

THĒMIS

Revista de Derecho



Manuel de la Puente
Carlos Cárdenas • Lourdes Flores
Valentín Paniagua • Francisco Eguiguren
Entrevista a Joaquín Ruíz-Giménez
Javier Neves • Alfredo Ostojá
Mario Pasco • Enrique Elías

Segunda Epoca / 1987 / Nº 6

THĒMIS Revista de Derecho

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

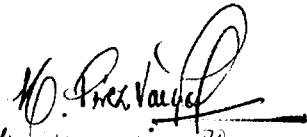
Comité Directivo: Beatriz Boza Dibós, Allan Hennings Mariani, Antonio Pinilla Cisneros. *Comité Consultivo:* Carlos Cárdenas Quirós, Manuel de la Puente y Lavallie, Fernando de Trazegnies Granda, Domingo García Belaúnde, Alfredo Ostoja López Alfaro. *Comité de Redacción:* Alfredo Bullard G., Fernando Cantuarias S., Nicolás Lerner M., Mariana Negri M., Milagros Muñoz B., César Parodi M., María Teresa Quiñones A., Juan José Ruda N. *Diseño, diagramación e impresión:* publiART.

LOS ARTICULOS REPRODUCIDOS DEBERAN INDICAR LA FUENTE
DERECHOS RESERVADOS

Carátula: Pancho Fierro

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

THĒMIS


Julio César de Vargas

Revista de Derecho INDICE

3

Presentación

5

Entrevista a Joaquín Ruiz - Giménez

9

Manuel de la Puente y Lavalle
Posibilidad de estipular el pago de intereses en un pagaré

17

Valentín Paniagua Corazao
La Publicidad y Publicación de las Normas del Estado

23

Mario Pasco Comópolis
Controversias y Conflictos Laborales

29

Javier Neves Mujica
Normas y Principios del Derecho del Trabajo

33

María Luisa Gubbins Bovet
La Sociedad Anónima abierta en la Ley General de Sociedades

39

ACTUALIDAD: LOS DECRETOS DE URGENCIA
Carlos Cárdenas Quirós
Los Decretos con fuerza de Ley

42

Francisco Eguiguren Praeli
El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Art. 211 inc. 20 de la Constitución

47

Rosario Pacheco Barandiarán
Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución 1979

55

COMENTARIOS AL CODIGO CIVIL
Beatriz Boza Dibós
Sistema de Transferencia adoptado por el Legislador Peruano de 1984

64

Horacio Gago Prialé
Obligaciones Genéricas en el Código Civil Peruano

69

Guillermo Boza Pro
Algunas consideraciones acerca de las Obligaciones Facultativas en el Código Civil de 1984

74

JURISPRUDENCIA COMENTADA
Títulos Valores: Conversión en Moneda Extranjera y Aceleración Automática de los Vencimientos

77

RESEÑA DE TESIS
Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito / El reparto de utilidades ficticias en la Sociedad Anónima / Negociaciones contractuales y responsabilidad precontractual / La promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

TECTRON S.A.

**Computadoras,
sistemas
y servicio
técnico**

MONROE y TAYLORIX

DIAGONAL 380 OF. 71 MIRAFLORES Tel. 238119

Presentación

Motivados por la inquietud de profundizar en el estudio de las Ciencias Jurídicas y de crear una tribuna abierta al debate académico, en la que el aporte de profesionales y estudiantes pueda contribuir al desarrollo del Derecho como disciplina científica, asumimos el reto de editar *Thémis* trimestralmente manteniendo el nivel alcanzado. Este sueño propio de nuestro entusiasmo juvenil es el motor que impulsa nuestra revista. Realizarlo no será fácil. Nuestra vehemencia e inexperiencia puede llevarnos por senderos no siempre acertados, pero confiamos en que nuestros interlocutores sabrán entendernos.

En *Thémis* somos conscientes que el Derecho sólo tiene vigencia en la medida que encuentre sustento en la realidad, y que se renueva en tanto se analicen, discutan y actualicen sus principios desde diferentes puntos de vista. Es por ello, que a partir de este número presentamos una sección de "Actualidad" que abordará un tema específico, cuya discusión revista particular importancia en nuestro medio. Inauguramos esta sección ofreciendo reflexiones en torno a los "Decretos de Urgencia". Asimismo, iniciamos la sección "Reseña de Tesis" destinada a difundir los trabajos de investigación más destacados de nuestra Facultad, y que serán comentados por profesores vinculados a la sustentación de la tesis. Retomamos también la sección "Jurisprudencia Comentada". Este número contiene, además interesante material de renombrados tratadistas nacionales, la entrevista al Defensor del Pueblo de España y los ya acostumbrados "Comentarios al Código Civil".

La presente entrega sólo es posible gracias a la espontánea, estrecha y continua colaboración anónima de estudiantes y amigos, así como al desinteresado apoyo de nuestros lectores, quienes constituyen la razón de ser de nuestra revista.

Marzo de 1987
El Comité Directivo

USE CONTICARD

...PORQUE "ESTIRA" SU DINERO!

(Ud. compra hoy
y paga hasta en
10 meses).



Tener una tarjeta
Conticard es mejor que
tener dinero en efectivo. Es
más segura, más confiable,
más versátil y la de mayor
aceptación.

Por eso cada día son más los clientes
y establecimientos que usan Conticard.



BANCO CONTINENTAL
Más servicios, más ventajas



Entrevista a Joaquín Ruíz-Giménez

Joaquín Ruíz-Giménez, abogado y doctor en Derecho, fue Ministro de Educación en 1956 durante el gobierno del General Franco. Es fundador de la Democracia Cristiana española, Director de la revista "Cuadernos para el desarrollo" y Catedrático en la Universidad Complutense de Madrid. En 1982 la candidatura del Dr. Ruíz-Giménez para Defensor del Pueblo fue aceptada por unanimidad en el Parlamento español.

A su paso por Lima, en momentos en que se debatía la instalación de la Defensoría del Pueblo de la Fiscalía de la Nación, el Dr. Ruíz-Giménez concedió a Thémis la entrevista que transcribimos a continuación.

Thémis: ¿Cuál ha sido su experiencia como Defensor del Pueblo en España?

Joaquín Ruíz-Giménez: Bueno, se trata de una Institución nueva, que es introducida en nuestra Constitución de 1978, pero no se regula hasta una Ley Orgánica de 1981 y no se nombra al primer Defensor del Pueblo hasta Diciembre de 1982. Ahora se cumple exactamente tres años. Propuse a las Cámaras a mis dos adjuntos y no hubo discrepancia. Mis proposiciones fueron aceptadas por unanimidad, ¿y por qué insisto en esto? porque eso es lo que nos da autoridad, esta es una institución compleja, de poderes de convencimiento, pero claro, su autoridad moral depende de que la respalde todo el grupo parlamentario, es decir que la acción que ejerza la institución del Defensor del Pueblo no sea partidista, sino supra-partidista y esté al servicio de todos los ciudadanos, sea cual sea su ideología, su edad, su sexo, su radicación en cualquier parte de España, etc.

Sustantivamente el balance de estos tres años, con sus luces y sus sombras, con sus dificultades y sus logros, es a mi juicio sustancialmente positivo. En primer término porque la gente, los españoles, han acudido con confianza, a veces desbordando los obstáculos iniciales, porque claro 300,600 quejas del primer año 1983, 24,500 del segundo año 1984, y ya más de 16,000 cuando yo salí a finales de noviembre de España, para el tercer año, es un volumen muy importante, aunque una parte de esas quejas no entran estrictamente en nuestra competencia, porque son pro-

blemas de Derecho Privado, diríamos, para entenderlos, son problemas en los que falta uno de los puntos de conexión que determine nuestra competencia. Nuestra competencia viene determinada por dos factores: por una parte, que esté en juego uno de los derechos constitucionales, es decir uno de los derechos reconocidos en la Constitución. Debo aclarar que no son sólo los derechos cívicos y los políticos y las libertades públicas clásicas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, pero tiene que tratarse de derechos enunciados en la Constitución y no derechos adquiridos en virtud de contratos de derecho civil, de derecho mercantil, de derecho fiscal, administrativo, etc. Y el segundo punto de conexión es que ese derecho haya sido infringido, por acción u omisión de cualquier órgano de la administración pública, del ayuntamiento, municipalidades, hasta departamentos ministeriales, empresas públicas, empresas privadas pero concesionarias de un servicio público, por ejemplo, una línea de transportes que ejerza un servicio público, una línea de electricidad, una compañía telefónica, etc. El ámbito es muy amplio, y es el que determina nuestra competencia. La experiencia de estos tres primeros años nos indica que aproximadamente un 40 o/o de las reclamaciones que nos llegan no entran dentro de nuestra competencia. Son problemas para que los lleven abogados, en libre servicio profesional, de lo contrario nosotros nos transformaríamos en monopolistas de la acción forense en España.

Para que nosotros intervengamos hace falta que aparezca una conexión con la organización adminis-

trativa y que esté en juego un derecho reconocido en la constitución.

Del total de quejas recibidas, un 60 por ciento nos corresponden, el volumen es muy grande. Algunas veces nos preguntan por qué ha acudido tanta gente, y es que los españoles no están bien protegidos en sus derechos. Las razones son varias. En primer lugar por la novedad de la Institución, claro, derrpente se dice hay un Defensor del Pueblo, el nombre es hermoso pero excesivo, porque si se hubiera llamado Ombudsman, como en los países escandinavos, o Mediador como en Francia o Comisario Parlamentario como en Inglaterra despertaría menos ilusiones y menos expectativas, pero llamarse Defensor del Pueblo es mucho. En parte la gente acudía al principio al Defensor del Pueblo, como si fuera a acudir a un traumatólogo, para que haga el milagro de resolverle un problema que lleva años sin resolver. Poco a poco ha ido disminuyendo el volumen de quejas. En el año 1983, como ya dije, 300,600, el año 1984 24,500, este año lo terminaremos con unas 16,000 ó 17,000. El número ha ido disminuyendo porque también la gente ha ido adquiriendo más información, más noticia, mejor conocimiento de cual es nuestra competencia, que cosas no deben ser llevadas al Defensor del Pueblo. Ese es un primer rasgo importante, la confianza de la gente. Segundo: suficiente diálogo, suficiente celeridad por parte de la administración pública en contestar a nuestros requerimientos. El mecanismo es que cuando recibimos una reclamación, una queja nosotros la asumimos si consideramos que entra dentro de nuestra competencia, y que tiene solamente una apariencia, unos indicios de estar fundada. Al asumir la queja, la sometemos a trámite, la apoyamos ante el órgano correspondiente de la Administración Pública exigiéndole, responda en un plazo relativamente breve, de 15 días ampliables a otros 15 días más, si el problema es complejo. Se solicita al órgano administrativo nos conteste sobre la queja formulada, que nos dé la información más amplia posible sobre el porqué a ese ciudadano se le ha infringido un derecho o no se le ha atendido en una reclamación que estimamos legal y fundada. Si la Administración no nos contesta en ese lapso, hacemos un recordatorio, esta vez constrñéndolos; podemos incluso prevenir que si no se nos contesta en un plazo determinado, apreciaremos resistencia a la acción del Defensor del Pueblo, pudiendo incluso pedir la iniciación de un expediente disciplinario contra el funcionario que no nos conteste; y si se transforma en una pasividad, digamos que podríamos iniciar un procedimiento penal contra el funcionario.

Existe un tercer aspecto importante a mi juicio. En el marco de nuestro diálogo con la administración se han producido por parte nuestra recomendaciones, en el sentido que las hacen los organismos internacionales. Hemos propuesto reformas de criterios de interpretación de normas existentes, que consideramos se han ido quedando obsoletas y desproporcionadas al

momento actual, proponiendo una interpretación más equitativa, más flexible, más dinámica de la norma. Si creemos que no basta con modificar la interpretación, sino que es necesario modificar la norma en sí misma, trátase de una norma reglamentaria, una ordenanza, un decreto, una orden ministerial, proponemos la reforma adecuada de esa norma para evitar que en un futuro se originen quejas de este tipo, de esa índole, y si creemos que no basta ni siquiera modificar una norma reglamentaria, sino que esa norma reglamentaria se apoya en una ley que a nuestro entender no es congruente con el espíritu de la Constitución, proponemos a las Cortes Generales una reforma legislativa. En este tercer punto, en esta tercera dimensión del problema hemos obtenido ya, más de una reforma de una norma importante. La función del Defensor no se limita a ir encontrando soluciones puntuales para quejas o reclamaciones individualizadas de ciudadanos, sino que incluso hemos ido promoviendo cambios normativos, en busca de adecuar mejor la norma a las necesidades de un proceso de cambio social, como el que se está viviendo en España. Hemos logrado ya, unas cuantas reformas legislativas o reglamentarias de interés. Por eso puedo decir que sustantivamente la impresión de estos tres años es favorable.

Pero el contrapunto, lo que nosotros nos damos cuenta que todavía no hemos logrado, es que se varíen aquellas leyes cuyo cambio implica un aumento considerable del gasto público.

Bien, más o menos esto sería lo que yo puedo decir a ustedes de esta experiencia de los tres años. Nos quedan todavía dos años, porque el mandato del Defensor del Pueblo y sus colaboradores es de cinco años, un año más que el mandato del Parlamento, que la duración de cada legislatura, y eso se hizo a propósito para que la institución del Defensor del Pueblo y sus colaboradores en el último año en que actúen rindan cuentas a un parlamento que no los eligió, sino a un parlamento nuevo, renovado por la votación popular, y es claro que nos interesa muchísimo que el nuevo parlamento aprecie la labor realizada durante el último año de nuestra tarea, y si es necesario y conveniente, nos renueve el mandato hacia el futuro, o nombre otros. Ese es un control muy importante para la autenticidad del esfuerzo que todos tenemos que hacer.

Thémis: En el caso peruano, el artículo 250 de la Constitución ha dado la función del Defensor del Pueblo al Fiscal de la Nación o la Fiscalía de la Nación que es una entidad autónoma. Sin embargo, han pasado casi cinco años desde la promulgación de la Constitución y el Defensor del Pueblo como institución no ha funcionado en el país. Existen constitucionalistas que opinan que hay una grave contradicción en nuestra Constitución, al otorgar al Fiscal de la Nación la facultad de Defensor del Pueblo, dado que la principal función social del Fiscal es acusar, más no en el sentido de que debe cumplir un Defensor del Pueblo. Objetan también que existen otras instituciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico y polí-

tico que llevan a cabo la defensa del pueblo en un sentido amplio, por ejemplo los senadores, los parlamentarios e instituciones como la Contraloría y el Tribunal de Garantías Constitucionales. Quisiéramos conocer su opinión sobre el caso peruano.

Joaquín Ruiz—Giménez: La institución del Ombudsman, que en España se llama "Defensor del Pueblo", no puede ser igual en un Estado de alto nivel de desarrollo social, cultural, etc., que en un Estado que está todavía en vías de desarrollo; no puede ser igual en un Estado que tenga las dimensiones de Escandinavia, por ejemplo, de Suecia, Noruega, Dinamarca. Si bien siempre es necesario que se encaje la institución en un país en donde haya ya un contexto democrático en marcha, la institución es de alguna manera un cierto signo de identidad de que ese Estado realmente avanza en una lucha efectiva, no meramente retórica, por los derechos humanos. Yo respeto plenamente lo que se hace en cada país, y he dicho que la institución del Ombudsman no es un traje, hecho de una vez para todos, es un traje que hay que hacer a la medida de cada pueblo, por lo tanto lo que se haga en el Perú, lo respeto. Lo que si les puedo decir, es que el modelo original y típico del Ombudsman es el de Comisionado del Parlamento, esto es, del Poder Legislativo y no del Poder Judicial ni del Poder Ejecutivo. ¿Por qué? Porque el parlamento representa, por lo menos en los países de estructura democrática, la soberanía popular, entonces es la voz del parlamento o la mano del parlamento para defender los derechos de todos los ciudadanos y tiene mucho más proximidad al ciudadano que al Estado, que a la administración, sobre todo si su tarea es vigilar a la administración. Segundo, porque las instituciones como el Fiscal de la Nación, aquí o el Fiscal General del Estado en España, tiene más bien una actividad ligada a los procesos judiciales, es decir, a los casos de infracción del Código Penal y buscan más defender la ley y defender a la sociedad que defender a la persona individual. Naturalmente, que si una persona individual es objeto de un robo, el Fiscal acusa al ladrón y en ese aspecto defiende el derecho de la persona robada, pero es otro tipo de defensa, la que está encomendada a los Ombudsman en el mundo, son más bien cuando por inactividad, facilidad, errores incluso, que no entran dentro de la órbita penal, un ciudadano sufre por una lesión en su derecho por parte de algún órgano de la Administración Pública y en ese aspecto los fiscales, por ejemplo de España, no ejercen una función propiamente de defensa de los ciudadanos, por eso nuestros legisladores incluyeron la institución del Defensor del Pueblo como el Ombudsman clásico, que venía del modelo escandinavo. No quiero decir con esto que a un fiscal no se le pudiera confiar actividades semejantes a las del Ombudsman, así como se ha hecho en el Perú, y en Costa Rica, donde es también una dependencia de la fiscalía la que se ocupa de esto (aunque han procurado que no sea el mismo fiscal el que se ocupe de los asuntos penales, sino un fiscal especial dedicado a eso). No creo que eso sea lo esencial, pero lo que sí es muy importante es que la elección no depende de na-

die orgánicamente, y que funcionalmente no dependa de ningún otro poder que no sea el Poder Legislativo. La verdad es que la experiencia demuestra, que en los países donde el Ombudsman es independiente de la fiscalía, o independiente del Poder Ejecutivo es donde está siendo fructífera la Institución.

En otros países, por ejemplo en Francia y en Inglaterra, necesariamente la queja tiene que pasar a través de los parlamentarios, es decir el mediador Francés no recibe la queja más que a través de un senador o de un diputado, y lo mismo pasa en el parlamento inglés, en la cámara de los diputados, tiene que ser un miembro de la Cámara de Diputados de los comunes de Inglaterra el que transmita la queja al Defensor del Pueblo —allí el Comisario Parlamentario—. En cambio, en España, el ciudadano puede acudir directamente a nosotros, tiene las puertas abiertas, no tiene formalismo alguno, no tiene que hacer un escrito argumentado por un abogado, basta solamente que nos escriba una carta. Muchas veces la inmensa mayoría de las cartas que nos llegan son cartas autógrafas, provenientes de niveles de población económica y culturalmente mas bajos que el nivel medio, aunque en España, la institución se llama Defensor del Pueblo y el pueblo es el conjunto de ciudadanos de una región, la realidad es que el pueblo más llano, el pueblo más sencillo, el pueblo más pobre es el que acude a nosotros. También conocemos a veces, de conflictos importantes, como el que tuvo lugar con motivo de la Ley de Reforma de la Función Pública que anticipó la jubilación de los 70 años a los 65; acudieron los catedráticos, acudieron los diplomáticos, acudieron los ingenieros, abogados del estado a intentar defender esos cinco años de vida que se les suprimía, acudieron al Defensor del Pueblo. Es decir, también los estratos de niveles más altos acuden a nosotros, pero la inmensa mayoría, un 70 por ciento de las quejas, nos vienen de mujeres y hombres de ambiente de cultura primaria o a lo más de cultura secundaria.

Bueno, si aquí el fiscal puede cubrir esas tareas con eficacia, estupendo. Lo importante es que haya un Defensor del Pueblo, si la experiencia demuestra que no rinde todo ese fruto, valdría la pena que se reformulara el modelo, no se trataría de suprimir sino de añadir una institución que no toque la Constitución, y eso se puede hacer con una ley ordinaria, si la experiencia no dá resultados se puede cambiar, no haría falta incluirlo en el texto Constitucional. Existen muchos países que no lo tienen incluido dentro de su Constitución, entre ellos Francia, España si lo tiene, Portugal lo tiene, pero no es necesario de incluirlo dentro de la Constitución.

En España el artículo 124 de nuestra Constitución señala que, el Ministerio Fiscal tiene que defender los derechos humanos, pero dice el Artículo, sin perjuicio de las facultades que se atribuyen a otros órganos, entre ellos el Defensor del Pueblo. Por eso a mi me parece que se puede coordinar, compatibilizar las funciones tutelares de los derechos humanos y de

promoción de convicciones de los derechos de carácter económico, social y cultural que estén atribuidas a distintos órganos jurídicos políticos, sean los alcaldes, sean los Defensores del Pueblo, sean los Diputados, sean los Senadores, me parece que las necesidades de los pueblos son tan grandes que no se trata de andar mirando con lupa, las fronteras de la competencia sino de estimular a todo el mundo a que pongan de todo su esfuerzo en hacer más justa y en tanto más humana la vida en sociedad, esa es nuestra visión del problema

Thémis: Como defensor de los ciudadanos frente a la administración, tiene el Defensor del Pueblo público distinto al que la mayoría de la gente está acostumbrada, no es un representante de la intervención del Estado, sino más bien un representante de la acción solidaria.

Joaquín Ruiz-Giménez: Exacto, lo han distinguido perfectamente. Ejercemos una función pública pero no somos funcionarios de la Administración, ejercemos un diálogo con los ciudadanos y con los extranjeros que acuden a nosotros que vivan en España, procuramos exonerar, liberar de cualquier peso burocrático, nosotros no queremos empapelar a la gente, queremos tener un contacto lo más directo posible, una carta, a veces un telegrama, a veces simplemente basta una llamada telefónica. Si el asunto es urgente nos movilizamos sin necesidad de esperar que llegue un escrito formalizando la queja. Los escritos formalizando las quejas son solamente una carta en que cada persona nos cuenta con su estilo, y sin necesidad de invocación de norma jurídica alguna, su problema, y nosotros inmediatamente nos movilizamos y decidimos lo que sea necesario.

Lo han dicho muy bien, somos funcionarios del pueblo y no funcionarios del Estado, funcionarios al servicio del pueblo en nombre de quienes no son funcionarios en el sentido administrativo sino representantes del pueblo en nombre de los diputados y los senadores, por eso es la imagen más clásica y más auténtica del Ombudsman, ser comisionado del parlamento, no ser pieza de la Administración ni de otro de los dos poderes, el Poder Judicial.

Thémis: Como defensor de los ciudadanos frente a la administración, tiene el Defensor del Pueblo que actuar siempre a instancia de parte o puede actuar de oficio.

Joaquín Ruiz-Giménez: No, eso está muy bien visto, podemos actuar a instancia de parte y en la mayor parte de los casos podemos actuar de oficio. Con los medios de comunicación social, poniendo cada mañana, la radio, leyendo el periódico o viendo un programa de televisión, si se presenta un tema colectivo humano donde vemos que están en juego los derechos constitucionales, nos movilizamos sin esperar a que una persona individual o una persona jurídica nos lo pida. Podemos hacerlo en forma propia, es más, cuando lo hacemos en forma propia, lo hacemos con más desenvoltura, con más desembarazo, lo hacemos

digamos, sintonizando más la opinión colectiva que los intereses privados muy legítimos de una persona individual, lo estamos haciendo así cada vez más, cada vez más estamos movilizándonos al tener noticias de alguna infracción de un derecho humano básico. Hay un punto muy importante que ha podido apreciarse en el contacto con Argentina ahora, ya que también ahí se vive el peligro de deformar la concepción de derechos humanos. Los derechos humanos no son sólo el derecho a la vida, el derecho a no ser torturados, el derecho a que la policía no allane el domicilio y el derecho a no desaparecer por culpa de fuerzas para-policiales. Eso es lo que obsesiona por ejemplo a la Comisión de Derechos Humanos de Argentina, y me imagino que alguna de las Asociaciones de Derechos Humanos de aquí, eso es un consenso muy respetable de los derechos humanos, son aquellos derechos en los que están en juego ciertos aspectos de integridad física de la persona o de su libertad, el consenso de los derechos humanos fundamentales. Pero los derechos constitucionales son mucho más amplios y por tanto menos partidistas, es decir no se puede usar el Consejo de Derechos Humanos como una arrojadiza contra otros ciudadanos, como si unos estuvieran dedicados a infringir los derechos humanos, y los otros simplemente a defenderlos, yo creo que todos tenemos que defender los derechos humanos, porque de alguna manera todos contribuimos a su infracción. De la insatisfacción de los derechos al empleo, a la asistencia sanitaria, a la vivienda económica, etc., no se puede culpar sólo al Estado o a la administración. Todos los demás miembros del cuerpo social tenemos que aceptar la responsabilidad, como la falta de solidaridad humana, por no pagar los impuestos, por fraudes fiscales que hacen que el Estado no cuente con los medios para construir nuevas viviendas o mejorar los transportes, a mí me parece que todos debemos de ser conscientes de que somos a la vez todos, de alguna manera generadores de las infracciones a los derechos humanos y todos tenemos el deber de restaurar la justicia, haciendo que los derechos humanos se respeten para todos. A mí me parece que hay que tener una concepción integral universalista de lo que son los derechos humanos y no restringir los derechos humanos exclusivamente a aquello de que se ocupa por ejemplo, Amnistía Internacional, porque no son todas las problemáticas de los derechos humanos, no son todas las libertades públicas, ni todas las garantías judiciales las que están en juego. En los derechos humanos está también el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda, etc.

Hay el riesgo de caricaturizar la imagen de los derechos humanos y de hacer que ciertos sectores de la población empiezan a mirar con recelo a quienes defendemos los derechos humanos, pensando que somos nobles o marxistas. No, los que defendemos los derechos humanos creemos en el ser humano, no solamente como un ser político sino también como un ser social, un ser cteyente y un ser que necesita la familia, necesita el alimento, el trabajo. En la medida que seamos capaces de tener una visión íntegra de la dignidad de la persona humana y sus derechos, entonces seremos un verdadero servicio a los derechos humanos.

Posibilidad de estipular el pago de intereses en un pagaré

Manuel de la Puente y Lavalle

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Consultivo de *Thémis*.

Existen dos corrientes doctrinarias de marcada influencia para establecer la naturaleza jurídica de la letra de cambio y del pagaré. Tales corrientes son la de la antigua doctrina francesa, que influencia determinantemente a la doctrina española, que será llamada en adelante "la doctrina francesa"; y la de las doctrinas italiana y alemana, con marcada predominancia de la segunda, que será llamada en adelante "la doctrina germánica". Hay una tercera corriente, que es la anglosajona, que no ha influido mayormente en las legislaciones.

Como los enfoques de las dos primeras doctrinas varían fundamentalmente en determinados aspectos, es necesario analizar la Ley de Títulos Valores peruana a la luz de la doctrina que realmente la inspira, a fin de no incurrir, por referencia a una fuente doctrinal inadecuada, en una interpretación incorrecta.

Las fuentes de la Ley de Títulos Valores No. 16587 han sido fundamentalmente, entre otras, las siguientes:

- "Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden" aprobada en la Convención de Ginebra de 7 de junio de 1930, firmada por el Perú;
- Los Reales Decretos italianos de 14 y 21 de diciembre de 1933;
- El Proyecto de Lima, inspirado a su vez en la Convención de Ginebra, en la ley italiana, en el Proyecto **Yadarola** (1939) y en la ley mexicana, por lo que puede considerarse a éstos como fuentes indirectas de la ley peruana.

Debe tenerse presente, para los efectos de las citas doctrinales que se harán en este artículo, que la "Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden" (L.U.) responde fundamentalmente a la concepción de la doctrina germánica de la letra de cambio; y que la L.U. determinó que se introdujeran fundamentales reformas en la legislación francesa, que culminaron con un decreto ley de 1935 que dio una

redacción nueva a la parte pertinente del Código de Comercio de Francia.

Con estos antecedentes se va a analizar la posibilidad de estipular la promesa de intereses en un pagaré.

El inciso 3o. del artículo 129 de la Ley de Títulos—Valores señala que el pagaré debe contener la indicación de pagar "una cantidad de dinero determinada o determinable en los casos de reajuste de capital legalmente admitidos". Conviene establecer si esta exigencia de que la cantidad sea determinada importa que pueda o no pactarse la promesa de intereses en un pagaré.

El Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española, 1970) define la palabra "determinado" como el participio pasado de determinar, definiendo a su vez el verbo "determinar" como fijar los términos de una cosa.

Si se toma en consideración que, según el mismo Diccionario, la cuarta acepción de "fijar" es determinar, limitar, precisar, designar de un modo cierto, resultaría que "determinado" significa la designación precisa de una cosa. Aplicando este concepto a una cantidad de dinero se tendría que "una cantidad determinada de dinero", es una cantidad designada precisamente.

La inclusión en el pagaré de una promesa de pago de intereses, indicando la tasa de éstos, tendrá como consecuencia que para cumplir tal promesa en el momento del pago será necesario efectuar una operación matemática para establecer cuál es la cantidad exacta que el obligado deberá entregar, o sea que la determinación de la cantidad de dinero a pagar se hará en el momento del pago y no en el momento del otorgamiento del pagaré.

Debe tenerse presente, al respecto, que el artículo 129 de la Ley de Títulos—Valores no habla de una cantidad "determinada o determinable" de dinero, sino de una cantidad de dinero "determinada" que sólo

puede ser "determinable" en los casos de reajuste de capital legalmente admitidos, de tal manera que cuando no hay reajuste de capital la cantidad de dinero tiene que ser necesariamente "determinada", siendo evidente que esta determinación debe existir en el momento en que el pagaré, al ser emitido, entre en circulación.

Podría objetarse que cuando se trate de un pagaré a fecha fija o a cierto plazo desde la fecha de emisión la cantidad de dinero a pagarse en el momento del vencimiento, cuando exista promesa de intereses, ya está determinada por cuanto la operación matemática del cálculo de intereses puede efectuarse en la oportunidad de la emisión. Sin embargo, esta objeción importa, en realidad, una petición de principio desde que si es posible determinar desde la oportunidad de la emisión el importe de los intereses, carece de objeto pactar una promesa de pago de éstos por cuanto su importe puede establecerse y, consecuentemente, consignarse conjuntamente con el monto de la obligación principal como cantidad precisa pagadera al vencimiento.

Por lo tanto, estando a la interpretación literal del texto del artículo 129 de la Ley de Títulos—Valores debe aceptarse que es inconsecuente con las exigencias de dicho artículo el pacto de promesa de intereses en un pagaré.

Conviene establecer si esta interpretación literal concuerda con los antecedentes legales y con la opinión de la doctrina.

1. ANTECEDENTES LEGALES

Respecto del pagaré no existe ningún antecedente legal relacionado con la cláusula de intereses. Sin embargo, sí existen tales antecedentes tratándose de la letra de cambio, por lo cual es importante conocer si estos antecedentes pueden aplicarse al pagaré.

Según se ha visto, el artículo 133 de la Ley de Títulos—Valores dispone lo siguiente: "**Art. 133.**— Son aplicables al pagaré y al vale a la orden, en cuanto no sean incompatibles con su naturaleza, las disposicio-

Interesa saber, por ello, si es compatible con la naturaleza del pagaré la posibilidad o imposibilidad de pactar la promesa de intereses en una letra de cambio.

La doctrina moderna está de acuerdo en que la disciplina jurídica del pagaré es sustancialmente idéntica a la de la letra, constituyendo la diferencia entre ambos institutos el que la letra contiene la promesa de "hacer pagar" una determinada cantidad de dinero y el pagaré contiene la promesa de "pagar"; en

otras palabras, en la letra se tiene una relación de tres partes —librador, girador y tomador—, mientras que en el pagaré esa relación queda circunscrita a sólo dos: el librador o emisor y el tomador.¹

Como de conformidad con el artículo 61 de la Ley de Títulos—Valores la letra de cambio debe contener la orden incondicional de pagar "determinada cantidad de dinero", o sea una norma similar a la que rige el pagaré, y no siendo el pacto de intereses algo que tenga particular efecto con relación al número de personas que están relacionadas por el título—valor, que es lo que sustancialmente diferencia el pagaré de la letra de cambio, desde que tanto el pagaré como la letra de cambio son documentos destinados a la circulación y, consecuentemente, deben tener ambos el requisito de la exigibilidad, que es el aspecto afectado por la cláusula de intereses, puede establecerse que es aplicable al pagaré la posibilidad o imposibilidad de pactar la promesa de intereses en una letra de cambio.

Tan cierto es esto que el artículo 77 de la L.U. dispone que son aplicables al pagaré a la orden las disposiciones concernientes a la letra de cambio relativas a la estipulación de intereses, de tal manera que queda así en evidencia que la aplicación de tales disposiciones es compatible con la naturaleza del pagaré.

Ya se ha visto que constituyen antecedentes legales de la Ley de Títulos—Valores, además del Código de Comercio, la L.U., los Reales Decretos italianos de 1933 y el Proyecto Originario de 1963.

El segundo párrafo del artículo 441 del Código de Comercio disponía que "la promesa de intereses consignada en una letra se tendrá por no puesta".

En cambio, la L.U., la ley italiana y el Proyecto Originario tienen disposiciones diferentes.

En efecto, el artículo 50. de la L.U. establece lo siguiente: "**Art. 50.**— En una letra de cambio pagadera a la vista o a determinado plazo vista, puede estipularse por el librador que la suma producirá intereses. En toda otra letra de cambio esta estipulación se reputa no escrita. La tasa de intereses debe indicarse en la letra; en defecto de esta indicación, la cláusula se reputa no escrita. Los intereses corren a partir de la fecha de la letra de cambio, sino se indica otra fecha".

El artículo 50. del Real Decreto italiano de 14 de diciembre de 1933 tiene un texto igual al artículo 50. de la L.U.

Por su parte, el artículo 81 del Proyecto Originario dice así: "**Art. 81.**— En una letra de cambio pagadera a la vista o dentro de cierto plazo después de la vista, puede estipularse por el girador que la cantidad

1. Mario Alberto Bonfanti y Jose Alberto Garrone: "De los Títulos de Crédito", Buenos Aires, 1970, Tomo II, p. 309. Francesco Messineo: "Manual de Derecho civil y comercial", Buenos Aires, 1971, Tomo VI, p. 381.

correspondiente devengue intereses. La tasa de interés se indicará en la letra de cambio para que tenga eficacia la cláusula que lo estipule. Los intereses corren desde la fecha de la emisión de la letra, a falta de otra indicación. En cualquier otra clase de letra tal estipulación se considera no puesta”.

Al redactarse el texto definitivo de la Ley de Títulos—Valores se suprimió la disposición contenida en el artículo 81 del Proyecto Originario.

¿Cómo debe interpretarse esta supresión?

Puede opinarse que si bien el texto definitivo de la Ley de Títulos—Valores no faculta el pacto de intereses, tampoco consigna norma alguna que lo prohíba, por lo cual debe aplicarse la regla contenida en el artículo 2o. de la Constitución Política del Perú, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, llegándose, así, a la conclusión que ante la ausencia de prohibición legal puede pactarse la cláusula de intereses en la letra de cambio.

Sin embargo, el problema merece un análisis más profundo pues lo que interesa no es simplemente constatar la ausencia de una prohibición legal, sino conocer la razón de ser de esa ausencia cuando en otros textos legales se ha considerado necesario consignar una norma expresa sobre el particular.

En la teoría de la interpretación de la ley, se reconocen diversos métodos o sistemas de interpretar las normas legales. Entre estos métodos o sistemas son de interés, para el caso que se examina, la interpretación histórica y el argumento “a silentio” o “ex silentio”.

Francesco Messineo², refiriéndose a uno de los aspectos de la interpretación histórica, dice lo siguiente: “A veces, la norma puede ser explicada, refiriéndose a su origen ‘inmediato’; y aquí ayudan los más directos ‘antecedentes legislativos’ y los llamados ‘trabajos preparatorios’, o sea el conjunto de los testimonios dejados en la elaboración de las normas por parte de los redactores de ellas; por otra parte, sobre los trabajos preparatorios, predomina la voluntad ‘objetiva’ de la ley. Así, en el contraste entre ‘formulación’ de la norma y el ‘propósito’ manifestado por el legislador en los trabajos preparatorios, prevalece la formulación. Pero el propósito, cuando es concorde con el texto de la norma, tiene un notable valor explicativo y ofrece un fundamento muy sólido a la interpretación”.

El argumento “a silentio” toma su fuerza interpretativa en la consideración de que la ley, mientras ha dispuesto en un determinado sentido para una de-

terminada materia, ha callado a propósito de materias afines, de lo que debe inferirse que lo dicho para algo no tiene vigor en cuanto a lo callado en otro.

Si se conjugan estos dos argumentos (debe tenerse presente que la interpretación de la ley debe efectuarse tomando en consideración todos los elementos que permitan conocer el recto sentido de la ley) cabe aceptar como razonamiento válido que si en los antecedentes legislativos y en los trabajos preparatorios se ha considerado necesario consignar expresamente una norma para regular un punto determinado, y tal norma no se ha incluido en el texto de la ley definitiva, debe considerarse que esta omisión deliberada, este silencio, ha de ser interpretado como que la norma omitida no ha sido estimada adecuada en el nuevo ordenamiento legal.

Este argumento tiene mayor fuerza tratándose del asunto del pacto de intereses en la letra de cambio.

En efecto, en la Exposición de Motivos del Proyecto Originario de la Ley de Títulos—Valores se indicó textualmente lo siguiente: “Se introduce la innovación, admitida por la Convención de Ginebra (L.U.) y en la ley italiana, del pacto de intereses estipulado en la letra de cambio”.

Si la Comisión Reformadora que elaboró el Proyecto Originario consideró que el pacto de intereses constituía una innovación en nuestra legislación que era conveniente introducir, resulta incuestionable que, precisamente dado su carácter de innovación, el pacto de intereses debía ser legislado expresamente.

El silencio de la Ley definitiva, que omite tratar sobre el pacto de intereses, ha de ser razonablemente interpretado como que el legislador no ha considerado aconsejable introducir la innovación y que, por lo tanto, el pacto de intereses en la letra de cambio no es válido.

2. PRONUNCIAMIENTOS DOCTRINARIOS

Otro método válido de interpretación es la doctrinal, que procede de los juristas de profesión y que resulta de sus aportaciones científicas, donde se busca desinteresadamente el valor de una o varias normas.

En la introducción del presente artículo se ha indicado que es necesario analizar las disposiciones de la Ley de Títulos—Valores a la luz de la doctrina que realmente la inspira, a fin de no incurrir, por referencia a una fuente doctrinal inadecuada, a una interpretación incorrecta.

También se ha visto, tanto en la misma introducción como en el sub—rubro “Antecedentes legales”

2. Francesco Messineo, Tomo I, p. 104.

EL MEJOR PROYECTO

**¡ LA
EDUCACION
DE
NUESTROS
HIJOS!**



**POR ESO EN TOQUEPALA, CUAJONE E ILO
TENEMOS**

15

CENTROS EDUCATIVOS
CON EL MATERIAL
DIDACTICO MAS
AVANZADO, ESTAN AL
SERVICIO DE LA
EDUCACION DE LOS
TRABAJADORES

400

PROFESIONALES DE
LA EDUCACION
ALTAMENTE
CALIFICADOS,
SON LA MEJOR
GARANTIA DE UN
TRABAJO PEDAGOGICO
EFICAZ

8,000

ALUMNOS DESDE INICIAL
HASTA EL QUINTO AÑO
DE SECUNDARIA,
EMPIEZAN SUS CLASES
LIBRES DE TODO COSTO
PARA SUS PADRES, EN UNA
JORNADA MAS PARA EL
DESARROLLO DEL PERU

Es un aporte concreto de SOUTHERN PERU al desarrollo nacional

que la L.U. y la ley italiana de 1933 consideran válido el pacto de intereses en una letra de cambio pagadera a la vista o a determinado plazo vista, y que la L.U. determinó que se introdujeran cambios en la legislación francesa que culminaron con un decreto ley de 1935.

Finalmente, conviene tener presente que en la Argentina se introdujo una reforma cambiaria por el Decreto Ley No. 5965/63 de 19 de julio de 1963, cuyo artículo 5o. tiene un texto igual al artículo 5o. de la L.U.

Tomando ésto en consideración, es posible comprender con mayor claridad los pronunciamientos de la doctrina, considerando especialmente la nacionalidad de los tratadistas y la oportunidad en que emitieron sus respectivas opiniones.

El comentarista italiano **César Vivante**³ escribió su obra antes de promulgarse el Real Decreto Italiano de 14 de diciembre de 1933, y es por ello que al referirse a los requisitos esenciales de la letra de cambio, dice lo siguiente: "4o.— La suma a pagarse debe ser una cantidad determinada de dinero, que puede consistir en moneda nacional o extranjera, designada en guarismos o en letras, por lo común de uno y otro modo a la vez. Si el pago de la letra se ha hecho depender de cumplimiento de una condición, la letra de cambio es nula. **La adición de una promesa de intereses no la anula, pero se considera como no escrita porque la variabilidad de los intereses menoscabaría la fácil circulación del documento**". (subrayado agregado).

En cambio, **David Supino** y **Jorge De Semo**⁴, tratadistas italianos que escribieron su obra en 1935, contemplan la situación a la luz de la nueva ley italiana de 1933, manifestando lo siguiente: "Una importante innovación es la relativa a la promesa de intereses. Esta cláusula ha sido admitida por la jurisprudencia francesa e inglesa, considerada como no escrita en el derecho alemán y suizo y causa de nulidad de la letra de cambio en el derecho austriaco. En el Código de comercio italiano de 1883, se consideraba como no escrita. Según la nueva ley (art. 5) en una letra de cambio pagadera a la vista o a cierto tiempo vista, el librador puede establecer que la suma produzca intereses a partir de la fecha que se indique o, a falta de fecha, a partir de la emisión de la letra de cambio.

"La prohibición de nuestro Código, concorde en esto con la ley alemana, se justificaba señalando que la promesa de intereses implicaría un cálculo bastante complicado por determinar amortizaciones varia-

bles, una pérdida de tiempo incompatible con la rápida circulación de la letra y, sobre todo, un detrimento a la determinación precisa del valor del título. Tales argumentos no han sido del todo olvidados por el reglamento uniforme, que limita la validez de la cláusula a las letras de cambio a la vista, o a cierto tiempo vista que, generalmente, tienen un breve período de vida ordinariamente no mayor de un año. Ello facilita el cómputo de los intereses y, sobre todo —tal fue la razón fundamental de la prohibición establecida por nuestro código— no agrava en exceso la obligación del deudor con la aspereza del rigor cambiario. Por otra parte creemos que, en la práctica, la cláusula no debe incluirse frecuentemente pues, de ordinario, en el importe de la suma cambiaria van incluidos los intereses" (subrayado agregado).

Georges Ripert⁵, autor francés que redactó su tratado en 1952, o sea con posterioridad a los cambios introducidos en 1935 en la legislación cambiaria francesa, dice lo siguiente: "**Debiendo mencionarse el monto del título, es imposible añadir en la letra una estipulación de intereses a un tipo determinado** (art. 112, Cod. Com.). Sería necesario conocer la fecha exacta del pago para calcularlo; en todo caso sería necesario hacer un cálculo, con lo cual la letra perdería el carácter de fijeza que la hace semejante al papel moneda. **El artículo 112 ha previsto una excepción para las letras de cambio 'pagaderas a la vista o a un cierto plazo vista', permitiendo entonces indicar el tipo de interés.** Los intereses corren a partir de la fecha de la letra si no se ha fijado otra. Antes de la ley de 1935, la validez de la cláusula de intereses, discutida en doctrina, había sido admitida por la jurisprudencia". (subrayado agregado).

En la doctrina argentina cabe citar la opinión de los autores **Mario Alberto Bonfanti** y **José Alberto Garrone**⁶ y **Luis Muñoz**⁷.

Bonfanti y Garrone dicen lo siguiente: "Conforme a los acuerdos que puedan existir entre las partes, es factible que la letra sea productora de intereses. Tal pacto, comenta **De Semo**, puede facilitar, incluso, la obtención del crédito vía letra, favorecido además por el rigor cambiario. Pero por otro lado, existen razones que deben ponderarse antes de aceptar, sin más ni más, la cláusula de intereses. En primer lugar y a fin de no complicar extremadamente la redacción del título, parece más razonable englobar el monto de los intereses dentro de la misma letra; y en segundo término, no resulta dudoso sostener que una cláusula como la mencionada es fuente de incertidumbre, es decir en cierto modo contraria a los principios de seguridad que deben campear en materia cambiaria (...).

3. "Derecho Mercantil", Madrid, 1929, p. 275.

4. "Derecho Comercial" de Bolaffio, Rocco y Vivante, Tomo 8, "De la letra de cambio y del pagaré cambiario", Vol. I, Buenos Aires, 1950, p. 165.

5. "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Buenos Aires, 1954.

6. Mario Alberto Bonfanti y José Alberto Garrone, Tomo I, p. 241.

7. "Derecho Comercial, Títulos—Valores", Buenos Aires, 1973, p. 241.

¿Cómo se interpreta el artículo? (se refieren al artículo 5o. de la ley argentina). **"La regla es que la cláusula de intereses debe tenerse por 'no escrita'; la excepción, que es sólo válida en la letra a la vista o a cierto tiempo vista"**. (subrayado agregado). Muñoz, por su parte, prácticamente se limita a mencionar el texto del artículo 5o. de la ley cambiaría argentina.

Puede observarse que los tratadistas de los países donde se aplica la doctrina germánica aceptan que en la letra a la vista o a cierto tiempo vista pueda estipularse el pacto de intereses, pero ello obedece a que en sus respectivas legislaciones existen disposiciones que así lo permiten expresamente, y que en los demás tipos de letras tal estipulación debe considerarse como no escrita. Como muy bien lo dicen **Bonfanti y Garrone** la regla es que la cláusula de intereses debe tenerse por no escrita y que la excepción es que sea sólo válida en la letra a la vista o a cierto tiempo vista.

En el rubro "Antecedentes legales" del presente artículo se ha indicado que como en la legislación peruana no existe una disposición expresa sobre la estipulación de intereses en la letra de cambio, ello debe interpretarse, por el argumento "a silentio" con relación a los antecedentes legislativos y los trabajos preparatorios que tal estipulación no es válida. Conviene establecer si esta interpretación continúa correcta teniendo en cuenta los planteamientos de la doctrina germánica, en la cual se inspira la Ley de Títulos—Valores vigente.

Sobre el particular, tiene especial interés el pronunciamiento de **Claude Du Pasquier**⁸ sobre la teoría de la interpretación, quien dice así: "Para la utilización apropiada de los procedimientos que venimos de indicar, la teoría clásica de la interpretación se ha esforzado por encontrar directivas. Es así, como, oponiendo la interpretación 'restrictiva', que reduce a límites estrechos el campo de aplicación de una regla, y la interpretación 'extensiva', que la hace más amplia, establece en principio que sólo las reglas de orden general son susceptibles de ser interpretadas extensivamente y que las disposiciones **especiales que consagran una excepción a las reglas generales** deben ser interpretadas restrictivamente". (subrayado agregado).

Recogiendo este planteamiento el artículo IV del Título Preliminar del Código civil de 1984 establece

que la ley que establece excepciones no se aplica por analogía.

Si se tiene en consideración que la regla es que la cláusula de intereses debe tenerse por no escrita y que la excepción es que sólo sea válida en la letra a la vista o a cierto tiempo vista, a falta de una disposición sobre la cláusula de intereses en la ley peruana no podrá aplicarse una interpretación extensiva, esto es que la omisión no puede ser interpretada como que la regla sobre la validez de la cláusula de intereses es aplicable en el Perú a toda clase de letras, sino que, por tratarse de una excepción, debe interpretarse restrictivamente, o sea que la omisión debe ser considerada en el sentido que la cláusula de intereses no es válida en ninguna clase de letras de cambio.

La falta de disposición expresa en la Ley de Títulos—Valores sobre la promesa de intereses determina que la legislación peruana se aparte, en este aspecto, de la doctrina germánica y se aproxime, siempre en este aspecto, a la antigua doctrina francesa que ha influenciado determinantemente la legislación y doctrina españolas.

En efecto, las disposiciones de la Ley de Títulos—Valores peruana sobre lo que debe contener la letra de cambio (art. 61) son similares a lo que dispone sobre lo mismo el Código de Comercio español (art. 444), en especial en lo referente a la orden o mandato de pagar una cantidad. Por otro lado, el Código de Comercio español, a igualdad con la Ley de Títulos—Valores peruana, omite tratar sobre la cláusula de intereses.

Por ello, no resulta inadecuado analizar la ley peruana a la luz de la doctrina francesa, pues, en este caso, tal doctrina constituye una fuente apropiada.

R. Gay De Montella⁹, explicando el inciso 4o. del artículo 444 del Código español dice lo siguiente: "4o.— Cantidad a pagar.— La cambial es una obligación, la cual, en substancia, tiene por objeto exclusivo el pago de una cantidad. Por ello puede decirse que la obligación misma se concreta solamente cuando viene definida y precisada la cantidad que deba pagarse. **No cabe incerteza, ni promesa escrita de pagarse intereses, etc.**, u otra cláusula parecida, sino que la ley exige que para su eficacia todo lo debido se contenga en cifra constitutiva de la total suma debida". (subrayado agregado).

Por su parte, **Rodrigo Uría**¹⁰ se pronuncia en los siguientes términos: "b) Cantidad que el librador

8. "Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica", Lima 1944, p. 209.

9. "Código de Comercio Español Comentado", Barcelona, 1948, Tomo III, Vol. II, p. 444.

10. "Derecho Mercantil", Madrid, 1974.

manda pagar. Exige este requisito el número 4 del artículo 444, diciendo que esa cantidad se expresará 'en moneda efectiva o en las nominales que el comercio tuviere adoptadas para el cambio'. Es decir, que habrá de ser una cantidad líquida de dinero o signo equivalente. **Una eventual cláusula de intereses establecida en la letra convertiría en ilíquida la cantidad a pagar, por cuya razón debe tenerse como no puesta, sin afectar por ello a la validez de la letra**". (subrayado agregado).

Finalmente, Joaquín Garrigues¹¹ dice así: "Se discute en la doctrina sobre la validez del pacto de intereses dentro de la letra de cambio. Generalmente, los intereses se calculan anticipadamente y se añaden a la suma que represente el capital. **Pero cuando se añade un pacto especial de intereses, se duda entre declarar nula la letra (solución del antiguo Derecho austriaco) o declarar nula la promesa de intereses y válida la letra (solución de la antigua Ordenanza Cambiaria alemana). Quizá en nuestro Derecho positivo la mejor solución sea considerar la cláusula de intereses como no escrita, por cuanto tiende a modificar el principio de la determinación de la suma cambiaria**". (subrayado agregado).

Debe tenerse presente que las opiniones de Gay De Montella, Uría y Garrigues, en especial las de estos dos últimos, han sido emitidas cuando ya hacía mucho tiempo que la L.U. había llegado a ser considerada como un serio intento de unificar la legislación cambiaria, no obstante lo cual no admiten, debido al silencio de la ley española sobre el particular, la validez de la cláusula de intereses en la letra de cambio, cualquiera que sea el tipo de ésta.

3. HIPOTESIS DE VALIDEZ DE LA CLAUSULA

Se ha visto en el curso del presente artículo que los diversos métodos de interpretación utilizados en él, como son la literal, la histórica y la doctrinaria, conducen todos a una conclusión igual, esto es que de acuerdo con el sistema que informa la Ley de Títulos—Valores peruana no es válido que en una letra de cambio, y por analogía en un pagaré, se consigne una cláusula sobre promesa de intereses.

Sin embargo, conviene colocarse en la hipótesis que fuera legalmente posible la inserción de esta cláusula.

Tal como se ha examinado anteriormente, la L.U., el Real Decreto italiano de 1933, el decreto—ley francés de 1935 y el Proyecto Originario de 1963, que han servido de fuentes a la Ley de Títulos—Valores, así como el decreto—ley argentino de 1963, disponen que la estipulación de producir intereses puede consignarse en una letra de cambio pagadera a la vista o a

determinado plazo vista, y que en toda otra letra de cambio *esta estipulación se considera como no puesta*.

Si hipotéticamente tal disposición fuera aplicable a la legislación peruana, y trasladándola de la letra de cambio al pagaré, resultaría que sólo sería posible estipular legalmente la promesa de intereses en el pagaré a la vista y en el a cierto plazo desde la vista, pero no en el pagaré a fecha fija o a cierto plazo desde la fecha de la emisión, por cuanto no admitiendo la disposición anteriormente referida la inclusión de la cláusula de intereses en las letras de cambio distintas a las que ella como excepción lo permite, y siendo dichas letras de cambio distintas, según la legislación peruana, (art. 63), la letra a fecha fija y a cierto plazo desde la fecha de la emisión, tampoco sería admisible, por analogía, para estos tipos de pagaré.

En consecuencia, puede llegarse a la conclusión que, aún en la hipótesis que se plantea en este rubro, no es válida legalmente la estipulación de intereses en un pagaré con vencimiento a fecha fija.

4. EFECTOS DE LA INCLUSION DE LA CLAUSULA

Es conveniente analizar cuáles serían los efectos legales que tendría que estipular en un pagaré con vencimiento a fecha fija una promesa de intereses.

Si bien es cierto, como se ha visto en el rubro "Pronunciamientos doctrinarios" del presente artículo, que en el antiguo derecho austríaco se declaraba nula la letra que contuviera un pacto de pago de intereses, tal rigor ha sido abandonado en las legislaciones más modernas, tan es así que puede afirmarse que existe prácticamente uniformidad, en aquellas legislaciones que contienen disposiciones sobre estipulación de intereses en la letra de cambio, así como en la doctrina mundial que en una forma u otra puede ser aplicable al ordenamiento positivo peruano, en el sentido de considerar como no escrita la cláusula de intereses en aquellas letras de cambio en las cuales no es posible pactarlos.

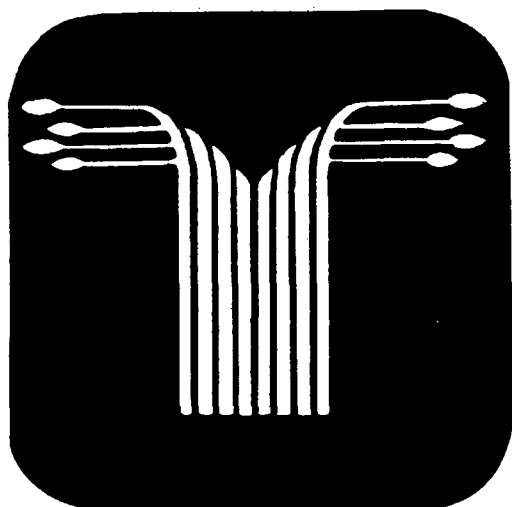
Habiéndose llegado en el presente artículo a la conclusión que no es válida legalmente la estipulación de intereses en un pagaré, y especialmente en un pagaré con vencimiento a fecha fija, si se consignase en el texto de un pagaré una promesa de intereses, debe considerarse que la solución legal es que se reputará válido el pagaré y como no escrita la cláusula de intereses, o sea que mediante el pagaré, considerado como título—valor, podrá cobrarse la obligación principal pero no los intereses, en el caso en que se hubieran estipulado.

11. "Curso de Derecho Mercantil", Madrid, 1972, Tomo I, p. 748.

5. CONCLUSIONES

Por razón de todo lo expuesto en el presente artículo, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

- a) La Ley de Títulos—Valores peruana no contiene disposición alguna que autorice o prohíba la estipulación de intereses en un pagaré o en una letra de cambio.
- b) Debiendo contener obligatoriamente el pagaré, según el artículo 129 de dicha Ley, la promesa pura y simple de pagar una “cantidad determinada de dinero”, lo que literalmente debe interpretarse como una cantidad designada precisamente, resulta inconsecuente con dicha exigencia el pacto de intereses en un pagaré.
- c) La posibilidad de que el pagaré contenga la promesa de pagar una cantidad “determinable” de dinero está referida exclusivamente a los casos de reajuste de capital legalmente admitidos.
- d) Son aplicables al pagaré las normas que rigen la letra de cambio en lo relativo a la posibilidad o imposibilidad de pactar la promesa de intereses.
- e) La omisión de consignar en la Ley de Títulos—Valores una disposición sobre la posibilidad de estipular una promesa de intereses en una letra de cambio debe interpretarse, por la aplicación conjunta del método de la interpretación histórica y el argumento “a silentio”, que el pacto de intereses en la letra de cambio no es válido según la ley peruana.
- f) La indicada omisión también debe interpretarse, a la luz de los planteamientos doctrinarios, en el mismo sentido, o sea que no es válida la cláusula de intereses en la letra de cambio.
- g) Consecuentemente, por ser aplicables al pagaré las normas pertinentes de la letra de cambio, no es válido según la ley peruana que se consigne en un pagaré una cláusula sobre promesa de intereses.
- h) En el caso hipotético que se considerase que es aplicable a la ley peruana el artículo 5o. de la “Ley Uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden”, aprobada en la Convención de Ginebra de 7 de junio de 1930, según la cual puede estipularse la producción de intereses en la letra de cambio pagadera a la vista o a determinado plazo vista, no sería válida la estipulación de intereses en un pagaré con vencimiento a fecha fija.



Trener

La Publicidad y Publicación de las Normas del Estado

(El caso de los Decretos Supremos no publicados)

Valentín Paniagua Corazao

Ex-Ministro de Justicia y Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima.

A raíz de diversas denuncias según las cuales el Poder Ejecutivo no habría cumplido con publicar algunas decenas de Decretos Supremos, la Comisión Permanente del Congreso, designó una Sub-Comisión de su seno. Dos fueron los encargos específicos de la Sub-Comisión. Era el primero, examinar y pronunciarse en torno de la información y explicaciones del Presidente del Consejo de Ministros respecto de los hechos producidos y elaborar un proyecto "interpretativo de la Constitución acerca de la publicación de normas legales", el segundo.

La Sub-Comisión de cuatro miembros, tres de los cuales eran Abogados (F. Osterling, M. Tambini y L. Alvarado) aparentemente tenía las calificaciones indispensables para cumplir ambos cometidos que, en efecto, llevó a cabo emitiendo un Informe y preparando un Proyecto que la mayoría Aprista, respaldada por el PPC, aprobó en la Comisión Permanente. La minoría rechazó las conclusiones del Informe y condenó las propuestas del proyecto. Con absoluta prescindencia de los explicables intereses políticos en juego, es un hecho que tanto el Informe como el Proyecto tienen vastísimas repercusiones constitucionales que justifican no sólo la atención sino un amplio y exhaustivo debate público.

El Informe de la Sub-Comisión, en síntesis, no obstante comprobar la "reserva" de 30 Decretos Supremos, reconoce que el Presidente del Consejo de Ministros cumplió "cabalmente" con darles "publicidad" por haberlos puesto "en conocimiento" del Congreso.

A su turno, el Proyecto, lejos de regular la "publicación", fundamentalmente, sirve para legalizar la "reserva", es decir, la no publicación de algunas normas del Estado (resoluciones legislativas y decretos supremos), y, de este modo, pone en cuestión el Artículo 87 de la Constitución y los conceptos de publicidad, publicación y difusión de las normas del Estado que, hasta ahora, cuando menos, no habían sido objeto de mayor debate.

1. PUBLICIDAD Y PUBLICACION DE LAS NORMAS DEL ESTADO.

Todas nuestras Constituciones, tal como lo hace la vigente, regularon la forma de **publicación** de las **leyes**. Omitieron, en cambio toda referencia a las demás normas del Estado a las que, ahora, comprende el Artículo 87 de la Constitución que, de este modo, ha introducido algunas innovaciones que es preciso puntualizar. Ha consagrado, en primer término, un principio inequívoco: "La publicidad es esencial para la existencia de **toda norma del Estado**". Ha señalado luego, los medios instrumentales para hacerla posible: la publicación y la difusión. Por fin, ha dejado en manos del legislador establecer la "forma" de publicación y arbitrar los "medios" de difusión oficial de las normas del Estado. Así ha distinguido claramente entre publicidad, publicación y difusión en cuyas diferencias es preciso reparar por los distintos efectos jurídicos que de ellos pueden derivar.

Tal vez no es ocioso recordar que la publicidad de la norma no es una conquista del constitucionalismo. Tampoco que ella sea "esencial" para la "existencia" de la norma. Escriche, recuerda que "ley" deriva del verbo latino *legere* "en cuanto significa escoger, según unos, y *leer*, según otros, porque la ley escoge mandando unas cosas y prohibiendo otras para la utilidad pública y **se leía al pueblo** para que la **supiese**". No por otra razón la ley 12, Título 2, Libro III de la Novísima Recopilación prohibía "crear o usar" - "ninguna ley, regla o providencia nueva" si no estuviera "intimada o **publicada**" por lo que reputaba "conspirador contra la tranquilidad pública" y "reo de Estado" al infractor de tal principio. Así, ley en general, y publicidad resultan consustanciales. En ese sentido puede considerarse que el Artículo 87 contiene (en lo que a publicidad se refiere) una norma de "aplicación inmediata e incondicionada", es decir, una norma "operativa" o "autoaplicativa" en la caracterización de Vanossi ya que (a diferencia de la publicación o difusión) no requiere "desarrollo" alguno.

¿Qué debe entenderse por “publicidad”? Publicidad es, en la primera acepción del Diccionario de la Lengua Castellana, “la calidad o estado de público”. Público, a su turno, es “lo notorio, patente, manifiesto, visto o **sabido por todos**”. Publicidad, en su segunda acepción, es “el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”. La primera hace relación con el **efecto** o el **resultado** o, más propiamente, con el “**estado**” o “**calidad**” que las cosas adquieren después de ser objeto de la **publicidad**. La segunda acepción, en cambio, está vinculada con los **medios** que son inherentes o consustanciales a la publicidad. Cualquiera sea la acepción que se escoja, el resultado sería el mismo que fluye de la lectura del texto constitucional. En efecto, el Artículo 87 pudo haber sido redactado en una de las dos formas alternativas siguientes: “El conocimiento por todos es esencial para la existencia de toda norma del Estado” o, por esta otra: “La divulgación es esencial para la existencia de toda norma del Estado”. Como el término publicidad implica tanto, “la calidad” como el “medio” de divulgación es obvio que el Constituyente usó apropiadamente el término.

Es evidente que sólo puede reputarse “publicitada” una norma cuando hay la posibilidad de que sea conocida por todos por haberse usado los medios necesarios para su divulgación. Esa posibilidad, precisamente, produce un efecto jurídico fundamental: el precepto se convierte en norma ya que por la “publicidad” (que es el resultado, estado o calidad) el precepto alcanza, simultáneamente, “existencia” en el mundo del derecho.

Al legislador compete, conforme al Artículo 87 de la Constitución, “señalar” la “forma” de publicación y los **medios** de difusión. El precepto apenas si requiere interpretación. Es muy claro, desde luego, que la Constitución no deja en manos del legislador decidir respecto de la publicación o no y de la difusión o no de la norma puesto que eso es, justamente, lo que la Constitución ordena. El arbitrio del legislador, en cambio, es pleno para establecer la “forma” de publicar y para elegir los “medios” de difundir, a condición, por cierto, de publicar y difundir, respectivamente. Podrá, pues, el legislador determinar cualquier forma de publicación (impresión, carteles, pregoneros, etc.) y determinará también los medios de difusión (radio, periódico, televisión, información oral, etc.). En ese aspecto no hay reserva, excepto, naturalmente, la que impone el propio significado de los términos que usa la Constitución.

Publicación, siempre según el Diccionario de la Lengua Castellana es “la acción y efecto de publicar”; es “hacer **notoria** o **patente**, por voz de pregonero o por medios, una cosa que se **quiere hacer llegar a noticia de todos**”, es “difundir por **medio** de la **impresión** o de **otro procedimiento** cualquiera un escrito, una estampa, etc. La obligación de **publicar** implica, pues, (como en el caso de la publicidad) **una acción** que tie-

ne por objeto “**hacer llegar a noticia de todos**” un escrito (en este caso una norma) y el empleo **de un medio** que permita **difundirlo**. Así, **fin y medio** resultan implicados inevitablemente en el término.

La interpretación precedente está consagrada formalmente en la legislación expedida con arreglo a las previsiones de la Constitución de 1979. Lo prueban los textos del Artículo 3 del D.L. 217 (Ley del Poder Ejecutivo) del Artículo 112 de la Ley 23853 (Ley Orgánica de Municipalidades) y del Artículo 52 de la Ley 24650 (Ley de Bases de Regionalización). Es cierto que en ninguna de ellas se establece la publicidad como requisito de “existencia” de la norma, la publicidad como requisito de “vigencia” o la difusión como medio accesorio destinado a facilitar su conocimiento, pero, en todas, se crean los mecanismos necesarios de publicación de las normas como medio para asegurar su publicidad. A la luz de tales precedentes puede sostenerse que el Artículo 87 de la Constitución excluye, por lógica, la posibilidad de existencia de normas “reservadas” o “secretas”. Debe excluirse, además, porque el Constituyente que pudo autorizarlos por excepción, no sólo no lo hizo sino que, por el contrario, consagró un principio que desahucia definitivamente esa posibilidad, en tanto no se modifique el texto del Artículo 87.

Al margen de la Constitución de 1933, el gobierno de facto dejó de publicar algunos Decretos Leyes y Decretos Supremos. Ese hecho, inconstitucional entonces, lo es, aún más ahora. Contra lo que acontecía con la Constitución precedente, la actual ha consagrado, inequívocamente, y bajo reserva constitucional, el principio de publicidad y las obligaciones de publicación y difusión que no establecía la Carta de 1933. Y tenía que hacerlo, la publicidad de actos y normas del Estado, en la Constitución vigente, es consustancial a su propósito de crear un Estado, de veras democrático.

2. LA PUBLICIDAD: FUNDAMENTO DEL ESTADO DEMOCRATICO.

¿Por qué todos han de conocer las normas del Estado? La cuestión puede responderse desde dos puntos de vista. Política y jurídicamente. A todos se ha impuesto el deber no sólo de respetar sino también de defender la Constitución y el ordenamiento jurídico (Artículo 74) y a todos se reconoce el derecho de participar en el ejercicio del poder y, naturalmente, de controlar a quienes lo detentan (Artículos 2 Inc. 16, 64). A todos corresponde la defensa del orden democrático (Arts. 81, 82, 307, 295 y 298 Inc. 6) porque, según lo proclama el Preámbulo de la Constitución, el estado democrático se funda “en el sometimiento de gobernante y gobernados a la Constitución y a la Ley”, “en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta” así como “en la efectiva responsabili-

dad de quienes ejercen función pública". Para asegurar estos principios así como para ejercitar aquellos derechos y cumplir esos deberes, todos deben conocer no sólo los **actos** sino también las **normas** del Estado. Por esa razón, la Constitución ha regulado cuidadosamente su publicidad.

3. LA PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DEL ESTADO

Son públicas, por regla general, las sesiones del Congreso, y, sobre todo, aquellas en que se tramitan interpelaciones, se debaten Mociones de censura o en que se aprueba el Presupuesto de la República (Arts. 181, 225, 226 y 197). Es público el Mensaje Anual que el Presidente debe rendir al país, como debe ser pública la Exposición de la política general del Gobierno (Arts. 211 Inc. 7 y 224). Sólo por excepción son reservados los actos del Poder Judicial (Art. 233 Inc. 3 y 248). Públicos, igualmente, son los actos electorales y, de modo especial, los escrutinios en Mesa (Art. 241). No puede haber reserva sobre el estado de las finanzas nacionales y ha de ser público el informe que sobre ellas ofrezca el Banco Central de Reserva (Art. 149). Hasta la adquisición de bienes o la contratación de obras y servicios por el Estado deben estar sujetas a procedimientos que garanticen su publicidad (Art. 143). En suma, los actos del gobernante han de ser conocidos por todos. Sólo así, el pueblo, depositario del poder, podrá juzgar, periódicamente la conducta de sus gobernantes.

4. LA PUBLICIDAD DE LAS NORMAS DEL ESTADO

Las mismas razones políticas que justifican la publicidad de los actos del Estado, implican la de sus normas. Pero, a ellas se añaden algunas otras. La publicidad es el correlato lógico de la obligatoriedad y de la presunción de conocimiento de la ley. Es asimismo, el requisito indispensable para el cumplimiento del deber de defensa de la Constitución y del ordenamiento jurídico. No en vano todos están legitimados para impugnar las normas administrativas de carácter general mediante la acción popular (Art. 295) del mismo modo que para hacer prevalecer la Constitución contra las leyes que la vulneran (Art. 298 Inc. 6). Ejercer tal deber presupone, el derecho de conocer las normas del Estado, sin excepción.

Así, pues, la publicidad (a diferencia de la publicación) no es una simple forma; es parte de la esencia de los "actos" y también, y sobre todo, de las "normas" del Estado. Su reserva, en los casos, en que la Constitución exige publicidad implica, sin duda, el desconocimiento de los fundamentos mismos del Estado democrático que la Constitución aspira a construir. Ese, en definitiva, el sentido del Informe y el propósito manifiesto del Proyecto de la Sub-Comisión que se examina a continuación.

5. EL INFORME DE LA SUB-COMISION SOBRE LOS DECRETOS NO PUBLICADOS Y LOS "FUNDAMENTOS" DE SU RESERVA.

La Sub-Comisión, como se ha dicho, afirma que el Poder Ejecutivo cumplió "cabalmente" (presumiblemente con la Constitución y la ley) al poner "en conocimiento" del Congreso los Decretos Supremos no publicados. Su conclusión se sustenta en dos argumentos que merecen análisis. Sostiene, por un lado, que no existe norma legal que "desarrolle" la Constitución en materia de publicidad de normas del Estado. Desconoce, pues, la existencia o la vigencia del Artículo 3 del D.L. 217 o Ley del Poder Ejecutivo que regula esa materia y que establece, específicamente, la obligación de publicar los Decretos Supremos. Apoyándose en esa supuesta falta de regulación legal justifica, luego, la existencia de 30 Decretos Supremos no publicados por diferentes consideraciones, aparentemente jurídicas. Afirma que 27 de ellos no debían ser publicados "por tener carácter reservado conforme al Artículo 16 de la Ley 14816 -Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República", 1 por estar "vinculado a la seguridad y defensa nacional" y los 2 restantes por tener "alcance" (sic) particular.

¿Permite el Artículo 16 de la ley 14816 expedir Decretos Supremos reservados? La norma en cuestión no sólo no autoriza sino que, ni siquiera se refiere a esas u otras normas del Estado y, menos, por cierto, exonera al Poder Ejecutivo de la obligación de publicar los Decretos Supremos.

La programación presupuestal, conforme al Artículo 14 de la ley 14816 implica la descripción de actividades, personal, recursos, metas, etc. de las diferentes Unidades de asignación. El Art. 16 de la misma ley permite que la "programación" de las "actividades castrenses" haga excepción a tal norma. Para este efecto, dispone que esas "actividades" (que no deben describirse ni especificarse) se mantengan en reserva bajo el título de "Defensa Nacional" indicándose únicamente el monto de la asignación presupuestal y sus fuentes de financiamiento. Así las "actividades estrictamente castrenses" quedan sujetas a reserva aunque no el monto de la asignación ni la fuente de financiamiento que, naturalmente, se consignan y publican en la Ley Anual de Presupuesto así como todas las otras "actividades" que no sean las "estrictamente castrenses".

¿Qué tiene que hacer la "programación" del presupuesto con la publicidad o no de los Decretos Supremos? En este caso, si se pretende guardar "reserva" sobre determinadas "actividades castrenses", en un Decreto Supremo, basta usar el mismo procedimiento con el que se guarda "reserva" sobre ellas en la Ley de Presupuesto que naturalmente se publica.

El pretexto invocado es inadmisiblemente jurídicamente. En la hipótesis negada que el Art. 16 de la Ley 14816 hu-

quiera autorizado la reserva de Decretos Supremos vinculados a la "defensa nacional" (lo que por cierto no hizo), tal autorización habría quedado enervada, primero, a partir del 28 de julio de 1980 por resultar incompatible con el Artículo 87 de la Constitución, y luego, sin ninguna duda, derogada desde el 12 de julio de 1981, por fuerza del D.L. 217 que, en su Artículo 3 Inciso 2 establece, clara y terminantemente, la obligación de "publicar los Decretos Supremos sin distinguir entre ellos y por lo tanto, sin excluir, los "vinculados" con la "defensa y seguridad nacional".

"La defensa y seguridad nacional" es ciertamente un pretexto baladí que la Sub-Comisión esgrime para explicar lo injustificable. Lo demuestra precisamente el argumento que utiliza para cohonestar la inconstitucional reserva del D.S. 340-86-EF que aprobó una nueva escala de remuneraciones para los servidores diplomáticos. Según la Sub-Comisión "su publicación podría revelar informaciones relacionadas con la estructura de la diplomacia peruana" además que la reserva está "impuesta" (sic) por el D.L. 113 que establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores forma parte integrante del Sistema de Defensa Nacional. El primer argumento es inadmisibile por pueril. Si tal fuera la razón, obviamente que la "estructura" de la diplomacia peruana es ya harto conocida puesto que sería la primera vez en que se guarda reserva sobre la materia y, por tanto, el sigilo de hoy resultaría inútil. A menos, naturalmente, que el propósito sea reservar tal información al pueblo del Perú, que es una razón más aceptable que la primera. El segundo argumento se apoya en una distorsión de la ley. El Artículo 2 del D.L. 113 se limita a señalar que el Ministerio de Relaciones Exteriores forma parte del Sistema de Defensa Nacional. La pregunta es obvia ¿qué norma autoriza a mantener reserva sobre las disposiciones relacionadas con ese Sistema o con las instituciones vinculadas a él? Por cierto que ninguna. El Ministerio de Relaciones Exteriores que forma parte del Poder Ejecutivo, antes que del Sistema de Defensa Nacional está sujeto también a las normas que regulan la vida del Poder Ejecutivo y específicamente al Artículo 3 del D.L. 217 que obliga a publicar, precisamente, los Decretos Supremos que ese poder expide.

Menos aceptables aun son las "razones" esgrimidas para cohonestar la reserva de los Decretos Supremos Nos. 384-85-EF y 380-86-EF por los que se otorgan subvenciones a la Iglesia Católica. Se asevera que esas normas no tienen "alcance general" y que el Congreso "aprobó las Partidas presupuestales para su otorgamiento". La Sub-Comisión distingue, pues, entre Decretos Supremos de "alcance (sic) general y particular" y sostiene que estos últimos pueden no ser objeto de publicación. ¿Cómo puede distinguir donde el Artículo 3 del D.L. 217 no ha distinguido? El segundo es deleznable. Si las subvenciones fueron aprobadas y las Partidas figuran en el Presupuesto que es público ¿por qué mantener en reserva los Decretos Supremos que se limitan a darle cumplimiento? ¿Por

qué un fin tan plausible como la ayuda a la Iglesia Católica debe mantenerse en reserva?

Las "razones" invocadas por la Sub-Comisión no resisten pues un análisis serio. Son apenas pretextos que no pueden oponerse ni al explícito texto del Artículo 87 de la Constitución ni a la inequívoca obligación que establece una norma, hasta este momento, en toda vigencia, como es el Artículo 3 Inc. 2 del D.L. 217.

6. EL PROYECTO DE "DESARROLLO" DEL ARTICULO 87 DE LA CONSTITUCION

El segundo encargo de la Sub-Comisión consistía en la formulación de un proyecto de ley "interpretativo" del Artículo 87 de la Constitución que la Sub-Comisión ha cumplido con una iniciativa que consta de 5 Artículos de los que sólo 3, realmente, hacen relación con la "publicación" de las normas del Estado.

7. QUE DEBE ENTENDERSE POR NORMA DEL ESTADO

El proyecto considera que "para efectos del Art. 87 de la Constitución" son normas del Estado las que expiden el Poder Legislativo (leyes, resoluciones legislativas) y el Poder Ejecutivo (decretos legislativos, decretos supremos, resoluciones supremas, ministeriales y vice-ministeriales). La enumeración es ostensiblemente deficiente y además no distingue entre normas y actos administrativos propiamente dichos. No comprende las leyes regionales delegadas a que se refiere el Artículo 267 de la Constitución que, obviamente, son normas del Estado. Excluye, por otro lado, las que expiden las instituciones constitucionales, los gobiernos regionales y locales y las instituciones de Derecho público con atribuciones normativas. Si bien es cierto que el Art. 6 se refiere a ellas, es muy claro que, para los autores del proyecto, esas no son normas "para efectos del Artículo 87 de la Constitución".

La omisión es tan grave que resulta norma del Estado una resolución vice-ministerial pero no lo serían una Resolución cambiaria del Banco Central de Reserva o normas expedidas por otras instituciones constitucionales como el Consejo Nacional de la Magistratura (Art. 28 Inc. d del D.L. 25) o la Superintendencia de Banca y Seguros (Art. 4 Inc. g, i y j del D.L. 197). Tampoco lo serían disposiciones de algunas instituciones de derecho público como el Instituto Nacional de Cooperativas (Art. 87 Inc. 3 del D.L. 85), del Instituto de Investigación y normalización de la vivienda (Art. 7 Inc. b y d del D.L. 145), del Sistema de Comunicación Social (Art. 8 Inc. g y h del D.L. 178) o del Instituto de Normas Técnicas y Certificación (ITINTEC) (Art. 5 Inc. 2, 5 y 6 del D.L. 171) que, entre otras muchísimas instituciones, tienen también atribuciones normativas.

Es evidente que si se pretende “desarrollar” el título 87 de la Constitución basta una caracterización genérica. Conforme a ella, pueden y deben considerarse como normas del Estado: (1) las que expiden los Poderes del Estado; (2) las instituciones constitucionales con autonomía normativa; (3) los gobiernos regionales y locales y (4) las instituciones de derecho público con atribuciones normativas específicas. Esta caracterización además de comprender a todas las instituciones que integran el Estado tiene sustento, cuando menos parcial, en los Artículos 295 y 298 de la Constitución.

Los autores del proyecto, por otro lado, confunden **normas** y **actos administrativos** propiamente dichos. Tanto es así que el Artículo 5 regula, nada menos, que la “publicidad de las resoluciones (...) que contengan actos administrativos de carácter (...) que contengan actos administrativos de carácter particular” como si ellas fueran, de algún modo, normas y estuvieran sujetas al requisito constitucional de “publicidad”. La Sub-Comisión no ha tenido en cuenta que la **publicación** de los actos administrativos, propiamente dichos, es una forma de “notificación” a ciertos **interesados** (ausentes, desconocidos, número indeterminado eventuales afectados por el acto, etc.) y que cumple, por tanto fines enteramente distintos de los que persigue la Constitución al disponer la publicación de las **normas** como medio de **publicidad**. Por lo demás, la notificación de los actos administrativos en cuestión está apropiadamente regulada en el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (Arts. 42, 43, 48, 51 y 81 a 86). Las disposiciones del proyecto sólo servirían para crear un desorden que ahora no existe en esta materia.

La confusión puede explicarse tal vez, por la circunstancia de que, al establecerse la potestad reglamentaria del Presidente de la República, se alude a “resoluciones de carácter general”. Así lo hacía el Inc. 8 del Artículo 154 de la Constitución de 1933 y aún lo hacen los Artículos 211 Inc. 11 y 295 de la Constitución vigente. Debido a ello, aparecieron en nuestro ordenamiento jurídico resoluciones “normativas” (particularmente Supremas) que aprobaban “reglamentos” de servicios, procedimientos internos o previamente regulados por reglamentos formalmente sancionados por Decretos Supremos. Con el propósito de poner coto a tan inconveniente costumbre administrativa, la Ley del Poder Ejecutivo sancionó, en su Artículo 3 Inciso 3, este principio que aún se halla vigente: “las resoluciones supremas no contienen **normas** de carácter general”. El Art. 5 que se comenta derogaría implícitamente tal disposición y convalidaría la costumbre descrita que debe desterrarse puesto que toda norma del Poder Ejecutivo debe contenerse o aprobarse siempre por un Decreto Supremo. ¿Qué razón habría para retornar a la “costumbre” inconstitucional de permitir la dación de normas mediante Resoluciones Supremas?

En suma, el proyecto no define ni enumera apropiadamente qué debe entenderse por norma del Estado para los efectos del Artículo 87 de la Constitución. Es natural, entonces, que las disposiciones que contiene en materia de publicación sean inevitablemente deficientes.

8. LA PUBLICACION DE LAS NORMAS DEL ESTADO

Si bien es cierto que el Artículo 87 de la Constitución ha dejado en manos del legislador establecer la “forma” de publicación de las normas del Estado, es preciso recordar que la propia Constitución regula la publicación de las **leyes**. Esas disposiciones son aplicables a las resoluciones legislativas y a los decretos legislativos conforme a los Artículos 195, 196, 188 y 211 Inc. 9 de la Constitución y al D.L. 217 Art. 3 que, parcialmente, los ha complementado. El encargo de la Sub-Comisión, por tanto, se circunscribía a revisar y, de ser el caso, a modificar o ampliar la legislación vigente en materia de publicación sólo de las normas del Poder Ejecutivo, de las instituciones constitucionales y de las personas de derecho público ya que las leyes orgánicas de Municipalidades y de Bases de Regionalización regulan, apropiadamente, el régimen de las normas de los gobiernos regionales y locales.

La ley del Poder Ejecutivo regula en parte la publicación de los Decretos Supremos. Distingue, con precisión, **normas** y **actos administrativos** propiamente dichos, en la forma que se ha recordado ya, y, dispone, interpretando, cabalmente, el Artículo 87 de la Constitución, la publicación obligatoria de los Decretos Supremos sin excepción. Tal vez para complementar la norma bastaría señalar el órgano en que debe efectuarse: el diario oficial. ¿Por qué no confirmar tal norma?

Si bien, el proyecto se remite a las normas correspondientes tratándose de la publicación de las normas de las instituciones constitucionales, gobiernos regionales y locales, instituciones de Derecho público (Art. 6) establece, sin embargo, una regla para el caso que dichas leyes no regularan la materia lo que, normalmente, no hacen. Dice el Artículo: “En su **defecto**, la autoridad competente determinará la publicación o notificación de la misma, según sea su alcance general o particular, respectivamente”. La disposición es absurda. Toda norma se publica. Ese el principio que consagra la Constitución. La ley, cuando más, podría establecer la obligación de publicarlas en el diario oficial tratándose de instituciones de competencia nacional y en el diario reservado a publicaciones judiciales para las de competencia regional o local además de prever algún otro medio de difusión, en este último caso. Sólo así se garantiza la “existencia” de tales normas del Estado.

9. LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE NORMAS DEL ESTADO SUSCEPTIBLES DE RESERVA.

Los Artículos 2 y 3 del Proyecto permiten al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo expedir y aprobar, respectivamente, decretos supremos y resoluciones legislativas "reservados" cuando se hallen vinculados con la "defensa y seguridad nacional", calificación que debe hacerse por ellos mismos. El Poder Ejecutivo debe "poner en conocimiento" del Congreso las guientes a la fecha de aprobación". Según el Art. 3 "la no publicación de la norma no limita la facultad parlamentaria contenida en el Artículo 179 de la Constitución. Los Senadores y Diputados conocen del contenido de las referidas normas legales en su lugar de archivo".

La publicación así queda reducida a un trámite burocrático de "aviso" al Congreso y de "archivo" (en el caso de los Decretos Supremos) y de "archivo" (en el caso de las Resoluciones legislativas) para su eventual consulta por los representantes del Congreso. ¿Podría decirse que el "aviso" y el "archivo" son "formas" de publicación que aseguren la "publicidad" de esas normas? Es obvio que no. Mientras el significado de la palabra castellana "publicación" sea el que ahora mismo posee, el legislador no podría pretender que señala una "forma" de publicación cuando consagra, más bien, una "forma" de "reserva" es decir, de no publicación. En otras palabras la "forma" propuesta por la Sub-Comisión sólo resultaría compatible con la Constitución si, previamente, se modifica su texto previendo, expresamente, la excepción al principio de publicidad en el caso de normas "vinculadas a la defensa y seguridad nacional" y la posibilidad de sustituir las formalidades de publicación y difusión por otras de reserva o archivo.

No obstante lo dicho es pertinente preguntarse, las Resoluciones Legislativas ¿son normas? La cuestión merecía algún análisis. Es sabido que ellas están sujetas a formalidades diferentes de las previstas para la ley en lo relacionado con su tramitación, aprobación y publicación a pesar de que son promulgadas,

como las leyes, por el Presidente de la República (Art. 211 Inc. 9). Es natural que así sea. Las Resoluciones Legislativas son actos, por entero diferentes de las leyes. Carecen, por de pronto, de la generalidad que es inherente y característica de aquéllas. Son, por el contrario, y, naturalmente, actos de carácter particular, y algunas de ellas típicamente administrativas (designación de altos funcionarios del Estado o concesión de una pensión de gracia). Otras, en cambio, aprueban o sancionan instrumentos que contienen normas (las que ratifican tratados o las que interpretan una ley). Es evidente que no todas ellas (vinculadas o no a la defensa nacional) pueden reputarse "normas". En todo caso, las que tienen algún carácter normativo, están sujetas a las previsiones del Artículo 87 de la Constitución. Las demás, en cambio, no tendrían porque someterse a las disposiciones establecidas para las "normas" del Estado. Y, por ello mismo, no habría razón que justifique la "reserva" ya que su publicidad implícitamente está consagrada en el Artículo 3 de la Ley No. 1 (20 de octubre de 1904) cuando establece que las leyes y resoluciones legislativas que promulgue el Presidente del Congreso se les asignará el número que corresponda, al ordenarse su publicación por el ejecutivo".

10. CONCLUSION

En suma, el Informe de la Sub-Comisión lejos de cohonestar ha puesto al desnudo la infracción del Artículo 87 de la Constitución y ha evidenciado la inconsistencia de cualesquiera argumentos que pudieran tentarse para excusar el incumplimiento de la obligación impuesta, explícitamente, por el Artículo 3 Inciso 2 del D.L. 217. El Proyecto, a su vez, adolece de serias e insubsanables deficiencias que ciertamente no le califican para un debate parlamentario serio. Importa una amenaza para la seguridad jurídica que persigue la Constitución en cuanto intenta la consagración formal de normas "reservadas" no obstante el mandato en contrario que contiene el Artículo 87 de la Constitución. En ese sentido, es inadmisiblemente no sólo por comprometer la vigencia de ese precepto sino, fundamentalmente, porque afecta el principio de "publicidad" de las normas del Estado que es, en el fondo, una de las bases de sustento del Estado democrático que aspira a construir la Constitución.

Controversias y Conflictos Laborales

Mario Pasco Cosmópolis

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUC

El Derecho Procesal del Trabajo tiene por objeto la solución de las controversias y conflictos de trabajo.

Dos son, en opinión del ilustre maestro mexicano **Mario De la Cueva**, las características tipificantes de una controversia o conflicto laboral: "Primeramente, una de las personas que intervengan en el conflicto, por lo menos, debe ser sujeto de una relación de trabajo. En segundo lugar, la materia sobre la que verse el conflicto ha de estar regida por las normas del derecho del trabajo".¹

Ambos caracteres son copulativos, deben darse conjunta y simultáneamente. Así, por ejemplo, puede haber entre un trabajador y un empleador relaciones de índole civil o comercial que, traducidas en una divergencia, originen un litigio, el que no tendría naturaleza laboral sino civil o comercial pues, pese a la condición de las personas —primera característica—, la materia en disputa sería de índole extralaboral.

1. CLASIFICACION

A partir de esa caracterización, la doctrina identifica diversos tipos de controversias laborales, según quienes sean las partes intervinientes y la naturaleza de los asuntos en discusión.

El propio **De la Cueva**² propone el cuadro siguiente, según los sujetos que intervienen en la controversia:

a) Conflictos entre trabajadores y patronos, que enfrentan a trabajadores y empresarios o a sindicatos obreros a patronos o sindicatos empresariales.

b) Conflictos intersindicales, que se provocan entre sindicatos de la misma naturaleza —esto es, sindi-

cato obrero vs. sindicato obrero o sindicato empresarial vs. sindicato empresarial—, pues si fueran de naturaleza distinta caerían en el grupo anterior.

c) Conflictos entre un sindicato y sus agremiados.

d) Conflictos entre trabajadores.

e) Conflictos entre patronos.

Con diferencias apenas de matiz, el mismo autor³ reseña las clasificaciones de otros maestros del jus—laboralismo:

—**J. Jesús Castorena y Alberto Trueba Urbina**, ambos mexicanos: A) conflictos obrero—patronales; B) conflictos inter—obreros; C) conflictos interpatronales; D) conflictos intersindicales o intergremiales.

—**Mariano R. Tissebaum**: A) controversias obrero—patronales; B) controversias intersindicales; C) controversias entre la asociación gremial y sus agremiados; D) controversias interobreros o interpatronales; E) controversias entre sindicatos o patronos u obreros y el Estado.

—**Juan D. Ramírez Gronda**: A) conflictos obrero—patronales; B) conflictos intersindicales; C) conflictos entre el sindicato y sus agremiados; D) conflictos inter—obreros.

Sometiéndolos a una clasificación bipartita, **De la Cueva** los reduce a conflictos principales: trabajo—capital, y conflictos ocasionales: trabajadores y sindicatos entre sí; y excluye los conflictos entre patronos, de la misma forma que excluye la asimilación de los sindicatos empresariales a los sindicatos obreros.

En una clasificación de gran claridad, como todas las suyas, **Manuel Alonso García**⁴ propone separar dos grandes categorías: "a) **Conflictos de trabajo propios**, que son todos cuantos se producen entre partes

1. "Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", Porrúa, México 1981, Tomo II, p. 510.

2. De la Cueva, Mario, p. 511, Advuértase que De la Cueva adopta como única la denominación "conflicto", tema que será analizado más adelante.

3. "Derecho Mexicano del Trabajo", Porrúa, México 1963, Tomo II, pp. 730 a 733.

de una relación de trabajo, o sujetos de un convenio colectivo; y **b) Conflictos de trabajo impropios**, a los que se puede caracterizar como aquellos que se dan entre asociaciones profesionales, o entre éstas y sus miembros, o entre miembros de las mismas entre sí (pero en cuanto tales sindicatos), por causa del trabajo, lo cual equivale a decir: siempre que se susciten cuestiones relacionadas con el título en virtud del cual se pertenece a la asociación, que no puede tener más que una causa laboral".⁵

Es particularmente interesante la nomenclatura genérica que distingue entre conflictos propios e impropios, no sólo por su precisión sino porque delimita indirectamente el campo del Derecho Procesal del Trabajo, al menos en su cuestión nuclear. El D.P.T., en efecto, se ocupa preponderantemente de las controversias laborales propias, de las obrero—patronales, de las que enfrentan entre sí a las partes de la relación laboral; esto es, las controversias laborales típicas.

Las demás existen, pero no obtienen un tratamiento procesal específico, o sólo un proceso especial, y no pocas veces deben ser sometidas a procesos comunes.

De aquí en adelante, por consiguiente, toda referencia a controversia o conflicto estará circunscrita a la que se plantea entre los sujetos de la relación laboral.

2. CONTROVERSIAS Y CONFLICTOS PROPIOS O TÍPICOS: OBRERO—PATRONALES

Quedó dicho que el campo de acción del Derecho Procesal del Trabajo es el de las diferencias —controversia o conflicto— que se suscitan entre uno o más trabajadores o un sindicato obrero, de un lado, y uno o más empleadores o un sindicato o entidad patronal, del otro; vale decir, entre las partes de la relación laboral enfrentadas entre sí.

Las controversias o conflictos laborales propios, típicos o puros son clasificados tradicionalmente en individuales y colectivos, según un sistema, y jurídicos y económicos, según el otro.

En definiciones de la OIT que condensan con claridad el pensamiento de la mayoría de autores, se consideran controversias **individuales** aquellas que comprometen derechos concretos de personas. **Colectivas**, las que afectan intereses abstractos de categoría.

Jurídicas o de derecho (o de aplicación, en la moderna nomenclatura) son las que 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. Las **económicas o de intereses** (o de revisión) no versan sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o el contrato, sino que son reivindicaciones que tienden a modificar un derecho existente o a crear un derecho nuevo.

Ambas clasificaciones son susceptibles de combinación, la misma que puede ser hecha de dos maneras, según de cual de ellas se parta. Así, al menos teóricamente:

—Las controversias individuales y colectivas podrían ser, todas ellas, jurídicas o económicas.

—Las controversias jurídicas y económicas podrían ser individuales o colectivas.

Sucede, empero, que la controversia individual económica sólo tiene existencia virtual, mas no reconocimiento jurídico. No existe derecho individual para promover una controversia que conduzca a la revisión de la ley, a la creación de la norma. Por tal razón, la tipología queda reducida a tres tipos de controversias: individuales, colectivas de derecho y colectivas de intereses. O si se quiere, desde la otra perspectiva, controversias jurídicas individuales y colectivas, y controversias económicas, que sólo pueden ser colectivas.

Hasta aquí la clasificación corriente. Por nuestra parte, desde mucho tiempo atrás nos hemos adscrito a la posición de **Antonio F. Cesarino Jr.** y **Mario Deveali**, que es también la de la doctrina británica, acerca de la inexistencia—inutilidad, más bien— de las controversias jurídicas colectivas, cuya distinción con las individuales es tan sutil e imperceptible 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".⁶

Nos refuerza en esta idea la circunstancia de que en nuestro país, el Perú, las controversias jurídicas colectivas no tienen una vía procesal propia y se tramitan

4. "Derecho Procesal del Trabajo", Bosch, Barcelona 1963, Tomo I, p. 24.

5. Los conflictos propios corresponden a los denominados por De la Cueva como "principales"; los impropios, a los "ocasionales".

6. Pasco, Mario: "Solución de los conflictos colectivos de trabajo: La Conciliación y el Arbitraje", Derecho Nr. 37, PUC, Lima 1983, p. 105.

tan de la misma forma y por los mismos cauces que las individuales, de las que, por lo demás, no aparecen conceptualmente separadas. En otras palabras, todas las controversias jurídicas se someten a un mismo procedimiento, indiferentemente de que parte de la doctrina reconozca en unas naturaleza colectiva y en otras naturaleza individual.

Parte del problema reside en la dificultad para definir la controversia jurídica colectiva, en darle un contenido específico, en diferenciarla nítidamente de la individual.

Al respecto, desechamos a priori, por cierto, la distinción cuantitativa fundada en el número de sujetos involucrados, según la cual serían individuales "las que se originan entre **un** trabajador y un empresario a propósito del contrato de trabajo o de alguna de sus incidencias, o bien por la aplicación o interpretación de los reglamentos laborales en casos concretos, y como colectivas las que se producen entre **un grupo** de obreros con patronos o grupo de patronos acerca del trabajo", criterio de distinción que **Stafforini**⁷ atribuye a **Paul Pic** y **Jorge Scelle**, a **García Oviedo** y a **Trueba Urbina**.

La distinción, de existir, tiene que ser sustantiva. La controversia jurídica colectiva —para los prestigiosos doctrinarios que postulan su existencia— puede tener por objeto:

a) La aplicación o interpretación de normas jurídicas de naturaleza colectiva (**Mariano R. Tissembaum**).⁸

b) La aplicación de convenios o reglamentación de trabajo, y el reconocimiento del sindicato como agente encargado de la negociación colectiva (**Stafforini**)⁹

c) Establecer o fijar, por vía general, la existencia y la interpretación del reglamento colectivo (**De Litala**).¹⁰

d) Versar sobre el derecho a la existencia y la libertad de los grupos profesionales o la interpretación genérica o aplicación del contrato colectivo de trabajo, siempre que en ese último caso se afecte el interés profesional que representan los sindicatos (**De la Cueva**).¹¹

e) La interpretación y aplicación jurídica que derivan de las leyes, reglamentos o convenciones colectivas de trabajo (**Roger Bonnard**, citado y seguido por **Cabanellas y Russomano**).¹²

Sería temerario enfrentar dogmáticamente la opinión de autores de tanta calidad y prestigio, por más que apoyáramos la nuestra en la de otros tan ilustres como aquéllos, sin que pueda dejarse de anotar la variedad y diversidad de contenidos que se da a las controversias colectivas jurídicas, que hace aún más difícil su conceptualización.

La existencia o inexistencia de las controversias colectivas de derecho debe buscarse, entonces, en los ordenamientos jurídicos de los respectivos países. Para que se admita su existencia son necesarios, en nuestra opinión, tres requisitos: a) que la ley expresamente los reconozca, caso de las legislaciones española, mexicana y brasileña; b) que tengan una vía procesal ad-hoc, distinta de la aplicable a las controversias individuales e idéntica o similar a la de las controversias económicas; y c) que los efectos de su resolución no se limiten a las partes contendientes sino que adquieran el mismo carácter *erga omnes* que se atribuye a las convenciones colectivas, caso de la "sentencia normativa" brasileña.

Néstor De Buen defiende la existencia no sólo conceptual sino factual de los cuatro tipos de controversia, posición que sustenta en la LFT mexicana, que los admite todos. Así, a las controversias indubitables (jurídica-individual y económica-colectiva), añade con ejemplos legales las otras dos posibles: el conflicto jurídico-colectivo cuando, por ejemplo, tiene por objeto exigir el cumplimiento del contrato colectivo o del contrato-ley (fracción IV del artículo 450 de la LFT); y la controversia económica-individual, tipificada en el artículo 57o. de la misma, que autoriza al trabajador para solicitar a la Junta de Conciliación y Arbitraje la modificación de las condiciones de trabajo cuando el salario no sea remunerador o sea excesiva la jornada de trabajo o concurran circunstancias económicas que lo justifiquen, derecho que el mismo artículo reconoce también al empleador.

Comentando este artículo, **Baltazar Cavazos Flores**¹³ coincide en que se trata de un conflicto individual de carácter económico; **De la Cueva**¹⁴, en cambio, después de indicar que alguna vez le inquietó esa posibilidad, se ha inclinado por considerar que "el conflicto es idéntico al que tiene por objeto establecer el monto del honorario que debe cubrirse a un médico o abogado por los servicios prestados a un cliente".

El ordenamiento jurídico del país propio es un condicionante subjetivo de la capacidad del jurista para entender o compenetrarse con temas, conceptos, situaciones, definiciones o diferencias con las que no

7. Cit. por Stafforini, p. 696

8. Stafforini, p. 56

9. Stafforini, pp. 726 y 739

10. Cit. por Stafforini, p. 57

11. De la Cueva, Tomo II, p. 756

12. "Los conflictos colectivos de trabajo y su solución", Heliasta, Buenos Aires 1979, p. 20

13. "Nueva Ley Federal del Trabajo, tematizada y sistematizada", Trillas, México 1981, p. 179.

14. "Nuevo Derecho", Tomo II, p. 521.

tiene contacto directo porque el derecho objetivo que él maneja y la realidad en que se desenvuelve sencillamente no los contienen.

Sucede, por ejemplo, fuera del campo procesal, con los sindicatos de empresa y de rama de actividad, allí donde en un país sólo existen de un tipo mas no del otro. Para juristas de países con sindicalismo exclusivamente de establecimiento resulta difícil entender y hasta concebir el sindicato supra—empresarial, colocado al exterior de la empresa y al que se afilian en la base directamente los trabajadores; inversamente, donde el sindicato de empresa no existe no es difícil comprender la vida y funcionamiento operativo de los micro—sindicatos, que actúan y se mueven con vida propia al interior de la empresa. Para aquéllos, el sindicato de industria les resulta semejante a la federación; para éstos, el sindicato de empresa es como los delegados de taller o los comités sindicales. Y sin embargo no es así, no hay similitud ni semejanza y se trata de organismos netamente diferenciados.

El problema es parecido a la dificultad semántica de quienes no hablan español para distinguir entre el ser y el estar. Filósofos eminentes, en Alemania y Gran Bretaña, han producido sesudos y voluminosos tratados para establecer un distingo conceptual que un niño hispano—parlante conoce y entiende sin el menor esfuerzo.

Lo dicho es aplicable a juristas que, por ejemplo, centran su duda no en la diferencia entre una controversia individual y una colectiva, sino entre el conflicto jurídico y el de intereses, materia que, en los países en que la distinción está arraigada en la ley y en los usos, resulta de gran simplicidad.

3. DIFERENCIAS ENTRE LAS CONTROVERSIAS LABORALES Y LAS COMUNES

Las controversias laborales y las comunes se distinguen, obviamente, por la materia sobre la que versan: las controversias laborales nacen de relaciones y contratos de trabajo y tienen como actores a trabajadores, de un lado, y patronos del otro; las comunes se originan en relaciones de índole civil o comercial, cuyos actores son, recíproca e indiferentemente, un acreedor y un deudor. Respecto de la naturaleza de los derechos que en una y otra se discuten, en la controversia común los derechos son de contenido patrimonial, derivados de leyes ordinarias, y disponibles; en la laboral, son derechos sociales, derivados de leyes de orden público, irrenunciables.

Es evidente que el derecho material no sólo informa sino gobierna al derecho sustantivo, es la justificación misma de la existencia autónoma de un derecho procesal. Si los derechos subjetivos que se controvier-

ten fueran similares, si tuvieran igual naturaleza si no se distinguieran esencialmente, no requerirían de un instrumento procesal diferente sino que aplicarían uno solo y el mismo; así sucede, por ejemplo, con el civil y el comercial que siendo derechos autónomos y diferentes entre sí, utilizan un mismo proceso.

4. DIFERENCIAS

Pero los derechos laborales son intrínsecamente distintos. El Derecho Laboral no es privado, idea que para el maestro **De la Cueva** "repugna a las conciencias"¹⁵; no es público, aunque sea imperativo; no es, tampoco, híbrido o ecléctico. El Derecho Laboral es, en la feliz expresión de **Gierke** desarrollada por **Radbruch**, un derecho social "porque considera al hombre como miembro de un todo, lo que hace de él un derecho nuevo".¹⁶

Sus normas son, sí, de orden público; pertenecen al derecho imperativo al desprender sus efectos a la autonomía de la voluntad y al obligar no sólo a las partes sino al propio Estado a respetar "aquellas normas cuya observancia es esencial para la realización de la justicia"¹⁷. Son, por eso, fundamentalmente, irrenunciables para el trabajador, de cuya voluntad también son desprendidas.

Enfatizando el substrato social, debe remarcarse que mientras el objeto litigioso común es patrimonial, en la controversia laboral está presente un valor superior: el trabajo, como actividad humana y personal.

Que el trabajo no es una mercancía es principio que nadie discute; la apropiación de sus frutos por el empresario, aquella nota de "ajenidad" de que habla **Manuel Alonso Olea** y con él la doctrina española, no afecta ni transforma la naturaleza humana del trabajo, pues una cosa es éste y otra sus frutos: el patrón hace suyos los frutos, no el trabajo mismo, que es indesligable de la persona que lo realiza.

Ese valor está presente en toda controversia laboral. El juez no puede apreciarla únicamente en su dimensión patrimonial, prescindir de la circunstancia de que, en la base de la disputa, hay un hecho social al que el Derecho da especial protección. Tampoco puede olvidar que el salario, que es la medida económica de ese hecho, tiene un carácter alimentario, que de su percepción oportuna y completa depende la subsistencia del trabajador y de su familia.

Por eso es válido el símil entre un crédito laboral y uno alimentario. El juez no puede resolver un litigio alimentario con los mismos criterios que lo guían en un litigio meramente patrimonial. El acreedor alimentista goza de protección especial, y por eso el derecho familiar tiende a separarse del civil, a buscar su propia dogmática y su propia metodología procesal, lo que explica el por qué de la existencia de jueces de menores y, en el futuro, de jueces de familia.

15. Tomo I, p. 217

16. Tomo I, p. 254

17. Tomo I, p. 230

Pero a esta diferencia sustancial se agregan otras distinciones —claras, algunas; sùtiles, ótras— que marcan una radical separación. **Eduardo J. Stafforini**¹⁸ siguiendo a **Mariano R. Tissembaum**, las precisa así:

a) Interés particular e interés social

En las contiendas de derecho privado, afirman los prestigiosos autores citados, "el objeto se concreta dentro de una órbita de carácter patrimonial que afecta esencialmente al interés individual de las partes; en cambio, en las contiendas del trabajo, la posición personal de las partes es desplazada por el eje central de la mencionada órbita del litigio por la posición que en el mismo toma el trabajo como noción jurídico social, que actúa en modo predominante, tanto en la formación de las relaciones contractuales como en las cuestiones o divergencias que se derivan del mismo".¹⁹

Y agrega que "el citado desplazamiento valorativo que se opera dentro de la órbita del conflicto, se reduce a considerar la lesión patrimonial bajo la noción directiva y preponderante del principio jurídico que informa el contenido conceptual sobre el trabajo, como noción predominante tanto de naturaleza doctrinaria como legal. Ceden en tal virtud los principios del derecho común su posición central, frente a los que informan el contenido sustancial del trabajo, como cuestión básica y fundamental que debe orientar la solución de la contienda".²⁰

b) Despersonalización de las partes

En la controversia laboral las partes tienen roles arquetípicos y representan, genéricamente, al capital y al trabajo. En cada litigio entre un trabajador y un patrono está reproducida la contradicción fundamental entre los factores de la producción; no se trata, simplemente, de las personas naturales o jurídicas que contienden, sino de la permanente oposición de intereses que separa socialmente a las clases, porque, como dice **Radbruch**, "el pleito se despersonaliza para dar lugar a la contienda social que caracteriza a nuestro siglo".²¹

Los roles, están de otro lado, estereotipados: demandante es, por lo general, el trabajador, que es el acreedor; demandado, el patrono deudor. A diferencia del litigio civil, en que los roles son intercambiables (quien es hoy demandante puede ser mañana o aún hoy mismo demandado, situación por lo demás frecuente por vía de la reconvencción), en el litigio laboral las posiciones son fijas, inmutables, están configuradas de antemano.

Giglio²² da un giro distinto a la "despersonalización", vinculándola a las garantías que la ley provee

contra las alteraciones en la estructura jurídica o en la propiedad de la empresa. "La acción laboral —dice— apunta, concretamente, a alcanzar a la empresa, a pesar de estar encaminada, formalmente, contra la persona natural o jurídica que la dirige o explota. Esta, en la realidad, apenas "representa" a la empresa. Una de las consecuencias procesales del instituto denominado "sucesión de empresas" (rigurosamente la sucesión es de empresarios y no de empresas) es la posibilidad de ejecutar el juicio contra terceros, extendiendo los efectos de la cosa juzgada a quien no formó parte en el proceso. Ante los procesalistas civiles estaríamos frente a una tautología jurídica".

c) Trascendencia o repercusión de la controversia

El profesor **Tissembaum** —dice **Stafforini**²³— señala "como tercer rasgo distintivo el que deriva de la trascendencia o repercusión que la controversia del trabajo genera en el medio social, que difiere objetivamente de la que promueven las de derecho privado. Tal circunstancia finca precisamente en que actúan, como se ha dicho precedentemente, dentro de la órbita limitada del interés patrimonial".

No se agota, pues, el resultado sólo entre las partes litigantes sino que las sobrepasa.

El juicio civil se da, por lo general, de manera aislada, como si cada juicio fuera único; la contraparte —demandante o demandado— no integra un grupo, una comunidad, un conjunto, sino que es una persona natural o jurídica aislada que sólo representa y defiende sus derechos e intereses.

En el proceso laboral, en cambio, el trabajador es miembro de un grupo homogéneo, compacto, inmediato. Detrás del pleito hay a la expectativa muchos casos similares, prestos a demandar aquéllo que el pionero encaró con éxito.

El resultado trasciende instantáneamente a la masa, actúa como precedente para la solución —ya no necesariamente litigiosa— de todos los demás casos similares. Se juegan en cada proceso conceptos que habrán de incidir en las relaciones de todos los trabajadores en situación equiparable.

No se trata, entonces, del efecto distanciado que la jurisprudencia puede tener en el mundo jurídico, sino de la consecuencia automática en el propio establecimiento, máxime cuando los trabajadores están agremiados sindicalmente.

Por eso es frecuente que ante una discrepancia sobre derechos que afectan a todo un colectivo, sea

18. "Derecho Procesal Social", TEA, Buenos Aires 1955, p. 504 y ss.

19. Stafforini, p. 50 y ss.

20. Stafforini

21. Stafforini

22. "Los Procesos Laborales: su autonomía científica, dogmática y normativa" en Bases para una Ley General de Trabajo, IET, Lima 1985, pp. 370-371.

23. Stafforini, Eduardo.

sin embargo un solo trabajador el que accione, economía procesal que no obsta para que a todos los demás casos se les aplique luego la pauta derivada del fallo. De allí que ambas partes litiguen con especial cuidado, conscientes de que se controvierte no solo lo que fluye del expediente, sino las reglas que habrán de normar las relaciones de todo el conjunto.

Desde otro ángulo, el de su trascendencia por el agravio social, **Sarthou**²⁴ señala que "toda conducta antijurídica constituye una agresión a la paz del grupo. Pero ese atentado tiene distintos grados que varían según la trascendencia de los derechos agredidos. El grado máximo de agresión de la conducta antijurídica es la del ilícito penal en tanto lesiona gravemente derechos esenciales que la sociedad tiene en la máxima jerarquía de protección. Aquí los poderes del Juez son máximos y la inquisición es absoluta. El grado totalmente opuesto al anterior, o sea de mínima agresión social es el conflicto de intereses que dirime pretensiones patrimoniales entre particulares ligadas a la propiedad de las cosas, las que se debaten en el proceso tradicional o común. La lesión a los principios de organización de la comunidad es mínima y representa tan sólo un apartamiento del deber prescrito por la norma pero sin afectar la conducta atípica, derechos o bienes de especial repercusión colectiva. En un grado intermedio, se encuentra el ilícito laboral. El grado de agresión social de la conducta antijurídica en este ilícito es de tipo medio, pues si bien se debaten derechos patrimoniales, está su familia, que el Estado a través de la constitucionalización de los derechos económicos y sociales, ha colocado en lugar prioritario de protección. Existe un interés público en el cumplimiento de las normas que garantizan los derechos laborales, en forma semejante a los que protege el derecho penal y diferente a la privatización propia de la contienda patrimonial del proceso común. Pero no existe identificación con el ilícito penal, pues si el orden público comprometido los acerca, el esquema de las voluntades privadas que continúa siendo la base del conflicto individual del trabajo —circunstancia análoga al proceso común— los separa".

d) Igualdad civil. Desigualdad jurídica, económica y moral

Las partes de la relación laboral son **jurídicamente desiguales**: al empleador le son conferidas facultades normativas, directivas y sancionadoras, cuyo correlato en el trabajador es el deber de cumplimiento, obediencia y disciplina.

Aunque iguales civilmente, son sensiblemente desiguales en lo jurídico, por su diversa posición funcional, fruto de una necesidad social cual es la de organi-

zar la producción, lo que requiere de una relación vertical.

En lo económico, el patrono detenta los medios de producción; el obrero sólo tiene su fuerza de trabajo y, a través de ella, su salario. La capacidad de uno y otro para afrontar un litigio guarda proporción con sus respectivos patrimonios.

El desequilibrio o desigualdad económica se refleja en el conflicto en cuanto compromete valores de distinta jerarquía patrimonial para el trabajador y el patrono. El trabajador pone en juego la satisfacción de derechos de contenido alimentario en función de las necesidades que tiende a satisfacer. El patrono, en cambio, no asiste en el proceso al debate de problema esenciales de subsistencia económica, sino a una disminución de su margen de utilidad o en el peor de los casos de su capital".²⁵

"Aparte de esa desigualdad económica —añade **Stafforini**²⁶ se observa, en la distinta posición de los trabajadores frente a sus patronos, una **desigualdad moral** que nace no sólo de aquélla sino también de las dificultades que deben sobrepasar los primeros cuando se ven en la necesidad de litigar judicialmente. Es decir que "mientras el patrono tiene libertad subjetiva plena para adoptar cualquier tipo de decisión respecto del conflicto de intereses, la voluntad del trabajador en cambio está intervenida por las condiciones de la relación de trabajo cuando ella está vigente".
diciones de la relación de trabajo cuando ella está vigente".

Helios Sarthou puntualiza otro desequilibrio, en lo atinente a la **capacidad probatoria** ya que "al ejecutarse el contrato de trabajo, de modo general, en la empresa, que es la sede del poder patronal y el ámbito de su dominio, el trabajador a diferencia del sujeto del proceso civil debe arrancar la prueba de ese ambiente hostil sujeto a la presión del patrono".²⁷

Este desequilibrio en la capacidad para producir prueba es destacado también por **Giglio**²⁸, quien resalta asimismo el rasgo general de esta desigualdad, que no es "la desigualdad circunstancial, personal del litigante pobre, negligente, frente al rico y previsor, a la cual el Estado es indiferente, sino una desigualdad generalizada o estructural ... enraizada en las condiciones económico—sociales de una clase o grupo".

Es en estas múltiples y convergentes diferencias entre las controversias laborales y las comunes donde enraiza la exigencia de un proceso propio para aquéllas, cuyas características imponen la necesidad de una estructura normativa y jurisdiccional adecuadas a su naturaleza y de jueces especiales, dotados no sólo de versación jurídica sino de finura y sensibilidad social.

24. Sarthou: "Revista Derecho Laboral" Nr. 133, p. 102.

25. Sarthou, p. 101

26. Stafforini, p. 53

27. Sarthou, p. 53

28. Giglio, Wagner: "Direito Processual do Trabalho", LTR, Sao Paulo 1977, pp. 69 y 100.

Normas y Principios del Derecho del Trabajo

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUC

En Derecho del Trabajo tenemos una normativa mucho más abundante que en otras áreas jurídicas, debido fundamentalmente a dos fenómenos: de un lado, la inexistencia de códigos o leyes generales que compendien la multitud de leyes y reglamentaciones en unos pocos textos, y del otro lado, la existencia de un tipo de norma singular de este campo, cual es el convenio colectivo, que convive con la legislación aumentando considerablemente la mencionada proliferación normativa. En este artículo pretendo analizar las diversas situaciones que pueden ocurrir respecto de la aplicación de las normas a los casos concretos, incidiendo en las varias formas de relación que pueden existir entre aquéllas y la actuación que cabe a los principios en cada caso.

1. LOS DISTINTOS SUPUESTOS DE APLICACION

Considero que podemos identificar cuatro situaciones distintas en lo tocante a la relación entre normas jurídicas y supuestos de hecho:

- a) una sola norma aplicable "pura".
- b) una sola norma aplicable, pero relacionada con otra.
- c) varias normas simultáneamente aplicables.
- d) ninguna norma aplicable.

Si completamos este cuadro con la tipología de relaciones entre normas que trabaja Martín Valverde¹, adicionándole el caso de la sucesión normativa, tendremos que en el caso b) había cuatro tipos de relaciones: supletoriedad, subsidiariedad, conflicto y sucesión normativa, y en el caso c) habrá dos: complementariedad y suplementariedad.

A continuación veremos caso por caso, señalando su contenido y los principios que operan en él.

2. UNA SOLA NORMA APLICABLE "PURA"

En esta situación, a determinado supuesto de hecho la resulta aplicable una única norma jurídica. Esta, para el efecto concreto de su aplicación al caso, es perfectamente autónoma en tanto cubre todo el supuesto de hecho. En este sentido la denominamos "pura", sin ignorar que toda norma está en indispensable relación con el conjunto de la normativa, dado que integra un sistema jurídico.

Aquí el único principio que puede actuar es el llamado "in dubio pro operario". Este consiste en "elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador"². Si tenemos una sola norma, puede ocurrir que ella sea oscura, ofreciendo dudas sobre su interpretación, que deberán resolverse en favor del trabajador.

3. UNA SOLA NORMA APLICABLE, PERO RELACIONADA CON OTRA

En este caso, tenemos que, a fin de cuentas hay una sola norma aplicable al supuesto de hecho, pero aquella se encuentra en relación, de varios modos posibles, con otra norma. Recogiendo las definiciones de Martín Valverde, ubicamos en este caso, las tres siguientes situaciones: supletoriedad, subsidiariedad y conflicto, a las que añadimos una cuarta: sucesión normativa. Las explicamos a continuación:

a) Supletoriedad

"Para el supuesto de hecho *s* se aplica el precepto *x* de la disposición a) en defecto de previsión de dicho supuesto en la disposición b)"³.

Esta situación se presenta en nuestro ordenamiento, en los siguientes casos:

1. Menciona cinco tipos de relaciones: supletoriedad, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad y conflicto. Ver: Martín Valverde, Antonio, "Concurrencia y articulación de normas laborales", Revista de Política Social No. 119, Madrid.
2. Plá Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.
3. Martín Valverde, op. cit.

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



Interbanc

Banco Internacional del Perú

UN BANCO PARA TODOS!

- (1) La Ley respecto del convenio colectivo: En lo no previsto en el convenio rige supletoriamente el mínimo legalmente fijado. Esto ocurre, por ejemplo, cuando si no se pacta el importe de las horas extras, debe abonarse el 25 o/o de sobretasa (Convenio No. 1 OIT, art. 6) o cuando si las partes de la negociación colectiva no fijan el monto del incremento adicional, se aplica un reajuste al sexto mes indexado con la inflación del período (DS 010-86-TR, art. 1).
- (2) La Ley civil respecto de la ley laboral: Por mandato del art. IX del Título Preliminar del Código Civil, éste se aplica supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que éstas no sean incompatibles con su naturaleza. Hay materias en las que las disposiciones del Código Civil son perfectamente aplicables al campo laboral, como es el caso de las disposiciones del propio Título Preliminar y las que regulan instituciones como la capacidad, el acto jurídico, las obligaciones, etc. Creo que el período histórico en que, por reafirmar la autonomía del Derecho Civil (a partir de las obvias y profundas diferencias que en muchos casos subsisten), se encuentra superado. En este sentido, considero que la obra de De Buen⁴ constituye un magnífico esfuerzo por hallar los puntos de encuentro válidos entre ambos campos.
- (3) La costumbre llamada respecto de la ley o el convenio colectivo: Este es el caso de la costumbre cuando es invocada por una norma para regular algo no previsto por ésta. La doctrina señala que sólo en estos supuestos de llamamiento, la costumbre adquiere carácter de fuente del derecho⁵. En nuestro ordenamiento, como bien ha anotado Rubio Correa⁶, el sistema de fuentes omite mencionar la costumbre: el art. 233.6 de la Constitución (repetido por el VIII del Título Preliminar del Código Civil) indica que ante el defecto o deficiencia de la ley se acude a los principios generales del derecho, aunque el Código Civil se remita a la costumbre en las veinticinco situaciones que ha identificado el citado autor. En todo caso, también concuerda la doctrina, que el espacio para la costumbre es residual en el campo laboral, más aún por la abundancia normativa que he mencionado antes.
- (4) La ley respecto de la autonomía de la voluntad: Por último, hay casos en los que una norma dispositiva, que permite el juego de la autonomía de la voluntad, resperece imperativamente cuando ésta no ha actuado. Tal es lo que ocurre cuando al trabajador injustificadamente despedido se le brinda por ley la opción de elegir en ejecución de

sentencia entre su reposición o la terminación indemnizada, otorgándosele un plazo para dicho efecto, a cuyo vencimiento, sólo tendrá la segunda alternativa (Ley 24514, art. 12).

b) Subsidiariedad

"Para el supuesto de hecho *s* se establece ad hoc la disposición a) en tanto no aparezca la disposición b), a la que corresponde normalmente regularlo"⁷.

Este es el caso de las normas transitorias o provisionales, destinadas a tener una vigencia más o menos efímera, hasta que surja la norma definitiva.

Ejemplos de esta situación en nuestro ordenamiento, tenemos en la Décimo—primera Disposición General y Transitoria de la Constitución, que garantizaba la sobrevivencia del Fuero de Trabajo hasta que se dictara la Ley Orgánica del Poder Judicial, al cual el primero debería integrarse en aplicación del principio constitucional de unidad de la función jurisdiccional. Lo mismo sucede en el caso de la segunda Disposición Transitoria de la Ley 24514, que facultaba a la Autoridad Administrativa de Trabajo a seguir conociendo de los procedimientos contra los despidos hasta que asumiera esa función exclusivamente el Fuero de Trabajo. Un tercer ejemplo constituye la Directiva 08-86 del citado Fuero que ha "reglamentado" la Ley 24514 en sus aspectos procesales —en un evidente exceso de atribuciones— hasta que el Ejecutivo cumpla con dictar el verdadero reglamento.

c) Conflicto

"Para el mismo supuesto *s* la disposición a) establece el precepto *x* y la disposición b) el precepto *y*, siendo *x* e *y* incompatibles"⁸.

Aquí estamos, como señala el citado autor, ante una situación de divergencia y no de contradicción entre dos normas, que no se resuelve por ello con la derogación sino con el desplazamiento de una de ellas. La norma postergada será la menos favorable al trabajador, por lo que en este caso opera el principio de la norma más favorable. Este principio actúa, como sostiene Ojeda Avilés⁹ en la concurrencia de normas de distinto rango, para seleccionar la aplicable.

Casos de posible operación de este principio en nuestro ordenamiento, serían los siguientes:

- (1) Entre ley y convenio colectivo: Si el mismo supuesto de hecho se encuentra incompatiblemente regulado por una ley y un convenio colectivo, se preferirá éste, que presumiblemente contiene la norma más favorable (caso contrario, sería nulo por afectar un mínimo legal).

4. De Buen, Néstor, "Derecho del Trabajo", 2 Tomos. México, Editorial Porrúa S.A., 1981.

5. De la Villa Gil, Luis Enrique, "Instituciones del Derecho del Trabajo", Madrid, Editorial CEURA, 1985.

6. Rubio Correa, Marcial, "Para leer el Código Civil III", Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986.

7. Martín Valverde, op. cit.

8. Martín Valverde, op. cit.

9. Ojeda Avilés, Antonio, "El principio de condición más beneficiosa", Revista de Política Social No. 134, Madrid.

(2) Entre convenios colectivos: Muy poco probable en el plano territorial en nuestro sistema de contratación por empresa, en el que no hay cruces entre un convenio y otro. Podría ocurrir en el plano temporal¹⁰.

(3) Entre tratado internacional y norma nacional: Claramente se preferirá la norma más favorable, al margen de la jerarquía. Lo expresa nítidamente la Constitución de la Organización Internacional del trabajo, para el caso de la relación entre los Convenios y las Legislaciones Nacionales, en su art. 19.8.

d) Sucesión normativa

En este caso estamos ante la derogación de una norma por otra. Esta puede afectar ciertos derechos de los trabajadores si la regulación de la posterior resulta para ellos menos beneficiosa que la contenida en la anterior o si no los contempla¹¹. Aquí opera, pues, el principio de la condición más beneficiosa, para impedir la disminución de los derechos adquiridos por el trabajador.

También en este campo, puede actuar la retroactividad benigna, prevista por nuestra Constitución en su art. 187. La nueva ley podría disponer su vigencia respecto de los hechos ya cumplidos, producidos al amparo de una norma derogada, si aquella fuera más favorable al trabajador¹².

4. VARIAS NORMAS SIMULTANEAMENTE APLICABLES

Tenemos aquí dos posibles relaciones: complementariedad y suplementariedad, que veremos en seguida:

a) Complementariedad

“Para el supuesto de hecho *s* se aplica el precepto *x* de la disposición *a*) completado con el precepto *x* de la disposición *b*)”¹³.

Esto ocurre en varios supuestos de remisión de una norma a otra que la completa. Tal es el caso de la actuación conjunta de la ley civil y la laboral, cuando ésta se remite expresamente a aquélla, como sucede reiteradamente en el ámbito procesal. También ocurre cuando, por ejemplo, las multas que puede imponer la Autoridad Administrativa de Trabajo están referidas a un número determinado de ingresos mínimos mensuales, por lo que habrá que acudir a la norma que fije éstos; o cuando la compensación por tiempo de servicios tiene como tope, según los perio-

dos, cierto número de remuneraciones mínimas vitales, debiendo hacerse igual operación.

De otro lado, se presenta también, este supuesto en los siguientes casos:

(1) Entre ley y reglamento: Cuando éste completa, con ciertas precisiones, pero sin ampliarlos, los derechos contenidos en aquélla.

(2) Entre la costumbre llamada y la ley o entre el convenio colectivo y la ley: Cuando las primeras crean derechos puntuales no previstos en la ley, pero en una materia regulada por ésta.

(3) Entre convenio y convenio: Este sería el caso de la contratación articulada, inexistente en nuestro medio, pero abundante en otros sistemas, en virtud de la cual “un convenio colectivo de ámbito general es sucesivamente completado por otros pactos más específicos en las materias dejadas al efecto”¹⁴.

En todos estos supuestos, las normas se necesitan recíprocamente, porque ninguna de ellas basta para la regulación completa del caso.

b) Suplementariedad

“Para el supuesto de hecho *s* se aplican simultáneamente el precepto *x* de la disposición *a*) y al precepto *x + n* de la disposición *b*)”¹⁵.

En este caso actúa el llamado principio de norma mínima, que es una característica de las normas laborales relativamente imperativas, que permiten su mejoramiento por otras. La relación de este tipo por excelencia es la que se produce entre la ley y el convenio colectivo. Todos los mínimos fijados por ley son incrementables en favor del trabajador por vía del convenio colectivo: reducción de la jornada ordinaria, elevación de la remuneración mínima, mayor descanso o pago vacacional, etc.

Aquí las normas son autónomas entre sí, considerándose que se aplican simultáneamente, dado que la materia de una ha sido absorbida y mejorada por la otra, que supone la anterior.

5. NINGUNA NORMA APLICABLE

Finalmente, tenemos el supuesto de hecho para el que no hay norma aplicable, configurándose la situación que se conoce como laguna jurídica. En estos casos no operarán los principios de interpretación ni de selección de las normas, como los descritos antes, dado que hay ausencia de normas, sino los de integración, que buscan justamente subsanar la omisión con los principios generales del derecho.

10. Ojeda Avilés, Antonio, “La concurrencia de convenios colectivos”, Revista de Política Social No. 89, Madrid.

11. Ojeda Avilés, “El principio de condición más beneficiosa”.

12. Sobre las distintas teorías de la aplicación de la ley en el tiempo, ver: Rubio Correa, op. cit.

13. Martín Valverde, op. cit.

14. Ojeda Avilés, “La concurrencia de convenios colectivos”.

15. Martín Valverde, op. cit.

La Sociedad Anónima Abierta en la Ley General de Sociedades

María Luisa Gubbins Bovet
Bachiller en Derecho

Como bien afirma Georges Ripert "es cómico ver que se propone como objeto de la reforma de sociedades la defensa del ahorro cuando la sociedad anónima no ha sido constituida para defenderlo sino para conquistarlo"¹. El tema de este trabajo es de suma trascendencia cuando lo que se busca es incentivar el crecimiento de nuestra economía nacional, haciendo atractivo el financiamiento de las empresas mediante el ahorro público, especialmente en países como el nuestro, donde la mayoría, por no decir todas las sociedades, son de estructura cerrada. No se trata del establecimiento de un régimen dual de tipos de sociedad anónima que sean competitivos entre sí, ni tampoco de la constitución del estatuto jurídico de la sociedad anónima abierta a costa del régimen de la sociedad anónima cerrada. Se aspira a postular dos sistemas o concepciones empresariales por las que se debe poder optar libre y conscientemente.

1. VACIO LEGAL EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Existe una imagen generalizada de nuestra realidad nacional que proviene de identificar la sociedad anónima abierta con aquella sociedad que se constituye por suscripción pública, aumenta su capital por suscripción pública o cotiza sus títulos en bolsa. Dentro del marco legislado, encontramos que la diferencia entre los dos tipos de sociedad anónima, se ha ido plasmando por medio de las normas que reglamentan el funcionamiento y atribuciones de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV).

En este sentido, si queremos concordar la caracterización extra-societaria de la sociedad anónima abierta con nuestra Ley General de Sociedades, vale la pena señalar que en el estado actual de nuestra legislación, se entiende por ella a aquella sociedad que hace llamamiento al público para la integración de su

capital o para la enajenación de sus acciones en el mercado de valores extra-bursátil o bursátil, es decir, aquella sociedad que no puede introducir en sus estatutos restricciones a la transmisión de las acciones que se oferten públicamente. El artículo 3o. del Decreto Supremo No. 576-84-EFC de 20 de enero de 1984 que establece las normas relativas a la oferta pública de valores y su ámbito de aplicación, señala que los títulos que sean objeto de oferta pública deben ser libremente transmisibles. De esta manera, el principio natural de la transmisibilidad de las acciones se convierte en un principio esencial de las sociedades anónimas que acuden a llamar al público.

Aceptar esta primera impresión de la sociedad anónima abierta sin mayor análisis y ceñir el desarrollo del tema al aspecto puramente legislado, implicaría desconocer que al interior del régimen único de la sociedad anónima existen, en realidad, dos tipos de sociedad anónima.

2. RASGOS DISTINTIVOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA

La sociedad anónima abierta es aquella que se caracteriza en primer lugar, por la disociación entre el capital aportado y el derecho a la gestión debido a que en los hechos se quiebra la vigencia del principio democrático; en segundo lugar, porque al interior de ella la identidad del socio se convierte en irrelevante al operar otros medios que sustituyen su participación activa; y en tercer lugar, por la existencia de una clase de socios que tienen *affectio societatis* al participar activamente en la gestión de la sociedad.

La irrelevancia del *intuitu personae* se manifiesta en la plasmación jurídica de la libre transmisibilidad de las acciones como un principio esencial a la sociedad anónima abierta, pues es especialmente en estas sociedades donde se hacen efectivos los medios para

(*) A la Doctora Lourdes Flores-Nano con sincero agradecimiento.

1. Ripert, Georges: "Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno", 1950, pp. 109-110.

hacer ineficaz toda consideración de la persona, debido a que el objetivo de proteger el interés social que se pretende lograr estableciendo estatutariamente las cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones es atentado, cuando a través de otros medios, como son las delegaciones del voto en blanco, se logra la participación indirecta de determinadas personas que, de otro lado, se pretende impedir directamente con estas cláusulas. A su turno, el reconocimiento a esta disociación entre el capital y la gestión está en quebrar el principio democrático mediante la creación de diversas clases de acciones para las diversas clases de socios según éstos tengan o carezcan de *affectio societatis*.

La *affectio societatis* ha sido siempre entendida como un elemento o requisito esencial del contrato de sociedad. Sin embargo, todas las acepciones de la *affectio societatis* que se sustentan en consideraciones subjetivas, han incurrido en el error de duplicar o confundirla con otros elementos esenciales del contrato de sociedad o del ordenamiento jurídico societario, por lo siguiente:

a) La confianza recíproca o el conocimiento íntimo de los contratantes limita la definición de la *affectio societatis* a ciertos tipos de sociedad, basados en una relación *intuitu personae*, olvidando que el contrato de sociedad abarca a todos los tipos de sociedad.

b) La voluntad de celebrar un contrato de sociedad con la intención de unirse para lograr un beneficio, unida a la de correr ciertos riesgos juntos², la confunde con otros elementos específicos del contrato de sociedad, por lo que la *affectio societatis* de ser un aspecto particular del consentimiento se convierte en un duplicado de éste, necesario en todo contrato.

c) La voluntad de colaborar como socios³ converge la diversidad de interés de los socios solamente en el objeto social, pero al ser éste un elemento específico del contrato de sociedad, la *affectio societatis* viene a convertirse en un duplicado del objeto social.

d) La voluntad de colaborar jurídicamente igualitaria⁴ es una fórmula de bondad participativa equivalente a tener igual derecho de colaboración o *jus fraternitatis*.

e) La voluntad de colaborar jurídicamente interesada en obtener beneficios⁵ vuelve a confundir la *affectio societatis* con el objeto social.

f) La voluntad de colaborar activamente⁶, entendida como la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad, para que pueda ella cumplir con su objeto⁷, la confunde con el interés en el voto, convirtiéndose en equivalentes la acepción de la *affectio societatis* y el interés social.

Después de haber analizado algunas de las teorías subjetivas que definen la *affectio societatis*, hemos considerado que la más acertada es aquella que parte de un criterio objetivo, constituido por la exteriorización de la voluntad de colaborar activamente⁸. Acoger esta tesis nos ha permitido plantear una definición objetiva de lo que es la *affectio societatis* y el rol que cumple en la sociedad anónima.

La *affectio societatis* consiste en llevar a efecto la voluntad de colaborar activamente mediante un "hacer" y un "no hacer" que se manifiesta en el aspecto funcional del contrato, a posteriori, al ir delineando la forma y no el contenido del interés social. Por lo tanto, la *affectio societatis* deja de ser un elemento esencial del contrato de sociedad para ser un elemento definitorio de las diversas clases de socios, pues la *affectio societatis* se convierte en el patrón que va regulando los diversos intereses económicos mediante la creación de las acciones de voto doble⁹ para los socios que participen activamente.

Se ha optado por esta posición no obstante que en la sociedad anónima la participación activa del socio se presenta con especiales características, pues su colaboración obligada en las asambleas y en el control de la dirección no son impuestas directamente por la ley sino que tiene un relativo carácter de voluntariedad al aparecer indirectamente exigible esta colaboración, toda vez que la omisión del cumplimiento acarrea como sanción el sometimiento a las decisiones de la mayoría y la disolución en caso de total desavenencia o imposibilidad de lograr el objeto social. Cabe aquí aclarar que el ejercicio del derecho de voto no es el factor determinante que califica al socio con *affectio societatis* y por ende con derecho a tener acciones de voto doble, debido a que este elemento también es entendido como un "no hacer" pues el socio que al participar se abstiene de emitir su juicio en las deliberaciones, está ejercitando su derecho en la forma que considera más oportuna en virtud que no existe para él obligación de votar. Sin embargo, no todo "no hacer" conceptúa la *affectio societatis* cuando existe el

2. Hamel, Joseph. Cit. por Fargosi, Horacio. "La *Affectio Societatis*", Bs. As., Ed. Abeledo, 1955, pp. 18-19.

3. Thaller, Cit. por Fargosi, Horacio, p. 24.

4. Pic. cit. por Fargosi, Horacio, pp. 24-25.

5. Pic. cit. por Fargosi, pp. 24-25.

6. Pic. cit. por Fargosi, pp. 24-25.

7. Fargosi, Horacio, p. 88.

8. Brunetti, Antonio. "Tratado del Derecho de Sociedades", Bs. As. Ed. UTEHA, Tomo I, pp. 12-13.

peligro de aquellos que en sustitución de los inactivos accionistas deliberan por ellos, guiados en su gestión no tanto por el interés de la sociedad sino por sus propios intereses. De esta manera, no estamos desacreditando el rol que cumple la *affectio societatis* en la sociedad anónima que consiste en proteger el interés social de la colaboración advenediza de algunos socios, pues definida como lo hemos hecho, permite la valoración objetiva del socio que participa activamente durante un período de tiempo considerable.

3. CRITERIOS FORMALES DE DISTINCION

Recoger los tres rasgos distintivos entre la sociedad anónima cerrada y abierta implica distinguirlas legislativamente escogiendo el criterio formal de distinción que más se acerca a definir la sociedad anónima abierta. Variados ordenamientos jurídicos extranjeros la han distinguido¹⁰

La conceptualización de la sociedad anónima abierta trasciende al llamado del público para la financiación de la sociedad o para la enajenación de sus acciones en el mercado de valores extra-bursátil o bursátil. Estos modos de apelar a la confianza pública devienen en irrelevantes para una caracterización de la sociedad anónima abierta pues no asumen más valor que el de servir de mercado al que pueden tener acceso tanto la sociedad anónima cerrada como la abierta, manteniendo al ingresar o permanecer en el mercado un status previamente acordado o asumiendo uno nuevo, vale decir, se trata de la vía que permite la conversión de la gestión interna primitiva de cerrada en abierta o viceversa, debido a que la asunción de cualquiera de estas formas societarias queda circunscrita a las condiciones del mercado, salvo que estas condiciones sean previamente acordadas por el grupo promotor o el grupo de control, mediante el señalamiento de requisitos a la apertura del capital —montos mínimos a máximos a ser suscritos por cada inversor o número mínimo o máximos de personas a suscribir— o a través de una política de negociación real de las acciones. Así, por ejemplo el caso de una sociedad anónima que coticen sus títulos en bolsa puede conservar su naturaleza cerrada al quedar al margen de una negociación real las acciones que otorgan

el control o porque no elimina todo intuitu personae debido a lo que se cotiza en bolsa son los títulos y no siempre se solicita la inscripción de todos ellos, es decir, puede ocurrir que sólo se coticen los de la serie dispersa. En igual sentido las sociedades que acuden al financiamiento público, pueden hacerlo como cerradas o abiertas.

Otros criterios formales de distinción que han sido utilizados por la legislación comparada para distinguir los dos tipos de sociedad anónima han consistido en la prescripción de un capital mínimo o en el señalamiento de un número mínimo de socios para caracterizar la sociedad anónima abierta. Ambos criterios pretenden reservar la forma abierta para las sociedades de cierta dimensión, pero son de por sí arbitrarios, pues no revelan la composición de la gestión interna, es decir, el carácter asociativo o disociativo del capital aportado y el derecho a la gestión ni el carácter personalista o capitalista de la sociedad. En este sentido es muy posible, de un lado, encontrar que una sociedad anónima de pocos socios pero con un gran capital funcione intuitu personae, vale decir, se valore al socio además de su aporte por lo que él es personalmente considerado y los socios participen activamente o tengan *affectio societatis*, dado los altos intereses económicos en juego. De otro lado, también es factible la existencia de una sociedad conformada por muchos socios y por ende la dispersión puede ser grande en cuanto al número de socios pero no con respecto al capital total, operando la sociedad bajo una estricta vigencia del principio democrático, basada en una relación intuitu personae.

Vemos pues como los criterios capital mínimo de socios, llamamiento al público y cotización en bolsa no necesariamente implican que nos encontremos frente a una sociedad anónima abierta pues ninguno de ellos revela de por sí el carácter asociativo o disociativo del capital aportado y el derecho a la gestión, ni el carácter personalista o capitalista de la sociedad anónima abierta.

A nuestro juicio, el criterio que más se acerca a definir la sociedad anónima abierta, recogiendo los tres rasgos distintivos, es aquel que toma en cuenta la

10. Por ejemplo, el Artículo 2o. de la Ley No. 18046 sobre Sociedades Anónimas chilena de 22 de octubre de 1981 dice textualmente: "Las Sociedades Anónimas pueden ser de dos clases: abiertas o cerradas. Son Sociedades Anónimas Abiertas aquellas que hacen oferta pública de sus acciones en conformidad a la Ley de Mercado de Valores; aquellas que tienen 500 o más accionistas y aquellas en las que a lo menos el 10 o/o de su capital suscrito pertenece a un mínimo de 100 accionistas. Son Sociedades Anónimas Cerradas las no comprendidas en el inciso anterior sin perjuicio de que voluntariamente puedan sujetarse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas".

El Artículo 299 inciso 1o. de la Ley Argentina de Sociedades Comerciales No. 19550 sancionada el 3 de abril de 1972 entiende por Sociedad Anónima Abierta entre otras a la que hace oferta pública de sus acciones.

El Artículo 4o. de la Ley No. 6404 de Sociedades por Acciones de 15 de diciembre de 1976 define a la sociedad anónima abierta y a la cerrada como sigue: "Para los efectos de esta ley, la compañía abierta o cerrada será conforme sus valores estén o no admitidos en las negociaciones de la bolsa o en el mercado de valores. Solamente los valores mobiliarios de las Compañías registradas en la Comisión de Valores Mobiliarios pueden ser distribuidas en el Mercado y negociaciones en la bolsa o en el mercado de valores".

En Colombia el Artículo 283 del Decreto de 1950 da un reconocimiento legal a la existencia de las Sociedades Anónimas de familia y el proyecto italiano de Reforma del Código Civil de 1942 las distingue en dos tipos de sociedad anónima según coticen o no sus títulos en bolsa, etc.

existencia de un porcentaje de capital disperso en un número mínimo de socios en combinación con el grado de parentesco que se dé al interior de ese porcentaje disperso.

Se alega en contra de la utilización de este criterio la dificultad que origina el determinar cuando estamos frente a una asociación entre el capital aportado y el derecho a la gestión y cuándo no, pues puede darse el caso —y no son pocos— de pequeñas sociedades anónimas en las que la traslación del poder se manifiesta de manera similar a las grandes sociedades anónimas, en las cuales los verdaderos propietarios del capital no ejercen o ejercen a medias la conducción de los negocios, con lo que el criterio económico asociación o disociación del capital y la gestión no parece que pueda ser tomada tan rigurosamente para servir de criterio distintivo entre ambos tipos de sociedad anónima, sobre la base del grado de dispersión de las acciones.

Empero, la afirmación de Garrigues cuando dice que “el derecho se limita solamente a regular el fenómeno social de la asociación con prescindencia de las leyes económicas o naturales”¹¹ más bien está prescindiendo de los efectos que acarrea la dispersión de las acciones pues al menos tres regulaciones jurídicas de fenómenos económicos en la Ley General de Sociedades permiten sostener la validez de la afinidad entre las disciplinas Derecho y Economía, a efectos de plantear una dualidad de ordenamientos jurídicos al interior del régimen único de la sociedad anónima, sobre la base del grado de dispersión de las acciones. Así, la justificación al organicismo de terceros está en que es materialmente imposible que todos los socios puedan ser directores al permitir el nombramiento de directores no socios, (Artículo 153) pues mientras exista la facultad de la junta de accionistas de revocar sin justa causa a los directores, no se da una disociación entre las calidades de administrador y administrado; la obligación de constituir un consejo de vigilancia cuando la sociedad supera un tope mínimo de cincuenta accionistas, (artículo 188), está reconociendo la necesidad de instalar un sistema de vigilancia que supla las deficiencias que se originan de la separación, en los hechos, del capital aportado y el derecho a la gestión; y por último, la junta universal sin representación (Artículo 129), está reconociendo el hecho económico de la asociación total entre el capital aportado y el derecho a la gestión.

Una apreciación cuantitativa en cuanto a cuál debe ser el porcentaje de capital disperso o el número mínimo de socios o el grado de parentesco es de difícil determinación. Sin embargo, existen ejemplos en la Ley General de Sociedades donde se impone una razón matemática sobre una razón jurídica como son el tope mínimo de tres socios para constituir una sociedad anónima cuando solo se requiere de dos perso-

nas para celebrar un contrato de sociedad o los preceptos que protegen a la minoría sobre la base de la reunión de un porcentaje arbitrario.

Las tres regulaciones jurídicas de fenómenos económicos y la primacía de una razón matemática sobre una razón jurídica al interior de la sociedad anónima autorizan a reglamentar legalmente la sociedad anónima abierta tomando en cuenta el fenómeno económico de la disociación entre el capital aportado y el derecho a la gestión sobre la base del grado de dispersión de las acciones de acuerdo a un criterio arbitrario en cuanto a cuál debe ser el porcentaje de capital disperso o el número mínimo de socios o el grado de parentesco. Sin embargo, es posible aproximarse a los rasgos distintivos señalados fijando un límite máximo hasta donde se considere es económica, social, psicológica y materialmente factible la vigencia del principio democrático y relevante el intuitu personae al interior de la sociedad anónima cerrada.

4. CARACTERIZACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA

Para una mejor conceptualización de lo que debe ser la sociedad anónima abierta, nos ocuparemos de aquellas sociedades que a pesar de tener un porcentaje de su capital disperso en un número mínimo de socios, pueden estar explotando o precautelando un patrimonio familiar. Se nos ocurre el caso de una sociedad anónima cerrada o de familia donde los parientes sean al mismo tiempo dueños de la mayoría de las acciones suscritas, no cotice sus títulos en bolsa, no venda sus acciones en el mercado público de valores y tenga cláusulas restrictivas a la libre transmisibilidad de las acciones y llegamos a fijar un criterio arbitrario, pero buscando acercarnos a un límite en donde económica, social, psicológica y materialmente ya no sea factible la vigencia del principio democrático respetando aquellas sociedades que, no obstante haber logrado una cierta dispersión entre los parientes, todavía es posible que las relaciones se desarrollen intuitu personae y los socios colaboren activamente.

La hipótesis es la siguiente: Sociedad anónima cerrada o de familia que se convierte automáticamente en abierta cuando por ejemplo el treinta por ciento o más de su capital por lo menos pertenece a un número mínimo de cincuenta accionistas, salvo que esta dispersión del capital esté distribuida en socios que estén vinculados entre sí por parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo grado.

La conversión automática de la sociedad anónima cerrada en abierta al llegar a reunir los requisitos de la hipótesis señalada en líneas arriba, ocasionará la libre transmisibilidad de las acciones, recogiendo aquí el predominio del intuitu pecuniae de la sociedad anóni-

11. Garrigues, Joaquín: “Tratado de Derecho Mercantil”, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Mercantil, 1947, Tomo I, p. 59.

ma abierta sobre el intuitu personae de la sociedad anónima cerrada. Pero esta conversión automática trae como consecuencia inmediata exponer al grupo mayoritario con *affectio societatis* a perder el control. Sin embargo, en este punto resulta de utilidad nuestra defensa de la creación de las acciones de voto doble y las acciones sin derecho de voto para las sociedades anónimas que sean calificadas de abiertas, vale decir, asumirán primero la calidad de abierta para luego poder gozar de un reconocimiento a la disociación entre el capital aportado y el derecho a la gestión.

La creación de las acciones de voto doble se sustenta en un factor objetivo —la *affectio societatis*— pues lo que se está valorando no son las cualidades personales de los socios sino se está midiendo la participación activa de los socios en la gestión interna.

En concordancia con nuestra interpretación de la *affectio societatis*, consideramos que puede sostenerse válidamente que los socios que estuvieron colaborando durante un lapso de tiempo anterior a aquel en que la sociedad asuma la forma de abierta, tendrán derecho a voto doble. Pero dentro de este grupo se incluirán a todos los socios que reunieron las mismas condiciones de participación (v. gr. asistencia a las juntas durante un lapso de tiempo, no negociación de las acciones durante ese plazo, etc.), dado que la acción de voto doble se sustenta en un factor objetivo —la *affectio societatis*— al estarse midiendo la participación activa de los socios, lo que no da lugar a crear desigualdades entre los socios que reunan las mismas condiciones. Quiere esto decir que tanto la mayoría con *affectio societatis* como la minoría que participe activamente tendrán derecho a voto doble.

Los socios que no estuvieron colaborando mientras la sociedad tenía calidad de cerrada, pero desean mantener sus acciones al cumplir la sociedad los requisitos que determine la ley para asumir su calidad de abierta, conservarán el voto simple. Ello les permitirá si deciden colaborar obtener el voto doble, luego de haber reunido los requisitos que se establezcan para ser considerados socios con *affectio societatis*, pues de acuerdo con la definición de ésta, sólo tendría relevancia a efecto de determinar a posteriori la clase de socio.

Las acciones que adquieran el derecho a voto doble perderán automáticamente el privilegio en el voto al ser vendidas, retomando su estado natural, es decir, el voto simple, en concordancia con la función que desempeña la *affectio societatis* en la sociedad, que consiste en proteger el interés social de la colaboración advenediza de algunos socios mediante la valoración objetiva del socio que colabora activamente durante un período de tiempo considerable asistiendo a las juntas.

Con respecto a la creación de las acciones sin derecho de voto, la sociedad, de acuerdo a lo que estime

más conveniente y según sus estados financieros decidirá si las acciones de los socios que prefieran transmitir las cuando la sociedad asuma la calidad de abierta se negociarán manteniendo el voto simple o convirtiéndose en acciones sin derecho de voto, cuyo monto no excederá del porcentaje máximo de capital que será fijado por la ley. Las acciones sin derecho de voto serán adquiridas por aquellos socios que decidan renunciar, a priori, a colaborar activamente a cambio de otorgarles mayores ventajas económicas. Estas acciones vienen a ser en última instancia el reconocimiento jurídico del intuitu pecuniae en la sociedad anónima abierta. Es importante en este punto destacar que la permisibilidad de estas acciones no se fundamenta jurídicamente en la *affectio societatis* pues la carencia de este elemento en los socios es el sustento jurídico de las acciones de voto simple. La respuesta a la permisibilidad de las acciones sin derecho de voto la encontramos en la misma autonomía de la voluntad que permitirá la renuncia a priori de los socios a tener derecho a voto ante la concesión de ventajas económicas.

5. VENTAJAS DE LA CREACION DE LA SOCIEDAD ANONIMA ABIERTA

Las principales ventajas que, a nuestro juicio, se derivan de reconocer una dualidad de ordenamientos jurídicos al interior del régimen único de la sociedad anónima, diferenciando la sociedad anónima cerrada de la abierta al conceptuar a esta última como aquella que logra dispersar un porcentaje de su capital en un número mínimo de socios, salvo que este porcentaje de capital disperso esté compuesto por socios vinculados entre sí dentro de un grado de parentesco donde todavía es factible que las relaciones se desarrollen intuitu personae, son las siguientes:

a) La sociedad anónima cerrada o de familia tendrá siempre a su alcance la posibilidad de mantener su carácter cerrado si así lo desea, mediante el ofrecimiento de compra del porcentaje de capital que esté cercano a completar la mínima dispersión que arbitrariamente señale la ley. Esto hará atractivo para los socios que deseen desligarse de la sociedad la venta de sus acciones sujetas a restricciones de transmisión a un precio justo y en caso contrario, los socios podrán esperar a desligarse de la sociedad vendiendo sus acciones a un precio equitativo, cuando la sociedad asuma la calidad de abierta.

b) La sociedad que acuda al mercado de valores extra-bursátil o bursátil tendrá la libre decisión de poder escoger el tipo de sociedad al que desee sujetarse al momento de apelar al ahorro del público o negociar sus acciones, es decir, podrá ofertar públicamente sus acciones como sociedad cerrada o abierta. A su vez, esta identificación de la sociedad como cerrada o abierta le permitirá al inversor reconocer el tipo de sociedad al que tendrá que atenerse al momento de in-

gresar a ella o el tipo de sociedad del que querrá desligarse.

c) La creación de la sociedad anónima abierta incentivará la apertura del capital de las sociedades anónimas cerradas sin que el grupo de control tenga el temor a venir a ser sustituido por otro. Dicha protección se verá acrecentada a medida que el grado de dispersión de las acciones aumente, pues la participación activa o *affectio societatis* de los socios tendrá a disminuir al reducirse material, económica, social y psicológicamente las posibilidades que el principio democrático se mantenga incólume.

d) Se dará un trato equitativo a la mayoría y la minoría que participen activamente en las juntas contrarrestando la primacía, en los hechos, del directorio sobre la junta general de accionistas, conservando un carácter privado la fiscalización en la sociedad anónima abierta al continuar estando a cargo de una minoría con mayores posibilidades de ingerencia en la gestión interna.

e) La pérdida del privilegio en el voto con la venta de las acciones de voto doble permitirá la circulación de éstas en igualdad de condiciones económicas con las acciones que no adquieran esa preferencia.

Para terminar, es importante referirnos a la existencia de un proyecto de decreto supremo cuyo objeto es el desarrollo del mercado de valores a través de la dación de diversos estímulos tributarios a la inversión en acciones y a la apertura del capital de las sociedades que cotizan sus títulos en bolsa. Si bien dicho proyecto se refiere a alicientes económicos, es interesante señalar que éstos se otorgan a las sociedades que sean calificadas de abiertas, según cumplan con ciertos requisitos. El proyecto constituye una verdadera innovación en cuanto busca abrir el capital de las empresas. Sin embargo, la acepción fiscal de sociedad anónima abierta dista de ser una definición válida en el sentido societario, debido a que las circunstancias coyunturales pueden requerir constantes variaciones en los porcentajes de capital disperso o en el número mínimo de socios, restándole estabilidad o fijeza a la definición de la sociedad anónima abierta. La viabilización de su objetivo que consiste en estimular la inversión en la sociedad anónima por la vía bursátil se logrará en la medida que se contemple una dualidad de tipos de sociedad anónima al interior de la Ley General de Sociedades mediante el otorgamiento de garantías jurídicas suficientes que complementen el aliciente económico, alterando la composición tradicional de la gestión interna e incluyendo disposiciones que protejan los diversos intereses económicos y en especial los de los socios con *affectio societatis*.



Los Decretos con Fuerza de Ley

(Algunas consideraciones a Propósito del
Inc. 20 del artículo 211 de la Constitución)

Carlos Cardenas Quiros

Catedrático de Derecho Civil en las Universidades
Católica y de Lima.

A Don Ramón Serrano Suñer (*),
con entrañable amistad.

De acuerdo con el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, es atribución del Presidente de la República, "administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso".

1. NATURALEZA DE LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

Corresponde establecer en primer lugar, cuál es la naturaleza de las medidas extraordinarias a que se refiere el texto transcripto. Esto es, si las normas que se dictan al amparo del precepto constitucional citado tienen el valor de leyes o si, por el contrario, están sometidas a éstas y, por lo tanto, no difieren de los decretos supremos que el Presidente de la República dicta de conformidad con lo dispuesto por el inciso 11 del artículo 211 de la Constitución.

Es evidente que los decretos que se dictan en aplicación del inciso 20 del indicado artículo difieren de los nombrados en segundo término. La diferencia radica en que los primeros tienen carácter extraordinario, esto es, su expedición responde a circunstancias anormales e imprevistas que exigen una acción inmediata, cuando así lo requiere el interés nacional.

Además, únicamente pueden referirse a materia económica y financiera. Finalmente, deben dictarse con cargo de dar cuenta al Congreso (requisito que la Constitución exige igualmente para los decretos legislativos, según lo establece su artículo 211, inciso 10, lo que no significa ciertamente que su vigencia, por temporal, se encuentre condicionada al pronunciamiento posterior o a la ratificación del Poder Legislativo.

En cambio, los Decretos Supremos que el Presidente de la República dicta en uso de la atribución concedida por el artículo 211, inciso 11, de la Constitución, tienen fundamentalmente por objeto "reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas". Su materia es pues distinta.

Nada hubiera justificado la inclusión en el inciso 20 de la frase "con cargo de dar cuenta al Congreso", si las medidas a que se refiere, estuvieran sujetas a los mismos alcances y limitaciones que los decretos supremos a que alude el inciso 10 del artículo 211.

Podría sostenerse que considerar que los decretos dictados al amparo del inciso 20 del artículo 211 tienen fuerza de ley, supondría admitir que el Poder Ejecutivo tiene atribuida permanentemente la facultad de legislar, que corresponde al Poder Legislativo

(*) "Será tanto más civilizada una sociedad cuanto más ciertamente esté fundada sobre unas bases jurídicas efectivas y duraderas, y cuanto con menos facilidad puedan ser anuladas por el capricho o interpretadas por la arbitrariedad" (Serrano Suñer, Ramón: "Ensayos al viento", Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1969, p. 249).

según lo establece el inciso 1 del artículo 186 de la Constitución, con la única excepción prevista en su artículo 188, que autoriza al Congreso a delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, sobre las materias y por el término que especifica la ley autoritativa.

Este argumento en mi opinión no es exacto, por cuanto los decretos expedidos al amparo del dispositivo constitucional bajo comentario tienen condicionada su dación a circunstancias especiales, que escapan de lo ordinario, y que, a decir de Ruggiero¹, justifican "la necesidad y la urgencia improrrogables de proveer con normas nuevas y excepcionales a una necesidad extraordinaria, sobre todo en momentos de peligro". El mismo autor precisa que tales normas "tienen valor de leyes que modifican o suspenden provisionalmente las leyes vigentes por razones de pública necesidad". Y concluye diciendo: "Son éstos los llamados Decretos Leyes, actos del Poder Ejecutivo que, sin delegación de parte del Poder Legislativo, crean normas de derecho. . .".

Los casos de extraordinaria y urgente necesidad a que me he referido son pues ocasionales y no permanentes, por lo que mal puede sostenerse válidamente que el Poder Ejecutivo tendría atribuída permanentemente la facultad de legislar en el supuesto contemplado por el inciso 20 del artículo 211.

Como aprecia acertadamente Oscar Alzaga Villamil², este tipo de casos de extraordinaria y urgente necesidad, "se plantean con cierta frecuencia en la vida política, económica y social de nuestros días, cuyo ritmo galopante no siempre puede ser alcanzado por la velocidad más moderada que ha de seguir necesariamente el procedimiento legislativo ordinario, e incluso por la más acelerada que se imprime a los que normalmente denominamos 'procedimiento de urgencia'".

Por tal razón, resulta justificado que tales medidas tengan fuerza de ley, pues de lo contrario su eficacia se vería seriamente dañada.

En atención a lo expuesto, puede concluirse que el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución otorga fuerza de ley, de modo implícito, a las medidas a que se refiere.

2. LOS DECRETOS CON FUERZA DE LEY EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

El texto constitucional peruano no ha hecho sino contemplar la existencia de los denominados "Decretos con fuerza de ley" o "Decretos leyes", inspirándose en el derecho constitucional comparado moderno.

Así, entre las Constituciones europeas, prevén esta medida legislativa, la Constitución Austriaca de 1920 (artículo 18, párrafos 3, 4 y 5), la Constitución Búlgara de 1971 (artículo 94, inciso 2), la Constitución Italiana de 1948 (artículo 77, segundo y tercer párrafos), la Constitución Griega de 1975 (artículo 44), la Constitución Española de 1978 (artículo 86) y la Constitución Portuguesa de 1976, según el texto de la modificación dispuesta por la Ley Constitucional No. 1/82 de 30 de setiembre (artículo 201, párrafo 1, inciso a). Entre los países iberoamericanos, la acogen, la Constitución Colombiana de 1886 (artículo 122, según el texto ordenado por el artículo 43 del acto legislativo número 1 de 1968), la Constitución Hondureña de 1982 en su artículo 245, inciso 20, con un texto semejante al de la Constitución Peruana, y la Constitución Nicaraguense de 1987 (artículo 149, inciso 3).

A diferencia de las Constituciones europeas citadas, la nuestra no exige que los Decretos con fuerza de ley o Decretos-leyes sean sometidos a debate y votación del Poder Legislativo, a fin de que éste se pronuncie sobre su convalidación o derogación. Simplemente exige que tales normas se dicten con cargo de dar cuenta al Congreso.

En relación con lo anterior, es preciso puntualizar que las medidas extraordinarias no requieren ser adoptadas, previa autorización del Poder Legislativo. Ello no corresponde a su naturaleza. Bastará que las circunstancias hagan necesario que el Presidente de la República las dicte dentro de los límites que el inciso 20 contempla.

La intención del constituyente en este sentido se evidencia al haber incorporado dicho precepto, modificando el texto que lo inspiró: el inciso 8 del artículo 190 de la Constitución de Venezuela de 1961. Según dicha norma, es atribución del Presidente de la República, "dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera, cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial".

Como puede observarse, el constituyente nacional sustituyó la última frase del inciso transcrito por la frase "con cargo de dar cuenta al Congreso", y los vocablos "interés público" por "interés nacional". Además prefirió utilizar la conjunción copulativa "y", uniendo los adjetivos "económica" y "financiera", en lugar de la conjunción disyuntiva "o" que emplea la Constitución venezolana.

A la fecha se han dictado numerosos Decretos Supremos al amparo de lo dispuesto por el inciso 20 del artículo 211, que han modificado, derogado o

1. "Instituciones de Derecho Civil," volumen primero, pag. 97, traducción de la 4ta. edición italiana, anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, s.f.

2. "La Constitución española de 1978 - Comentario sistemático", p. 558, Ediciones del Foro, Madrid 1978.

suspendido normas con rango de ley, los que no han sido derogados por el Congreso. Inclusive uno de ellos, el Decreto Supremo No. 136-81-EF de 26 de junio de 1981, dio lugar a que se dictase la Ley No. 23327, la misma que convalidó expresamente las operaciones celebradas bajo su amparo.

Estos conceptos ratifican igualmente la opinión expuesta en el sentido de que tales normas tienen valor de ley.

3. CARACTER PROVISIONAL DE LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

Ahora bien, desde el momento en que estos dispositivos tienen índole extraordinaria, puesto que se dictan cuando se enfrentan circunstancias imprevistas que es preciso resolver inmediatamente, se tratará de normas de carácter provisional, pues han de referirse a acontecimientos transitorios. Es decir, que su vigencia dependerá del tiempo que dure la eliminación de las causas que dieron origen a su dación.

Por ejemplo, si se produce una calamidad pública es justificado que se dicten medidas destinadas a ofrecer socorro y alivio a las poblaciones afectadas, autorizando inclusive la suspensión de la aplicación de determinadas leyes y, como expresa De Ruggiero³ "suministrando excepcionalmente normas provisionales que se adaptan mejor que las comunes a un estado de cosas excepcional y transitorio".

Es de la esencia de estas normas, en consecuencia, tener una vigencia temporal.

4. LA MATERIA DE LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS

Según el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, las medidas extraordinarias que se dicten cuando así lo requiere el interés nacional, deben versar sobre materia económica y financiera. Desarrollados los puntos anteriores, corresponde esclarecer finalmente los alcances de la frase "materia económica y financiera".

La integridad del inciso 20 alude a asuntos de este tipo: administración de la hacienda pública, negociación de empréstitos. El texto, por lo demás, durante el proceso de su elaboración en el seno de la Asamblea Constituyente, tuvo siempre un contenido similar, el que sufrió sólo ligeras modificaciones.

Ello conduce a la interpretación de que la materia económica y financiera debe ser la cuestión a la que principal y directamente debe estar referido el Decreto Supremo correspondiente. Es decir, que el asunto debe ser de carácter económico y financiero, con implicancias en cualquier otro sector, y no a la inversa.

Por el contenido del precepto constitucional, estimo que al enunciar la norma la materia a la que debe ser aplicada, ha efectuado una enumeración taxativa y restrictiva.

A este respecto debe notarse que, de un modo u otro, cualquier asunto tiene efectos económicos o financieros. Si el supuesto de la norma fuese comprender asuntos de cualquier carácter con consecuencias económicas y financieras, la materia que en el inciso aparece perfectamente especificada, se generalizaría, desnaturalizando a mi entender su sentido restrictivo.

5. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado puede concluirse en lo siguiente:

- a) Los decretos que el Presidente de la República dicta al amparo del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, tienen fuerza de ley.
- b) Tales decretos no están sujetos a la ratificación del Poder Legislativo ni al pronunciamiento posterior de éste. La Constitución exige sólo que se dicten con cargo de dar cuenta al Congreso.
- c) Los decretos tienen sólo vigencia temporal, dadas las razones extraordinarias que determinan la necesidad de dictarlos.
- d) La materia a la que tales decretos se refieren debe involucrar directamente un asunto económico y financiero.

Por todas estas consideraciones, es preciso que el Poder Ejecutivo cuide escrupulosamente de observar los límites que la Carta Fundamental le impone, evitando el uso indiscriminado —constitucionalmente objetable— de los decretos con fuerza de ley, como viene sucediendo actualmente con lamentable frecuencia.

La estabilidad del Estado social y democrático de derecho depende de ello.

3. De Kuggiero, pág. 98.

El Control Parlamentario de los Decretos de Necesidad y Urgencia del Art. 211 inc. 20 de la Constitución.

Francisco José Eguiguren Praeli

Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la PUC

La utilización exageradamente frecuente, y a menudo poco escrupulosa, de la atribución contenida en el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, que faculta al Presidente de la República a *"dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso"*, viene generando especial atención y controversia jurídica en los últimos siete años. Y es que al amparo de esta atribución, concebida esencialmente para remediar situaciones excepcionales de particular urgencia y necesidad para el país, se han dictado más de setecientas *"medidas extraordinarias"* que aunque dotadas de la forma de *"decretos supremos"* han estado premunidas de evidente contenido y fuerza material legislativa, regulando y modificando aspectos y relaciones que habitualmente debieran normarse a través de leyes emanadas del Congreso.

No es, sin embargo, objeto de este trabajo efectuar un análisis de la naturaleza jurídica y características de las normas del inciso 20 del art. 211 constitucional (que se asemejan a los decretos de necesidad y urgencia del constitucionalismo comparado) ni realizar una evaluación de su utilización en estos siete años; de ello ya hemos tratado en otros trabajos, a cuyos fundamentos y conclusiones nos remitimos¹. Interesa mas bien, en esta ocasión, limitarnos a dilucidar los alcances y efectos de la obligación impuesta al Poder Ejecutivo de *"dar cuenta al Congreso"* de las *"medidas extraordinarias"* dictadas, lo que conlleva necesariamente abordar el papel del eventual control parlamentario de este tipo de normas; igualmente apreciar si existe la posibilidad de que mediante una ley se *"interprete"* el citado precepto constitucional

para definir o establecer el sentido de este procedimiento de *"dación de cuenta"*.

El asunto adquiere especial importancia si consideramos que, a mediados del año pasado, la Comisión de Constitución del Senado formuló una consulta al Colegio de Abogados de Lima solicitándole opinión sobre dicha materia. En efecto, el 28 de Mayo de 1986 (mediante oficio No. 019/86-CCS) el CAL fue consultado sobre el proyecto de ley No. 654/85-S elaborado por el senador Enrique Bernales Ballesteros, destinado a propiciar una ley que, en vía de interpretación de la Constitución, precise los alcances de la *"dación de cuenta al Congreso"* por el Ejecutivo que aparece consignada en diversos artículos de la Carta (para los casos de legislación delegada, medidas extraordinarias, declaración de estados de excepción y ratificación de convenios internacionales) y señale los procedimientos para la intervención del Congreso. El 1o. de Julio la Junta Directiva del CAL emitió respuesta² expresando las conclusiones de su informe lo siguiente:

**"1. La frase *"con cargo de dar cuenta al Congreso"* que utiliza la Constitución vigente, cuando se refiere en diversos numerales a determinados actos del Presidente de la República ejercitando la potestad legislativa delegada (Decretos Legislativos) o facultades extraordinarias (Decretos Supremos u otros actos administrativos) sólo tiene alcances informativos; de dar razón; pero bajo ningún punto de vista como condición sujeta al *"control constitucional parlamentario"*.
2. El Colegio debe abstenerse de emitir opinión sobre el Proyecto de Ley No. 654/85-S presentado por el Senador doctor Enrique Bernales Ballesteros, porque la Constitución no puede interpretarse con normas de**

1. Al respecto puede revisarse: "Funciones legislativas del Poder Ejecutivo" (págs. 395 a 461) en "La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación". Francisco Eguiguren (Director) Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima 1987 (782 págs.); y "Los decretos de necesidad y urgencia del inciso 20 del artículo 211 de la Constitución", en "Derecho" No. 40. 1986. PUC.
2. La consulta de la Comisión de Constitución del Senado y la opinión de respuesta emitida por el CAL, aparecen transcritas en la "Revista del Foro", año LXXIII, 1986-1. p. 371 a 380.

menor jerarquía, recomendándose en todo caso ceñirse a lo que preceptúa la Constitución en el artículo 306" (el subrayado es nuestro).

Sin entrar a analizar el contenido específico del proyecto de ley consultado, cuyos planteamientos sobre las normas del inc. 20 del art. 211 de la Constitución no compartimos mayormente, cabe mencionar que de la opinión emitida por el CAL se desprenden dos conclusiones de carácter general:

a) No se puede interpretar la Constitución por la vía legislativa, o sea que las llamadas "leyes interpretativas" devienen en inconstitucionales por afectar el texto de la Carta sin recurrir al procedimiento especial de reforma constitucional.

b) La dación de cuenta al Congreso por el Ejecutivo es un procedimiento meramente informativo, carente de efectos ratificatorios o convalidatorios a cuya verificación quede supeditada a la validez de los actos legislativos o administrativos del Gobierno.

Más allá de la alta consideración que nos merecen las opiniones jurídicas expresadas por el CAL, y del reconocimiento a las calidades personales y a los fundamentos de Derecho expuestos por el distinguido abogado consultado por el Colegio, debemos manifestar que disintimos de las conclusiones del citado informe, por las consideraciones que —de manera necesariamente sucinta— pasamos a fundamentar.

1. LAS LEYES "INTERPRETATIVAS" DE LA CONSTITUCION

Que la Constitución sea la norma jurídica básica, suprema y fundamental del ordenamiento estatal, no puede llevarnos a desconocer que ante todo es la **norma política** esencial de la sociedad, aquella que contiene los principios que sustentan la organización del Estado, los derechos de los ciudadanos y las relaciones entre gobernantes y gobernados. Y es que la verdadera esencia de la Constitución, aquello en donde reside su vocación primordial y a la vez donde puede encontrar sus mayores dificultades y limitaciones, se halla en la capacidad o la intención de encuadrar el desenvolvimiento de los procesos políticos y el ejercicio de las distintas formas de poder existentes en una sociedad, para que éstos se conduzcan de acuerdo a los cauces, preceptos y objetivos previstos en dicha norma.

Pero por su propia naturaleza principista y general, suele suceder que muchos preceptos de la Constitución presenten un contenido relativamente amplio o "abierto", cuya precisión queda encomendada a leyes que desarrollen y concreten los alcances del texto de dicha norma. Es el caso (para citar tan sólo un ejemplo) del artículo 55 de la Constitución Peruana, que señala: "La huelga es derecho de los trabajadores. Se ejerce en la forma que establece la ley". Es evidente que de la norma fluye con toda nitidez el carácter

de derecho constitucional que corresponde a la huelga, pero las características, alcances y modalidades particulares de ejercicio de dicho derecho no aparecen del precepto de la Constitución, sino que éste refiere expresamente que será la ley, surgida de la tarea legislativa del Congreso, la que definirá tales aspectos fundamentales.

En otros casos, puede ocurrir que de la lectura y análisis de una norma constitucional surjan dudas o cierta ambigüedad e incertidumbre acerca del significado que corresponde a algunas expresiones o enunciados contenidos en el texto del precepto. Ante tal situación, se requiere arribar a una decisión o pronunciamiento que aclare y concrete el sentido de la norma, lo cual demanda un esfuerzo de interpretación constitucional. Para ello se deben analizar las posibles opciones interpretativas que pueden elaborarse en relación a la norma, escogiendo aquella que se considere la más adecuada y que aparezca razonablemente compatible con el texto y contenido del precepto. Siendo que la forma habitual de efectuar este acto de interpretación de la constitución es a través de una ley emanada del Congreso, a ese tipo de norma suele denominarse "**ley interpretativa**" de la Constitución. Este es el caso, por ejemplo, de la ley 23903, cuyo art. 6o. "interpretó" el significado del concepto "votos válidamente emitidos" contenido en el art. 203 de la Constitución que regula lo referente a la elección del Presidente de la República.

De modo que tanto las leyes que desarrollan el contenido de algún precepto de la Constitución como las que interpretan su sentido o significado, tienen un contenido material de indudable vinculación y conexión constitucional. De allí que hay quienes las denominan "leyes constitucionales", pues complementan, aclaran y concretizan la aplicación de la norma constitucional, razón por la cual en algunas constituciones se exige que dichas leyes sean aprobadas por un procedimiento especial distinto a las leyes ordinarias (mayoría absoluta de votos favorables, dictamen previo de constitucionalidad ante el tribunal constitucional, etc.) buscando que su dación goce de mayores niveles de consenso o aceptación en el Congreso.

En verdad es lamentable que la vigente Constitución Peruana no haya contemplado expresamente estas "leyes constitucionales", lo que además conlleva que las normas que cumplen esa función son aprobadas como cualquier ley ordinaria, situación a todas luces inconveniente pues, debido a la importancia de su contenido, resulta recomendable sujetarlas a algunos requisitos y exigencias especiales. Sin embargo, no puede deducirse de estas omisiones y deficiencias de la Carta que en el Perú el Congreso carece de competencia para interpretar la Constitución por la vía legislativa; tampoco puede por ello negarse la existencia de las "leyes interpretativas" de la Constitución, o afirmar que éstas resultan necesariamente inconstitucionales por alterar el texto de la norma sin recu-

rrir al procedimiento de reforma previsto en el art. 306.

Cuando el art. 186 de la Constitución, en su inciso 1o., establece como una de las atribuciones del Congreso "dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes", está reconociendo que la titularidad originaria de la potestad legislativa reside en el Congreso, razón por la que el propio texto constitucional lo denomina "Poder Legislativo". Y aunque del referido precepto no fluya expresamente la competencia que asiste al Congreso para interpretar la Constitución por la vía legislativa, es evidente que una comprensión racional y sistemática de la Carta así lo determina. En efecto, si toda ley conlleva en sentido lato una suerte de "aplicación" o "concretización" de los preceptos constitucionales, con mayor razón adquieren tal naturaleza y carácter las leyes dictadas por el Congreso que desarrollan alguna norma de la Constitución (muchas veces por mandato expreso previsto en su texto) o que interpretan y precisan el significado el contenido de dicha norma.

Aunque la ley interpretativa resulta actualizando y completando el texto de la norma constitucional, dándole un significado particular y preciso para su aplicación, no puede por esta vía establecerse un contenido que implique una modificación del texto del precepto o que lo contradiga notoriamente, pues esta variación solo cabe efectuarse válidamente siguiendo el procedimiento especial de reforma constitucional. El carácter creador de la interpretación debe tener como límite el texto de la norma y aquello que razonablemente puede sostenerse de su significado sin configurar una transgresión de dicho marco; la ley que rebasa estos márgenes es evidentemente inconstitucional. Ciertamente existe el riesgo de que mediante la ley interpretativa se intenten o verifiquen alteraciones deliberadas (reformas camufladas) de la norma constitucional prescindiendo del procedimiento de reforma. Debemos ser conscientes de este peligro y velar por el uso adecuado y responsable de este tipo de normas, pero ello no permite afirmar que toda ley interpretativa de la Constitución (por el simple hecho de "agregar algo" o precisar el sentido del contenido del precepto, sin rebasar los límites interpretativos que éste brinda) supone necesariamente una modificación o alteración irregular e inconstitucional de la Carta Fundamental.

Cabe finalmente tener presente que una ley interpretativa de la Constitución, por regla general, suele dictarse a raíz de un problema o situación concreta que para solucionarse requiere a su vez dilucidar el significado correspondiente a una norma constitucional cuya interpretación es motivo de duda o controversia. En tal sentido, y a diferencia de lo que sucede con las leyes ordinarias que regulan las relaciones surgidas a partir de su vigencia, a menudo se tiende a atribuir a las leyes interpretativas una suerte de "retroactividad", pues el sentido plasmado en la interpre-

tación de la norma constitucional se asume como contenido desde un principio en el texto del precepto. Sin duda que este es otro aspecto verdaderamente polémico (del cual lamentablemente no podemos tratar en esta ocasión) por lo que la utilización de las llamadas leyes interpretativas de la Constitución debe estar sujeta al mayor escrúpulo y rigurosidad jurídica, evitando caer en distorsiones que desnaturalicen peligrosamente el relevante papel que les corresponde.

2. LA DACION DE CUENTA AL CONGRESO

El inciso 20 del art. 211 de la Constitución establece que el Presidente de la República debe "**dar cuenta al Congreso**" de las medidas extraordinarias (decretos de necesidad y urgencia) que dicte en materia económica y financiera. Dado que la norma constitucional no precisa en qué consiste esta dación de cuenta al Congreso, cuáles son sus alcances y efectos, se ha suscitado una interesante polémica entre quienes sostienen que se trata de un procedimiento meramente informativo para que el Poder Legislativo tome conocimiento de las normas dictadas por el Ejecutivo, mientras otros señalan que este mecanismo debe llevar a que el Congreso convalide o ratifique el decreto dictado por el Gobierno para reafirmar su fuerza de ley.

La forma insuficiente en que la Constitución Peruana regula los decretos de necesidad y urgencia, hace aconsejable referir las características que asume el control parlamentario de este tipo de normas en constituciones que han inspirado a nuestra Carta. La Constitución Española de 1978 dispone en su art. 86 que estas normas se podrán dictar en casos de "extraordinaria y urgente necesidad", bajo la forma de decreto-ley y con carácter legislativo provisional, debiendo inmediatamente de dictadas ser sometidas al Congreso de los Diputados (que será convocado para tal efecto si no estuviera reunido) para que se pronuncie expresamente, dentro de los 30 días de promulgadas, sobre la convalidación o derogación de estas disposiciones con fuerza de ley.

Por su parte, la Constitución Italiana de 1947 establece en su art. 77 que "No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos".

Creemos que las normas citadas de las constituciones española e italiana destacan con meridiana claridad (a diferencia de la Carta Peruana) la naturaleza de estos decretos de necesidad y urgencia, precisando su carácter excepcional reservado a situaciones extraordinarias, su provisionalidad y la fuerza de ley que les es propia, pero siempre que obtengan posteriormente la convalidación o ratificación del Parlamento. El fundamento de este control parlamentario se explica por ser dicho órgano (al igual que en el modelo peruano) el titular de la potestad legislativa, lo que impide al Gobierno dictar directamente disposiciones con fuerza de ley, salvo en este caso de las normas de necesidad y urgencia donde la revisión convalidatoria ulterior del Parlamento es la condición para que los decretos promulgados por el Ejecutivo adquieran validez definitiva y rango legislativo.

Hay quienes sostienen que no puede asimilarse este tratamiento al caso peruano, pues mientras las normas española e italiana mencionan expresamente el requisito de la revisión y conversión parlamentaria para que los decretos dictados por el gobierno adquieran validez definitiva y fuerza de ley, el inciso 20 del art. 211 de nuestra Constitución habla solamente de "dar cuenta al Congreso" y no establece forma alguna de convalidación o ratificación ulterior del Congreso como condición para la validez o fuerza de ley de las medidas extraordinarias promulgadas por el Ejecutivo. En consecuencia, la dación de cuenta al Congreso implicaría exclusivamente la obligación de **informar o dar razón** al Poder Legislativo para que tome conocimiento de los decretos expedidos; exigir un control parlamentario bajo la forma de convalidación o ratificación, requeriría de una reforma del precepto constitucional en cuestión, por lo que intentar establecerlo mediante una ley interpretativa resultaría inconstitucional. Este ha sido el criterio de interpretación que ha primado en la práctica parlamentaria peruana de los últimos siete años y el asumido por el informe del Colegio de Abogados de Lima que venimos comentando.

Por nuestra parte, pensamos que cabe perfectamente admitir una interpretación del inc. 20 del art. 211 de la Constitución que posibilite el establecimiento de un control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia, a través de la convalidación o ratificación ulterior por el Congreso. La finalidad primordial de este control parlamentario es garantizar al Congreso adecuados mecanismos de fiscalización al uso (en el caso peruano notoriamente exagerado) que el Ejecutivo hace de la atribución para dictar medidas extraordinarias, así como del cumplimiento de los requisitos que impone la Constitución. Esta opinión se sustenta en los fundamentos siguientes:

1) La mención "con cargo de dar cuenta al Congreso", contenida en el inciso 20 del art. 211 de la Constitución, puede razonablemente generar (como de hecho ha generado) dudas y controversias sobre sus alcances, características y efectos. Ello faculta a

que se dicte una ley interpretativa que dilucide el problema, no pudiendo el contenido de esta ley implicar una contradicción o transgresión a lo expuesto en el texto del precepto interpretado;

2) No encontramos razones definitorias que lleven a afirmar rotundamente que el establecimiento de un control parlamentario convalidatorio de los decretos de necesidad y urgencia resulte contrario al texto del precepto de la Constitución, pues éste nada dice al respecto. Sostener que la dación de cuenta al Congreso de estas normas implica tan sólo informar o dar razón al Poder Legislativo, no es propiamente una inferencia directa del precepto constitucional sino más bien implica una interpretación del mismo. Y aunque dicha interpretación aparece (en principio) razonable y admisible, ello no impide que sea confrontada con otra interpretación, igualmente razonable y admisible, que propugna efectivizar mediante la dación de cuenta un mecanismo de fiscalización del Congreso a las atribuciones legislativas del Ejecutivo;

3) La interpretación sistemática de la Constitución Peruana, nos lleva a la certeza de que resulta constitucionalmente posible y conveniente establecer, mediante una ley interpretativa del Congreso, un procedimiento de control parlamentario convalidatorio "a posteriori" de los decretos de necesidad y urgencia dictados por el Ejecutivo. En efecto, de acuerdo al modelo legislativo plasmado en la Constitución Peruana (al igual que en el caso español e italiano) la titularidad de la potestad legislativa reside en el Congreso, por ser el Poder Legislativo. En consecuencia, el Ejecutivo no puede dictar por sí solo o directamente, sin la intervención del Congreso, normas con fuerza de ley.

Es por ello que en el caso de los decretos legislativos (que tienen rango de ley) se requiere de una previa delegación o habilitación de facultades legislativas por el Congreso, sin perjuicio de una ulterior revisión parlamentaria del uso dado a las mismas. Y en el caso de los decretos de necesidad y urgencia (que también tienen fuerza de ley) la coherencia del modelo constitucional exige necesariamente la intervención del Congreso, en esta ocasión sólo a posteriori, para revisar y convalidar las normas dictadas a fin de verificar el cumplimiento de sus requisitos y confirmar su contenido material legislativo. Adoptar un criterio distinto con respecto a estos decretos de necesidad y urgencia del inciso 20 del art. 211 de la Constitución, implicaría aceptar que el Ejecutivo pueda dictar normas con fuerza de ley sin ninguna participación fiscalizadora del Congreso, lo cual —insistimos— resulta incompatible con el modelo legislativo de la Constitución Peruana, deviniendo por tanto en inconstitucional.

3. REFLEXION FINAL

Actualmente existe amplia y plena conciencia de los excesos que, a nivel cuantitativo y cualitativo, se

han cometido en los últimos siete años mediante la utilización por el Ejecutivo de la atribución que le confiere el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución para dictar decretos de necesidad y urgencia. Ello obliga a formular recomendaciones y adoptar medidas que propicien el uso racional, ponderado y mesurado de esta importante y necesaria atribución legislativa del Ejecutivo, a fin de evitar la prosecución de prácticas inconvenientes y poco responsables que vienen afectando la seguridad jurídica, la estructura del ordenamiento de nuestro sistema normativo y diversos principios fundamentales de la Constitución.

Es por estas razones que hemos manifestado nuestra preocupación por el contenido e implicancias de las conclusiones del informe que el Colegio de Abogados de Lima emitió el año pasado ante una consulta del Senado de la República, especialmente en lo que respecta a la posibilidad de un control parlamentario de los decretos de necesidad y urgencia. Y es que el referido informe niega competencia al Congreso para interpretar, por medio de una ley, determinados preceptos de la Constitución cuyo significado o alcances puedan generar dudas o requieran de precisión. Igualmente incurre en el error de afirmar que las llamadas leyes interpretativas conllevan una transgresión de la Constitución, pues implican la alteración o modificación del texto de la Carta prescindiendo del procedimiento establecido para la reforma constitucional. Conviene tener presente que la utilización inadecuada que en ciertas ocasiones pueda darse a las leyes interpretativas de la Constitución, configurando situaciones inconstitucionales, no puede llevarnos a desconocer la existencia y la naturaleza de dicha institución.

Pero la consecuencia más delicada que se desprende del referido informe, es que sólo admite como posible la interpretación que entiende a la dación de cuenta al Congreso como un acto meramente informativo, carente de efectos de revisión o control convalidatorio. Y ello es grave no sólo porque descarta, sin mayores explicaciones, la tesis interpretativa contrapuesta (que estaba en la obligación de conocer y refutar) sino principalmente porque asume únicamente como válida, seguramente sin desearlo, aquella interpretación que contribuye a la continuidad de los excesos en la utilización de los decretos de necesidad y urgencia del inciso 20 del art. 211 de la Constitución, pues es la que da carta blanca al Ejecutivo y elimina todo mecanismo de control parlamentario.

Convencidos como estamos de que la Constitución incurrió en serias insuficiencias y deficiencias al normar los decretos de necesidad y urgencia, resultaría muy necesario y conveniente que se expida una ley en que el Congreso desarrolle e interprete el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución, regulando y precisando con claridad los alcances de esta atribución legislativa del Ejecutivo. Esta ley deberá servir para reafirmar la naturaleza excepcional o extraordinaria de este tipo de normas, la fuerza de ley y el carácter provisional que les corresponde, su competencia reservada exclusivamente para materias económicas y financieras vinculadas al interés nacional y, naturalmente, la exigencia de un control parlamentario convalidatorio o ratificatorio que verifique el Congreso con posterioridad a la dación de estos decretos por el Ejecutivo, de acuerdo al procedimiento y dentro de los plazos que dicha ley determine.

Por ello hemos recibido con satisfacción y entusiasmo, precisamente en momentos de concluir este trabajo, el pronunciamiento que el Colegio de Abogados de Lima acabe de publicar referido a los decretos de necesidad y urgencia. En este pronunciamiento, coincidente con las opiniones y preocupaciones aquí expuestas, el Colegio recomienda al Congreso de la República la dación de una ley que precise la naturaleza y alcances de las normas dictadas al amparo del inciso 20 del art. 211 de la Constitución, señalando sobre el procedimiento de dar cuenta al Congreso "... que debe entenderse como el mecanismo de revisión, control y eventual ratificación convalidatoria". Es de esperar que esta iniciativa del CAL sea favorablemente acogida en el Poder Legislativo, sirviendo a su vez para propiciar en el Ejecutivo una utilización de estas normas que resulte más ajustada a la racionalidad que les corresponde.

Debemos ser concientes que la construcción de un Estado Democrático de Derecho, tarea de por sí ardua y compleja cuyo desarrollo nos compromete a todos, supone necesariamente avanzar en el afianzamiento de la institucionalidad constitucional. Por ello, cuando la transgresión de las normas constitucionales se torna en práctica corriente, el reto de la consolidación democrática no sólo se ve entorpecido, sino que podemos estar asistiendo al incremento de comportamientos que terminan finalmente socavando sus aún frágiles cimientos, destruyendo la posibilidad de ver realizado tan promisorio proyecto.

Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979

María del Rosario Pacheco Barandiarán.
Bachiller en Derecho

En su discurso de apertura del año académico de 1914, en la Universidad de San Marcos, dijo Víctor Andrés Belaunde: "... El Ejecutivo legisla por su influencia incontrolada en las cámaras, y los representantes administran por los nombramientos. El gobierno legisla sin crítica, y los congresales ejercen la más delicada función administrativa, la del nombramiento, sin responsabilidad ..."¹. Setentitrés años después, esas palabras aún tienen vigencia en el Perú; y es que el Congreso no es en nuestro país el lugar en el que se toman las decisiones más trascendentes, a través del debate parlamentario y la posterior aprobación de una ley, pues ha operado un desplazamiento de la función legislativa hacia el Gobierno, quien concentra en sus manos la mayor proporción del poder.

1. EL USO EXCESIVO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA.

Un claro ejemplo de ello está en el uso que se ha venido dando, desde la entrada en vigor de la Constitución de 1979 hasta estos días, a la facultad contenida en el inc. 20 del art. 211 de la Carta Política. Sólo en el período que va de julio de 1980 a julio de 1985 se dictaron 667 Decretos Supremos amparados en dicha norma constitucional. El uso del atributo presidencial con la actual Administración parece seguir la misma línea. Entrar al análisis de cada una de estas normas sería una tarea sin fin, pues siempre quedaría pendiente el estudio de aquellas que se acaban de publicar. Sin embargo, si es factible dar una visión general de los campos en los cuales la institución ha sido utilizada. Para ello, empecemos por el lado cuantitativo del problema. En el siguiente cuadro veremos como se distribuyeron los Decretos Supremos, promulgados en el período antes indicado, entre las diversas carteras ministeriales, en cada uno de los seis años:

AÑO	No. DS	EFC	PCM	TR	TC	VI	AG	ITI	EM	IN	JUS	PE	ED	MA	SA	COMS	RE	AE
1980	8	6		2														
1981	43	19	2	9	1		1		1		2	1	2	4	1			
1982	68	31	7	8	3	3	2	2	5	2		2	2		1			
1983	322	224	19	6	11	19	8	5	3	9	10	2	1			1	1	1
1984	136	98	10	3	7	3	3	5	3	2		1				1		
1985	90	69	1	5	5			3	4	2							1	
TOTAL	667	447	39	33	27	25	17	16	14	13	12	6	5	4	4	2	2	1

Pero lo más interesante es revisar las áreas en las que fueron utilizados los Decretos Supremos del inc. 20 del art. 211 de la Constitución. Estas fueron las siguientes²:

a) Exoneraciones a la Ley de Presupuesto de 1983:

- D.S. 029-83-EFC: Exceptúa al Banco de la Nación de la limitación establecida en el inc. b) del art. 64 de la Ley de Presupuesto.
- D.S. 006-83-AE: Exceptúa a la Comisión Nacional de Investigación y Desarrollo Aeroespacial de la prohibición establecida en el inc. c) del art. 64 de la Ley 23556.
- D.S. 026-83-VI: Exoneran a SENAPA de las limitaciones establecidas en algunas disposiciones de los arts. 63 y 64 de la Ley 23556.
- D.S. 319-83-EFC: Exceptúa a la SBS de limitaciones contenidas en el inc. d) del art. 64 de la Ley 23556.

b) Normas que liberan de la aplicación del D.S. 123-83-EFC y del D.S. 347-83-EFC que establecían medidas complementarias de austeridad en la ejecución del gasto público y prohibiciones a las entidades del Sector Público a efectuar variaciones de personal en el Ejercicio 1983:

1. Belaunde, Víctor Andrés: "La Crisis Presente", Ediciones "Mercurio Peruano", Editorial Lumen S.A., Lima 1940, p. 34-35
2. En cada uno de los casos mencionaremos tres o cuatro normas a título de ejemplo.

- D.S. 224-83-EFC: Excluye al Banco de la Nación de la aplicación del D.S. 123-83-EFC.
 - D.S. 029-83-IN: Exceptúa al Programa 07.01.01-1 Central Alta Dirección del Pliego del Ministerio del Interior de la aplicación del D.S. 123-83-EFC.
 - D.S. 401-83-EFC: Incluye dentro de las excepciones del D.S. 347-83-EFC la cobertura de vacantes en el Poder Judicial.
 - D.S. 380-83-EFC: Excluye a SEDAPAL de la aplicación del D.S. 347-83-EFC.
- c) Excepciones a la Ley de Presupuesto de 1984:
- D.S. 040-84-EFC: Exceptúa al BCR de la prohibición establecida en el art. 61 incs. a) y b) de la Ley 23740.
 - D.S. 002-84-COM: Están comprendidas en los alcances del art. 124 de la Ley 23740 las Empresas Estatales de Derecho Privado y con participación mayoritaria o capacidad determinante del Estado.
 - D.S. 267-84-EFC: Exceptúan al Banco de la Nación de las prohibiciones contenidas en la Ley 23740, así como de las restricciones señaladas en el D.S. 612-83-EFC.
 - D.S. 232-84-EFC: Exceptúa al Banco Industrial de las limitaciones contenidas en los incs. a), b) y c) del art. 61 de la Ley 23740.
- d) Transferencias de partidas:
- D.S. 028-83-VI: Autoriza una operación de transferencia de partidas por la suma de 34'141,700 soles.
 - D.S. 199-83-EFC: Autoriza operaciones de transferencias de partidas presupuestales por 500 millones de soles en presupuesto de Gobierno Central.
 - D.S. 024-83-IN: Autoriza transferencia de partidas por 30'000,000 para Proyecto de Construcción del Local de la Prefectura de Moquegua.
- e) Aprobación de Convenios Financieros:
- D.S. 306-83-EFC: Aprueba Convenio sobre Cooperación Financiera que han convenido celebrar Perú y Suiza.
 - D.S. 354-83-EFC: Aprueba condiciones de financiamiento que concertará ELECTROPERU destinado al Proyecto de Línea de Transmisión Cerro de Pasco - Huánuco - Tingo María.
 - D.S. 363-83-EFC: Aprueba Convenio de Préstamo y subsidiario suscrito por gobiernos de Canadá y Perú.
 - D.S. 423-83-EFC: Aprueba Convenio de Financiación a suscribirse entre el Perú y la firma Volvo do Brasil, Motores e Voiculos S.A.
- f) Tratamiento de la Deuda Externa:
- D.S. 079-83-EFC: Renovación de la Deuda Pública Externa a mediano y largo plazo.
 - D.S. 198-83-EFC: Sustituye arts. del dispositivo que renueva la deuda pública externa.
 - D.S. 508-83-EFC: Reglamenta aspectos referentes al manejo de la deuda renovada.
- g) Modificaciones a diversos aspectos de algunos tributos:
- D.S. 081-83-EFC: Fraccionamiento de las deudas por tributos administrados por contribuciones.
 - D.S. 244-83-EFC: Autorizan a contribuyentes a compensar directamente el saldo contra el Impuesto a las Remuneraciones.
 - D.S. 040-83-ITI/IND: Facilidades para el pago del Impuesto que grava la importación de equipos e insumos del Proyecto Nitrato de Amonio Técnico MAT Grado ANFO.
 - D.S. 281-83-EFC: Empresas del Sector Defensa Nacional tendrán derecho al reintegro tributario dispuesto en el art. 171 de la Ley 23556.
- h) Autorizan el internamiento de maquinarias que se exhiban en ferias internacionales siempre que se paguen los derechos de importación correspondientes:
- D.S. 180-81-EFC, D.S. 284-81-EFC, D.S. 148-82-EFC, D.S. 372-82-EFC, D.S. 308-83-EFC, D.S. 020-84-EFC, etc.
- i) El Estado se constituye en garante de entidades del Sector Público:
- D.S. 440-83-EFC: Aprueba garantía que otorga el Perú en relación a convenios de créditos entre bancos del exterior y ELECTROPERU.
 - D.S. 439-83-EFC: Aprueba otorgamiento de garantía del Estado en la renovación de las obligaciones de corto plazo de BANPECO.
 - D.S. 441-83-EFC: Aprueba garantía que otorga el Perú en relación a convenios de créditos entre ELECTROPERU y bancos del exterior.
 - D.S. 443-83-EFC: Ratifica garantía del Estado respecto de renovación de obligaciones externas a corto plazo de los Bancos Popular, Internacional y Continental.
- j) Se exonera a entidades del Sector Público del requisito de Licitación Pública y Concurso de Precios:

- D.S. 377-83-EFC: Exonera a la Dirección General de Correos del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del requisito de Licitación Pública para la contratación de emisión extraordinaria de estampillas.
- D.S. 011-85-RE: Exceptúan al Ministerio de Relaciones Exteriores del requisito de Licitación Pública, Concurso de Precios y otras disposiciones de diversos gastos que efectúe la Dirección General de Protocolo con motivo de la transmisión de mando presidencial.
- D.S. 011-81-TC: Exoneran a ENTELPERU del requisito de Licitación Pública para adquirir una estación terrena portátil de comunicaciones.

Estos diez campos señalados no son, en modo alguno, los únicos que fueron reglamentados a través del inc. 20 del art. 211 de la Carta Política. Sin embargo, nos dan una visión de cómo fueron utilizados en lo económico y financiero. Cabe apuntar que si bien el 67 o/o de los casi 700 decretos emanaron del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio, existen otros rubros en los que el uso de estas normas fue importante. De ellos, los más resaltantes son:

k) Incremento de remuneraciones a los trabajadores de la actividad privada cuyos aumentos no provengan de negociación colectiva:

- D.S. 018-81-TR, 028-81-TR, 009-82-TR, 016-82-TR, 002-83-TR, 001-84-TR, 002-85-TR.

l) Declaratoria del Estado de Emergencia en diversas zonas del país. Estos decretos supremos se dictaron al amparo del inc. 20 del art. 211 y del art. 231 de la Constitución:

- D.S. 007-82-PCM: Gobierno declara en Estado de Emergencia provincias de los departamentos de Cuzco, Pasco, Huánuco y San Martín.
- D.S. 001-83-AG: Declaran en Estado de Emergencia los departamentos de Piura y Tumbes.
- D.S. 082-84-EFC: Declara en Estado de Emergencia el Área Física donde se encuentra la Base Naval del Callao.
- D.S. 016-84-PCM: Declara en Estado de Emergencia a varios sectores de los Valles de Ocabamba y Lares de las Provincias de Convención y Calaca, departamento del Cuzco.

m) Declaratoria del Estado de Emergencia de entidades del Sector Público:

- D.S. 001-81-JUS: Declaran en emergencia los Centros Penitenciarios y de necesidad pública la inmediata ampliación de la infraestructura carcelaria.

- D.S. 046-82-TC: Declaran en Estado de Emergencia el Sistema de Registro de Propiedad Vehicular que funciona en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

- D.S. 064-83-VI: Declara en Estado de Reorganización a la Empresa SEDAPAL.

- D.S. 548-83-EFC: Declara en Estado de Emergencia los proyectos de construcción y equipamiento integral de Centros Penitenciarios de Canto Grande, Huancayo y Chimbote.

n) En este punto agrupamos aquellos Decretos Supremos que declaran haber sido dictados por ser de necesidad y utilidad públicas e interés nacional:

- D.S. 012-82-VI: Declaran de necesidad y utilidad públicas la ampliación del Local Escolar de Tamburco, Abancay.

- D.S. 010-84-ITI/TUR: Declaran de necesidad y utilidad pública la construcción del Hotel de Turistas del Distrito de Huaytará de la provincia de Castrovirreyna.

- D.S. 115-84-EFC: Declara de interés nacional la realización de la reunión del XX Período de Sesiones de la CEPAL que se llevará a cabo en nuestra Capital.

- D.S. 021-85-TC: Declara el transporte de cabotaje de hidrocarburos como actividad de orden estratégico y de necesidad nacional.

o) Finalmente, en este rubro presentamos aquellos Decretos Supremos que claramente se alejan del espíritu de la institución consagrada en el inc. 20 del art. 211 de la Carta Política:

- D.S. 001-81-ED: Se autoriza al Instituto Nacional de Cultura a recategorizar plazas artísticas de la Orquesta Sinfónica Nacional.

- D.S. 026-83-IN: Municipalidades son los entes encargados de autorizar y controlar los espectáculos públicos.

- D.S. 026-83-TR: Fijan la Unidad de Referencia para la provincia de Lima.

- D.S. 003-84-IN: Aprueba el Reglamento del Juego de Bingo.

- D.S. 015-85-EF: Precisa la fecha en que el Sol de Oro deja de ser la Unidad Monetaria del País.

- D.S. 251-85-EF: Aprueba las acciones de personas del INADE, Oficina Nacional de Cooperación Popular e IPEN.

Las cifras y los ejemplos hablan por sí solos. Ellos nos invitan a reflexionar sobre la naturaleza jurídica, los alcances y límites en los que este instituto jurídico

debe desenvolverse dentro del Estado de Derecho. En las siguientes líneas intentaremos dar una respuesta a cada una de estas tres interrogantes.

2. NATURALEZA JURIDICA DE LA INSTITUCION

La función legislativa, en general, es la que da origen a las normas jurídicas, las que se encuentran organizadas en forma piramidal. Así, en la cúspide se encuentra la Constitución y por debajo de ésta está la ley y las normas con rango de ley, los reglamentos de carácter general, etc. En el nivel de la ley, que es el que nos interesa, nos importa ahora encontrar cuáles son los matices que la diferencian con las normas con rango de ley. Por la forma, la ley es la que emana del Congreso, siguiendo un procedimiento para su aprobación y promulgación, es decir, que la calidad de ley depende del Órgano del que provenga la norma jurídica. Por el contenido, sin embargo, es ley toda norma jurídica que trata materia que es de reserva legal, importando poco el Órgano que la dicta. Dejando de lado los problemas de inconstitucionalidad e ilegalidad que aparecerían, podría decirse que si una Resolución o un Decreto Supremo tratan una materia reservada a la ley serían leyes por su contenido.

Entonces, podemos llegar a una primera conclusión: es ley aquella norma que cumple con los requisitos formales y de contenido que el ordenamiento jurídico impone para la misma; y que es norma con rango de ley aquella que sólo lo es por el contenido, pero que para poder tratar una materia de reserva legal el ordenamiento jurídico crea un procedimiento especial, a modo de excepción, para salvar el aspecto formal y evitar así que la norma esté viciada. En otras palabras, la diferencia entre la ley y la norma con rango de ley se encuentra en el aspecto formal de las mismas.

Doctrinariamente, existen dos grandes grupos de normas con rango de ley: los Decretos Legislativos que se caracterizan por emanar del Ejecutivo gracias a una habilitación hecha por el Legislativo por un plazo expresamente señalado. Versan sobre la materia que específicamente se establece en la ley autoritativa y hay obligación de dar cuenta al Congreso una vez que la norma ha sido promulgada. En nuestra Constitución, esta institución se encuentra consagrada en el inc. 10 del art. 211. Frente a los Decretos Legislativos están los Decretos de Urgencia, Ordenanzas de Necesidad o Decretos—Leyes. El fundamento de este tipo de medidas es político: hasta hace algunas décadas, el ritmo en el que se desenvolvía la vida de las naciones era tal, que la producción legislativa que se necesitaba era abastecida por los Parlamentos ya sea directamente, a través de la ley, o indirectamente, por la vía de las leyes delegadas. Sin embargo, en la actualidad, circunstancias de todo orden demandan soluciones dinámicas, colocando, de ese modo, a los Gobiernos en situaciones muy distintas a las anteriores, circunstancias que sin un pronto remedio ponen en

peligro la estabilidad de los mismos. Si a ello añadimos la insuficiencia y falta de celeridad para adoptar soluciones con que se caracterizan los Parlamentos debido a sus engorrosos procedimientos de trabajo, a la ausencia entre sus miembros de técnicos y a que los parlamentarios se encuentran ocupados en ejercer un constante control político sobre el Gobierno, comprenderemos que es imprescindible que el Derecho Constitucional moderno aporte un mecanismo con el cual el Órgano Ejecutivo pueda dictar normas jurídicas equiparables a las leyes, sin la necesidad de la intervención del Congreso. Pues bien, a este grupo de normas es a las que se conoce como Decretos de Urgencia, y es la institución plasmada en el inc. 20 del art. 211 de la Carta Política peruana.

Regresando al plano doctrinal, las principales características de los Decretos de Urgencia son las siguientes:

- a) Se trata de una atribución propia del Gobierno, que generalmente está en manos del Presidente de la República o en el Jefe del Gobierno, por ello llevarán siempre el refrendo de uno de los Ministros o de varios de ellos.
- b) En algunos casos, se restringe el uso de las Ordenanzas de Necesidad para los momentos en que el Congreso no se encuentra reunido, garantizándose de ese modo la producción de normas urgentes en esas circunstancias; en otros, se posibilita su uso en cualquier oportunidad, buscándose obtener una rápida producción jurídica en situaciones que por su urgencia requieren de una celeridad que los Parlamentos no poseen.
- c) Para su correcta aplicación, los Decretos de Urgencia requieren de la presencia de un aspecto fundamental, el presupuesto de hecho habilitante, según Antonio Torres del Morral³, que es la excepcional y urgente necesidad que requiere ser solucionada. Nos enfrentamos aquí a un concepto jurídico indeterminado. Es claro que la apreciación de su existencia tiene mucho de juicio político, el que estará en manos de los órganos estatales encargados de la dirección política; y en ello hay un gran margen de discrecionalidad. Este no debe ser tan amplio como para impedir su control, pues de ese modo sería imposible sujetar estas normas a lo prescrito por la Carta Política. El Tribunal Constitucional Español ha precisado el concepto en términos bastante claros en dos sentencias: 6/1983 y 111/1983⁴. Dice el Tribunal Constitucional que la extraordinaria y urgente necesidad no debe entenderse en el sentido extremo de una amenaza para la nación o para el sistema constitucional puesto que para esos casos la Carta ha previsto los mecanismos del Régimen de Excepción, sino concebirlas "... como necesidad relativa respecto a las situaciones concretas en que se encuentran los objetivos de la actuación gubernamental, los cuales, por razones difíciles de prever, requieren en alguna ocasión una

acción normativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido para la producción parlamentaria de una ley aunque fuera por el procedimiento de urgencia ..."; y también como de extraordinaria y urgente necesidad aquellos casos en que por ser circunstanciales y objetivamente complejos, no puede acudir al procedimiento legislativo, ordinario sin que se pierda la efectividad requerida, que sólo una actuación rápida proporciona.

Lamarque⁵ incluye dentro del concepto a todas las hipótesis en que las normas constitucionales permiten, en caso de crisis, una cierta concentración de poderes; y Camus entiende a la necesidad dentro del ámbito del derecho constitucional como "... aquellas circunstancias urgentes e imprevisas que hacen necesario, para la salvaguarda del Estado, la concentración de poderes por la sola decisión del órgano llamado a actuar ..."⁶.

- d) En algunas oportunidades los ordenamientos jurídicos señalan la necesidad de que el Gobierno oiga previamente, en algunos casos, o someta, en otros, la promulgación de estas normas a otro Órgano del Estado. Tal es el caso, por ejemplo, del régimen francés en el que el Consejo Constitucional tiene que ser consultado.
- e) Los Decretos de Urgencia son provisionales, es decir, que su vigencia está limitada por un posterior pronunciamiento del Legislativo. Prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos en los que se encuentra consagrado el instituto, esta característica se ha desarrollado con precisión. En Italia, el art. 77 de la Constitución de 1947 prescribe que los decretos perderán todo su efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación.
- f) Además de ser provisionales, las Ordenanzas de Necesidad son transitorias. Así como la provisionalidad atiende al control político que ejerce el Congreso, la transitoriedad encierra un concepto diverso: el hecho que la motiva debe ser extraordinario, temporal y necesariamente grave, es decir, que una vez que ha sido solucionada la urgente necesidad el Decreto de Urgencia debe desaparecer porque ya no es necesaria su existencia dentro del ordenamiento jurídico.
- g) Finalmente, la doctrina establece, además del control político que supone la provisionalidad de

la norma, un control jurisdiccional posterior que lo ejerce el Tribunal Constitucional, o el Órgano encargado de sus funciones. El párrafo final del art. 122 de la Carta Política colombiana de 1886, reformado por el art. 43 del acto legislativo No. 1 de 1968 estatuye, en este sentido, que es la Corte Suprema de Justicia la encargada de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de estas normas, que en el ordenamiento jurídico colombiano se conocen como Decretos Legislativos.

Estas son, en líneas generales, las características que configuran la naturaleza jurídica de los Decretos de Urgencia en el terreno doctrinario. El inc. 20 del art. 211 de nuestra Constitución Política de 1979 prescribe lo siguiente: "Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República:

inc. 20: Administrar la Hacienda Pública, negociar los empréstitos y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso".

Si retomamos las características que desarrollamos anteriormente, comprobamos que la institución del inc. 20 del art. 211 no es otra que la de los Decretos de Urgencia que venimos comentando. Veamos:

- Es una facultad propia del Presidente de la República por cuanto el inc. bajo análisis está contenido en el artículo que señala cuáles son las atribuciones del Presidente de la República, sin necesidad de una delegación previa del Congreso;
- La norma de nuestra Constitución nada dice acerca de la oportunidad en que el Presidente se encuentra habilitado para hacer uso de esta facultad, y como no hay que distinguir allí donde la ley no distingue, interpretamos que el Jefe de Estado está facultado a dictar estas normas en cualquier tiempo⁷;
- El inc. 20 contiene el importantísimo requisito de la urgente necesidad al establecer que se trata de "medidas extraordinarias" que serán dictadas cuando "así lo requiere el interés nacional";
- Sobre la necesidad de la opinión previa de otro órgano del Estado, en el Perú se otorga amplia discrecionalidad al Presidente, teniéndose que basar únicamente en su juicio político sobre la conveniencia de la norma para poder dictarla;

3. Torres del Morral, Antonio: "Principios de Derecho Constitucional Español", Atomo Ediciones, Madrid, 1986.

4. "Boletín de Jurisprudencia Constitucional" No. 23, Marzo de 1983, Publicación de las Cortes Generales, Madrid 1983.

5. Citado por Linares Quintana, Segundo: "Derecho Constitucional e Instituciones Políticas", Abelardo—Perrot, Buenos Aires, 1970, t. II, p. 502.

6. Camus, Geneviève: "El Estado de Necesidad en Democracia", Ediciones Librería General de Derecho y Jurisprudencia, París, 1965, p. 25.

7. No todos los autores están de acuerdo en este punto. Manuel de la Puente y Lavalle manifestó en una reciente conferencia, publicada en la Revista del Instituto Peruano de Derecho Empresarial, que los Decretos de Urgencia debían dictarse únicamente durante el receso parlamentario. Dentro de la misma corriente de opinión se encuentra Luis Hernández B.

- La provisionalidad de las normas del inc. 20 del art. 211 es uno de los problemas más graves que presenta la norma y que desarrollaremos más adelante;
- La transitoriedad de los Decretos de Urgencia se refleja en nuestro ordenamiento jurídico al concordar el art. 211 con el art. 132 de la Carta Fundamental. Este último art. establece: "En situaciones de crisis grave o de emergencia el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario";
- El control jurisdiccional posterior es otro de los problemas que analizaremos luego.

3. ALCANCES DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

La estructura de la institución del ordenamiento peruano no se adecúa perfectamente a los términos señalados por la doctrina para los Decretos de Urgencia. Así, los principales problemas que se plantean son los siguientes:

- a) La Constitución faculta al Presidente a dictar "medidas" sin establecer a qué categoría pertenecen las mismas, es decir, si se trata de Decretos Supremos, Decretos Legislativos o si se está creando un tercer tipo de normas que emanarán del Jefe de Estado. Aparece claro que no son Decretos Legislativos puesto que ellos han sido previstos en el inc. 10 del art. 211 y sería absurdo pensar que en una misma norma se ha tratado paralelamente la misma institución jurídica. Si fuesen Decretos Supremos ordinarios se trataría de normas de inferior jerarquía y por lo tanto no podrían tratar de la materia reservada a la ley; lo que significaría, además, que carecerían de sentido dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues hemos visto que su finalidad es solucionar urgentes necesidades nacionales que no esperan al trámite de una ley ordinarios o al de una delegación legislativa. Llegamos así a la única conclusión posible, se trata de un tercer tipo de normas, con rango de ley, que son dictadas por el Presidente de la República. El problema, en este punto, es que nos enfrentamos a un peligroso vacío constitucional porque la Carta no les dió un nombre propio. Y es peligroso porque es posible argüir que ya que la Constitución habló simplemente de "medidas"⁸, se trata de Decretos Supremos. Sin embargo, dada la función que tienen el argumento cae por su propio peso. El problema se hace más patente al observar que hasta el momento esas "medidas" han emanado con la forma de Decretos Supremos simplemente porque ese es el único instrumento con el que contó el Ejecutivo⁹.

Este problema va íntimamente ligado al del rango que tienen dentro de nuestra jerarquía normativa. Si afirmamos que se trata de la institución doctrinaria denominada Decretos de Urgencia, que necesariamente está destinada a tratar materia de reserva legal, las ordenanzas de necesidad deben obviamente gozar del mismo rango que tienen las leyes y los Decretos Legislativos. El inconveniente es que la Constitución no lo establece así claramente y no existe aún una ley que lo prescriba.

- b) El segundo problema a resolver es el de saber qué se entiende por materia económica y financiera. Pensamos que esa área comprende lo tributario, lo presupuestario, lo aduanero, lo crediticio y, en general, todo lo relacionado con la administración de la Hacienda Pública.

A estas alturas podemos concluir en que todas aquellas normas que declararon el Estado de Emergencia en diferentes zonas del país, aquellas que declaran de interés nacional, por ejemplo, la reunión del XX Período de Sesiones de la CEPAL en Lima, la autorización a la recategorización de plazas en la Orquesta Sinfónica Nacional, la aprobación del Reglamento del Juego del Bingo o la que precisa la fecha en que el Sol de Oro deja de ser nuestra unidad monetaria, son normas que están muy lejos del contenido preciso que prescribe nuestra Constitución para estas normas.

Otras normas, si bien tienen un contenido económico y financiero, como es el caso del DS 011-85 RE que libera del requisito de Licitación Pública y Concurso de Precios a la Dirección General de Protocolo con motivo de la transmisión del mando presidencial, adolecen de la presencia de la urgente necesidad; pues, en el ejemplo propuesto de todos era sabido que una vez llevadas a cabo las elecciones, la transmisión del mando se produciría.

En otros casos, las normas dictadas al amparo de la facultad presidencial tienen una vocación de permanencia, desobedeciendo así al requisito de la transitoriedad, como es el caso del DS 003-84-IN, Reglamento del Juego del Bingo, y muchas otras más.

- c) El tercer y quizá más grave problema es el de la provisionalidad de los Decretos de Urgencia en el marco de nuestra actual Carta Fundamental. La misma establece que es necesario dar cuenta al Congreso sin añadir cuál es la sanción si el texto no es presentado al Congreso, ni tampoco cuál es el plazo en el que debe verificarse la presenta-

8. Paolo Biscaretti di Ruffia en su Derecho Constitucional comenta que el término "medidas" es adecuado porque denota una corta duración en el tiempo, una vocación efímera, transitoria.

9. El tema ha sido ampliamente tratado por Armando Zolezzi en el artículo "El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución y la tributación", aparecido en la Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario.

ción. Diferentes legislaciones nos ofrecen posibilidades distintas. La Constitución española de 1978 en su art. 86, por ejemplo, establece que el Congreso debe pronunciarse expresamente dentro del plazo de treinta días sobre la convalidación o derogación de los Decretos-Leyes del ordenamiento jurídico español. Más adelante exponremos nuestra posición al respecto.

- d) Finalmente, tenemos el problema del control jurisdiccional posterior de la medida extraordinaria. El inc. 1 del art. 298 de la Constitución al tratar de la acción de inconstitucionalidad de las leyes no incluye dentro de la enumeración de las normas que son susceptibles de ser impugnadas mediante esta acción a los Decretos de Urgencia. La razón de ésto, pensamos, es que se sigue la misma lógica del art. 211: si se habló simplemente de medidas, sin hacer alusión al rango de las mismas, aparentemente no hay razón para incluir dentro de la acción de inconstitucionalidad de las leyes a estas normas. Arguyendo que no hay que distinguir donde la ley no distingue, y no habiéndose establecido legislativamente la diferencia entre los Decretos Supremos y los Decretos de Urgencia, podríamos sostener que la acción aplicable a este instrumento legislativo es la acción popular, consagrada en el art. 295 de la Carta Política, destinada a impugnar los decretos de carácter general que expide el Ejecutivo. Sin embargo, pensamos que puede hacerse una interpretación extensiva del inc. 1 del art. 298, entendiendo por ley a las normas que tienen rango de ley. En este sentido, estaríamos sosteniendo que la enumeración hecha en dicho artículo no es taxativa sino simplemente enumerativa. Más aún, como lo señala acertadamente Eguiguren Praeli, dentro del inc. 1 del art. 298 tampoco se encuentran los Decretos-Leyes de los gobiernos de facto ni los tratados; normas que nadie duda que gozan del rango de la ley formal, y que por tanto deben ser impugnadas mediante la acción de inconstitucionalidad de las leyes. Es por ello que pensamos que cuando la Constitución dijo "ley" se refirió también a las normas que gozan de ese rango.

En este tema, resultaría oportuna la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales para que se añada a la lista de las normas susceptibles de ser impugnadas por la acción de inconstitucionalidad de las leyes a los Decretos de Urgencia.

4. REGULACION LEGISLATIVA DE LOS DECRETOS DE URGENCIA

A lo largo de este trabajo hemos señalado cuáles

son las características que, a nuestro entender, son esenciales a los Decretos de Urgencia. Al confrontarlas con la institución creada en el inc. 20 del art. 211 de nuestra Carta Política observamos las deficiencias de que adolece, defectos que determinan que su uso sea abundante o que se llegue al abuso, como precisamos al iniciar este comentario.

Frente al vacío legislativo existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre este tema, se hace imperativa la dación de la Ley que reglamente el uso de los Decretos de Urgencia. El contenido de la misma, a grandes rasgos, podría ser el siguiente:

- a) La Constitución prescribe que el Presidente de la República puede dictar medidas extraordinarias de carácter económico y financiero cuando el interés nacional así lo requiere. Nos parece importante que en este punto se estatuya que el Ejecutivo está obligado a expresar en los considerandos del Decreto de Urgencia que va a dictar cuáles son las circunstancias de extraordinaria necesidad que lo conducen a utilizar la legislación de urgencia; bajo pena de que el decreto no entre en vigencia hasta que la exposición de motivos sea hecha¹⁰.

Además, de los considerandos deberá desprenderse la transitoriedad de los hechos que dan origen a los decretos, transitoriedad que, como vimos, resulta obligatoria por lo dispuesto en el art. 132 de la Constitución.

Por otro lado, al igual que los Decretos Supremos, los de Urgencia podrán entrar en vigencia al día siguiente de su publicación, salvo que éste mismo establezca un plazo distinto.

- b) La Carta Política permite al Jefe de Estado dictar "medidas extraordinarias". Pensamos que sería un buen método para la identificación de éstas y para establecer un límite a su utilización que la ley estatuya que en adelante estas normas se les de el nombre propio de Decretos de Urgencia "DU", seguido del número de orden correlativo anual y de los dos dígitos finales del año en que son expedidos. Así, los Decretos de Urgencia no pasarían inadvertidos entre los Decretos Supremos.
- c) Adicionalmente, pensamos que los Decretos de Urgencia emanen a través del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio por estar concebidos únicamente para tratar materia económica y financiera; y que la ley prescriba que por esta materia se entienda todas las áreas relacionadas al manejo de la Hacienda Pública: legislación tributaria, aduanera, crediticia, etc.

10. En la gran mayoría de los Decretos de Urgencia existentes en nuestra legislación no se señaló en los considerandos los motivos que llevaron al Gobierno a hacer uso de esta facultad, señalándose simplemente que se dictaban al amparo del inc. 20 del art. 211 de la Carta Fundamental.

- d) El problema de la provisionalidad de los Decretos de Urgencia también debe ser solucionado. Pensamos que debe establecerse que el "cargo de darle cuenta al Congreso" significa algo más que simplemente informarle sobre la norma que se ha dictado; es decir, que el Congreso tiene ciertas atribuciones sobre el Decreto de Urgencia: la de revisar la adecuación del contenido del decreto a nuestro sistema legal, sumada a la facultad de verificar la existencia de la urgente necesidad. El Congreso podrá luego convalidar o derogar la norma.

En el primer supuesto lo que sucede es que el decreto pierde la característica de la provisionalidad, sin que por ello quede convertido en ley formal.

Si el Congreso deroga la norma, ésta perderá sus efectos desde el momento en que opera la derogación, es decir, con efectos **ex nunc**. Si el Congreso guarda silencio debe interpretarse que hay disconformidad con el mismo, pues si no bastaría con el silencio de las Cámaras para convalidar excepciones a la potestad legislativa. Esta caducidad tendría efectos **ex nunc**, es decir, que la norma deja de existir desde que caduca, tal como sucede con la derogación expresa. Para que el mecanismo funcione adecuadamente deberá establecerse el plazo de caducidad.

La provisionalidad también debe ser entendida en un tercer aspecto: saber qué sucede con el Decreto de Urgencia si no es presentado al Congreso. En este supuesto pensamos que la sanción

debe ser más severa: la pérdida de los efectos desde el momento mismo en que entró en vigor, es decir, con efectos **ex nunc**; pero quedando a cargo del Congreso la obligación de dar una ley, en el plazo perentorio que la ley reguladora de los Decretos de Urgencia establecerá, destinada a reglamentar la materia que trató el decreto que perdió vigencia.

- e) Finalmente, y aunque parezca obvio decirlo, nos parece importante que la ley prescriba que los Decretos de Urgencia que el Jefe de Estado puede dictar al amparo del inc. 20 del art. 211 de la Constitución, tienen rango de ley.

La prueba de fuego de la eficiencia y dinamismo de un sistema constitucional está precisamente en la fluidez con que puede recurrirse a la precisión, regulación, interpretación y complementación de las instituciones consagradas en la Carta Política correspondiente por la vía de leyes reglamentarias de dicha Carta, sin necesidad de ir a la reforma de su texto que requiere un trámite especial. En el caso presente, estamos ante un asunto vital que debe definir el perfil del régimen presidencial que el Perú necesita sin abdicar por eso de los fueros inalienables del Parlamento. La tendencia a la excesiva concentración de poderes personales del Presidente ha sido recurrente y funesta en la experiencia republicana del Perú. ¿Asumirá la actual mayoría parlamentaria el reto de precisar los alcances de un poder extraordinario del Presidente de la República (que por su abuso tiende a desbordarse y puede conducir a la dictadura económica), en función no de intereses políticos inmediatos, sino del destino democrático del país?

**Siembra un
árbol.**

Hemar SRL.

Sistema de Transferencia Adoptado por el Legislador Peruano de 1984*

(un comentario al artículo 947 del C.C.)

Beatriz Boza Dibos

Asistente de docencia en el curso "Derechos Reales"
de la Facultad de Derecho de la PUC

1. FUNDAMENTOS DE TODO SISTEMA DE TRANSFERENCIA

La transferencia de dominio no atañe sólo a las partes directamente vinculadas a ella sino que involucra también a la colectividad obligada a respetar al nuevo titular¹. Es por ello, que todo sistema de transferencia debe dar respuesta a dos cuestiones fundamentales: a) cómo informar y, en su caso, proteger a los terceros ajenos a la transacción, y b) cómo regular las relaciones entre el enajenante y el adquirente. Según la posición que se adopte dependerá el momento y los requisitos que se exijan para la transferencia, así como la adquisición en caso de concurrencia de acreedores.

a) Protección de los terceros²

La necesidad de tomar partido respecto del rol de los terceros se funda en la propia naturaleza de los de-

rechos reales, que siendo oponibles erga omnes el ordenamiento jurídico debe garantizar su observancia.

Los derechos reales, como se sabe, son absolutos, es decir, suponen una relación jurídica inmediata y directa de una persona con un bien susceptible de hacerse valer contra todos³. Este elemento externo tipifica el derecho real. Cossío señala que modernamente el derecho real es "considerado como una obligación con sujeto pasivo universal, (... partiendo ...) de la idea que el hombre no tiene derecho sobre las cosas, sino frente a los demás hombres, y que el titular del llamado derecho real, para lo único que está facultado es para exigir de todos los individuos sometido a la regla de Derecho (...) una abstención"⁴. El ejemplo propuesto por Díez-Picazo es verdaderamente persuasivo al respecto. En efecto, el mencionado autor se refiere al caso de una servidumbre negativa, p.ej. de vista. Este ejemplo evidencia que el propietario del predio dominante no tiene un derecho sobre la cosa sino única-

* Al maestro Jorge Avendaño Valdez por su capacidad de despertar en sus alumnos el interés por el Derecho, con aprecio y agradecimiento.

1. Bauer, Marianne: "Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei der Übereignung von Fahrnis", Festschrift für F.W. Bosch, Gieseking Verlag, RFA 1976, p. 3 y siguiente. Cossío Corral, Alfonso de: "Instituciones de Derecho Civil", Alianza Editorial, Madrid 1975, p. 565, 497 y siguiente. Howald, Martin: "Der dingliche Vertrag", tesis doctoral Universidad de Zurich, Akeret 1946, p. 49. Martínez-Radio, Antonio de la Esperanza: "La tradición en la transmisión de los derechos reales", Revista de Derecho Español y Americano Nr. 2, Madrid oct-dic 1964, p. 43. Pautasso, Tomás Humberto: "La tradición en materia inmobiliaria y mobiliaria", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales Nr. 76/77, Santa Fe, Argentina 1953, p. 67 y siguiente.
2. Las nociones generales desarrolladas en este punto se basan en nuestro trabajo titulado "La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables" publicado en *Thémis* Nr. 4, Segunda Epoca, Lima 1986, p. 66 y siguientes.
3. Cossío, p. 498.
4. Cossío, p. 497 y siguiente.

mente frente al dueño del predio sirviente para que no construya⁵. Los derechos reales suponen, pues, una relación jurídica, en virtud de la cual todos los miembros de la comunidad deben respetar al titular.⁶

Ahora bien, ¿en qué medida tutela el ordenamiento jurídico los intereses de los terceros obligados a respetar la relación jurídica creada? ¿Cómo garantiza el Derecho la observancia y eficacia de los derechos reales?

El legislador dependiendo del rol que le atribuya a la voluntad de los particulares y a las exigencias que le imponga a los terceros se verá en la disyuntiva de "optar por tutelar los intereses de la colectividad (...) amparando la publicitación de la transferencia de dominio por medio de la tradición, o por proteger los intereses del individuo"⁷ exigiendo buena fe en el adquirente. El legislador deberá, pues, decidir entre reconocer a la voluntad particular un campo restringido de acción, imponiendo a los terceros la obligación de tomar noticia a través de actos publicitarios, o admitir la omnipotencia del consentimiento exigiendo en tutela de los terceros la máxima buena fe, especialmente del adquirente.

En líneas generales podríamos agrupar las soluciones adoptadas por los distintos ordenamientos jurídicos en dos grandes grupos: por un lado aquellas legislaciones basadas en la omnipotencia de la voluntad consagrada por el Código Civil Francés de 1804, y

por el otro aquellos ordenamientos de inspiración germánica seguidores del Código Civil Alemán de 1896.

Las legislaciones de tradición napoleónica⁸, que atribuyen a la voluntad particular un ámbito ilimitado de poder, consideran que el solo consentimiento es capaz no solo de obligar a las partes sino de transferir propiedad con efectos erga omnes. La propiedad se transmite por el mero consentimiento obligatorio. En definitiva, vender o donar equivale a enajenar⁹. A fin de tutelar los intereses de la colectividad estos ordenamientos exigen buena fe en el adquirente: éste debe ignorar la existencia de una obligación de entrega anterior, y, en consecuencia, creer que el vendedor es propietario¹⁰. El legislador concede así a las partes el poder de transferir propiedad pero les impone la obligación de proteger a los terceros. En este sistema la buena fe resulta de suma importancia, mientras que la tradición es reducida a un simple hecho real de entrega de posesión en ejecución de un contrato anteriormente celebrado.

Por el contrario, los alemanes¹¹ consideran que el consentimiento sólo es capaz de generar efectos jurídicos interpartes, más no de transferir por sí solo el dominio. El contrato de compraventa obliga a transmitir la propiedad del bien vendido pero no produce por sí solo la transferencia. Vender o donar no es, pues, enajenar¹². Para ello se requiere un elemento externo, perceptible y material que publicite la nueva titularidad del dominio, que facilite a cualquier interesado de forma suficiente acerca de la existencia o inexistencia

5. Díez-Picazo: "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial".

6. Bauer, p. 3 y siguiente. Cossío, p. 565, 497 y siguiente. Howald, p. 49. Martínez-Radio, p. 43.

7. Schmid, Hansjakob: "Das Traditionsprinzip im neuerem schweizerischem Sachenrecht", tesis doctoral Universidad de Zurich, Siegfried & Co, Zurich 1945, p. 11 y siguiente.

8. Entre las que destacan la francesa, italiana, belga, anglo-americana, soviética, venezolana de 1942, mexicana de 1928, guatemalteca de 1963, costarricense de 1888, nicaraguense de 1904, portuguesa de 1966, el nuevo Código Civil de la RDA de 1975, los Códigos de Rumanía, Canadá y de la República Dominicana.

9. Los hermanos Mazeaud, uno de los máximos exponentes de esta tesis, afirman que "la voluntad, todopoderosa para crear obligaciones, es todopoderosa para producir sin ninguna formalidad la tradición, la transmisión de derechos reales: (...) la compraventa, por ejemplo, no sólo crea obligaciones entre las partes, sino que trasmite al comprador la propiedad de la cosa vendida" (citados por Bigio Chrem, Jack: "La compraventa y la transmisión de propiedad", Para Leer el Código Civil 1. vol, Fondo Editorial PUC, Lima 1984, p. 200). Así también Josseland citado por Prada Cuenca, Nubby Jenith: "El modo en la compraventa de bienes inmuebles", tesis Universidad Javeriana, Bogotá 1969, p. 15. Gesche Müller, Bernardo: "El contrato como modo de adquirir", Revista de Derecho Nr. 41-42, Concepción, Chile jul-dic. 1942, p. 156. Gottheimer, Hans Georg: "Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen", *Rechts-Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, de Gruyter & Co, Berlín 1953, p. 357 y siguiente. León Barandiarán, José: "Curso del Acto Jurídico", Imprenta de la UNMSM, Lima 1983, p. 10. Martínez-Radio, p. 36. Salazar Belén, María del Rosario: "Breve monografía descriptiva de la tradición en algunos ordenamientos de origen romano", tesis doctoral Universidad Javeriana, Tipografía Hispana, Bogotá 1970, p. 17. Schefold, Dietrich: "Der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs beim Kauf beweglicher, körperlicher Gegenstände nach französischem Recht", tesis doctoral Universidad de Tübingen, Rudolf Stehle GmbH & Co. HG, Düsseldorf RFA 1968, p. 154. Röthlisberger, Andreas: "Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliarübertragung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen", tesis doctoral Universidad de Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich 1982, p.i. Zusman, Shoschana: "La transferencia de propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", tesis de Bachiller PUC, Lima 1975, p. 3.

10. Avendaño Valdez, Jorge: "Transferencia de propiedad mueble en el nuevo Código Civil", *Thémis* Nr. 2, Segunda Epoca, Lima 1984, p. 7. Pescio, Victorio: "Manual de Derecho Civil" tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1958, p. 196 y siguientes, 329.

11. Además del BGB, el ABGB austriaco, el ZGB suizo, Las Siete Partidas, los Códigos holandés, español, argentino, chileno de 1855, brasileiro de 1916, colombiano, ecuatoriano, hondureño, cubano, paraguayo, uruguayo de 1868, panameño y salvadoreño.

12. Cossío, p. 356, 358. Lafaille, Héctor: "Derecho Civil Tomo III: Tratado de los Derechos Reales" 1. vol, Cía. Argentina de Editores SRL, Buenos Aires 1943, p. 493. Prada, p. 15 y siguientes. Röthlisberger, p. 107. Salvat, Raymundo: "Tratado de Derecho Civil argentino: Derechos Reales", tomo I, La Ley, Buenos Aires 1944, p. 64. Wolf, Manfred: "Sachenrecht", 5ta. edición, C.H. Beck, Munich 1983, p. 171.

tencia del derecho¹³. El legislador deposita en los terceros su propia protección imponiéndoles la obligación de informarse acerca de la nueva titularidad del bien. En este sistema la tradición reviste una importancia singular.

Vemos, pues, como ambas corrientes por distintos medios buscan la protección de los terceros.

b) Las relaciones interpartes

El otro pilar sobre el cual reposa la transferencia de dominio está referido a las relaciones entre el enajenante y el adquirente. El legislador debe regular como quedan las relaciones obligatorias entre las partes; es decir, si la transferencia supone necesariamente la preexistencia de un vínculo obligacional, y en caso afirmativo, si éste se extingue con la transferencia. En última instancia, de lo que se trata es de establecer en qué medida se vinculan el título y el modo.

Dependiendo de la importancia que el legislador atribuya a las obligaciones que vinculan a las partes optará en caso de incumplimiento del comprador, por concederle al enajenante una acción reivindicatoria o por fránquearle la vía del enriquecimiento indebido. Dicho en otros términos, sancionará la necesaria concurrencia del título y del modo siguiendo el sistema causalista francés, o le conferirá al modo eficacia autónoma a estilo del sistema de abstracción alemán. La posición que se adopte reviste especial importancia ante la eventualidad de una entrega indebida o quiebra del adquirente.

La corriente francesa¹⁴, que se adscribe al postulado de la omnipotencia de la voluntad particular y, por tanto, de las obligaciones, concibe la transferencia de manera causal dándole un tratamiento unitario al título y al modo¹⁵. Así, si el título fuese nulo o se invalida con posterioridad, no opera la transferencia, pudiendo el deudor reivindicar su propiedad¹⁶. Ante la eventualidad de una entrega indebida o quiebra del adquirente estas legislaciones cautelan los derechos del enajenante otorgándole la acción reivindicatoria.

Frente al causalismo francés los alemanes, basándose en la necesidad de la tradición y en la apariencia

legitimadora que genera la posesión, desarrollaron una solución propia en aras de cautelar ya no tanto los derechos del enajenante sino aquellos del adquirente. La transferencia no depende de la validez del título sino que se basa únicamente en la tradición como modo. Este principio conocido como "Abstraktionsprinzip" dispone que la invalidez del título no afecta a la tradición ni viceversa. De ahí que la transferencia pueda ser eficaz a pesar de antecederle una compraventa inválida¹⁷. Las ventajas de este sistema redundan en beneficio del adquirente (y sus acreedores) no sólo porque tutela su adquisición sino porque lo libera de la obligación de preocuparse por el título de adquisición de su antecesor, limitándose a entrar en posesión como propietario para merecer tutela legal. En este contexto la acción por enriquecimiento indebido despliega toda su eficacia: como la transferencia opera con absoluta prescindencia del título, si por cualquier motivo éste fuese ineficaz, el enajenante sólo recobrará la propiedad del bien transferido mediante el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido. La invalidez del título no afecta, pues, la transferencia, sino su subsistencia¹⁸.

Las posiciones adoptadas por una y otra corriente difieren tanto en sus consecuencias como en sus motivaciones, dependiendo, en última instancia, de la parte a quien el legislador quiera proteger. Debemos, pues, proceder con cautela al referirnos al sistema de transferencia adoptado por determinada legislación, porque son **dos** las cuestiones a las que el legislador debe dar respuesta: a) el rol que desempeñan los terceros y, en consecuencia, la función que se le atribuye al modo; y b) las relaciones entre las partes, esto es, el papel que desempeña el título. De ahí que no se pueda generalizar —ni siquiera deducir— que la corriente que abraza el legislador en un extremo sea también la que consagra en el otro.

Frente al causalismo francés del solo consensu tenemos la tradición transmisiva del BGB. Dicho en otros términos, mientras que los franceses consagran la omnipotencia de la voluntad particular, admitiendo la transferencia solo consensu, los alemanes le reconocen sólo poderes limitados a la voluntad particular, exigiendo un hecho externo como la tradición para la transferencia, hecho que por sí solo basta para constituir al adquirente en dueño absoluto.

13. Cossío, p. 565. Kant, en sus "Principios Metafísicos del Derecho", Editorial Americalee, Buenos Aires 1943, p. 100 y siguiente, afirma que "una cosa no se adquiere por la aceptación de la promesa sino únicamente por la entrega de la cosa prometida (...) El derecho que resulta de un contrato no es, pues, más que un derecho personal, y no llega a ser real sino por medio de la entrega". Süss, Theodor: "Das Traditionsprinzip: ein Atavismus des Sachenrechts", Festschrift für Martin Wolff, Mohr, Tübingen 1952, p. 144.

14. No sólo los ordenamientos de inspiración francesa enumerados en la nota 8 ut supra se adscriben a esta solución sino también varios ordenamientos cantonales suizos y el austríaco (Caemmerer, Ernst von: "Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnis-übertragung", Rabels—Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht, 1938—39, p. 677 y siguiente).

15. Oeckinghaus, Arne: "Kaufvertrag und übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschem und französischem Recht", Duncker & Humboldt, Berlin 1973, p. 37.

16. Martínez—Radó, p. 46. Oeckinghaus, p. 137. Thur, Andreas von: "Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte", Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basilea 1921, p. 43.

17. Wolf, p. 131.

18. Howald, p. 119 y siguiente. Martínez—Radó, p. 46.

2. OPCION DEL LEGISLADOR PERUANO¹⁹

Sentado así el marco general en materia de transferencia de dominio podemos abocarnos al análisis del artículo 947 del Código Civil a fin de concluir esclareciendo cuál es el sistema de transferencia consagrado por el legislador patrio de 1984.

a) Las "cosas muebles"

El art. 947, novedoso en nuestra legislación, dispone que "la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente". El precepto relaciona la tradición con la transferencia de las "cosas muebles".

A diferencia del lenguaje coloquial, en Derecho las cosas se engloban dentro del término más genérico de "bienes". Dentro del universo de los bienes las cosas son aquellos objetos corporales volumétricamente delimitados, que ocupan un lugar en el espacio. Las cosas se diferencian así de los derechos. La norma hace bien al limitar su eficacia a las cosas muebles excluyendo a los derechos, toda vez que éstos se transfieren en virtud de una cesión de derechos o de una cesión de posición contractual.

El artículo precisa aún más el concepto de cosas al referirse a aquellas de naturaleza mobiliaria. Cabe recordar, que la aparición de nuevos tipos de bienes (p.ej. títulos valores, bienes incorpóreos, aeronaves, etc.) y las exigencias del comercio moderno han hecho obsoleto el criterio tradicional de clasificación de los bienes en base a su movilidad. Es así, que la Doctrina adopta el criterio de la publicidad como elemento diferenciador, que posibilita la persecutoriedad propia de todo derecho real. Así, los bienes físicos y jurídicamente susceptibles de perfecta identificación a través de su inscripción en un registro público, constituyen la categoría de los bienes registrables, respecto de los cuales proceden los interdictos y la acción de retracto. Mientras que los demás bienes, en que los terceros carecen de medios para informarse si el poseedor es o no su propietario pertenecen a la categoría no-registrable. En este campo lo posesorio se identifica con lo petitorio. El artículo en estudio se circunscribe a ésta clase de bienes.

Ahora bien, como nuestro legislador no se atrevió a dar el paso decisivo en materia de clasificación de

los bienes, retomó el obsoleto criterio de la movilidad, por lo que tuvo que consagrar en la última parte del art. 947 una salvedad, que debe entenderse referida a aquellos bienes muebles que no se transfieren por tradición, es decir, a los bienes muebles registrables (tales como las acciones, los automóviles, etc.). En definitiva, entonces, las cosas no-registrables se transfieren por tradición²⁰.

b) Necesidad de la tradición

Ante la pregunta cardinal de cómo informar y, en su caso, proteger a los terceros ajenos a la transacción el Codificador de 1984 sancionó novedosamente en la legislación peruana el carácter transmisivo de la tradición, imponiendo a los terceros la obligación de tomar noticia acerca de la nueva titularidad del dominio. Así lo dispone el precitado art. 947, zanjando en esta medida la discusión doctrinaria surgida a raíz del Código anterior y tan prolijamente analizada por Zusman²¹. Conciente que un sistema de transferencia no reposa en un único dispositivo sino que se configura por la interrelación del conjunto de normas contenidas en un mismo cuerpo legal, fundamentamos esta conclusión en diversas otras reglas, entre las que caben destacar el carácter netamente obligatorio de los contratos típicos (art. 1529 compraventa, art. 1602 permuta, art. 1621 donación, art. 1648 mutuo, art. 1810 mandato sin representación y art. 1923 renta vitalicia), la posibilidad de contratar sobre bienes futuros o ajenos (art. 1409), la venta de bien incierto (art. 1532), etc. Nuestro Codificador acoge así la tesis alemana: la tradición transfiere propiedad sin que importe la buena o mala fe del adquirente²².

Abrazamos con vivo interés la solución adoptada por nuestro legislador, porque responde a la propia naturaleza de los derechos reales. En efecto, del carácter absoluto de los derechos reales se desprende su oponibilidad erga omnes. En tal virtud es preciso acudir a medios que faciliten noticia a cualquier interesado de forma suficiente acerca de su existencia o inexistencia. No se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce. En consecuencia, si se quiere que la colectividad respete el derecho real, es menester que éste no sólo se acomode a lo que la colectividad entiende por derecho real, sino que se manifieste, que se evidencie, que se publicite para que pueda llegar al conocimiento de los obligados a respetarlo²³. Es así, que el ordenamiento jurídico se ve en la necesidad de establecer la publicidad como elemento constitutivo para la transferencia de

19. Las conclusiones aquí vertidas han sido tomadas de nuestra tesis de Bachiller titulada "Transferencia de los bienes no registrables: Naturaleza jurídica de la Tradición", PUC, Lima 1986.

20. Esta disquisición hubiera resultado innecesaria si nuestro Legislador hubiese consagrado el criterio de la identificabilidad de los bienes, clasificándolos en registrables y no-registrables.

21. Zusman, Shoschana: "La transferencia de propiedad mueble y la Teoría del Riesgo en el Código Civil Peruano", tesis de Bachiller PUC, Lima 1975.

22. Acerca de la aparente contradicción entre el art. 947 y el 1136 ver nuestro artículo publicado en el Nr. 4 de esta misma revista titulado "La tradición: elemento necesario y suficiente para la transferencia de los bienes no registrables", p. 65-69.

23. Bauer, p. 4. Cossío, p. 565, 548 y siguiente. Martínez-Radio, p. 43. Pautasso, p. 67 y siguiente. Süß, p. 144. Wolf, p. 10.

los derechos reales²⁴. La publicidad estará dada no por un hecho efímero en el tiempo, sino por un signo que perdure en el espacio, no será un acto sino un estado. En materia no—registrable la posesión cumple esta función publicitaria. La posesión directa como signo externo (y no la entrega, que generalmente permanece oculta a la colectividad), es la que exterioriza la existencia del derecho real y justifica la tradición.

Hay, sin embargo, quienes ponen en tela de juicio la función publicitaria de la posesión, arguyendo que es equívoca porque puede responder a finalidades diversas, que siendo de carácter privado da pie a un sinnúmero de fraudes, etc. Tratadistas de la altura de Salvat, Lafaille y Süß cuestionan así la eficacia publicitaria de la posesión²⁵. Sin embargo, dada la naturaleza tan particular de los bienes no—registrables, estimamos que, en ausencia de un medio mejor, la posesión directa se desempeña satisfactoriamente como elemento publicitario. No pretendemos con esto afirmar que sea tan eficaz como la anotación registral, sino constatar que, mal que bien, sirve para evidenciar el dominio no—registrable.

Ahora bien, si decimos que la propiedad es un derecho absoluto que impone una obligación universal de abstención, y que debe publicitarse *urbi et orbe* para que sea respetada, y afirmamos luego que la posesión directa se desempeña, mal que bien, como elemento publicitario, debemos colegir necesariamente, que para la transferencia de dominio se requiere la entrega. La entrega entendida como el traspaso de la posesión directa de manera exclusiva en favor del adquirente. En algunos casos bastará, que el enajenante señale el bien o entregue las llaves (del granero o cofre), mientras que en otros deberá desprenderse físicamente del bien en favor del adquirente. Nuestro legislador basándose en estas consideraciones ha recogido con lucidez y acierto la necesidad de la tradición para la transferencia del dominio no—registrable.

Es más, el sentimiento popular respalda esta tesis. De 400 personas (ajenas al Derecho) encuestadas²⁶,

un 88 o/o opina que la tradición transfiere (79 o/o soy dueño desde que me entregan la cosa y no desde que la separo en la tienda; 96 o/o soy dueño con la entrega y no desde que me la ofrecen). En igual sentido un 85 o/o dispondría del bien como propietario, aunque no hubiese pagado el precio (97 o/o usaría el bien como propio; 79 o/o transferiría el bien a un tercero; 81 o/o lo llevaría a componer). Sin embargo, pese a que la mayoría considera que recién la entrega transfiere, esa mayoría no vendería dos veces el mismo bien.

Frente la disyuntiva: tradición transmisiva al estilo alemán o tradición como un mero hecho de ejecución de un contrato anteriormente celebrado, nuestro legislador se apartó de su pasado espiritualista francés inclinándose por la primera alternativa. Podemos, pues, concluir tal como enseña un célebre jurista nacional, que "la tradición es un elemento esencial y constitutivo (...) para transmitir la propiedad (...) de tal manera que el solo consentimiento no es capaz de producir la enajenación"²⁷.

c) Tradición causal

Al regular la segunda cuestión fundamental en materia de transferencia de dominio, es decir las relaciones interpartes, nuestro Legislador siguiendo al Derecho francés consagró un sistema causal de transmisión, que supone la existencia de un título y de un modo válidos. No basta, pues, que el título o acto de naturaleza obligatoria que da lugar a una obligación que consiste en una prestación de dar, concorra con la tradición o modo. Es menester que la tradición extinga las obligaciones nacidas del título. La causalidad no se agota por la concurrencia aislada de ambos elementos, sino en la medida que la tradición logre los efectos del pago.

Lo expuesto se desprende del mencionado art. 947, que no hace mención del "adquirente" sino que se refiere "al acreedor", así como de los arts. 1267 y siguientes que conceden al deudor la facultad de rei-

24. Feigin de Bendersky, Martha: "La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales", Lecciones y Ensayos Nr. 31, Buenos Aires 1966, p. 103. Howald, p. 49. Süß, p. 144. Wolf, p. 10.

25. Lafaille, p. 193. Salvat, p. 456. Süß, p. 153.

26. Encuesta realizada en noviembre de 1986. Total de encuestados: 400, de los cuales 63 o/o eran alumnos de quinto de secundaria en colegios particulares, 25 o/o estudiantes de Estudios Generales Letras de la PUC y 13 o/o amas de casa. 1. ¿Desde qué momento eres dueño de una cosa, p.ej. de un radio o bicicleta? a) desde que me lo entregan, b) desde que lo separo en la tienda. ¿Habría alguna diferencia en que te regalen un TV o que lo compres: en uno y otro caso, en qué momento te conviertes en dueño del TV? a) desde que me lo entregan, b) desde que me lo ofrecen. 2. En una tienda compras una licuadora a plazos. Ahí mismo te la entregan. Durante un año vas a pagar mensualmente una cuota fija. ¿Vas a usar la licuadora como si fuese tuya? a) si, b) no. Un amigo te ve usando la licuadora y le parece el regalo ideal para su madre. Como tu ya no la necesitas te ofrece comprártela por el doble de precio, ¿se la venderías? a) si, b) no. 3. Quieres vender tu TV así que pones un aviso en el periódico. Un señor lee el aviso y va a tu casa. Se interesa por el TV. Estás feliz porque conseguiste un comprador. Resulta que el señor no tiene en ese momento todo el dinero, va a ir a su casa y regresará a pagarte y a recoger el TV. Poco después llega un conocido tuyo que recién se entera de la venta. Siempre quiso un TV como el tuyo, así que te ofrece darte en ese instante el mismo precio que el señor te iba a dar. ¿Le venderías el TV a tu amigo? a) si, b) no. 4. Como todos sabemos en Tacora se pueden comprar cosas robadas a precios muy cómodos. Tu vas y compras algo porque lo necesitas. Pagas el precio al contado. ¿Aceptarías que el antiguo dueño (o sea, al que le robaron la cosa) te la quite, o tu ya eres dueño? a) ya soy dueño, b) la cosa es del antiguo dueño.

27. Avendaño, p. 6.

vindicar el bien erróneamente dado en pago (figura del pago indebido) y la subsidiariedad de la acción por enriquecimiento indebido (art. 1954 y siguiente), entre otros.

Compartimos plenamente esta solución porque se adecúa mejor a la realidad de los hechos. Quien celebra una compraventa no desea transferir hasta no verificar la tradición, y aún en la hipótesis de haber hecho tradición, si la compraventa se invalida deseará que todo se retrotraiga a su estado original, anterior a la celebración de la compraventa. Resulta lógico y está en la conciencia popular, que el vendedor pueda reivindicar el bien indebidamente entregado. Si bien el sujeto quiere transferir propiedad, lo hace porque pretende no sólo extinguir su obligación, sino, además, recibir el precio. Ambas figuras están íntimamente ligadas. No debe olvidarse, por otro lado, que la ejecución forzada es posible gracias a la presencia del título, y que la causalidad tutela los derechos de los acreedores del enajenante en caso de quiebra del adquirente. Las ventajas de la transferencia causal superan, pues, aquellas del sistema de abstracción alemán.

El Codificador de 1984 toma partido respecto de las dos cuestiones fundamentales sobre las cuales reposa todo sistema de transferencia: la participación de los terceros, y la vinculación habida entre el título y el modo. Respecto de la primera abraza la tesis germana de la necesidad de la tradición, quedando los terceros encargados de su propia protección, ya que deberán tomar noticia acerca de la nueva titularidad del dominio. Respecto de la segunda se adscribe a la corriente causalista francesa, que refleja mejor la realidad de los hechos y la voluntad de las partes. De esta forma podemos apreciar que nuestro legislador no se ha limitado a copiar cualquier solución extranjera, sino que ha forjado su camino, sanciona una solución auténtica, da una respuesta propia, que refleja el nivel y la capacidad de nuestros juristas, en particular, del ponente del Libro de los Derechos Reales.

3. NATURALEZA JURIDICA DE LA TRADICION²⁸

Debemos ocuparnos ahora de la naturaleza jurídica de la tradición, esto es, esclarecer si constituye un mero hecho, a pesar de ser un acto voluntario, o si por el contrario es un acto jurídico, a fin de dilucidar si la reglamentación vigente se adecúa a ella. El tema que nos ocupa no es sencillo, pues linda, por un lado, con las necesidades del comercio moderno y, por el otro, con siglos de formación jurídica. Sin embargo,

si reflexionamos brevemente, con cargo a profundizar más adelante, repararemos que la tradición, además de ser un hecho relevante para el Derecho porque acarrea efectos jurídicos (la transferencia del dominio), es un hecho voluntario en el que interviene necesariamente la voluntad de los sujetos. No debemos, pues, dejarnos llevar por la costumbre, debemos preguntarnos qué es en realidad este **hecho jurídico voluntario** llamado tradición.

a) Comparencia de dos partes

Resulta obvio que la tradición suponga la presencia de dos partes: una que entrega y otra que recibe. Esta idea bipartita no impide, empero, que varias personas sean las que entreguen y/o reciban el bien. Quien procura propiedad a otro se coloca en la posición jurídica del enajenante, a quien se le imputen las consecuencias de esta adquisición es el adquirente. Hasta que se efectúe la tradición, el vendedor no es enajenante, ni el comprador adquirente.

b) Declaraciones de Voluntad

Cabe remarcar, que la tradición no es una simple entrega sino que constituye una entrega cualificada²⁹, que tiene por objeto la transferencia de un derecho real. Toda entrega no configura por sí sola tradición; requiere además la intención o animus de transferir y, a su turno, adquirir dominio³⁰. La voluntad de las partes determina si la entrega transfiere posesión o propiedad. La entrega deberá, pues, estar aparejada de la recíproca voluntad de transferir y, a su turno adquirir dominio, voluntad ésta que se plasma en un acuerdo de transferencia.

En nuestra Tesis de Bachiller ilustramos esta afirmación en base a varios ejemplos, como el caso del comprador que se introduce subrepticamente en el local del vendedor para apropiarse del bien vendido. Este caso pone de manifiesto que el vendedor en ningún momento se desprendió del bien; por el contrario, el comprador se apropió de él contra la voluntad del primero. En igual sentido, el vendedor de alfombras no verifica la entrega, si fuera de horas de oficina, las deja en la puerta del establecimiento del comprador. Este no esperaba la mercancía ese día, desconocía que estuviese ahí, y por tanto no se sentía dueño. Asimismo la omisión del joven en recoger su equipo de música que dejó a reparar no constituye al técnico en propietario, aunque éste hubiese constituido

28. Nos hemos ocupado de este tema en varias oportunidades, una preliminar en una publicación en la Revista del Foro Nr. 3 de 1985, titulada "La tradición del bien mueble no identificable: un contrato real", y de manera exhaustiva en nuestra tesis de Bachiller ya citada, cuyos lineamientos generales pasamos a detallar.

29. Arroyo Camacho, Dulio: "El problema de la doble venta", Lex Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá Nr. 3, Panamá, enero-abril 1976, p. 47 y siguiente.

30. Arroyo, p. 47. Martínez-Radio, p. 30 y siguiente. Pescio, p. 317. Salazar, p. 12 y siguiente. Westermann, Harry: "BGB—Sachenrecht", 7ma. edición, Schwerpunkte, Heidelberg 1984, p. 79. Wolf, Manfred: "Die Eigentumsvermutung des Art. 1006 BGB—BGH, NJW 1984, 1456", JuS 1985, 941.

al primero en mora. El descuido del joven puede deberse a distintas causas, una de ellas a que estaba fuera del país, pero en ningún caso puede entenderse como la voluntad de desprenderse del bien en favor del técnico; para que esto ocurra es menester que el joven consienta en ello.

El sujeto no sólo debe tener la voluntad de aprender físicamente el bien sino de transferirlo. Dicho en otros términos, la entrega supone un **querer natural**, que se exterioriza en la relación física con el bien. Es la voluntad de tener el bien entre las manos. Pero, por otro lado, para que haya tradición el sujeto debe querer los efectos de la misma, **su voluntad debe recaer sobre las consecuencias jurídicas del acto**. El Derecho centra su atención en esta voluntad otorgándole el rango de Declaración de Voluntad.

No cabe duda que la voluntad de las partes determina el propósito de la entrega; sin embargo, las opiniones doctrinarias y legislativas discrepan respecto de su oportunidad. Hay quienes sostienen que al obligarse se consiente en la transferencia, mientras que otros consideran que ésta obedece a un momento volitivo distinto. Según la primera corriente de inspiración napoleónica, la voluntad de transferir está implícita en la declaración de obligarse. Los defensores de esta tesis afirman que la intención de las partes no se limita a quedar obligadas sino que persiguen un efecto económico. Si la conclusión del contrato obligatorio sólo importase un vínculo personal —agregan— el bien vendido no podría ser objeto de ejecución forzada, ya que las partes habrían afectado genéricamente su patrimonio, y no un bien específico. La voluntad de transferir se da según esta corriente en el marco de un consenso mayor. La compraventa cumple una función doble, obliga y transfiere.

Compartimos, por el contrario, la otra tesis, según la cual la voluntad de transferir obedece a un momento volitivo distinto. No puede ser una misma voluntad la que crea la obligación y aquella que al manifestarse cumpliéndola, la extingue³¹. El hecho que el título y el modo configuren un acto unitario —cual es la transferencia de dominio— no significa que ambas figuras carezcan de trascendencia propia. La voluntad de transferir se diferencia de la voluntad de obligarse. Si bien se motiva en esta última no fluye de ella. Tan es así, que la constitución en mora no transfiere propiedad, y el contrato a favor de tercero requiere el asentamiento de éste último para beneficiarlo patrimonialmente.

Que me obligue frente a otro con determinado propósito no impide que para obtener ese propósito me ponga nuevamente de acuerdo con la contraparte³², más aún, si por este segundo acuerdo no se cons-

tituyen obligaciones sino que transfiero un derecho real, es decir, si el contenido de ambos pactos es distinto. El efecto de obligarme es condicionar mi voluntad futura para obtener el propósito perseguido al obligarme: no me obligué a obligarme sino a transferir, esto es, a plasmar en realidad el propósito que motivó mi obligación.

Ambas voluntades se dan en planos o niveles distintos. La voluntad de obligarse genera sus consecuencias en el campo de las obligaciones, mientras que la voluntad de transferir hace lo propio respecto de los Derechos Reales. Estamos ante ámbitos del Derecho claramente diferenciales.

La voluntad de obligarse debe ser totalmente libre, porque el sujeto vincula en esa medida la integridad de su patrimonio durante un lapso, muchas veces prolongado. Este es el ámbito de gobierno de la Autonomía de la Voluntad, en que los sujetos tienen la facultad de crear obligaciones aunque, por cierto, no de manera ilimitada ya que una situación de monopolio o la contratación por adhesión restringen esa autonomía.

La voluntad de transferir, por el contrario, puede ser sustituida. No es que la parte se vea coaccionada contra su voluntad, sino que se ve obligada por mandato de un acuerdo en el que intervino libremente. Es su propia libertad la que la ata. El sujeto conserva la voluntad omnímoda de vincularse con quien quiera y en los términos que estime convenientes, en la medida que su propia libertad no haya determinado algo distinto.

En caso de incumplimiento esta voluntad será declarada por el juez, quien se basará evidentemente en el título pero no porque éste contenga la voluntad de transferir, sino porque ahí el demandado se obligó a transferir, para cuyo efecto en un momento posterior declararía su voluntad en ese sentido. El juez no “quiere la transferencia” en lugar del demandado (es decir, no lo representa) ni ejecuta una voluntad ya declarada sino que **la sustituye** otorgándole eficacia coercitiva a la obligación asumida. La sustitución judicial de la voluntad de transferir encuentra su fundamento en la propia libertad humana y en la función pública que debe cumplir el juez ante el incumplimiento de una de las partes.

Con esto no pretendemos reducir el título a la categoría de un mero contrato preparatorio ni nada semejante. De lo que se trata es de reconocerle un ámbito propio de acción a cada institución: por un lado el título que versa sobre obligaciones, y por otro la tradición que despliega su eficacia en el campo de los Derechos Reales. El título tan no es un contrato preparatorio que su nulidad, como hemos visto, afecta la eficacia de la tradición, cosa que no ocurre con

31. Prada, p. 34.

32. Howald, p. 122.

los contratos preparatorios, ya que su nulidad no acarrea la del definitivo.

Queríamos destacar, y estimamos haberlo puesto en evidencia, que la tradición obedece a un momento volitivo propio.

c) Consentimiento trasmissivo

Ahora bien, las voluntades individuales no bastan para producir la transferencia, es menester que éstas coincidan. Ambas voluntades deben ser concordantes, deben darse simultáneamente y fusionarse, las partes deben consentir.

Como la voluntad de las partes determina el propósito de la entrega, el acuerdo real debe existir al momento de la entrega. Puede darse antes, pero sus efectos deberán producirse necesariamente cuando se tenga el bien o al momento de recibir la posesión plena o, cuanto menos, mediata³³.

d) Capacidad

Es el caso, que para la transferencia de propiedad no basta la intención de transferir el dominio sino que se requiere ser capaz y tener la libre disposición del bien. Así, el quebrado, incapaz, cónyuge o condómino no podrá transferir propiedad sin la intervención del síndico, representante legal, cónyuge o condómino. Podríamos criticar la norma que nos ocupa en el sentido de señalar que peca por omisión, toda vez que debió exigir en la línea de los Códigos chileno y colombiano facultad para transferir en el enajenante. Sin embargo, estimamos que el artículo siguiente, que regula la adquisición a non dominio, suple esta omisión, ya que legisla precisamente la hipótesis en que el enajenante carece de facultad para disponer.

A su turno, el adquirente debe ser capaz de ejercicio y estar en la aptitud de gozar del derecho que pretende adquirir. El curador no podrá adquirir los bienes del incapaz ni el funcionario los bienes nacionales. Estas reglas se ven flexibilizadas por las normas sobre adquisición de buena fe; figura que plantea interesantes cuestiones en cuya complicada problemática no es posible ahora profundizar.

e) Contrato real

A estas alturas podemos definir la tradición como

la entrega en virtud de la cual el poseedor—enajenante de acuerdo con otra persona capaz para adquirir, transfiere el dominio de un bien no registrable.

Nadie puede poner en duda que la tradición es un hecho que acarrea efectos jurídicos propios, es decir, que es un hecho jurídico. Por otra parte, la tradición es un hecho voluntario en que interviene la voluntad del enajenante y del adquirente, es decir, es un acto bilateral. Pues bien, para determinar la naturaleza jurídica de la tradición debemos tener presente que el contrato privado es fuente no sólo de relaciones jurídicas obligatorias sino también de relaciones absolutas o derechos reales³⁴. Así lo dispone el art. 1351 al referirse a “una relación jurídica patrimonial”. Será el contenido del consentimiento el que determinará qué tipo de relación se regula: si recae sobre una obligación (o relación jurídica patrimonial de carácter relativo) el contrato será obligatorio, si, por el contrario, versa sobre un derecho real (o relación jurídica de carácter absoluto) estaremos ante la presencia del contrato real.

El contrato real supone para su validez, un elemento volitivo (el acuerdo real que recae sobre una relación de carácter absoluto) y uno fáctico o publicitario, que en materia de bienes no registrables es la entrega. La tradición en este orden de ideas constituye un contrato real, y, en particular, dada la presencia del título, un **contrato real causado**. Como tal las partes pueden supeditar su eficacia a una condición suspensiva (p.ej. reserva de dominio), resolutoria o a un plazo.

Las palabras del profesor Cossío resultan esclarecedoras al respecto. El mencionado tratadista señala que el contrato obligatorio no basta “para transferir el dominio; (...) del mismo (...) sólo se derivan obligaciones: es necesario que (...) se añada la entrega de la cosa. Pero la entrega de la cosa, por sí sola, tampoco produce la transmisión de la misma (...) es preciso que al mero consentimiento obligatorio se añada un acuerdo de dotar a dicha entrega de efectos reales y trasmissivo”. Y continúa, “se plantea el problema de si este consentimiento trasmissivo, por sí solo, es suficiente para transferir la propiedad, o si es necesario, además, la concurrencia de un título obligatorio que lo legitime. Por ejemplo, si alguien me entrega una cosa creyendo que la compro, y yo la recibo convencido de que se hace donación de ella, no existe duda de que existe un acuerdo real trasmissivo unido a la entrega, puesto que la cosa se me da en dominio y yo la recibo en tal concepto; falta, sin embargo, el título obligato-

33. Eccius: “Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht”, Gruchots—Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts tomo 47, Berlín 1903, p. 53. Schefold, p. 158. Wolf, Manfred: “Sachenrecht”, 5ta. edición, C.H. Beck, Munich 1983, p. 170.

34. Al respecto, el profesor De la Puente en su prolija obra sobre el contrato privado, luego de estudiar exhaustivamente las características, elementos y noción del contrato señala que “dado que la doctrina moderna considera que el contrato es fuente de relaciones jurídicas patrimoniales, comprende no sólo la creación, modificación y extinción de obligaciones, sino también de derechos reales. Ello llevaría a la necesidad de consignar las reglas generales sobre el contrato, tal como dice Albaladejo, como informantes no sólo del Derecho de obligaciones sino también del Derecho de cosas” (De la Puente y Lavallée, Manuel: “Estudios del Contrato Privado”, Cultural Cuzco, Lima 1983, tomo I, p. 136).

rio que legitime o justifique esta transferencia, y entonces cabe preguntarse: ¿habrán, a pesar de todo, de atribuirse efectos transmisivos a dicha entrega? (...) El Derecho español (...) exige (...) para que la tradición produzca sus efectos, que se encuentre legitimada por un título obligatorio anterior que la determine: si éste falta o es nulo, la tradición no puede producir tales efectos trasmisivos, sino que es absolutamente ineficaz"³⁵.

Podemos, pues, concluir afirmando que la tradición es necesaria para la transferencia del dominio no registable; que la ley distingue clara y acertadamente entre el acto obligatorio y el acto de transferencia; que la voluntad de obligar genéricamente el patrimonio se diferencia así jurídicamente de la voluntad de disponer de un bien; que esta última es jurídicamente relevante, y unida a un elemento publicitario acarrea la transmisión de propiedad; que la transmisión supone, además, la existencia de un título válido; que la tradición se verifica para extinguir la obligación emanada del título; que, en definitiva, **la tradición constituye un contrato real causado**.

4. LA TRADICION COMO MODO DERIVADO DE ADQUISICION

Finalmente debemos ocuparnos, aunque brevemente, de la tradición como modo de adquisición. Este tema reviste especial importancia tratándose de la adquisición de buena fe o a non dominio, cuyo fundamento es, precisamente, la tradición.

Desde épocas remotas se ha diferenciado entre los modos originarios y derivados de adquisición³⁶, según se cree o transfiera un derecho real. El derecho que nace en forma directa y sin necesidad que haya existido antes en otra persona, se adquiere de modo originario o no derivado. Es el caso de la ocupación, del hallazgo, de la apropiación, especificación, mezcla y de la accesión. Así, la adquisición originaria, en virtud de la cual se crea un derecho real, se caracteriza como aquella producto de un hecho unilateral. A esta noción se contrapone la de modo derivado o traslati-

cio, que supone la preexistencia del derecho en el enajenante. En este orden de ideas, no se crea un derecho nuevo sino que se recibe uno ya existente, como ocurre con la tradición. La adquisición derivada implica la concurrencia de dos voluntades; constituye pues, un hecho bilateral de transferencia.

En realidad la finalidad de esta clasificación no radica en establecer si se crea o transfiere un derecho, ya que en ambos casos, la adquisición por parte de una persona conlleva necesariamente la pérdida del mismo por parte de otra —salvo el caso de las extintas res nullius. La posesión en si no es el elemento diferenciador, sino la entrada en posesión. De este evento dependerá el modo de que se trate: si es por voluntad unilateral o bilateral, es decir, si interviene o no el consentimiento. En consecuencia, la diferenciación está encaminada a saber, si la adquisición se deriva de un acto bilateral (modo derivado) o de un hecho unilateral (modo originario). En uno y otro caso habrá toma de posesión; la diferencia radicará en su unilateralidad o bilateralidad. Es por ello, que la denominación más adecuada para la adquisición, que se deriva de la concurrencia de dos voluntades, es la de **adquisición convencional** (también llamada derivada), y aquella que se origina en un hecho (generalmente unilateral) **adquisición originaria o unilateral**. Lo fundamental en el modo derivado es su carácter contractual. La adquisición será convencional en la medida que intervengan dos sujetos que consientan en ella. En las demás hipótesis estaremos frente a un caso de adquisición originaria.

La tradición, tal como la hemos estudiado en los párrafos precedentes, constituye un modo derivado o convencional de adquisición³⁷.

EN RESUMEN: nuestro Legislador ha consagrado con lucidez y gran acierto un sistema causal de transferencia por tradición. La Tradición se yergue así como un contrato real causado que acarrea la transferencia del dominio de las cosas muebles, constituyendo en tal virtud un modo convencional de adquisición.

35. Cossío, p. 562 y siguientes.

36. Molinaro, Alberto: "Derecho patrimonial y Derecho real", La ley, Buenos Aires 1965, p. 127 y siguiente. Neppi, Vittorio: "Sobre la distinción de los modos de adquirir la propiedad en originarios y derivados", La Ley tomo 30, p. 366. Romero Roña, Eleodoro: "Derecho Civil: Los Derechos Reales", UNMSM, Lima 1948, p. 79.

37. En igual sentido Lafaille, p. 493. Salazar, p. 40. Diego citado por Zusman, p. 23 y siguiente.

Obligaciones genéricas en el Código Civil Peruano

Horacio Gago Priolé

Asistente de Docencia en el curso "Obligaciones" de la Facultad de Derecho de la PUC

Solo al dedicarnos con cierto detalle al tema entendimos la razón de la aparente complejidad para el estudio de las denominadas obligaciones genéricas. Especialmente para el de aquellas que tienen bienes fungibles como objeto de su prestación.

La complejidad mencionada no podría obedecer sino al mal enfoque que, tanto la doctrina como las legislaciones —incluyendo la peruana— le han brindado a la institución: parciales y superficiales. Por su parte, el mal enfoque obedecería al poco detalle y escasa reflexión que ambas fuentes del Derecho han brindado a una institución romana de plena vigencia. Una forma de olvido jurídico pese a la importancia cotidiana de la obligación genérica en la vida de los hombres.

Nuestra intención es ensayar una reformulación general de la mencionada obligación brindándole los alcances que en realidad posee. Somos conscientes, sin embargo, de que en un artículo con obvios límites de extensión ello no es posible. Pero las bases para la reformulación sí podrían quedar sentadas, y hacia ello apuntamos.

Antes de cualquier análisis de fondo es necesario desterrar un error que se arrastra desde hace muchos años: se llama equivocadamente a la institución que nos convoca "obligación genérica". El error consiste en que nunca la relación jurídica podría ser genérica. Nunca una obligación, que es una relación jurídica, podría formar parte de un género, de un conjunto formado por miembros con características comunes. Lo genérico no es la relación jurídica sino el objeto de su prestación. Lo genérico son los bienes o servicios que conforman el género que es el objeto de la prestación. En estricto, llamar "obligación genérica" es, pues erróneo. Lo correcto es denominarla "obligación con prestación de objeto genérico".

Sin embargo, atendiendo razones prácticas, de economía semántica y hasta de respeto a la tradición jurídica deberemos seguir las llamando "obligaciones genéricas". Pero enfatizando el error comentado.

1. EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

El Código peruano en vigencia, dentro del enfoque parcial anotado, contiene normas relativas a las obligaciones genéricas que resuelven varios de sus supuestos. No todos pero sí varios. Dedicamos siete de sus artículos a las obligaciones de dar bienes inciertos, seis de los cuales se encuentran en el Título correspondiente a Obligaciones de dar, y el séptimo en el capítulo sobre la transferencia del riesgo en la compraventa. Este último, estrictamente no es un caso de obligaciones de dar bienes inciertos, sino más bien, de dar bienes fungibles.

Todo este articulado se encuentra inspirado en las normas pertinentes del Código Civil de 1936. Salvo perfeccionamientos, las normas del Código vigente son las mismas que las del anterior. La estructura, la sistemática, la terminología y el enfoque parcial son los mismos. Sin embargo, el Código actual resuelve varios de los supuestos que imponen las obligaciones genéricas. A saber:

El artículo 1142 alude a los bienes inciertos como aquellos sobre los que recae la obligación genérica. Por ello la afirmación en el sentido de que el Código peruano legisla dentro de las obligaciones genéricas, solamente las obligaciones de dar bienes inciertos. El artículo 1143 determina quien debe elegir, regula las diferentes calidades de los bienes entre las que el que elige deberá hacerlo, y abre la posibilidad —salvando un defecto del Código derogado— de que un tercero pueda elegir. El artículo 1144 regula los supuestos para los casos en que quien deba elegir no lo haga. El artículo 1145 señala el momento en que se entiende efectuada la elección. El 1146 consagra en su primer párrafo el principio de que el género nunca perece, y en su segundo párrafo legisla sobre la pérdida del género limitado. Y finalmente el artículo 1147 cierra el tema de las "obligaciones de dar bienes inciertos" disponiendo la aplicación de las reglas de dar bienes ciertos cuando la elección surta efectos.

Por su parte, el artículo 1569 legisla excepcional-

mente el supuesto de que en una compraventa de bienes fungibles el comprador no individualize los bienes —como se había previsto— en cuyo caso los riesgos de pérdida del género limitado serán de su cargo.

Aún cuando participa de su misma estructura, el Código peruano de 1984 mejora el trato legislativo brindado a la obligación genérica por el Código de 1936. Así, reúne normas que se encontraban dispersas en éste, como las de reversión de la facultad de elegir, y la del momento en que la elección surte efectos. Perfecciona la norma relativa a calidades permitiendo que éstas no sean solo dos: “peor o mejor”, sino que abre la posibilidad de la existencia de un número indeterminado de calidades: “superior a la media o inferior a la media” (artículo 1143, segundo párrafo del Código peruano de 1984). Finalmente permite que elija un tercero y que el juez también lo haga cuando el tercero no elija.

Estas podrían ser las ventajas o perfeccionamientos que supuso el nuevo Código respecto del derogado.

Sin embargo, grandes defectos subsisten. Al haberse mantenido la misma estructura —sistemática, terminología y conceptos— los problemas y defectos del Código de 1936 se trasladaron indefectiblemente.

Estos podrían resumirse en la perspectiva parcial que acoge el Código actual respecto de las Obligaciones Genéricas.

En efecto, se legisla a estas obligaciones como una simple subespecie de las obligaciones de dar. Se les limita a ser obligaciones de dar bienes inciertos y no se les enfrenta como Obligaciones Genéricas en general. A partir de este rasgo surgen los defectos de sistemática, terminología y de concepto.

—La obligación genérica no se expresa únicamente en obligaciones de dar, ni menos en obligaciones de dar bienes infungibles como lo exige el articulado que contiene el Código vigente. La Obligación Genérica es mas amplia porque los géneros sobre los cuales el objeto de su prestación se desarrolla, son mas amplios. Pueden contener bienes fungibles como infungibles o servicios fungibles e infungibles también. Asimismo existen las llamadas Obligaciones con género limitado, que, por su connotación especial, requieren de un trato independiente y diferenciado.

Nuestros legisladores han limitado la regulación de la institución a una subespecie de las obligaciones genéricas. Únicamente a las Obligaciones de dar bienes inciertos. No sabemos si ello obedeció a la voluntad del legislador. Nuestra afirmación tiene asidero en la medida que la propia terminología utilizada por el Código así lo exige. Por ejemplo, el Código de 1984 habla de elección para hacer referencia al acto de determinación del objeto, permitiendo deducir, de acuerdo a la doctrina, que legisla sólo los supuestos en

que la elección es posible. ¿Y cuáles son ellos? Solo aquellos en los que la obligación tiene prestaciones de dar bienes inciertos no fungibles. En efecto, solo podrá existir elección si los bienes son infungibles porque ello significará que aquellos bienes poseen diferentes calidades entre las cuales elegir. Cuando existe una sola calidad no es posible hablar de elección. Las razones: la elección supone un acto de discernimiento, de opción entre dos posibilidades diferentes, y si todos los bienes son iguales porque poseen la misma calidad, es decir, si todos los bienes son fungibles entre sí, no cabe hablar de elección porque no sería posible acto de opción alguno.

Al utilizar el término “elección” el Código peruano, pues, restringe la aplicación de sus normas sobre Obligaciones Genéricas a las Obligaciones de dar bienes inciertos no fungibles. Esto mismo los corrobora el hecho de hablarse de “calidades”.

El enfoque parcial que ha brindado el legislador de 1984 a las Obligaciones Genéricas está dado también por no hacerlas extensivas a los supuestos de obligaciones de hacer. Como existe en la realidad obligacional, los servicios pueden formar parte de un género determinado. A su vez, los servicios pueden ser fungibles e infungibles. No existe razón, pues, que elimine la aplicación de las reglas de las Obligaciones Genéricas a las Obligaciones de hacer como lo hace el Código peruano vigente.

2. PROBLEMAS PROVOCADOS POR LA LEGISLACION PARCIAL

La legislación parcial de las Obligaciones Genéricas en el Código peruano de 1984 ha provocado tres clases de problemas: de sistemática, de terminología y de concepto. Los problemas de sistemática surgen porque se ubica a las Obligaciones Genéricas como una subespecie de las obligaciones de dar. Los problemas de terminología, por su parte, se presentan porque se confunden conceptos como “determinación”, “elección” e “individualización”, que como veremos suponen clases diferentes de obligaciones genéricas. Y los problemas conceptuales surgen a partir de la confusión terminológica anotada.

Podría resumirse, como lo señalamos inicialmente, que la regulación de las Obligaciones Genéricas en el Código vigente ha sido enfocada defectuosamente. Las consecuencias de tal enfoque requieren, para su erradicación, una reformulación sustancial. Para ello deberá tenerse en cuenta varios elementos: el género, la determinación, el concepto de fungibilidad y el riesgo.

3. REFORMULACION DEL TRATAMIENTO SOBRE OBLIGACIONES GENERICAS

a) El Género

El género es un elemento básico para la explica-

ción de las diferentes clases de Obligaciones Genéricas. Su variada conformación determina la existencia de las diferentes clases de Obligaciones Genéricas. Se le concibe como aquel conjunto de individuos con uno o más caracteres comunes entre sí, compartiendo en unos casos todos los caracteres y en otros casos solo algunos.

A partir de esta última concurrencia de caracteres comunes compartidos se crean dos tipos de géneros claramente diferenciados: los que contienen bienes o servicios que comparten todos sus caracteres, es decir, que son fungibles entre sí. Y los géneros de bienes o servicios que comparten solo algunos caracteres en común, pues poseen diferentes calidades. Estos últimos son los llamados géneros de bienes inciertos.

Por otro lado, el género puede ser también de servicios, y éstos, a su vez, ser inciertos o fungibles. Un ejemplo de los primeros sería el de un lavado de autos, pues en el universo existen diversas calidades de lavados de autos. Un ejemplo de los segundos sería "el lavado de autos conforme la estrategia que sugiere el Ministerio de Transportes y Comunicaciones" pues esta estrategia es única y permite que los lavados de autos que se hagan conforme a ella sean iguales, es decir fungibles.

Esta distinción permite la existencia de las diferentes clases de Obligaciones Genéricas. A partir de la naturaleza fungible o incierta de los bienes o servicios que forman parte del género dentro de una Obligación Genérica se afirma tal o cual clase de Obligación. ¿Por qué? Porque según sean fungibles o inciertos los bienes o servicios tendrá lugar la elección o la simple individualización para efectos de determinar el objeto de la Obligación Genérica. En otras palabras, si los bienes o servicios son fungibles entre si no podrá tener lugar la elección por no haber calidades, como hemos visto anteriormente; y en consecuencia el acto de determinación de la mencionada obligación consistirá en una simple individualización del bien o servicio a cumplirse, por parte de quien deba determinar.

A su turno, si los bienes o servicios son inciertos, entonces sí tendrá lugar la elección por existir diversas calidades. Como vemos, existe una importante diferencia.

b) La determinación

Debe tenerse en cuenta que la Obligación Genérica es una de las dos formas de Obligación con prestación indeterminada, junto con la alternativa. En tal sentido, para poder ejecutarse la prestación de cada una de estas obligaciones es menester determinar lo indeterminado. Ello se consigue a través de un acto de determinación, que es en todos los casos previo al momento del cumplimiento. Mientras el objeto de la prestación continúe indeterminado, la obligación de que se trata no podrá cumplirse: existir sí, pero no cumplirse.

Ahora, ese acto de determinación varía de nombre y caracteres conforme varían los bienes o servicios sobre los que recae la determinación. Si aquellos son inciertos, la determinación se realizará mediante la elección, mientras que si los bienes o servicios son fungibles bastará un simple acto de individualización.

Debe tenerse en cuenta, entonces, que la Obligación Genérica es una Obligación con prestación indeterminada, y que como tal requiere de un acto de determinación.

c) El concepto de fungibilidad

La fungibilidad ha sido entendida distorsionadamente por la doctrina y las legislaciones a raíz de un error histórico cometido en el Código Napoleón cuando se le confundió con el concepto de "consumibilidad".

En realidad la fungibilidad no es mas que la susceptibilidad de intercambio entre dos bienes o servicios. Este intercambio es posible en tanto entre los bienes o servicios que se comparan existe equivalencia de valores económicos y porque se trata de bienes o servicios de igual naturaleza.

Este carácter se presenta independientemente de la relación obligacional. Es decir, los bienes o servicios que entre sí son fungibles lo son dentro o fuera de la obligación. Un bien fungible lo será siempre; hasta que por su uso o deterioro adquiera caracteres individuales que le otorguen un valor diferente y diferenciado.

Esto es muy importante porque se suele confundir y llamar a los bienes fungibles fuera de una relación obligacional, como bienes ciertos. La fungibilidad es importante en tanto a partir de ella surge una muy particular clase de Obligaciones Genéricas, como lo veremos dentro de un momento.

d) El riesgo

No es posible hablar de riesgo dentro de las Obligaciones Genéricas. Ello porque existe un principio básico que así lo impide; un principio que regula la médula jurídica de toda Obligación Genérica: el principio de que el género no perece.

En efecto, debido a que el riesgo supone la imposibilidad de determinada prestación, bien o servicio, porque precisamente se dirige a dicutir qué parte de la relación obligacional soportará la mencionada pérdida o imposibilidad, es evidente que en obligaciones en las que el objeto de la prestación no se puede hacer imposible nunca, el riesgo no tiene ningún sentido. Desde el momento en que la Obligación es Genérica, el objeto de su prestación no se puede perder porque es universal, porque los géneros son ilimitados. Mal podría hablarse de riesgo alguno.

Lo que ocurre es que debido a la propia imposibilidad de pérdida del género, el deudor continúa atado, así alegue la pérdida de algunos de los bienes o servicios del género. No se desobligará porque podrá cumplir con los demás miembros del género. De aceptarse lo contrario estaríamos frente a simples reservas mentales con valor jurídico.

e) Un quinto elemento

Existe un quinto elemento que contribuye a la reformulación propuesta. Se trata del género limitado. Este supone la mediatización de varios de los elementos anteriores.

Pueden existir obligaciones genéricas que, de conformidad con la voluntad de las partes, no posean el género —que es objeto de su prestación— en términos infinitos e ilimitados. Pueden existir obligaciones cuyo género se encuentre circunscrito a un determinado espacio, a un determinado lugar. Por ejemplo, la obligación del deudor de entregar diez cuadros de su pinacoteca. Ello implicará que el principio rector de las Obligaciones Genéricas; el género nunca parece, se encuentre mediatizado, sea solamente aplicable en tanto no se extinga todo el género limitado. En consecuencia, el riesgo, cuya existencia negamos en los supuestos normales de Obligaciones Genéricas, en los casos de Géneros limitados, tiene cabida a partir de la posibilidad de pérdida de todo el género. Pero se trata del riesgo que proviene de la pérdida del género y no de la pérdida del miembro con que se pensaba cumplir la obligación. En otras palabras, el deudor podrá alegar la exoneración de su obligación sólo en tanto se extinga, sin culpa suya, todo el género pactado, no antes.

4. CLASES DE OBLIGACIONES GENERICAS

Luego de conocer los elementos subyacentes a las Obligaciones Genéricas es posible hablar de la siguiente formulación: las Obligaciones Genéricas pueden ser de tres clases según la naturaleza de los miembros de sus correspondientes géneros y según la extensión de éstos, a saber:

Obligaciones con Género incierto, Obligaciones con Género fungible y Obligaciones con Género limitado.

Las primeras son aquellas cuyas prestaciones de dar o hacer tienen objetos genéricos de bienes o servicios infungibles; es decir de diversas calidades y susceptibles de elección. Una de sus modalidades es la Obligación de dar bienes inciertos. Aquella que legisla el Código Civil peruano. Las segundas son aquellas obligaciones genéricas cuyas prestaciones de dar o hacer tienen objetos genéricos formados por bienes o servicios fungibles, es decir intercambiables, con una sola calidad y susceptibles de una simple individualización. Esta posibilidad no se encuentra contemplada en el Código Civil peruano contra lo que sostienen al-

gunos doctrinarios nacionales quienes creen aplicables a las obligaciones con género fungible, las mismas reglas que a las Obligaciones con prestación determinada. Creemos que ello no es posible en tanto todas las normas que legislan las obligaciones de prestación determinada son normas relativas a la pérdida de los bienes, la conservación de éstos, la concurrencia de acreedores de bienes ciertos, o la puesta a disposición de aquellos. Ninguna norma es aplicable al supuesto de Obligaciones Genéricas. Es obvio, éstas poseen objetos que no pueden perderse, tampoco conservarse, ni ser materia de propiedad ni tampoco ponerse a disposición. Su naturaleza genérica así lo señala.

Las terceras obligaciones, —las de género limitado— son aquellas que tienen como objeto de sus prestaciones universos circunscritos espacialmente por las partes. Es necesaria la limitación espacial, territorial del género. De otra manera no podría hablarse de género limitado. Esta limitación, como hemos visto, mediatiza los principios que regulan a las Obligaciones Genéricas. Pero aquella no deja de serlo. Conserva el rasgo principal de toda obligación genérica: poseer como objeto de la prestación uno determinado solo por su especie y cantidad.

5. REFORMA

Dado que nuestro legislador ha regulado parcialmente las Obligaciones Genéricas surge la necesidad de reformar el Código Civil en la parte pertinente. Para ello sugerimos el siguiente articulado, que contiene la regulación diferenciada y autónoma de las Obligaciones Genéricas, brindándole los alcances que en realidad posee. Cabe destacar que esta reforma supone la derogación de los artículos 1142, 1143, 1144, 1145, 1146 y 1147 del actual Código Civil.

El texto del articulado propuesto es el siguiente:
"TITULO IX, SECCION PRIMERA, LIBRO VI DEL CODIGO CIVIL: OBLIGACIONES CON PRESTACION DEL OBJETO GENERICO

Artículo 1: Son obligaciones con prestación de objeto genérico aquellas en las que el objeto de la prestación está determinado sólo por su especie y cantidad.

Artículo 2: Las obligaciones con prestación de objeto genérico pueden ser:

- 1.— Obligaciones con género incierto
- 2.— Obligaciones con género fungible, y
- 3.— Obligaciones con género limitado.

Artículo 3: En las obligaciones con género incierto la elección corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Si la elección corresponde al deudor, deberá escoger bienes o servicios de calidad no inferior a la media. Si la elección corresponde al acreedor, deberá escoger bienes o servicios de calidad no superior a la media.

Si la elección corresponde a un tercero deberá escoger bienes o servicios de calidad media.

Artículo 4: El plazo para la elección será el pactado por las partes. De no haberse pactado plazo, quien debe elegir lo hará entre la fecha de nacimiento de la obligación y la de su cumplimiento. De no haberse pactado plazo para el cumplimiento la elección deberá ser inmediata.

Si el deudor omite efectuar la elección, dentro del plazo, ella será practicada por el acreedor. Igual regla se aplica cuando la elección corresponde al acreedor. En ambos casos, de no haber plazo pactado la parte a quien revierta la facultad de elegir lo hará inmediatamente.

Artículo 5: Si la elección se confía a un tercero y éste no la efectúa lo hará el juez, sin perjuicio del derecho a las partes de exigir al tercero el pago de la indemnización que corresponda por su incumplimiento, siempre que el tercero se hubiera obligado a elegir y su incumplimiento obedezca a causas imputables.

Artículo 6: Los bienes o servicios que constituyen el objeto de la prestación de las obligaciones con género fungible son intercambiables entre sí. La fungibilidad se apreciará en función de la equivalencia entre los valores económicos y la naturaleza de los bienes o servicios de que se trate.

Artículo 7: La individualización, en el caso de las obligaciones con género fungible corresponde al deudor, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Artículo 8: El plazo para la individualización y los supuestos de no individualización por parte de quienes corresponda, se rige por las normas de los artículos 4 y 5.

Artículo 9: En la obligación con género limitado los bienes o servicios que conforman el objeto de la prestación están circunscritos a un determinado lugar señalado por las partes, por la ley o circunstancias del caso. Pueden ser bienes o servicios inciertos o fungibles.

Artículo 10: Las obligaciones con género limitado se regirán por las normas de las obligaciones con género incierto cuando los bienes o servicios que conforman el objeto de su prestación no sean fungibles entre sí. Cuando sí lo sean serán de aplicación las normas de las obligaciones con género fungible. En ambos casos el acto de determinación se limitará a los bienes o servicios que integren el género limitado.

Artículo 11: En todos los casos de obligaciones con prestación de objeto genérico la determinación se entenderá efectuada desde la ejecución de la prestación o desde su comunicación a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez.

Artículo 12: Antes de la determinación no puede el deudor eximirse de la prestación invocando la imposibilidad sin su culpa.

Esta regla no se aplica cuando la determinación debe efectuarse entre un género limitado y éste se hace imposible sin culpa del deudor. En este caso el deudor pierde el derecho a la contraprestación si la hubiere.

Artículo 13: Practicada la determinación se aplican las reglas sobre obligaciones de dar o hacer, con objeto determinado según el caso''.

El Artículo 1569 del Código debería decir: En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida cuando la individualización corresponda al comprador y éste no cumpla con efectuarla, se trasladarán los riesgos de pérdida del género, siempre que el vendedor haya puesto previamente a disposición del comprador todo el género pactado.

Algunas Consideraciones acerca de las Obligaciones Facultativas en el Código Civil de 1984

Guillermo Boza Pro

Asistente de Docencia en el curso "Obligaciones" de la Facultad de Derecho de la PUC

No resulta una novedad la regulación de la denominada "obligación facultativa" por el Código Civil vigente desde el 14 de Noviembre de 1984 (artículos 1168 al 1171). De los cuatro artículos sobre la materia, dos de ellos (el 1168 y el 1171) son repeticiones textuales del Código Civil derogado, y si bien los dos restantes son una innovación, constituyen tan sólo la lógica consecuencia de los principios derivados de la naturaleza de este tipo de obligación.

1. TERMINOLOGIA

Una primera observación que tiene que hacerse necesariamente, la constituye la terminología utilizada por el legislador, puesto que al referirse a obligación facultativa se incurre en un contrasentido, salvo —como afirma Lafaille¹— que se trate de una obligación natural. En efecto, la llamada obligación facultativa es aquella que sólo tiene por objeto una única prestación (prestación principal), pudiendo ser cumplida la obligación con una prestación distinta (prestación accesorio) fijada de antemano: desde el nacimiento de la obligación existe una aceptación previa del eventual pago futuro no idéntico al debido². Se trata por lo tanto de una obligación simple, con la peculiaridad de que el deudor puede liberarse —sólo para efectos del pago— realizando otra prestación³.

En consecuencia, lo único facultativo es la sustitución de la prestación principal por la prestación accesorio, ya que la obligación —cualquiera sea la prestación por la que se opte— debe cumplirse. No se cues-

tiona, por lo tanto, la exigibilidad de la obligación. La idea no es de una obligación que el deudor pueda o no ejecutar, lo que estaría en contradicción con el concepto mismo de obligación⁴; el cumplimiento de la obligación es tan exigible en este tipo de obligación, como en cualquier otro, puesto que las obligaciones se contraen para ser cumplidas.

Lo más adecuado, entonces, hubiera sido denominarla "obligación con facultad de sustitución", "... con prestación sustitutoria", "... con facultad de solución" —como lo hacen la doctrina y legislación de otros países—, designaciones acordes con la verdadera naturaleza de esta modalidad de obligación⁵. No obstante lo mencionado, entendemos que la intención del legislador no ha sido la de regular una obligación que no sea exigible, razón por la cual, para efectos del presente artículo, la seguiremos llamando obligación facultativa.

2. FACULTAD DE SUSTITUCION

Un tema que resulta interesante tratar, es el referido a quién le corresponde la facultad de sustitución de la prestación debida por otra.

Se ha mencionado ya, que la obligación facultativa permite que el deudor quede liberado ejecutando una prestación distinta a la debida —que la constituye el contenido de la obligación—, encontrándose autorizado para ello desde el mismo acto constitutivo. Sin embargo, un problema poco discutido, es el que se refie-

1. Lafaille, Héctor: "Curso de Obligaciones", T. II, Buenos Aires, 1927, p. 116.

2. Albaladejo, Manuel: "Derecho Civil", T. II, Barcelona, 1975, p. 36, sostiene que dicha obligación consiste en la posibilidad de una dación en pago dejada a voluntad del deudor.

Discrepamos con esta posición por cuanto, al realizarse la prestación accesorio, se trata en realidad del cumplimiento de la misma obligación y no de otra diferente en sustitución de la anterior, requisito indispensable para que opere la dación en pago (o novación objetiva). No se está creando una obligación nueva.

3. Nótese que la situación es distinta, como afirma Cossio, Alfonso de: "Instituciones de Derecho Civil", Madrid, 1975, p. 239, "... cuando se pactan dos prestaciones, una con carácter principal y otra con el de subsidiario, se produce el fenómeno inverso: las partes carecen de la facultad de elección, y en tanto sea posible la ejecución de la prestación principal, no podrán ni reclamar ni pagar con la subsidiaria".

4. Salvat, Raymundo: "Tratado de Derecho Civil Argentino, Derecho de las Obligaciones", Buenos Aires, 1946, p. 246.

5. Sin embargo, el nuevo Código Civil Paraguayo, que ha entrado en vigencia el 1o. de Enero de éste año, las denomina "Obligaciones con pago facultativo", con lo cual la confusión resulta aún mayor.

re a si tal beneficio (facultad de sustituir una prestación por otra) es exclusivo del deudor o también es potestad del acreedor.

Debe señalarse que no existe al respecto un criterio uniforme en la doctrina y que ella varía en muchos casos en función de la posición legislativa que se haya adoptado en cada país. Cabe señalar, igualmente, que no son pocas las legislaciones que no contienen normas expresas que regulen la obligación facultativa, aunque sí casos aislados, que son verdaderos ejemplos de ella⁶ —ello tal vez, porque en la práctica es poco frecuente este tipo de obligación—.

Parte de la doctrina alemana y española, se inclinan por una posición amplia, es decir que le otorgan facultad sustitutoria, tanto al deudor como al acreedor. Así, Larenz sostiene que es posible otorgar este beneficio al acreedor, en cuyo caso: "... es también igualmente adeudada, en principio, sólo una prestación, pero el acreedor tiene derecho a exigir otra en su lugar. Si hace uso de este derecho, lo cual sólo es posible mediante una declaración expresa, se coloca otra prestación en lugar de la hasta ahora debida. Por lo tanto la declaración tiene significación jurídicamente configuradora, y en tanto el acreedor no haga uso de su facultad, el deudor puede realizar el cumplimiento mediante la prestación a la cual únicamente está obligado ..."⁷.

Aquellos que conceden el beneficio simplemente al deudor —en su mayoría la doctrina y legislación latinoamericana— no se pronuncian, sin embargo, contra la posibilidad de dársele también al acreedor, y ello responde en cierta medida a que es la propia ley la que lo limita al deudor.

Así, por ejemplo, el Código Civil Argentino, señala en su artículo 643⁸: "Obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra".

¿Cuál es la posición que ha adoptado nuestro Código Civil?

Establece el artículo 1168 lo siguiente: "La obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella". Puede apreciarse que la ley se limita a señalar la naturaleza

de la obligación, constituida, como hemos visto, por la prestación principal (de primer grado), que es la única que está in obligatione, existiendo otra, la prestación accesoria (de segundo grado), que se encuentra in facultate solutionis; sin pronunciarse acerca del beneficiario de la facultad de sustitución.

León Barandiarán, comentando el Código Civil de 1936 (comentario perfectamente válido para el caso, puesto que el artículo vigente es una reproducción del anterior), ha sostenido que es posible que la facultad del pago de una prestación sustitutoria tenga lugar, sea en favor del deudor —que es lo común— o del acreedor⁹.

Por ser la prestación principal la única debida, el acreedor sólo puede exigir esta. Esto no varía en nada en el caso de que la facultad de sustitución esté dada en favor del acreedor. En este supuesto la prestación principal sigue siendo la única debida, lo que ocurre cuando el acreedor hace uso de su facultad de sustitución es que convierte en exigible la prestación accesoria, que hasta ese momento era inexigible, porque no era la debida, aunque no puede negarse que para efectos prácticos pareciera exigible desde el origen.

Puede sostenerse por otro lado (y así lo hacen algunos) que en este supuesto, no existiría diferencia con la obligación alternativa cuando la elección corresponde al acreedor, sin embargo ello no es así. La diferencia radica en que la obligación alternativa se deben desde el principio todas las prestaciones, es decir, si la prestación principal se torna en imposible antes que el acreedor haga uso de su facultad sustitutoria, la obligación se extingue, perdiendo entonces dicha facultad, no siendo posible exigir el cumplimiento de la prestación accesoria. Por el contrario, para que una obligación alternativa quede resuelta, todas las prestaciones deben ser imposibles de cumplirse, ya que de no ser así, debe elegirse entre aquellas prestaciones que aún son posibles para que la obligación sea satisfecha.

Consideramos posible, por tanto, a tenor de lo señalado por nuestra legislación, que la facultad de sustitución de la prestación principal por la accesoria, puede establecerse también en beneficio del acreedor, quien mediante su declaración de voluntad, puede modificar el contenido de la obligación, siendo dicha declaración únicamente necesaria, cuando el acreedor

6. Artículos 249, 257, 1580 del Código Civil Alemán; Artículos 838, 1077 del Código Civil Italiano (Así por ejemplo el artículo 651 prescribe que "el que tiene la carga del legado de cosa de él o tercero, tiene la posibilidad de liberarse, en lugar de adquirir la propiedad de la cosa para entregarla al legatario, pagar a éste su justo precio).
7. Larenz, Karl: "Derecho de las Obligaciones", Madrid, 1958, pp. 172-173. En el mismo sentido Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin. . . "Tratado de Derecho Civil", T. II, Barcelona, 1933; Cossio, Alfonso de, op. cit. También Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio. "Sistema de Derecho Civil", Vol. II, Madrid, 1980, p. 178 quienes sostienen que "La facultad solutoria constituye un beneficio del deudor, aunque también cabe que se conceda al acreedor. . .".
8. Igualmente el Código Civil Chileno (art. 1505), el Código Civil Colombiano (art. 1562), el Código Civil Boliviano (art. 423), el Código Civil Uruguayo (art. 1357), entre otros.
9. León Barandiarán, José: "Comentarios al Código Civil Peruano", En: "Materiales de Enseñanza del curso: Derecho Civil V: Obligaciones", P.U.C., 1982, p. 201.

quiera producir un cambio de la relación obligatoria. En consecuencia, el deudor quedará liberado cumpliendo con la prestación por la que finalmente opte el acreedor¹⁰.

3. TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD INMOBILIARIA

De todo lo dicho anteriormente, no resulta difícil concluir que cuando se cumple la prestación principal, sus efectos operen desde el momento del nacimiento de la relación jurídica. No ocurre lo mismo si se cumple la obligación ejecutando la prestación accesoria, cuyos efectos operan —como es lógico, pues no es objeto de la obligación, en consecuencia no se debía— solamente desde momento en que se decide cumplir esta segunda prestación y así sea comunicada a la parte contraria¹¹. En caso de que la facultad sustitutoria sea en favor del deudor, no se requiere necesariamente la comunicación al acreedor, bastando que se realice efectivamente la prestación.

Cuando el contenido de la obligación facultativa, consiste en transferir la propiedad de un bien inmueble, ¿qué sucede si finalmente se ejecuta la prestación accesoria?

Sabemos que nuestra legislación establece que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él (Art. 949). Por tanto, en el supuesto planteado, desde el nacimiento de la obligación el acreedor queda convertido en propietario del bien inmueble. La solución a este problema no ha sido contemplado por la legislación, como tampoco por la doctrina¹². Nótese que el mismo no se presentaría, si dicha prestación consistiera en la transferencia de un bien mueble —ya que ésta se produce sólo una vez efectuada la tradición, salvo disposición legal diferente, por lo que el acreedor se torna en propietario en aquel momento—, porque transferencia de propiedad y ejecución de la prestación se dan en el mismo instante.

Ocurre lo contrario tratándose de la transferencia de propiedad inmobiliaria, ya que ella operará aún antes de que se cumpla con la prestación de dar. Obviamente, si se realiza la prestación principal, el problema desaparece. Pero, ¿qué sucede, si en virtud de la facultad de sustitución se decide por la prestación ac-

cesoria? ¿Se transfirió realmente la propiedad del bien inmueble?

Si tenemos en cuenta que esta modalidad de obligación se cumple ejecutando solamente una prestación, porque de cumplirse todas estaríamos ante una de tipo conjuntivo, podría afirmarse, que por el solo hecho de constituir el contenido de la obligación el transferir la propiedad de un bien inmueble, dicha obligación quedó automáticamente cumplida en el preciso momento en que se contrajo (la obligación nació y feneció al mismo tiempo). De ser esto así, se desnaturalizaría la obligación facultativa, ya que se estaría privando de la posibilidad de sustitución a aquel en cuyo favor se pactó —característica esencial de la obligación—, y que no es, de ninguna manera, lo querido por las partes de la relación obligatoria.

Puede observarse que una situación similar se presenta en el caso de una compraventa de bien inmueble sujeta a condición resolutoria¹³, cuando dicha condición se cumple. En este caso, como en el otro que estamos analizando, no cabe duda que se transfirió la propiedad del bien, el acto jurídico produjo sus efectos. Cabe entonces igualmente la pregunta: ¿Qué es lo que sucede cuando se cumple la condición resolutoria? La respuesta no puede ser otra: el acto jurídico deja de surtir efectos; en otras palabras, una causa externa al acto, pero prevista por las partes, hace que devenga en ineficaz tal acto.

Y es que, cuando se celebra un determinado acto jurídico, este surte los efectos jurídicos que la ley le atribuye al mismo. Como afirma Lohmann: "... las partes negociales declaran por principio el contenido de su voluntad, no los efectos prácticos ni jurídicos de la misma: se declara que se compra, pero no la adquisición de la propiedad, que se quiere arrendar, pero no la posesión ..." ¹⁴. Es por ello que resulta suficiente la declaración de voluntad de las partes. Celebrado el acto jurídico, los efectos vienen por añadidura.

Entonces, cuando la prestación principal de una obligación facultativa es la de transferir la propiedad de un bien inmueble, los efectos del acto jurídico operaron inmediatamente, por el solo acuerdo de voluntades. Si finalmente se decide cumplir la obligación con la prestación accesoria, la solución será la

10. En realidad, no se trata en estos casos de un derecho de elección o de opción (sea del deudor o del acreedor). Como señalan Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, op. cit., p. 178: "La facultad solutoria, no es en rigor una facultad de elección, pues lo debido es una única prestación, completamente enmarcada y determinada dentro de unas concretas circunstancias de tiempo y lugar, (...) opera únicamente como una facultad de modificar en el momento del pago la configuración primitiva en la relación obligatoria".

11. Ello no ocurre en la obligación alternativa, en la que se deben, desde el principio, todas las prestaciones.

12. El artículo 947 del Código Civil prescribe lo siguiente: "La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente".

13. Lohmann, Guillermo: "El Negocio Jurídico", Lima, 1986, p. 228, señala que "se designa con este nombre a la determinación de voluntad, consistente en el establecimiento de un evento que en caso de suceder o no suceder, tendrá como consecuencia que el negocio o una de las obligaciones que crea deje de surtir efectos y se resuelva".

14. Lohmann, p. 113.

que de algún modo venimos sugiriendo, acorde con la peculiar naturaleza de la obligación (insistimos una vez más en esto, aunque parezca ocioso hacerlo), es decir que tal decisión tornará en ineficaz el título de propietario del acreedor, adquirido al contraer la obligación —semejante a lo que ocurre, por otro lado, en el supuesto de concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble¹⁵—.

4. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE ALGUNA PRESTACION

Son dos los artículos del Código que se ocupan de esta materia, y aún cuando la solución que ellos ofrecen es clara, no ha sido entendida así por todos, desarrollándose al respecto distintas interpretaciones.

Antes de continuar, debemos precisar que nos referimos solamente al caso de imposibilidad total, es decir "... cuando la cosa a entregar haya sido deducida en obligación como cosa determinada (...) de manera

que si perece la cosa, el deudor no podría sustituirla por otra, puesto que esta segunda no sería aquella a la que las partes se han referido y que el acreedor ha tenido en vista"¹⁶. Aclaremos que también es posible en obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer (siendo en el caso de estas últimas poco frecuentes). No nos referimos a imposibilidades temporales, relativas¹⁷ y parciales, ya que en estos casos la prestación resulta aún posible de ejecutarse.

El artículo 1169 señala que la obligación facultativa quedará extinguida ante la nulidad o imposibilidad de cumplimiento de la prestación principal, sin importar que la accesoria sea válida o posible de cumplir. Por su parte, el artículo 1170 recoge la misma lógica contenida en el anterior, al establecer que si la prestación accesoria fuera nula o imposible de cumplir, la obligación subsiste —la nulidad o imposibilidad de lo accesorio, no acarrea la nulidad o imposibilidad de lo principal—. En consecuencia, cuando se trate de casos de imposibilidad de cumplimiento de cualquiera de las prestaciones, por causas no imputables al deudor, ello no tendrá mayor relevancia:

las reglas señaladas resuelven el problema.

Las mismas se aplicarán en el caso del incumplimiento por causas imputables al deudor de la prestación accesoria, ya que la imposibilidad de ésta, con o sin culpa del deudor, no ejercen ninguna influencia sobre la prestación principal, la que sigue manteniendo todos sus efectos, pero se pierde la facultad de sustitución, debiendo el deudor realizar la prestación para quedar liberado.

Tratándose de incumplimiento por causas imputables al deudor, debido a la intención de éste (dolo) o a su negligencia (culpa inexcusable o culpa leve), de la prestación principal, la actitud ilícita del deudor le acarrea la obligación de satisfacer una indemnización de daños y perjuicios. Consecuentemente: si la prestación principal adolece de nulidad, la obligación nunca nació. Por el contrario, la imposibilidad sobreviniente extingue la obligación, pudiendo demandar el acreedor en este caso, una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, si el incumplimiento se verificó por culpa del deudor.

Sin embargo, respecto de lo señalado ultimamente, hay quienes sostienen que el deudor tiene la facultad de pagar con la prestación accesoria en reemplazo de la indemnización. Por otro lado, se sostiene que el acreedor tiene decho a exigir el precio de la prestación perdida o la prestación accesoria.

Analizaremos las dos posiciones separadamente, empezando por la segunda:

Dicho cuestionamiento procede del Código Civil Argentino. Señala en su artículo 648 lo siguiente: "Si el objeto de la prestación principal hubiere perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de lo que ha perecido o la cosa que era el objeto de la prestación accesoria".

Comentando el artículo, Borda señala que: "... Al autorizar a reclamar el objeto de la prestación accesoria, el Código parece separarse del principio de

15. Contrariamente a lo que algunos sostienen, no se trata en este caso, de un modo excepcional de transferencia de propiedad inmobiliaria. Sobre el particular nos remitimos a lo señalado por Cardenas Quiros, Carlos. "Conveniencia legal de la implantación del catastro en el Perú. Su importancia en la transferencia de bienes inmuebles". En: Revista *Thémis*, Segunda Epoca, Año 1, No. 3, pp. 35 y ss. También, Fernandez Cruz, Mario Gastón: "El papel de la buena fe en la transferencia de la propiedad inmueble" (Concurrencia de acreedores sobre un mismo bien inmueble). Tesis de Bachiller, P.U.C., 1984. Este último sostiene que "... todos los acreedores 'deberían ser propietarios' (existen sucesivas enajenaciones) pero como sólo la copropiedad es la única 'pluralidad de propietarios' admitida, el Derecho debe optar por alguno como poseedor de los efectos que genera el título de adquisición. Por ello, deben algunos declararse ineficaces —incapaces de producir efectos; no inválidos— y preferir uno de los títulos, que al ser elegido surtirá efectos. ... p. 343.

16. Messineo, Francisco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Buenos Aires, 1955, p. 223.

17. La imposibilidad temporal, justifica el incumplimiento (en el sentido de exonerar al deudor de responsabilidad por el retardo) mientras la misma perdure. Cuando cesa la imposibilidad, el eventual incumplimiento resulta injustificado equiparándose al incumplimiento voluntario.

La imposibilidad relativa (dificultad de cumplimiento) evidencia solamente la necesidad de que el deudor realice un esfuerzo para cumplir (superior inclusive al que se requiere normalmente), pero la ley no exonera al deudor de este mayor esfuerzo, ya que el no realizarlo, genera incumplimiento (salvo que se trate del caso de excesiva onerosidad de la prestación), Messineo, pp. 223-224.

que la opción sólo corresponde al deudor; sin embargo la ley ha creído equitativo brindar al acreedor mayores posibilidades jurídicas cuando el deudor es culpable del incumplimiento"¹⁸.

En igual sentido se pronuncia Lafaille: "El artículo 648 nos presenta una anomalía muy curiosa que se haya querido imponer una pena que no parece justificada (...) Es cierto que se podría argüir que en virtud de su culpa el obligado viene a perder la ventaja que significa la facultad abierta a su favor, pero esto tampoco parece razonable desde que el acreedor tiene dentro del derecho común, la manera práctica de indemnizarse, exigiéndole el cumplimiento de la prestación única..."¹⁹.

Como se aprecia, este derecho consagrado al acreedor, por la codificación argentina, no está acorde con las características de la obligación facultativa. A tenor de lo expuesto por los comentaristas citados, la explicación de tal norma se encontraría en imponer una penalidad al deudor por la inexecución de la obligación, por culpa suya. Sin embargo, debe precisarse, que aún en este supuesto, se está desnaturalizando la obligación, desde que la única prestación que se debe es la principal, y al ser imposible de cumplirse (independientemente de que sea con culpa o sin ella), automáticamente la obligación queda extinguida²⁰.

Esta opción legislativa —que no es amparada por la propia doctrina argentina— no está recogida en otras codificaciones, con excepción del código civil paraguayo de 1987. Han quedado señalados los fundamentos que demuestran lo equivocado de dicha tesis, que indudablemente atenta contra la naturaleza de la obligación facultativa. En todo caso —en nuestra legislación—, el acreedor solamente tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios (que comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante), al amparo de lo establecido en el título correspondiente a la inexecución de las obligaciones²¹.

Estos argumentos que acabamos de esgrimir resultan aplicables al primer cuestionamiento que nos planteáramos, que radica, como dejáramos anotado líneas arriba, en la posibilidad que tiene el deudor, de reemplazar la indemnización pagando con la pres-

tación accesoria²².

Es decir, que según los principios que informan la obligación facultativa, al resultar imposible la prestación principal (con culpa), el deudor será pasible, en su caso, de los daños y perjuicios ocasionados, sin que pueda alegar que paga con la prestación accesoria.

Ciertamente, dependiendo de la autonomía de la voluntad de las partes, el acreedor puede aceptar que se ejecute la prestación accesoria en lugar de la indemnización ahora debida por el deudor. Sin embargo, de darse tal supuesto, no estaríamos ya ante el cumplimiento de la obligación que originariamente se contrajo (facultativa), sino ante otra distinta, ajena totalmente a la primera: la obligación facultativa se extinguió²³.

5. CONCLUSION

Podemos concluir, que la llamada obligación facultativa, es una modalidad de las obligaciones muy poco frecuente en la práctica, razón por la cual, son varias las legislaciones que no contienen normas expresas que la regulen. Nuestro Código Civil vigente optó por regularlas, siendo lamentable, sin embargo, que no experimentara una ostensible mejora respecto de la legislación anterior, habiéndose dejado de legislar, por otro lado, instituciones cuya importancia y practicidad exigían un trato particular. Para señalar dos casos: la obligación conjunta y la obligación con prestación de dar bien fungible.

Hemos querido, por eso, analizar en el presente trabajo, algunos temas controvertidos que consideramos importantes. De ellos, la solución del que concierne a la imposibilidad de ejecutar alguna de las prestaciones de la obligación, fluye de las propias normas reguladas por el Código. No sucede lo mismo con el resto, respecto de los cuales, el legislador sencillamente no los consideró.

El motivo de estas reflexiones no es otra entonces, que la de contribuir en alguna medida a encontrarles una solución, que permita un tratamiento adecuado de la obligación facultativa en nuestro medio, sin pretender, de ninguna manera, haber agotado el tema.

18. Borda, Guillermo: "Manual de las Obligaciones", Buenos Aires, 1959, p. 191.

19. Lafaille, p. 119.

20. Así, Salvat, p. 248.

21. Libro de las Obligaciones, Sección Segunda, Título IX, artículos 1314 y ss.

22. Esta posición equivocada, es sostenida por ejemplo, por los traductores del alemán al español de la obra de Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martin, p. 116, los mismos que señalan que "... puede el deudor liberarse de la prestación que está in solutione".

Así también Rivadeneyra y Quiroga: "Las Obligaciones Facultativas" en: *Thémis* No. 5, 1986. pp. 67 y 55.

23. Nótese que se trata de una novación por cambio de objeto, puesta que ésta requiera de la existencia de otra obligación, al momento de ser sustituida, y en este caso se nova la obligación de indemnizar daños y perjuicios, generado por el incumplimiento por causas imputables al deudor.

Títulos Valores: Conversión en Moneda Extranjera y Aceleración Automática de los Vencimientos*

Resolución Suprema

Exp. 1287-85.- *Procede de Lima. Lima, quince de setiembre de mil novecientos ochentiseis. VISTOS; y CONSIDERACION: que el pagaré debe contener la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero, como lo preceptúa el artículo ciento veintinueve, inciso tercero de la Ley número dieciseis mil quinientos ochentisiete; que los pagarés de fojas seis, siete, ocho y nueve contienen cláusulas que desvirtúan su naturaleza de Títulos-Valores como las contenidas en sus párrafos tres y cuatro; que además, tampoco reúnen el requisito de la cantidad líquida exigida por el artículo catorce del Decreto Ley número veinte mil doscientos treintiseis: declararon HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas ciento once, su fecha nueve de mayo de mil novecientos ochenticinco, que confirmando la apelada de fojas ochentidos, fechada el veinte de agosto de mil novecientos ochenticuatro, ordena que los ejecutados y la co-ejecutada paguen solidariamente al ejecutante la suma de trece mil setecientos ochenticuatro dólares con quince centavos de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio al día de pago, con lo demás que contiene; reformando la de vista y revocando la apelada: declararon IMPROCEDENTE la referida acción ejecutiva; sin costas.*

Resolución Suprema

Exp. 1330-85.- *Procede de Lima. Lima, nueve de enero de mil novecientos ochentisiete. VISTOS; por sus fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fojas noventinueve, su fecha diez de mayo de mil novecientos ochenticinco, que confirmando la apelada de fojas setentitres, fechada el veinte de agosto de mil novecientos ochenticuatro manda que los ejecutados paguen solidariamente al ejecutante la suma de seis mil ochocientos noventidos dólares con ocho centavos de dólares americanos o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio del día de pago, con lo demás que contiene, condenaron en las costas del recurso y en la multa de un inti a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.*

En Setiembre de 1983, se presentó ante el respectivo Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Lima, una demanda en la vía ejecutiva de Pago de Dólares, recaudándose con tal efecto cuatro pagarés vencidos y debidamente protestados. Estos pagarés fueron los primeros de un total de seis, que "X" emitió en favor de "Y", en virtud de una deuda asumida en soles. Los seis pagarés eran prácticamente idénticos (con excepción de los montos y las respectivas fechas de vencimiento).

Entre las condiciones señaladas en los mismos destacan dos especialmente importantes:

a) Se establece la aceleración de vencimientos de todos los pagarés, en el caso de incumplimiento en

el pago de cualquiera de ellos, haciéndose exigible en consecuencia, el íntegro de saldo pendiente; y b) Dado el vencimiento del pagaré, sea por la fecha en el estipulada o por la aplicación de las cláusulas de aceleración mencionadas, que se encuentran en los otros pagarés, el importe representado en soles se convertirá automáticamente en dólares americanos al tipo de cambio vigente en la fecha del vencimiento efectivo, de conformidad con la tasa publicada por el Banco Central de Reserva para el Mercado Unico de Cambios, devengándose a partir de la fecha un interés del venticinco por ciento anual al rebatir.

Las sentencias emitidas en primera y segunda instancia declararon fundada la demanda en base

* Con agradecimiento al Dr. Jorge Ramírez Díaz.

a que los pagarés cumplieran con todos los requisitos legales para la procedencia de la acción cambiaria. Es de señalar que la parte demandada no arguyó en su defensa la invalidez de las dos condiciones antes señaladas (aceleración de vencimientos y conversión automática en dólares), sino, por el contrario, señaló que ya había cumplido con cancelar la obligación exigida (hecho que no llegó a probar en ninguna etapa del procedimiento).

La sentencia de la Primera Sala de la Corte Suprema, declaró en cambio, "Haber Nulidad" en las sentencias de visitas, y en consecuencia improcedente la acción incoada. La Corte Suprema basó su resolución en que la naturaleza cambiaria de los pagarés fue desvirtuada por las dos cláusulas antes mencionadas.

Pero, ¿Qué pasó con los otros dos pagarés, del juego de seis? Dichos pagarés fueron objeto de otra demanda en la vía ejecutiva, ante el mismo Juez y secretario de turno, basado en los mismos supuestos de la demanda antes mencionada y con idéntica defensa de la parte demandada. La sentencia de primera instancia y de vista resueltas en fechas similares a las del anterior procedimiento basaron sus considerandos en iguales supuestos a los desarrollados para el caso de los otros cuatro pagarés. Pero, con menos de cuatro meses de diferencia la Primera Sala Civil de la Corte Suprema de la República declaró "No haber Nulidad" y en consecuencia mandó seguir la ejecución de acuerdo a Ley.

Es decir, que ante dos casos idénticos, entre las mismas partes sobre el mismo asunto y en base a los mismos argumentos esgrimidos por los litigantes, la misma sala de la Corte Suprema se pronunció contradictoriamente en un lapso de cuatro meses.

Como puede apreciarse, hay dos asuntos centrales a discutir: 1) la validez de la aceleración automática de los vencimientos de todos los pagarés, y en caso de concluir en la invalidez de dicha cláusula, si esta acarrea la nulidad del título valor como tal; y 2) la validez de la conversión automática en dólares.

Respecto al primer asunto, los pagarés contemplan una forma de vencimiento del título valor no prevista en el artículo 63 de la Ley 16587, aplicable de conformidad con el art. 133 de la misma norma. Siendo la enumeración del art. 63 taxativa, es decir que no admite la existencia de una forma de vencimiento distinta (a saber aplicables al caso, los incisos 1 y 4, referidos al vencimiento a la vista y a fecha fija como consecuencia de la no existencia de aceptación de los pagarés). Siendo así, la referida cláusula es inválida. Sin embargo, no podemos concluir que de dicha invalidez se desprenda la nulidad del documento como título valor. La sentencia que declara improcedente la acción cambiaria señala que la cláusula en cuestión desvirtúa la naturaleza del título valor, es

decir, que privan a su titular la facultad de ejercitar la acción cambiaria.

Debemos tener en cuenta que la aceleración de vencimientos es una fórmula alternativa al vencimiento a fecha fija ya contemplada en el pagaré, por lo tanto caben dos interpretaciones: a) Considerar que dicha cláusula efectivamente desvirtúa la naturaleza cambiaria del pagaré, por cuanto establece formas de vencimiento alternativas, dependiendo una de ellas de un hecho ajeno al contenido del título valor (el incumplimiento de pago de otro pagaré). En consecuencia el documento no será un título valor y por lo tanto la acción cambiaria será improcedente; y b) Considerar que la invalidez de la cláusula de aceleración no acarrea la invalidez del título valor como tal, pues puede hacerse uso del vencimiento a fecha fija, admitido por el art. 63 inc. 4. En este supuesto la acción cambiaria sería procedente aunque no podría exigirse el vencimiento automático, sino solo los estipulados en las fechas señaladas en cada pagaré. Para ello el actor debería llevar a cabo los actos dirigidos a interponer la acción cambiaria atendiendo a las fechas fijas señaladas (en especial en lo referente a la oportunidad del protesto y de la interposición de la demanda), de lo contrario el demandado podría oponerse arguyendo los argumentos consignados en el art. 20 inc. 1 y 4 de la Ley de Títulos Valores. En el caso en cuestión el demandante no hizo caso de las cláusulas de aceleración y protestó los pagarés luego de sus efectivos vencimientos y demandó de acuerdo a ley.

Si bien ambas interpretaciones pueden ser defendidas con argumentos convincentes, creemos que la primera se adecúa mejor a la situación. Lamentablemente las partes en litigio no discutieron en ningún momento el asunto en cuestión que recién aparece en la resolución de la Corte Suprema, referida a los primeros cuatro pagarés, inclinándose al parecer por la primera interpretación, mientras que la otra resolución no se pronuncia en lo absoluto sobre el tema.

En relación a la conversión en dólares cabe señalar que el título valor debe contener "la promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada de dinero" (art. 129 inc. 3, de la ley 16587). La "cantidad determinada de dinero" podrá estar válidamente estipulada en moneda nacional o extranjera. En el caso en cuestión figura en moneda nacional, pero se convierte automáticamente en dólares en la fecha de vencimiento efectivo de los pagarés. Se debe discutir si esta desnaturaliza al pagaré por no ser una cantidad determinada.

Creemos que efectivamente la conversión, desvirtúa el pagaré, pues la obligación asumida en el documento es distinta a la que surgirá al vencimiento, así exista equivalencia de valores entre ambos. El emisor del pagaré se obligó a pagar una cantidad determi-

nada de dinero en soles de oro, pero al vencimiento automáticamente la deuda se convertirá en dólares.

Esto atenta contra el principio de Literalidad del que participan los títulos valores. Además, el artículo 100 de la Ley 16587 permite que se emita un pagaré en moneda extranjera, pero el deudor tendrá el derecho de abonar la deuda en moneda nacional si así lo desea. Pero la ley no se plantea la posibilidad que una deuda asumida en soles sea pagada en dólares y menos aun no hay norma que permita la conversión de una deuda de una moneda a otra en el momento del vencimiento.

Por otro lado, existe un tercer elemento que no fue considerado ni por las partes ni por las instancias respectivas, pero que también en nuestra opinión debió ser tomado en cuenta para desestimar la demanda incoada, y es la referente a la última cláusula del pagaré por la cual los emitentes aceptaban cualquier prórroga de los títulos, sin necesidad de nueva suscripción. Esta cláusula que por lo demás fue utilizada en varios de los títulos, atenta contra el artículo 202 de la Ley 16578, por cuanto esta norma establece que la renovación del respectivo título una vez vencido, deberá ser extendido en nueva cláusula y suscrito por las partes.

Por último, debemos referirnos al texto del pagaré materia del presente estudio. La Ley de Títulos Valores, permite que en el documento se pueda expresar la obligación causal de la cual emana el título (artículo 130 inciso 1 de la Ley 16578), sin embargo, en el caso de examen, de las cláusulas estudiadas, podemos válidamente sostener que en los documentos materia de examen no solo se indica la obligación causal, sino que mas bien ellos representan el verdadero contrato de mutuo celebrado entre las partes, solo que con el encabezamiento de "pagaré".

En fin, resulta lamentable que la primera sentencia de la Corte Suprema no halla fundamentado mejor su posición, de manera que se pudiera desprender claramente los argumentos utilizados, y que la segunda sentencia sea abiertamente tan contradictoria, y que no haya tratado siquiera los asuntos centrales que hemos analizado, a pesar de no haber sido argumentados por las partes.

Alfredo Bullard G. y Fernando Cantuarias S.

Alumnos del 7mo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC y miembros del Comité de Redacción de *Thémis*.

Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito

Eduardo Ramírez del Villar

(Tesis de Bachiller sustentada en noviembre de 1986 ante los Drs. Manuel de la Puente, Alfredo Ostoja y Jorge Muñiz. Sobresaliente)

Al examinar el resultado de la investigación realizada por Eduardo Ramírez del Villar L. de R. sobre La Naturaleza Jurídica de la Tarjeta de Crédito Bancaria no es posible inhibir, cuando menos, dos sentimientos: sorpresa y satisfacción. El primero de ellos está vinculado a lo aparentemente poco atractivo del tema materia de su trabajo. Acostumbrados como estamos a especulaciones jurídicas en torno a las instituciones tradicionales del derecho, no podemos dejar de sorprendernos frente a un extenso estudio sobre algo como la tarjeta de crédito bancaria, que, adicionalmente, es una especie dentro del género. El segundo de los sentimientos —que tiene el efecto de restarle consistencia al primero— está asociado a la constatación de cómo es efectivamente posible —si además de una sólida formación, se dispone de imaginación y creatividad— realizar un trabajo serio, voluminoso (301 páginas) y estimulante sobre la tarjeta de crédito bancaria, cuya cotidianeidad y difusión no dejan ver la compleja trama de relaciones jurídicas que hay detrás de ella.

El autor ha sabido mirar con atención esa pluralidad de relaciones, examinando meticulosamente aquellas que se dan entre el banco emisor, de un lado, y el titular de la tarjeta, el establecimiento afiliado y el propietario del sistema, del otro. Ello lo ha obligado a estudiar las particularidades del contrato de apertura de crédito, del contrato de

afiliación y de las distintas modalidades contractuales que se dan entre el banco emisor y el propietario del sistema.

Eduardo Ramírez del Villar L. de R. ha analizado exhaustivamente el sistema de la tarjeta de crédito bancaria, examinando la relación de interdependencia que existe entre los diversos contratos involucrados, preguntándose también si la tarjeta de crédito bancaria es el resultado de uno o varios contratos. Igualmente, se interroga respecto de la naturaleza y del rol que tiene dentro del sistema la tarjeta de crédito plástica, en cuanto que instrumento de identificación, vacío de contenido jurídico, indispensable para ejercer los derechos que confiere el participar en el sistema.

El autor examina también la legislación nacional aplicable y sobre el particular hace una interesante propuesta.

La bibliografía consultada es abundante y puede ser muy valiosa como guía para quienes deseen realizar investigaciones tanto sobre la tarjeta de crédito cuanto sobre temas de derecho bancario en general. Al final del trabajo se incluyen como apéndices diversos modelos de contratos celebrados entre los bancos y sus clientes; entre los bancos y los establecimientos comerciales; entre personas jurídicas distintas a los bancos y sus clientes para el uso de tarjeta de crédito a nivel internacional; un cuadro estadístico de las distintas tarjetas de crédito utilizadas a nivel nacional; y, el texto del reglamento de tarjetas de crédito bancario, sus modificaciones y ampliaciones.

No dudo que el trabajo de Eduardo Ramírez del Villar L. de R. será leído con mucho interés. (Alfredo Ostoja López-Alfaro).

El Reparto de Utilidades Ficticias en la Sociedad Anónima

Jorge Delgado Calisto

(Tesis de Bachiller sustentada en octubre de 1986 ante los Drs. Lourdes Flores – Nano, César Luna – Victoria y Enrique Elías. Sobresaliente)

El jurado consideró que la tesis reflejaba una seria labor de investigación, un interesante análisis jurídico de un tema complejo y que había sido muy bien sustentada. Por ello, creo interesante comentar, en forma breve, los principales temas tocados por el alumno en el referido trabajo.

La tesis aborda el controvertido asunto del reparto de utilidades ficticias en las sociedades anónimas. En el primer capítulo trata sobre los conceptos básicos relativos al reparto de utilidades, a lo que constituyen utilidades ficticias y a las principales formas en que se produce el reparto de estas últimas. En el capítulo segundo se analiza la naturaleza de los "intereses intercalarios", distinguiéndolos de otros pactos similares, tales como los dividendos mínimos y los dividendos garantizados, y señalando los principales argumentos que existen a favor y en contra de su adopción. El tercer capítulo versa sobre los dividendos a cuenta, su procedencia o improcedencia, su tratamiento legal en nuestro país y todos los requisitos que, en concepto del autor, deben exigirse para su pago. Finalmente, el capítulo cuarto enfoca directamente el tema de los dividendos ficticios; sus causas y sus efectos; y los casos en que procede la repetición contra los accionistas receptores o los Directores responsables.

Entre los aportes más importantes de esta tesis está la precisión

del concepto de "dividendo a cuenta". En el plano teórico el autor señala, con toda corrección, que sólo puede configurarse la existencia de un "dividendo" cuando se ha cumplido previamente con el requisito del balance anual, ya que sin éste no pueden existir los dividendos propiamente dichos. En tal virtud, los llamados "dividendos a cuenta" no son tales, pues su denominación correcta es la de "anticipos a cuenta de utilidades".

El autor trata con mucho acierto el tema de los intereses intercalarios y establece, con toda precisión, el marco dentro del cual, en su concepto, deberían ser contemplados y permitidos por nuestra legislación.

Es también muy interesante el planteamiento que contiene la tesis con respecto a los requisitos que deberían tener los adelantos a cuenta de utilidades y los casos en que se producen, irregularmente, los dividendos ficticios.

El tratamiento legal contemplado en nuestra actual Ley General de Sociedades, sobre el caso de los adelantos a cuenta de utilidades, fue materia de discrepancias entre el jurado y el autor, originándose una interesante polémica. Algunos miembros del jurado estuvimos en total desacuerdo sobre la interpretación que da el autor a las disposiciones del artículo 20o. de la Ley General de Sociedades. El graduando, sin embargo, defendió con calor sus puntos de vista, aumentando de esta manera el interés del debate.

También fue analizada la tesis que sustenta la Comisión Nacional Supervisora de Empresa y Valores (CONASEV), acerca de la improcedencia de los "dividendos a cuenta" y las modificaciones legislativas que serían necesarias para el efecto.

Creo, en resumen, que la tesis presentada por el Sr. Jorge Ernesto Delgado Calisto es ejemplo de un trabajo realizado con seriedad y encomiable espíritu de investigación. Es un aporte interesante al tema tratado, con ideas originales y bien fundamentadas. Por ello es que la sustentación y el debate posterior con los miembros del jurado fueron especialmente interesantes, así como muy merecido el calificativo otorgado. (Enrique Elías Laroza).

Negociaciones Contractuales y Responsabilidad Precontractual

Erick Torres Montes

(Tesis de Bachiller sustentada en noviembre de 1986 ante los Drs. Manuel de la Puente, Lourdes Flores - Nano y Jorge Muñiz. Sobresaliente)

El excelente trabajo de investigación materia de esta reseña analiza los alcances de la primera parte del artículo 1362 del código civil vigente que a la letra preceptúa: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según la buena fe y común intención de las partes".

Para hacerlo, el autor comienza por determinar y resaltar las diferencias existentes entre el numeral transcrito y el que le antecede (artículo 1361) frente al artículo 1328 del código civil derogado cuyo texto se limitaba a normar que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. De la comparación entre ambas disposiciones, fluye que, el codificador de 1984 contempló reglas para la negociación como etapa del iter contractual, lo que no había hecho el antiguo código. Esta primera constatación conlleva una "consideración hipotética inicial: la norma contenida en el Código Civil de 1984 admite la obligación de indemnizar al que resulta perjudicado por la ruptura de las negociaciones contractuales que han alcanzado un alto grado de avance por parte del que la provoca por importar una conducta arbitraria y contraria a los actos propios que afecta la relación pre-contractual establecida. La medida del resarcimiento corresponderá a la violación de un deber y una obligación pre-constituida y no a una obligación genérica de diligencia" (pp. iii - iv)

La tesis esboza igualmente, con enumeración cronológica las diversas etapas desde la Ponencia sobre Contratos en general, presentada a la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, hasta la redacción final del Código que actualmente nos rige, refiriendo las variaciones que sufrió el original texto del artículo 10o. de la primi-

tiva ponencia, que con claridad recogía la protección jurídica de la etapa de las tratativas así como el resarcimiento en caso de ruptura sin motivo legítimo, pasando por su supresión y por su reincorporación final en el código, en fórmula que se califica de "imperfecta" (p. 11).

Ahora bien, para enmarcar el concepto de negociación contractual, se indica que son principios generales reconocidos por nuestro ordenamiento público económico: la propiedad privada como derecho de la persona; la iniciativa privada sustentada en el pluralismo económico; conmutatividad del comercio jurídico; la buena fe en las relaciones económicas y la seguridad en el tráfico jurídico; se afirma asimismo que nuestro derecho privado se sustenta en la libertad contractual, cuyos posibles excesos sin embargo se limitan, por la vigencia de los principios de orden público económico enumerados. Así, ellos evitan que se configure un desequilibrio económico-social e igualmente que la negociación contractual se convierta en un instrumento capaz de causar daños patrimoniales con el ejercicio de la libertad de no contratar, conduciéndola —en cambio— "hacia una posición en la que se desenvuelva como instrumento de colaboración social". (p. 23)

La definición de negociaciones contractuales aparece en los términos siguientes: "Son una actividad de aproximación al centro común de interés recíproco y de determinación de su oportunidad, inspiradas en —una voluntad de negociar— generalmente balanceada y paritaria generadoras de confianza y expectativa en la conclusión del contrato y que están orientadas y ordenadas por el principio de la buena fe en las relaciones patrimoniales y constituyen una relación jurídica sui generis con relevancia jurídica".

A juzgar por las páginas que preceden a la que, Erick Torres Califica como "definición preliminar", pero que mantiene a lo largo de su tesis, habría que rescatar, de su propia expresión, el distingo entre las simples conversaciones de carácter indefinido que son sólo meras aproximaciones o sondeo: contacto social y la negociación contractual que es antes que nada, **vinculación generadora de confianza ó expectativa en la conclusión del contrato**, por

su avance y por la actitud del interlocutor. Obviamente, las negociaciones no obligan a contratar por ser previas a la oferta, sin embargo, si genera confianza en la conclusión del contrato: esa es su característica fundamental.

Se dedican también algunas líneas al análisis de la relación jurídica que genera las negociaciones contractuales. Aparecen citadas, las expresiones de La Cruz para quien los tratos preliminares no tienen trascendencia jurídica y no pasan de ser momentos psicológicos de motivación, deliberación y decisión: de Fuyo, que; si bien reconoce que de los proyectos de contrato emanan expectativas más o menos próximas de llegar a constituir un vínculo obligatorio, no asigna a tal circunstancia de hecho valor jurídico específico; de Enneccerus quien contundentemente concluye que por el comienzo de los tratos preliminares surge entre las partes una relación obligatoria semejante a una relación contractual; y finalmente de Puig Brutaen quien afirma que la vinculación existe porque es la mejor manera de evitar una injusticia.

El autor deja formulada una cuestión jurídica fundamental, al afirmar en la página 48 de su trabajo: "El problema consiste en saber si estas conversaciones previas engendran en los interlocutores una relación jurídica concreta de la que derivan recíprocas obligaciones relativas, claro está, a la conducta observable dentro de las mismas y no al cumplimiento del contrato eventual. "La respuesta a esa interrogante la encontramos en sus conclusiones cuando indica "la negociación contractual es una relación jurídica digna y merecedora de tutela y por ello está disciplinada por el Derecho contractual con los principios de la buena fe en las relaciones económicas y de seguridad en el tráfico jurídico; agregando, "la relación en base a la confianza que subyace en la negociación contractual existe con independencia del hecho jurídico en virtud del cual nace el contrato".

Se determinan como deberes propios de la relación así concebida: el deber de lealtad recíproca; el de información, el de veracidad, el de diligencia, el de respeto al secreto del contenido de las negociacio-

nes. Se afirma en síntesis, que las negociaciones, de cumplirse los enunciados deberes generan una relación de confianza, que, hace prever que el contrato podría celebrarse, y en tal virtud, si uno de los interlocutores rompe las negociaciones sin un justo o atendible motivo, el otro tendrá derecho al correspondiente resarcimiento.

No menos interesante resulta el análisis que se efectúa en torno a la calificación de la responsabilidad por ruptura de negociaciones contractuales. El autor, después de prolijo análisis, concluye que la responsabilidad es de naturaleza contractual porque la buena fe estipulada en el artículo 1362 del Código Civil está referida a todas las etapas de la contratación, siendo la negociación una de esas fases. La acción contractual que surge a partir de esa relación jurídica no es una destinada a exigir, en vía de indemnización la protección del interés dañado durante los actos previos a la conclusión del contrato, siendo su fundamento último la buena fe a que alude el numeral 1362. Se afirma que, corresponderá al actor probar la existencia de negociación contractual, la confianza generada en la conclusión del contrato, la ruptura injustificada del otro interlocutor y finalmente, el correlativo daño causado.

Se propone en conclusión que, si bien la ruptura de negociación contractuales no constituye un acto ilícito, sí genera daño, y en tal virtud, la acción existente es una de resarcimiento por el daño que le hubiera podido generar tal injustificada ruptura, vulnerando la confianza que razonablemente de ella hubiera podido derivarse.

La tesis que reseñamos incluye un valioso repertorio de jurisprudencia italiana y argentina, citando fallos que recogen principios esbozados en el trabajo.

El brillante estudio, de claros e inteligentes planteamientos jurídicos abre sin embargo al final del mismo una no menos elocuente interrogante a partir de la cita de Vélez Sarsfield: "Un Código no es la última palabra en Derecho". ¿De qué serviría todo este esfuerzo por razonar jurídicamente —se pregunta— si, después ello no halla un sustento en la realidad? Citó esto, tra-

yendo a la memoria el testimonio personal que el Dr. César Fernández Arce —Miembro de la Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil— brindara al propio autor de la tesis, manifestándole como justificación por la no incorporación de la figura que "sería una fuente inagotable de juicios dada la idiosincrasia de nuestro pueblo".

¿Será la figura fuente inagotable de conflictos, o antes bien, fuente valiosa para desarrollar la creatividad jurídica? Este último reto es tarea que a todos compete. El trabajo que orgullosamente he reseñado, contiene inagotables aspectos dignos de reflexión y desarrollo futuro. Por lo pronto la profundidad del estudio efectuado debe merecer público elogio. (Lourdes Flores Nano)

La Promesa de la Obligación o del Hecho de un Tercero

Carlos Giles Ponce

(Tesis de Bachiller sustentada en diciembre de 1986 ante los Drs. Manuel de la Puente, Lourdes Flores Nano y Edgardo Mercado. Sobresaliente)

Debo destacar que el mérito del trabajo no sólo resulta de la exposición y análisis de diversas posiciones doctrinarias que el autor analiza con prolijidad, sino, de la definición clara y precisa de la propia posición, que en el caso que es materia de este comentario tiene el adicional valor de constituir valiente discrepancia con nuestro común maestro e indiscutible autoridad, Dr. Manuel de la Puente Lavalle.

La compleja figura que Carlos Giles analiza puede definirse, conforma lo hace, como "un contrato por el cual un sujeto (promitente) que no es representante de otro (tercero) promete en su propio nombre frente a otra persona (promisario) que aquel habrá de asumir una obligación o ejecutar una prestación (de dar, hacer o de no hacer) en provecho de ésta, obligándose sustitutoriamente el promitente a indemnizar al promisario si el tercero rehusa a contraer la obligación o ejecutar el hecho objeto de la promesa".

Se afirma, que la institución jurídica analizada constituye un contrato, no obstante en la conclusión séptima el autor señala: **"La única obligación del promitente consiste en indemnizar al promisorio si el tercero no se obliga o no cumple el hecho prometido. Esta obligación nace con la negativa del tercero"** y agrega, en la conclusión octava: "Antes de verificado el incumplimiento del tercero no cabe hablar de obligación existente a cargo del promitente ("Obligación de hacer")".

Es decir, se admite la naturaleza contractual, no obstante lo cual se alude a la existencia de una única obligación de indemnizar que nace sólo con la negativa del tercero y no con la celebración misma del contrato. Cabría entonces preguntarse, si técnicamente la negativa del tercero es una condición que deja en suspenso los efectos de la aludida obligación. El autor niega también esta hipótesis, sosteniendo que no lo es, pues no se trata de un acontecimiento imprevisible, futuro e incierto, sino que es presupuesto de eficacia previsto por la ley.

Este aspecto mereció profunda discusión en la sustentación, habiendo sido inquirido el graduando, con gran insistencia por el Dr. Mercado Neumann, sobre los alcances de esta posición, frente a la definición de contrato que contiene el numeral 1351 del código civil: "contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; así como la noción de objeto del contrato a la que alude el artículo 1402. En síntesis la pregunta era: ¿puede existir un contrato del que no nazca obligación alguna, pues el nacimiento y no la eficacia de la obligación de indemnizar ocurre en un momento posterior?

El punto medular de la discusión se centra, en la concepción que el señor Giles formula de la naturaleza de la obligación del promitente antes de la aceptación del tercero. Se refieren, estudian y descartan las teorías que conciben a la citada obligación como una **"condicional"**, pues como se señalaba, la negativa a realizar el hecho por parte del tercero no es un acontecimiento futuro, e incierto del que depende el efecto del acto en ejecución, sino, en opi-

nión del autor un supuesto de eficacia para que nazca la obligación de indemnizar; aquella que interpreta que la obligación consiste **en que el tercero consienta**, lo cual tampoco se ajusta a la realidad pues el promitente no es gestor de negocios ni representante de tercero, sujeto extraño al vínculo jurídico establecido entre el promitente y el estipulante; la que afirma que la obligación es una de **garantía**, pues no se trata de una obligación accesorio sino de una contraída como principal e inclusive, se niega también valor a la tesis que concibe la obligación como una de **hacer**, vale decir, procurar que el tercero se obligue o cumpla la prestación.

Esta última discrepancia, es en mi concepto la más significativa del valioso estudio que se comenta. Carlos Giles se distancia en este punto de las opiniones de Messineo, Barassi, Enneccerus Kipp y Wolff, Paes da Silva, Spota, Allara y en nuestro medio, del Dr. de la Puente y de Jorge Eugenio Castañeda.

Vale la pena, en aras a una respetuosa pero no menos valiosa polémica, referir las palabras del autor, transcritas de las páginas 44 y 45 de su tesis: "En nuestro medio De la Puente ha sostenido que la obligación del promitente es una obligación de hacer tendiente a un resultado, que es obtener el asentimiento del tercero, aclarando que el asentimiento del tercero no puede ser asegurado por el promitente, quien sólo puede orientar su actividad con miras al logro de aquel".

En efecto, con claridad indica el Dr. de la Puente en su obra "Estudios del Contrato Privado", Tomo II, p. 279: "Convengo tanto en que la obligación del promitente es una obligación de hacer, como que se trata de una obligación de resultado, esto es obtener el asentimiento del tercero, aún cuando debe tenerse presente que este asentimiento para ser válido, debe ser voluntario, no pudiendo ser asegurado por el promitente, por lo cual, la actividad del promitente debe estar orientada a alcanzar el resultado, aún cuando este resultado no depende exclusivamente de la autoridad del promitente".

Carlos Giles replica: "No compartimos los planteamientos expuestos, por "evidente" que parez-

ca a algún autor la naturaleza como obligación de hacer, de la obligación que asume el promitente".

"La actuación o no de la conducta debida por parte del promitente es irrelevante frente al promisorio. Si el promitente actuó con toda la diligencia posible, ello en nada beneficia al promisorio si no se da paralelamente el asentimiento por parte del tercero, que es lo que en definitiva le interesa".

Esta afirmación lo lleva a su vez a concebir que la única obligación que asume el promitente es la de indemnizar, cuando en un segundo momento el tercero rehusa cumplir. Destaca sin embargo, que la naturaleza de la indemnización en referencia es diferente de la que deriva de la inejecución de obligaciones (art. 1321) precisando que, su origen es legal, y su supuesto de eficacia la no "ratificación" del tercero y no el propio incumplimiento.

Con fundadas razones, se cuestiona la expresión ratificación del tercero como término jurídico apropiado pues, según indica, ello significaría suponer la existencia de un contrato que aunque ineficaz, está válidamente concluido; y en este caso, "el único contrato que existe es la promesa concertada entre promitente (en nombre propio) y promisorio" (p. 83).

La tesis alude a diferenciaciones entre la figura bajo estudio y otras como el contrato a nombre de tercero, el contrato en perjuicio de terceros, la estipulación a favor de tercero, la fianza, la gestión de negocios, la representación y el contrato de seguro e incluye un interesante repertorio de jurisprudencia que constituye un complemento útil a la teoría brillantemente expuesta.

Permítaseme finalmente sostener, que aún cuando discrepando en algunas de las conclusiones formuladas, (pues me adscribo a quienes ven en la obligación del promitente una de hacer) el trabajo reseñado constituye un importante aporte en la discusión doctrinaria de la "Promesa del hecho de un tercero". Decirlo, en honor a la verdad, no es acto de elogio sino de simple justicia. (Lourdes Flores—Nano)

Reproducimos a continuación el interesante artículo del doctor Domingo García Belaúnde, fundador de Thémis, que fuera publicado en el cuarto número con errores y omisiones que sinceramente lamentamos.

Thémis, hace veinte años...

Domingo García Belaúnde

Co-fundador de THEMIS y profesor de Derecho Constitucional en las Universidades Católica y de Lima

Con el número cuatro correspondiente a su segunda época, THEMIS conmemora la aparición de su primer número, hace veinte años, en el último semestre de 1965. Por eso es que con motivo de este aniversario, he creído conveniente, y así les ha parecido a los actuales directivos de la revista, hacer una rememoranza de cómo y por qué fue fundada nuestra revista.

Indudablemente, la aparición de una revista hay que situarla adecuadamente en su contexto para ponderar sus méritos y comprender sus limitaciones. De ahí que sea inevitable explicar las circunstancias en las cuales surgió, así como las motivaciones que a ella llevaron.

En los años sesenta, los estudios de derecho de la Católica se llevaban a cabo en la antigua casona de Lártiga, signada con el número 459, que había sido residencia solariega de José de la Riva Agüero y Osma, afamado historiador y literato, benefactor de nuestra Universidad. Quien pretendía obtener el título de abogado, debía ingresar a la Facultad de Letras, en aquel entonces ubicada en un antiguo local de la Plaza Francia (luego demolido y reemplazado por el moderno local central de la librería Studium) para posteriormente, tras dos años de estudios, ingresar a la Facultad de Derecho, distante a tan solo unas cuadas, en línea recta, del recinto de humanidades. En total, con los dos de Letras y los cinco forzosos de Derecho, la carrera de abogado tenía un mínimo de siete años de duración. Los currícula existentes en aquel entonces, así como los métodos de investigación y de enseñanza, eran prácticamente los mismos desde la fundación de la universidad.

En 1963, cuando algunos de nosotros ingresamos a Derecho, era Decano de esa Facultad el Dr. Raúl Ferrero Rebagliati, quien tenía a su cargo las cátedras

(así se llamaban entonces) de Teoría del Estado y Derecho Constitucional y Derecho Internacional, al principio y fin de la carrera respectivamente. Los cursos eran anuales, los exámenes finales se tomaban en forma oral y la asistencia a clases era rigurosamente controlada; infaltable saco y corbata eran exigidos a sus alumnos. En la Secretaría se desempeñaba, hacía algunos lustros, un personaje singular y de gran calidad humana; Javier Kiefer—Marchand. El se preocupaba, todos los años, de editar la revista **DERECHO**, por él fundada en 1944, y que entregaba a los alumnos al momento de la matrícula, en el mes de marzo de cada año.

La revista era un volumen grueso, de tosca presentación, impreso en papel bulky, con tradicional carátula blanca con letras rojas. Al igual que el ambiente, era fría y distante; en ella no se recogía ningún eco de la vida estudiantil, menos aún colaboraciones de alumnos (salvo casos de excepción, que no hacen más que confirmar la regla). El mundo académico era igualmente distante y formal. Si bien existían relaciones cordiales entre alumnos y profesores, lo cierto es que el ambiente no dejaba de ser almidonado: lo certificaba no sólo la estructura arcaica de su revista, sino su manejo administrativo, y en general todas las actividades de la Facultad. Esto no cambió en 1964, cuando Ferrero terminó su período y Jorge Avendaño le sucedió, pues la reforma iniciada por éste último demoraría en implementarse, y de hecho, sus primeros pasos sólo se dieron en 1968, cuando los fundadores de THEMIS habían egresado de la Facultad.

En ese ambiente es que tuve la idea de fundar una revista **de y para** alumnos, aún cuando sin descuidar la participación de profesores de la Facultad y de fuera de ella. Creo que a quien primero comuniqué esta idea fue a mi compañero de clase Luis P. Stucchi Díaz, quien habría de ser mi gran colaborador en es-



PERU

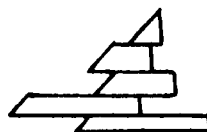
Apoyando a la Industria Nacional con sus productos de alta tecnología,
a través de sus empresas:

ARMCO PERUANA, S. A.



ACEDOR
Aceros del Oriente S.A.

PROLANSA
Productora de Alambres
y Derivados S.A.



ACERCO S. A.

ADESUR
Aceros del Sur, S.A.



PRODUCTO PERUANO CON
EXPERIENCIA MUNDIAL

tos afanes. Más tarde, conversé sobre lo mismo con otro compañero de carpeta; Jaime Thorne León. Como en esos días me encontraba leyendo el libro de Julien Bonnetcase "La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil" y el entonces reciente de Antonio Gómez Robledo "Meditación sobre la Justicia" pensé de inmediato que nuestra revista se debía llamar THEMIS; en recuerdo de la famosa revista fundada por Athanase Jourdan en la Francia decimonónica, y en homenaje a la diosa griega del Derecho. Mucho más tarde descubrí que en Zaragoza se editaba una revista con el nombre de *Témis* (sin la *h* intermedia) y que existía una librería y editorial jurídica colombiana que también se llamaba *Témis*. Posteriormente, comprobé que una importante colección dirigida por Maurice Duverger y editada por Presses Universitaires de France, se llamaba *Thémis*, igual que nuestro proyecto. No estábamos, pues, en mala compañía ...

El primer problema que había que abordar era el de la organización de la revista. Desde un primer momento pensé que la directiva debía estar integrada únicamente por alumnos, y de ser posible, que ellos representasen a los cinco años de la Facultad, en un número no mayor de 2 por cada año de estudios (lo que hacía un máximo de 10 personas y un mínimo de 5). Creo que esto se obtuvo, y así en el primer número aparecieron en la directiva Luis P. Stucchi Díaz, Jaime Thorne León, Baldo Kresalja Roselló, Miguel Vega Alvear, Enrique Gómez Ossio, Augusto Durand Palacios, Luis Arbulú Alva y yo. Los números siguientes trataron de observar, en la medida de lo posible, este criterio, y así fueron incorporándose en los años sucesivos, otros alumnos que más tarde han destacado en la profesión y en la docencia (Jorge Vega Velasco, Antonio Kuljevan Pagador, Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea, Jack Batievsky Spack, Fernando Peña Neves, Jorge Dajes Fleishman, Jaime Mur Campoverde y César Alcorta Suero).

Un segundo punto importante era la impresión de la revista. Al principio, y en vista de anteriores experiencias mías, pensó publicar la revista a mimeógrafo. Pero Jaime Thorne discrepó frontalmente de mí, sugiriendo el uso de la imprenta y ofreciéndome la colaboración de diversos grupos económicos vinculados a él y que cumplió con largueza; más tarde, otros miembros de la revista aportaron avisaje y recibimos otro tipo de colaboraciones, las cuales han quedado registradas en cada número de la revista.

Luego de hablar con todos los candidatos al cuerpo de redacción de la naciente revista, los reuní en mi casa para fijar su estructuración y manejo, así como la forma en que distribuiríamos el trabajo entre sus miembros. Como en esa época hacía mi práctica profesional en el Departamento Legal de la Casa W. & R. Grace, me fue fácil llegar a uno de sus directivos, el señor Galo Morales, de quien obtuve en forma gratuita el papel necesario para la impresión, donado por Sociedad Paramonga Ltda., del grupo Grace, con lo

cual el problema del insumo básico estaba resuelto. Acto seguido me dirigí a la Imprenta El Cóndor, entonces en la calle Amargura (Camaná, cuadra novena, a media cuadra de la Facultad de Letras) a visitar a uno de sus dueños, el señor Montoya a quien conocía por ser amigo de sus hijos desde el colegio, quien me ofreció imprimir la revista, con todas las facilidades económicas del caso. Conseguido papel e impresor nos lanzamos a la tarea de reunir colaboraciones. Tratamos, dentro de lo posible, de tener reuniones periódicas y de aprobar nosotros mismos todo el material que se insertaba, buscando de preferencia colaboraciones de alumnos de la Facultad.

El Decano Jorge Avendaño nos prestó su apoyo; a la distancia, nos animó mucho Fernando de Trazegnies, entonces en Francia, y a quien su cuñado Jaime Thorne León había escrito, dándole cuenta del proyecto y pidiéndole su colaboración (la que hizo efectiva a partir del segundo número). La carátula trató de ser ágil pero sobria, y el *logo* lo realizó un dibujante, cuyo nombre no recuerdo, por especial pedido de Luis Arbulú. El primer número tuvo colaboraciones de alumnos (Stucchi, Miguel Vega, Ignacio Basombrio y yo mismo); de profesores de la Facultad (Ferrero, Avendaño y Osterling), así como una entrevista al Presidente del Centro Federado de Derecho, Ramón Perez Prieto. Más tarde, este panorama se amplió e incluyó trabajos de profesores extranjeros, jueces o juristas, a los cuales incluso se tradujo especialmente (Kelsen, Del Vecchio, Earl Warren), así como documentos de interés, reportajes, etc.

Demás está decir que nuestra revista fue muy bien acogida por el estudiantado. Con el mismo espíritu y con metas de progreso, fuimos elaborando y publicando los sucesivos números 2, 3, 4 y 5. En marzo de 1967, fundamos la Asociación Jurídica THEMIS, para situar la revista dentro de un cuadro más amplio de actividades que por entonces iniciamos, y que no es del caso explicar aquí. La revista era así, una publicación de la Asociación, y estatutariamente debía estar dirigida siempre por alumnos. De esta suerte, los fundadores de THEMIS, que ya habían salido o que terminaban ese año sus estudios, quisieron dejar constancia de su reconocimiento a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, dejando la revista en manos de sus mismos alumnos. Después salieron dos números más, el 6 y 7 (este último en 1969) que fueron los últimos.

* * *

Nuestro esfuerzo, sin lugar a dudas, impactó y dejó huellas. Luis Pábara, quien había colaborado en nuestro número 5 (segundo semestre de 1967), convertido entonces en profesor de la Facultad, recibió el encargo de reestructurar la revista **DERECHO**, para lo cual llamó a dos alumnos como asistentes. Así apareció el número 26 correspondiente al año de 1968, con una nueva estructuración y totalmente rediseñado, en magnífica presentación y papel. A principios de 1969 se me encargó la edición de **DERE-**

CHO y preparé su número 27. En esa oportunidad incorporé como cuerpo de colaboradores a nueve alumnos e introduje algunas secciones nuevas, respetando las reformas efectuadas. Luego, en abril de ese mismo año, conjuntamente con Luis Carlos Rodrigo M. y Baldo Kresalja R., partí a la Universidad de Wisconsin, dentro de un Programa Cooperativo sobre docencia e investigación jurídicas, auspiciado por la Fundación Ford, para profesores de la Universidad Católica, y con el apoyo de la Escuela de Derecho de esa universidad norteamericana. Naturalmente, nuestra experiencia en ese centro de estudios fue muy estimulante. Ahí conocimos cómo eran y cómo funcionaban las revistas jurídicas editadas por las Escuelas de Derecho de las principales universidades de los Estados Unidos, y tomamos contacto con los editores de la revista local, esto es, la *Wisconsin Law Review*. Grande fue nuestra sorpresa al descubrir que estas revistas jurídicas eran dirigidas por los mejores alumnos de la Facultad con la más absoluta autonomía. Con Rodrigo y Kresalja preparamos un informe detallado sobre esta realidad y lo entregamos al Decano Avendaño en la visita que nos hizo en el mes de julio de 1969. Allí adelantamos la idea de introducir una reforma en el manejo de la revista de la Facultad, con una eventual fusión de THEMIS y DERECHO. De regreso a Lima en enero de 1970, me reincorporé a la docencia y al ejercicio profesional. Para el número 28 de DERECHO, correspondiente a 1970. Párasa fue nuevamente llamado para editar la Revista, la que dirigió sin colaboradores. En el número 29, correspondiente a 1971, integré su consejo editorial con Párasa y Alfredo Ostoja. La nota del Editor del número 29 de DERECHO anunciaba la publicación del último número de DERECHO, su fusión con THEMIS y el nacimiento de una publicación distinta con nuevo nombre, cuya dirección compartirían profesores y alumnos paritariamente. Este anuncio, aparentemente tan sorprendente, tenía sus antecedentes en un acuerdo adoptado meses atrás y promovido por Kresalja y yo. Varias habían sido las razones que nos llevaron a ello: a) la necesidad de no distraer esfuerzos con la publicación simultánea de dos revistas; b) institucionalizar el diálogo y la colaboración entre alumnos y profesores; c) reconocer una realidad palpable cual era la existencia de una vigorosa publicación estudiantil; d) la búsqueda de un nombre distintivo para la nueva publicación (el nombre Derecho, como es sabido, no sólo es genérico sino de uso muy extendido a nivel de revistas jurídicas en castellano).

El referido acuerdo fue adoptado por las autoridades, pero no lo fue en forma unánime. El Decano Avendaño discrepó de este planteo, y más bien fue Felipe Osterling, que le sucedería en el Decanato, quien nos ayudó, respaldado por Rodrigo. Aprobada la fusión, quedó postergada tan sólo su implementación, para la cual era aspecto importante no sólo la designación de los alumnos que participarían en la dirección, sino el nombre de la nueva publicación.

Por razones que no es del caso exponer ahora, los directivos de THEMIS de aquel momento, quizá por hallarse envueltos en otros menesteres, descuidaron este importante aspecto, lo que a la larga hizo inoperante el acuerdo de fusión.

Por otro lado Kresalja y yo consideramos que en cuanto profesores de la Facultad, no podíamos seguir empujando la implementación de este acuerdo, pues no era dable actuar en ambos lados. Ante esta situación y en vista del tiempo transcurrido, DERECHO continuó publicándose y así apareció a los pocos meses el número 30 (correspondiente a 1972), el cual, sin mencionar la anterior nota de fusión, recogía sin embargo la esencia del acuerdo, declarando que la revista sería dirigida en adelante en forma compartida por alumnos y profesores. Y así ha continuado hasta ahora ...

* * *

Durante algún tiempo pensé que fue una lástima que no se concretase la fusión, porque adicionalmente nuestra revista dejó de salir poco después. DERECHO continuó su propio camino, y es evidente que ha cuidado y mejorado no solamente su presentación —que casi no ha variado en los últimos años— sino que ha conservado un nivel académico que la hace fuente de consulta indispensable en nuestro medio jurídico. Pensamos, sin falso orgullo, que en algo THEMIS contribuyó a esta mejora, palpable a quien compare los números editados en la década del 70, con los publicados diez años atrás.

Varios años después, fui visitado por un grupo de alumnos de la Facultad de Derecho de la Católica que me hablaron de su interés en resucitar THEMIS, a través de una segunda época. Les conté mis recuerdos, nuestros ideales y mis puntos de vista sobre la revista. Yo estaba un poco escéptico ante tanto entusiasmo, pero pronto lo disipé cuando vi en circulación el primer número de esta segunda época, publicado en junio de 1984. A decir verdad, fue para mí una agradable sorpresa esta inquietud estudiantil, que luego se plasmó en papel y tinta, y más aún si se tiene en cuenta que en lugar de buscar otro nombre para iniciar una nueva publicación, decidieron rescatar algo que había surgido casi veinte años atrás, para continuarlo con nuevos bríos.

Cuando apareció el primer número de la segunda época, me creí en la obligación de convocar a todos mis antiguos compañeros y colaboradores de THEMIS para comentar la nueva publicación. Constatamos que se trataba de un gran esfuerzo, que había superado largamente nuestros modestos inicios. Por eso es que ahora, al cumplirse veinte años desde que apareció el primer número de THEMIS, quiero felicitar a sus actuales directivos; y renovarles mi gratitud y mis esperanzas.

Lima, diciembre de 1985.



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

Virgilio Airaldi, Carolina Awapara, Lorena Borgo, Mauro Calderón, Raúl Canelo, Ana María Cogorno, Lorena Cook, Ernesto Coz, Lourdes Chang, Elena de Beaumont, Marcelo de Bernardis, María de Del Castillo, Ana María de Díaz, Inés Elías, Enrique Elías, Rocío Fernández, Lourdes Flores Nanc, Hernán Garrido Lecca, Ana María Gazolo, Silvia Granda, Emma Jaramillo, José Jiménez, Wally Joly, Gulara La Rosa, Gustavo López Ameri, Rogelio Llerena, Inés Maraví, Jessica Massacco, Patricia Mendoza, Jorge Muñiz, Francisco Navarro, Dante Nieri, Sergio Oquendo, Alfonso y Fernando Orbegoso, Rosa María Palacios, Susana Paniagua, Fler-a Pardo de Figueroa, Rafael Picasso, Jorge Ramírez, Leonie Roca, Christian Schroeder, Filiberto Tarazona, José Tola Pasquel, Miguel Torres, César Valega, Rosana Vargas G., Alberto Varillas, Milton Von Hesse, María Eugenia Yabar.

