos a aumentos periódicos. Sugerimos que en las sentencias sobre juicios de alimentos, no se estime el pago de cantidades fijas en soles, sino el abono de porcentajes del sueldo real del trabajador, pago éste que debe ser abonado directamente por el empleador bajo responsabilidad.

Esta mecánica permitiría al demandado enfrentar las urgencias del alza de costo de vida, y lo situaría en la posibilidad de no activar repetidas veces juicios de aumento de pensión alimenticia.

Esta sugerencia, debería tenerse en cuenta, también para el análisis de la sección correspondiente a “Alimentos”. En dicha sección debería aparecer la regla que ordene este principio para normar el pago de alimentos.

DIVORCIO

Luego en la Sección Segunda, sobre "Divorcio", nos llama a comentario el Art. 398 de la ponencia. El artículo se refiere a la relación alimentaria entre los ex-cónyuges.

El artículo de la ponencia está compuesto por seis párrafos. En los párrafos 2 y 3 percibimos una misma tendencia, Sancionan con el pago de alimentos al cónyuge culpable. Es la culpa la que se sanciona.

Así, el párrafo segundo del Art. 398 de la ponencia afirma:

"Sin embargo, si se declara el divorcio por culpa del marido y la mujer no tiene bienes propios ni ganancias suficientes, ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo, el juez asignará en favor de ella una pensión alimentaria que no exceda de la tercera parte de la renta de aquél".

El tercer párrafo del mismo numeral 398 de la ponencia afirma que:

"Lo dispuesto en el párrafo anterior regirá a favor del marido en caso de declararse el divorcio por culpa de la mujer si ésta tuviera rentas suficientes y el marido fuere pobre e imposibilitado para el trabajo".

Los dos párrafos del Art. 398, segundo y tercero, sancionan con el pago de alimentos al cónyuge culpable.

Sin embargo el párrafo quinto del mismo numeral 398, rompe con el principio de sancionar alimentariamente, al cónyuge que con su culpa determinó el naufragio del matrimonio.

Dice tal párrafo quinto:

"El ex-cónyuge indigente debe ser socorrido por su consorte, aunque hubiese dado motivos para el divorcio".

Este párrafo se inspira en el Art. 263 del Código Civil de 1936.

Como acto humanitario la medida es justificada. Mas, disuelto el vínculo marital, no encontramos convincente que el cónyuge ofendido, deba concurrir, tal vez de por vida, al mantenimiento alimentario de quien provocó el sucumbamiento del matrimonio. A él, al cónyuge ofendido, más bien hay que situarlo en actitud plena de que pueda realizar su vida, alimentando debidamente a su prole, y también adecuadamente a su nuevo consorte para quien en modo alguno deben quedar resabios de la presencia del mal cónyuge anterior.

Por esta consideración nos pronunciamos por la supresión del párrafo quinto del Art. 390 de la ponencia.

Dificultad en la disposición del tiempo, frustra ahora, el anhelo de pronunciarnos con comentarios cuasi-elaborados, en los ámbitos del Régimen Patrimonial, Adopción y Relación paterno-filial, Sección hasta la que llega la enseñanza que impartimos en aulas universitarias sobre el curso Derecho de Familia I.

Sin embargo, antes de concluir, resulta crucial y necesario, oportuno, repetir aquí, como parte de este informe, el fundamento de nuestra oposición, a la propuesta de nueva causal de divorcio ("divorcio por el mérito del abandono de hecho"), asunto que se debate en el seno de la Comisión Revisora.

Advertimos que nuestra oposición a la causal sugerida, no implica negativa alguna a discutir con rigor otra u otras sugerencias en el campo de la causalidad del divorcio. Empero, la sugerida, la advertimos reñida con preceptos jurídicos, morales y sociales.

He aquí un esbozo de mis razones:

A raíz de la promulgación de la Ley 8305, Código Civil vigente en el Perú, desde el 14 de noviembre de 1936, son causas de divorcio absoluto las siguientes:

- a) El adulterio;
- b) La sevicia;
- c) El atentado contra la vida del cónyuge;
- d) La injuria grave;
- e) El abandono malicioso de la casa conyugal, siempre que haya durado más de dos años continuos;
- f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida común;
- g) El uso habitual e injustificado de sustancias estupefacientes;
- h) La enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio;
- i) La condena por delito a una pena privativa de la libertad, mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.

Este es el sistema que ha imperado durante 46 años en nuestro país. El doctor Héctor Cornejo Chávez, por sí declarado anti-divorcista, autor de la propuesta del Libro de Familia del Proyecto de Código Civil peruano, salvo dos precisiones prácticas en las causas e) y g) antedichas (la primera permitiendo que periodos de abandono menores de dos años puedan acumularse para efectos de invocar la causal, y la segunda incorporando el uso de drogas alucinógenas como razón de divorcio), ha repetido los motivos de disolución del vínculo preexistentes en el Código Civil peruano de 1936.

Sin embargo, al interior de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil, ha surgido la iniciativa de ampliar en una más las causas de divorcio en el Perú.

El alcance (no la redacción) de la nueva regla jurídica sería el siguiente:

- Si los cónyuges se separan de hecho, por un periodo no menor de cinco años continuos, el juez deberá declarar el divorcio absoluto, a solicitud de cualquiera de los cónyuges.

Esta radical innovación, colocará al Perú en una suerte de pionero ensayista de una fórmula que ha sido experimentada en nuestro continente excepcionalmente en la vecina República del

Ecuador, país divorcista en América desde la ley del 2 de octubre de 1902, Art. 21, Inc. 4, y cuyos resultados sociales aquí se desconocen (1).

Es cierto, que en esta hora de la historia, resulta manifiesto, encontrarnos frente a una corriente divorcista en el universo jurídico, sólo alterada por los matices que sellan las características de cada legislación. Que son incontables quienes piensan como el ex-Presidente de Chile, don Arturo Alessandri, quien en pleno ejercicio de su mandato, e impulsando el divorcio en su patria afirmaba: "Considero que el matrimonio indisoluble es un crimen. Condenar a una criatura a eterna soledad sentimental por una equivocación o desgracia de la vida, es ir contra las leyes de la naturaleza" (2), sin que sus dramáticas palabras hayan variado para nada, hasta la fecha, el sistema jurídico antidivorcista chileno.

Es probable que el divorcio absoluto constituya un mal necesario. La complejidad de la conducta humana y de las circunstancias propias de la vida, parecen aconsejar que, en efecto, hay dolorosos casos que no tienen más ruta resolutive que la del divorcio absoluto. Una porción muy significativa de juristas en el universo sostienen aquello. El doctor Héctor Cornejo Chávez, notable especialista en el ámbito del Derecho de la Familia, público antidivorcista, tampoco ha osado contradecir la corriente establecida por el Código Civil de 1936.

El debate de ayer, sigue teniendo hoy la misma connotación.

De un lado quienes sostienen con rotundidad, que el matrimonio alberga en sus mismas entrañas un principio y un fin de interés público; que al lado de sus superiores valores (perpetuación de la especie, educación de la prole y asistencia recíproca), apunta a la creación y a la consolidación de una sociedad en or-

(1) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano, 2º fascículo, Sesión 52, de 31 de octubre de 1923, página 134. Informe de Leyes de Divorcio en los Países Americanos, Secretaría General, OEA, Washington, D. C., 1974, páginas 19 y 20.

(2) Actas de las Sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano, 2º fascículo, Sesión 52, de 31 de octubre de 1923, página 138.

den; que no podrá hablarse de orden, en tanto no haya un adecuado control de las relaciones humanas, y un firme e irreductible respeto a los derechos y a los deberes asumidos a partir de la concreción del matrimonio.

Al frente, en cambio, se encuentran los que podríamos llamar privatistas. Se hallan motivados por una búsqueda individualista de la felicidad. Se animan por una suerte de eudemonismo. Aspiran a su propio interés y a su satisfacción personal, aún cuando sería atrevido afirmar que no aspiran a la felicidad de otros.

Es esta la antigua polémica sobre el divorcio en la que tanto incide la concepción doctrinaria del universo, la formación del alma, y la educación del instinto. Es un problema axiológico.

Mas no hay duda que para algún o algunos legisladores en la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil, hasta hoy no hemos avanzado suficiente en el Perú en materia de causalidad para el divorcio, y se sugiere la fórmula antes expuesta.

“Nadie puede invocar hecho propio”, ha sido y es un antiguo precepto doctrinario que reza desde tiempo en nuestra legislación. Supone que en materia de divorcio, el cónyuge que incurre en alguna(s) de las causales agraviantes, no puede plantear judicialmente tal hecho para solicitar la disolución del vínculo. Esta es potestad del consorte agraviado, el cual de acuerdo a su propia concepción de las circunstancias, podrá actuar desde el perdón conciliatorio y generoso hasta la radical decisión de poner fin a la vida marital. Jamás se ha concebido en nuestra tradición jurídica, y en una porción muy significativa del universo jurídico, conceder al cónyuge ofensor, la facultad disolutoria del matrimonio en el instante en que convenga a sus particulares intereses personales.

Constituye ello una suerte de estremecedor beneficio al cónyuge libertino; auspiciará psicológicamente los acercamientos clandestinos en la expectativa de convertirlos en futuro matrimonio. Tal causalidad introducida como motivo de divorcio, hará perder por completo a esta institución el carácter de docencia moral

que pudiera atribuirsele. El agravante no sólo agraviará a su cónyuge y a su familia, agraviará a la soledad, a su orden, lo socavará, e ingresaremos a una pendiente de resultados impredecibles.

La propuesta surgida al interior de la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil, convierte al matrimonio en un acto contractual casi inexistente y ciertamente desconoce, en absoluto, el carácter de institución del matrimonio. La propuesta sugiere que la simple voluntad unilateral de una de las partes que actuó en el contrato (como acto) matrimonial, puede poner fin al matrimonio. No interesa el matrimonio como estado; no interesan los efectos sociales y morales de la ruptura; ni siquiera interesa el divorcio como docencia moral, pues quien ofendió a la familia, puede aún burlarla en los estrados judiciales, mofándose de ella, invocando su agravio como razón suficiente. Y se propone que el Estado cautele tamaña afrenta. Aún en las rescisiones contractuales más efímeras, en las de menor trascendencia o repercusión, por el mérito de su bilateralidad, de haber actuado dos partes, se requiere que ellos en conjunto transijan respecto a la solución adecuada. En la propuesta no, pese a que se trata de la convención más importante que pueden suscribir dos seres humanos, que por su libre voluntad unen sus vidas en el juramento de la fidelidad, de la cohabitación y de la asistencia recíproca. Pese a que se trata de la familia, de la auténtica célula fundamental de la sociedad, la convención puede ser rota arbitraria y unilateralmente, aún por el cónyuge agravante. Nadie imagina ahora, entre nosotros, un matrimonio validado por la simple voluntad de uno de los contrayentes; sería ello calificado probablemente como una monstruosidad. Pero nada de extraño, de irregular, se halla en la ruptura del vínculo matrimonial por el mérito de una simple voluntad unilateral.

Para esta posición la teoría del matrimonio-institución no tiene preferencialidad. La relación matrimonial, puede ser interrumpida o concluida ad libitum. Los deberes y los derechos matrimoniales, las relaciones y responsabilidades propias de él, son una suerte de simplista negocio jurídico, que puede ser resuelto de acuerdo a la arbitraria orientación de una voluntad.

¿Es a este tipo de formulación y propuesta, a que se refiere la flamante Constitución del Estado, cuando declara que "El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la nación..." (Art. 5)?

Una rápida revisión de la relación de causas de divorcio que nuestro derecho ampara, nos llevará con facilidad a la comprobación de que quienes invocan el divorcio, lo hacen argumentando uno o varios motivos. Pero una es, cruda y rotunda, tantas veces, la capital razón de su proceder, la presencia de una tercera persona extraña al matrimonio. Los magistrados, encargados de juzgar incontables casos de esta naturaleza, tal vez, puedan añadir algunas palabras a lo aquí expresado. Y si este aserto se confirma, como parecería manifiesto, la propuesta que se sugiere ¿no se constituirá en una suerte de vestíbulo del amor libre?

Habrán quienes afirmen que la ponencia es sana; que concluido el amor no hay ya matrimonio; y que resulta imprescindible regularizar toda unión clandestina. Mas legalizar estos fenómenos no conduce a eliminarlos, ni resulta política sana para la educación social y moral de un pueblo. Con tan sencillo expediente, fácil será estar jamás en falta, pues frente a la ley que nos dice que un hecho es malo, bastará invocar otra que nos diga que ese mismo hecho es bueno. No se trata de disfrazar las realidades; se trata de revisar con el más profundo criterio de conciencia, la responsabilidad ética que entraña un matrimonio.

Admitida esta causal, el divorcio romperá el marco dentro del cual pretendió encerrársele, y avanzará en nuestra sociedad como torbellino, socavando el matrimonio hasta desnaturalizarlo.

La ola desencadenada de la pasión humana es difícil de controlar cuando se es imprudente; es probable que si la Comisión Revisora rechaza la causal propuesta, se frustren algunas vidas, pero concedida, se pondrá en la familia y en la sociedad un factor de descomposición tan terrible que, tal vez no nos permita, a quienes lo toleramos, soportar mañana el juicio de la historia.

Ocurre que la simple existencia de una causal de naturaleza tolerante y liberal como la que se comenta, estimulará inmaduros,

irreflexivos e impremeditados matrimonios, de quienes van al acto civil, inciertos y confusos, pero seguros de que transcurrido un lapso, tienen a su antojo abierta la alternativa de concluir con el vínculo matrimonial, en el instante en que lo resuelvan.

En el ámbito social la propuesta parece no adaptarse al concepto de realización integral de la persona humana.

El país se encuentra en trance remoto, de resolver el problema de sus gentes, dieciocho o más millones de habitantes. Más aún, si se trata de activar su superpoblación, mediante ensayos polémicos. El imperio del instituto sexual es extraordinario, y a veces desbordante. El esposo que ha obtenido el beneficio de la partenidad, también lo intentará, sin muchas dudas en su segunda unión marital. Los hijos de un sólo padre se multiplicarán. El varón será desde ese instante socorro de dos hogares. A ambos quedará ligado, por moral y por ley. Columna de sustento para la educación, la alimentación, la salud, el vestido, el techo, recreo, ¿será capaz de cumplir con dignidad, y en eficiencia, la tarea por sí titánica que demanda el cuidado de un solo hogar?

El Censo Nacional de 1972, estableció que el 44% de la población eran menores, de 0 a 15 años (3). Cuarenticuatro por ciento que requiere de una justa dedicación de sus padres, y de una familia organizada.

La tasa de fecundidad en el Perú, en un siglo, sólo descendió 6.0 (de 43.6 a 37.6 por mil) (4).

Para 1990, un Perú de 23'322.9 habitantes, albergará a 41% de menores de 0 a 14 años. O lo que es igual, 9'519.4 de niños (5). Más del cuarenta por ciento de la población con derecho natural a una familia organizada, a un padre y a una madre, a un orden, y a un destino digno como personas humanas.

- (3) "El Niño en el Perú", Instituto Nacional de Estadística y UNICEF, 1978, página 10.
- (4) "El Niño en el Perú", Instituto Nacional de Estadística y UNICEF, 1978, página 19.
- (5) "El Niño en el Perú", Instituto Nacional de Estadística y UNICEF, 1978, páginas 11 y 16.

La causal sugerida al interior de la Comisión Revisora del Proyecto del Código Civil, reclama de mucha madurez para su lícito ejercicio. De mucha responsabilidad, que sólo se engendra por la educación y sus valores. De extraordinario grado de preparación integral, para marcar con atinado valor (axiológico), el equilibrio de una decisión humana. ¿Es el caso del hombre peruano? Una muestra del 5% de la población nacional, para padres de menores de 0 a 15 años, recogida del Censo de Población y Vivienda de 1972 nos dice que el 83.8% de padres no concluyeron siquiera la educación primaria (6), y aún cuando hay otras alternativas indudables de formación ¿quién podría desconocer la trascendencia excepcional de la escuela?

En un país marcado demográficamente con el sello de la niñez, por qué entregarla, sola e indefensa, al albedrío de un modelo familiar enfrentado a las pautas morales y a las necesidades sociales. Hoy mismo, sobre esta materia, y ante el Congreso de la República, el diputado Giusti La Rosa, Presidente de la Comisión de Familia, a propósito del problema nutricional, ha declarado ante los legisladores que dos millones de niños se encuentran absolutamente abandonados, deambulando en nuestra sociedad.

Es fundamental, tomar en cuenta toda esta exposición de motivos, para previo análisis, decidir sobre ella.

(6) "El Niño en el Perú", Instituto Nacional de Estadística y UNICEF, 1978, página 38.

DOCUMENTOS

Proyecto del Libro de Registros Públicos presentado a la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936 por los Drs. Jack Bigio Ch. y Víctor Ramírez V.

PROYECTO DEL LIBRO DE REGISTROS PUBLICOS LIBRO IX

REGISTROS PUBLICOS

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1º.— Los registros públicos de que trata este Libro son los siguientes:

1. Registro de la Propiedad Inmueble.
2. Registro de Personas Jurídicas.
3. Registro de Mandatos.
4. Registro Personal.

5. Registro de Testamentos.
6. Registro de Declaratoria de Herederos.
7. Registros de Bienes Muebles.

Fuentes:

Artículo 1036º Código Civil vigente.

Artículo 117º del Reglamento General de los Registros Públicos.

Decreto Ley Nº 14607, Registro de Declaratoria de Herederos.

Artículo 2º.— Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código y a sus leyes y reglamentos especiales.

Fuentes:

Artículo 1037º Código Civil vigente.

Artículo I del Reglamento General de los Registros Públicos.

Artículo 3º.— La inscripción se hará en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria.

Fuentes:

Artículo 1041º Código Civil vigente.

Artículo 122º, 175º del Reglamento General de los Registros Públicos.

Artículo 4º y 5º del Reglamento de las Inscripciones.

Artículo 3º Ley Hipotecaria Española.

Artículo 3º Ley 17.801 Argentina. Registro de la Propiedad Inmueble.

Artículo 2657º Código Civil Italia.

Artículo 1542º Código Civil Bolivia.

Artículo 4º.— Los registradores calificarán la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos y de los asientos de los registros públicos.

Fuentes:

Artículo 1044º Código Civil vigente.

Artículo IV, 42º inciso b, 78º, 87º, 150º, 151º del Reglamento

General de los Registros Públicos.
Artículos 18º, 99º, de Ley Hipotecaria Española.
Artículo 8º Ley 17.801 Argentina, Registro de la Propiedad Inmueble.

Artículo 5º.— Se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona está enterada del contenido de las inscripciones.

Fuentes:

Artículo V del Reglamento General de los Registros Públicos.

Artículo 6º.— El contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

Fuentes:

Artículo VII del Reglamento General de Registros Públicos.
Artículo 1º de Ley Hipotecaria Española.
Artículo 1544 Código Civil Bolivia.

Artículo 7º.— El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Fuentes:

Artículo 1052º Código Civil vigente.
Artículos VIII, IX y 173º del Reglamento General de los Registros Públicos.
Artículo 5º, inciso 6º D. S. 015-68-JC.
Artículo 2644º Código Civil Italiano.
Artículo 68º Código Civil Alemán.
Artículo 34º Ley Hipotecaria Española.
Chico y Ortiz, José María, "Estudios Sobre Derecho Hipotecario". Tomo I, pág. 277.

Artículo 8.— Ninguna inscripción, salvo la primera, se hará sin que este inscrito o se inscriba el derecho de donde emane.

Fuentes:

Artículo 1045º Código Civil vigente.

Artículo 13º del Reglamento de las inscripciones.

Artículo 20º Ley Hipotecaria Española.

Artículo 2650º Código Civil Italiano.

Artículo 15º Ley 17.801 Argentina. Registro de la Propiedad Inmueble.

Artículo 9º.— La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el Iregistro.

Fuentes:

Artículo VI del Reglamento General de los Registros Públicos.

Artículo 1545º Código Civil de Bolivia.

Artículo 17º, Ley Hipotecaria Española.

Artículos 17º, 19º y 25º de Ley 17.801. Argentina. Registros de Propiedad Inmueble.

Perez Lasala, José Luis, "Derecho Inmobiliario Registral" pág. 151.

Artículo 10.— No podrá inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior.

Fuentes:

Artículo 1047º Código Civil vigente.

Artículos 66º y 67º del Reglamento de las Inscripciones.

Artículo 17º Ley Hipotecaria Española.

Artículos 17º, 19º y 25º de Ley 17.801. Argentina. Registros de Propiedad Inmueble.

Perez Lasala, José Luis, "Derecho Inmobiliario Registral", pág. 151.

TITULO II

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

Artículo 11º.— Para la inmatriculación o primera inscripción de dominio, se deberá exhibir títulos por un periodo ininterrumpido de 5 años, o en su defecto títulos supletorios.

Fuentes:

Artículo 1046º del Código Civil vigente.

Artículos 1296º y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Decreto Supremo Nº 015-68-JC.

Artículos 10º y siguientes de la Ley 17,801. Argentina. Registros de la Propiedad Inmueble.

Artículos 199º, 205º de la Ley Hipotecaria Española.

Artículo 298º del Reglamento de la Ley Hipotecaria Española.

Artículo 982º del Proyecto del Código Civil.

Artículo 12º.— Son inscribibles en el registro del Departamento o Provincia donde este ubicado cada inmueble:

1. Los actos y contratos que constituyan, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
2. Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
3. El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los actos o contratos registrados.
4. Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
5. Los contratos de arrendamiento.
6. Los embargos.
7. Las demandas, resoluciones y sentencias que a juicio del juez se refieren a actos o contratos inscribibles.
8. Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.

Fuentes:

Artículo 1042º del Código Civil vigente.

Artículo 1305º del Código de Procedimientos Civiles.

Artículos 1º y 2º del Reglamento de las Inscripciones.
 Artículo 2643º y 2663 del Código Civil Italiano.
 Artículo 1540º del Código Civil Boliviano.
 Artículo 2º de la Ley 17.801, Argentina. Registros de la Propiedad Inmueble.
 Artículo 2º de la Ley Hipotecaria Española.
 Artículo 3002º del Código Civil Mejicano de 1932.
 Artículo 1125º del Código Civil de Guatemala de 1963.
 Artículos 1920º, 1921º y 1922º del Código Civil de Venezuela de 1942.

Artículo 13º.— El reglamento indica los casos en que los actos y contratos a que se refiere el artículo anterior, son materia de simple anotación y determina los demás que sean inscribibles.

Fuentes:

Artículo 1043º del Código Civil vigente.
 Artículo 70º del Reglamento de Inscripciones.

Artículo 14.— Los actos o títulos referentes a la sola posesión, que aún no han cumplido con el término de prescripción adquisitiva, no son inscribibles.

Fuentes:

Artículo 5º de la Ley Hipotecaria Española.
 Artículo 2º de la Ley 17.801, Argentina. Registros de Propiedad Inmueble.
 Artículo 2503º del Código Civil Argentino.
 Artículo 1540º del Código Civil Boliviano.
 Artículo 2643º del Código Civil Italiano.
 Chico y Ortiz, José María. "Estudios sobre Derecho Hipotecario", págs. 841 y 846.
 De Cossio y Corral, Alfonso. "Instituciones de Derecho Hipotecario", págs. 181 y siguientes.

Artículo 15º.— Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone este inscrito con anterioridad al de aquél a quien se opone.

Si se trata de derechos de diferentes naturaleza se aplicarán las disposiciones del derecho común.

Fuentes:

Artículo 1050º del Código Civil vigente.

Pardo Márquez, Bernardo, "Derecho Registral Inmobiliario", pág. 343.

TITULO III

REGISTRO DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Artículo 16º.— Este registro constará de siete libros:

1. De asociaciones.
2. De funciones.
3. De comités.
4. De sociedades civiles.
5. De sociedades civiles de responsabilidad limitada.
6. De cooperativas.
7. De empresas de propiedad social.

Fuentes:

Inciso 11 del artículo 2º de la Constitución.

Artículo 1053º del Código Civil vigente.

Artículo 128º del Reglamento de Inscripción.

Artículo 190º del Decreto Ley N° 20598.

Artículo 14º de la Ley N° 15260.

Título II, Libro I, del Proyecto del Código Civil.

Artículo 17º.— En el libro de asociaciones se expresará lo señalado en el artículo (18º del Proyecto)
... y además:

1. Toda modificación del estatuto de la asociación.
2. Los integrantes de la Junta Directiva y sus facultades.
3. El nombramiento, facultades y remoción de los representantes.

4. La disolución de la asociación y el destino de su patrimonio.

Fuentes:

Artículo 1054º del Código Civil vigente.

Artículo 132º del Reglamento de Inscripciones.

Artículo 169º Proyecto del Código Civil.

Artículo 18º.— En el libro de fundaciones se expresará lo señalado en el artículo (219º del Proyecto) y además:

1. El nombramiento, facultades y remoción de los administradores.
2. La disolución o extinción de las fundaciones, así como el destino de su patrimonio.

Fuentes:

Artículo 1055º del Código Civil vigente.

Artículo 133º del Reglamento de Inscripciones.

Artículo 219º del Proyecto del Código Civil.

Artículo 19º.— En el libro de comités se expresará:

1. El acto constitutivo y el Estatuto.
2. Las modificaciones del estatuto.
3. El nombramiento, remoción y renuncia de los miembros del Consejo Directivo, de los Apoderados y los representantes.
4. La disolución y liquidación del comité, así como el destino de sus bienes y patrimonio.

Artículo 20º.— En el libro de sociedades civiles se expresará lo señalado en el artículo (229º del Proyecto) y además:

1. Los pactos entre los socios.
2. Las modificaciones del contrato de sociedad.
3. La disolución y liquidación de la sociedad.

Fuentes:

Artículo 1053º del Código Civil vigente.

Artículo 129º del Reglamento de Inscripciones.

Artículo 229º del Proyecto del Código Civil.

Artículo 21º.— En el libro de sociedades civiles de responsabilidad limitada se expresará:

1. El contrato de sociedad y sus modificaciones.
2. El estatuto de la sociedad y sus modificaciones.
3. El nombramiento y remoción de apoderados y representantes.
4. La disolución y liquidación de la sociedad.

Fuentes:

Artículo 275º y siguientes del Proyecto del Código Civil.

Artículo 22º.— Las inscripciones a que se refiere este título se harán en el registro que corresponde al domicilio señalado.

Fuentes:

Artículo 1056º del Código vigente.

Artículo 23º.— Las personas jurídicas extranjeras, para ejercer actos permitidos a las nacionales, deberán inscribirse en el registro de su domicilio señalado en el país, o en el lugar donde actuen.

Fuentes:

Artículo 1058º del Código Civil vigente.

TITULO IV

REGISTRO PERSONAL

Artículo 24º.— Se inscribirán en este registro:

1. Las resoluciones en que se declare la incapacidad, y las que limiten la capacidad.

2. Las resoluciones en que se declare la desaparición, ausencia, muerte presunta y existencia de las personas.
3. Las sentencias que impongan las penas de inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad.
4. Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados, relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cosa y renuncia.
5. Las resoluciones que rehabilitan a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles.
6. Las resoluciones que declaran la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de patrimonios, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación, la sustitución del régimen patrimonial del matrimonio, la separación de cuerpos y la reconciliación.
7. La adopción.
8. Las declaraciones de quiebra, el sobreseimiento definitivo y la conclusión de este procedimiento.

Fuentes:

Artículo 1069º del Código Civil vigente.

Artículos 153º, 155º, 168º, 172º, 344º, 345º, 376º, 394º, 428º, 565º, 594º, 595º, 599º, 613º, 660º, 661º, 662º, 664º, 665º, del Proyecto del Código Civil.

Artículo 25º.— Para las inscripciones del artículo anterior se requiere que las resoluciones judiciales estén ejecutoriadas, salvo lo ordenado respecto de las quiebras en la Ley de la materia.

Fuentes:

Artículo 1070º del Código Civil vigente.

Artículo 26º.— Los jueces mandarán pasar partes al registro para las correspondientes inscripciones, bajo responsabilidad.

Fuentes:

Artículo 1071 del Código Civil vigente.

Artículo 27º.— Las inscripciones se harán en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada, y además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso.

Fuentes:

Artículo 1072º del Código Civil vigente.

Artículo 28º.— La omisión de la inscripción motiva que el acto que debió inscribirse no afecta a terceros que celebren contratos onerosos y con buena fe, en el lugar donde debió hacerse la inscripción.

Fuentes:

Artículo 1073º del Código Civil vigente.

Artículo 29º.— Las inscripciones se cancelarán cuando lo ordena el Juez o cuando la justificación de la cancelación resulta de los documentos que se presente al solicitarlo.

Fuentes:

Artículo 1074º del Código Civil vigente.

TITULO V

REGISTRO DE MANDATOS

Artículo 30º.— Se inscribirán en este registro:

1. Los instrumentos en que conste el mandato de un modo general o para ciertos actos.
2. Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del mandato.

Fuentes:

Artículo 1066º del Código Civil vigente.

Artículo 9º y 1827º del Proyecto del Código Civil.

Artículo 31º.— Las inscripciones se harán en la oficina del lugar donde se va a ejercer el mandato.

Fuentes:

Artículo 1067º del Código Civil vigente.

Artículo 32º.— El tercero que de buena fe y a título oneroso, haya contratado sobre la base de mandato inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandatos, modificaciones o extinciones no inscritas.

Fuentes:

Artículo 1068º Código Civil vigente.

TITULO VI

REGISTRO DE TESTAMENTOS

Artículo 33º.— Son obligatorias las inscripciones en este registro:

1. Los testamentos.
2. Las modificaciones y ampliaciones de los mismos.
3. Las revocaciones de los actos a que se refiere los dos incisos anteriores.
4. Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad de los testamentos.
5. Las sentencias ejecutoriadas de los juicios sobre justificación o contradicción de la desheredación.
6. Las escrituras revocatorias de la desheredación.

Fuentes:

Artículo 1059º del Código Civil vigente.

Artículos 1º y 2º del Reglamento de Registros de Testamentos.

Artículo 34º.— Las inscripciones se harán en el domicilio del testador y además en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en él.

Fuentes:

Artículo 1059º del Código Civil vigente.

Artículo 35º.— Los testamentos y además actos inscritos tendrán eficacia frente a terceros que celebren contratos en el lugar de la jurisdicción del registro donde se hizo la inscripción.

Fuentes:

Artículo 1065º del Código Civil vigente.

TITULO VII

REGISTRO DE DECLARATORIA DE HEREDEROS

Artículo 36º.— Se inscribirán obligatoriamente en este registro las resoluciones ejecutoriadas que pongan fin al procedimiento sobre declaratoria de herederos y a los juicios contradictorios.

Serán materia de anotación preventiva las demandas que a juicio del juez, sean inscribibles.

Fuentes:

Decreto Ley Nº 14607.

Artículo 37º.— Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicarán en el registro correspondiente al último domicilio del causante y además en el lugar de ubicación de los inmuebles.

Fuentes:

Artículo 1214º del Código de Procedimientos Civiles.

TITULO VIII

REGISTROS DE BIENES MUEBLES

Artículo 38º.— Constituyen objeto de estos registros los bienes muebles registrables de acuerdo a ley.

Sólo serán registrables los bienes muebles identificables con otros de su misma especie.

Artículo 39.— La forma de identificación del bien mueble del que se trate, será determinada por la ley de creación del Registro respectivo.

Artículo 40º.— Son inscribibles en estos registros, todos los actos y contratos establecidos en el TITULO II, de este libro, que sean aplicables, de acuerdo a su Ley de creación.

Fuentes:

Código Civil Italiano 2683º

Lima, 2 de mayo de 1983.

Víctor Ramírez Vásquez

Jack Bigio

LOS AUTORES

Dr. Carlos Cárdenas Quirós, Profesor del Programa Académico de Derecho de esta Universidad en el área del Derecho Civil, de reciente incorporación a nuestra planta docente y que publica por primera vez en nuestra Revista.

Dr. Carlos Fernández Sessarego, profesor de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú, enseña en el área del Derecho Civil.

Dr. Víctor Ferro Delgado, es exalumno de nuestro Programa, recientemente incorporado como profesor en el área del Derecho Laboral, a quien recibimos con gusto por primera vez en nuestras páginas.

Dr. Humberto Jara Florez, colaboró a diseñar este número con nosotros como alumno miembro del Consejo Editorial, y lo recibe colaborando como graduado y profesor recientemente incorporado. Enseña en el área de Derecho Civil.

Dr. Ricardo Marcenaro Fers, profesor de nuestro Programa Académico en el área de Derecho Civil.

Dr. Mario Pasco Cosmópolis, Profesor Principal del Programa Académico de Derecho en el área del Derecho Laboral, enseña varios de los cursos en esta disciplina.

Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, es profesor de nuestro Programa Académico en el área de Derecho Civil. Dicta el curso de Derecho de Contratos.

Dr. Róger Rodríguez Iturri, Director de Estudios de nuestro Programa Académico y profesor en el curso de Derecho de Familia.

Dr. Jack Bigio Chrem, profesor de nuestro Programa Académico en el área de Derecho Civil. Enseña el curso de Derecho de Contratos.

Dr. Víctor Ramírez V., es coautor de la ponencia sobre el Proyecto del Libro de Registros Públicos que publicamos en nuestra sección documentos.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Anthropologica
Boletín del Instituto Riva-Agüero
Derecho
Revista de Sociología

Número suelto: US\$ 9.00 más US\$ 2.50 por envío
aéreo.

Suscripción : US\$ 7.50 más US\$ 2.50 por envío
aéreo.

EDICIONES SEMESTRALES

Economía
Histórica
Lexis
Revista de la Universidad Católica/Nueva serie
Revista de Psicología

Número suelto: US\$ 9.00 más US\$ 2.50 por envío
aéreo.

Suscripción : US\$ 15.00 más US\$ 5.00 por envío
aéreo.

INFORMES Y SUSCRIPCIONES

Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú
Apartado 1761. Lima, Perú
Telf. 62-2540. Anexo 220

